

EL COLOQUIO DE HEIDELBERG SOBRE EL CONTROL JUDICIAL DE LAS DECISIONES ADMINISTRATIVAS

SUMARIO: I. Datos generales: participantes y preparación del coloquio.—II. El control judicial en relación a la constatación de los hechos.—III. El control judicial en relación a la discrecionalidad y a los conceptos jurídicos indeterminados.—IV. El valor de las formas para las medidas de control.—V. Reflexiones finales.

I. DATOS GENERALES: PARTICIPANTES Y PREPARACIÓN DEL COLOQUIO

Durante los pasados días 27 y 28 de septiembre de 1990, y organizado por el Instituto Max Planck de Derecho Público Extranjero e Internacional, tuvo lugar en Heidelberg un coloquio sobre «la intensidad del control en el examen de las decisiones administrativas por los Jueces» (*Kontrol-dichte bei der Überprüfung von Verwaltungsentscheidungen durch Gerichte*). Con la organización de este coloquio, el Instituto continúa una tradición de celebración de simposia de alta calidad científica sobre cuestiones capitales en el derecho público como serían la propiedad privada, la jurisdicción constitucional, la responsabilidad del Estado, etc. (1). En todos ellos, y también en el que aquí se comenta, el método de trabajo mediante la consideración del derecho comparado, sirve para medir las ventajas e inconvenientes de los distintos sistemas jurídicos y para detectar, igualmente, líneas de desarrollo de tendencias propias de los países estudiados y la posibilidad de aplicación al derecho alemán —no se olvide la nacionalidad del organizador y la misma razón existencial del Instituto de Heidelberg— de esas líneas.

El coloquio fue organizado y dirigido por el profesor J. A. FROWEIN, Director del Instituto precitado (2) y contó con la asistencia de un buen

(1) Resumo los títulos de los coloquios celebrados, muchos de los cuales han sido, con sus ponencias y discusiones, publicados ya: *Staat und Privateigentum* (1959), *Verfassungsgerichtsbarkeit* (1961), *Haftung des Staates für rechtswidriges Verhalten seiner Organe* (1964), *Gerichtsschutz gegen die Executive* (1968), *Die Koalitionsfreiheit des Arbeitnehmers* (1978), *Die Rechtsstellung von Ausländern nach staatlichem Recht und Völkerrecht* (1985).

(2) A su calidad de Profesor de Derecho Público y Director del Instituto une la de ser representante alemán en la Comisión Europea de Derechos Humanos, con sede en Estrasburgo. Ello le permite un conocimiento de la situación judicial de los derechos humanos en los países miembros del Consejo de Europa particularmente útil a la hora de la dirección de un trabajo de derecho comparado.

número de profesores y Jueces de diversos países. La representación más numerosa, como es normal, fue la alemana pudiéndose citar entre los presentes a los profesores E. SCHDMIT-ABMANN (3) (Heidelberg), MEYER (Frankfurt), MÜßGUG (Heidelberg), DOLZER (Mannheim), EVERLING (Bonn), HERDEGEN (Bonn), DOEHRING (profesor emérito y antiguo director del Instituto), AUTEXIER (Saarbrücken) y RUDOLF (Mainz). Representante austríaco fue MERLI (Graz), de Francia el Juez WOEHLING (Estrasburgo) y el profesor JOUANJAN (Dijon). Al margen de otras representaciones minoritarias (Japón, Israel, Suiza), la representación española estuvo formada por los profesores CRUZ VILLALÓN y BARNES VÁZQUEZ (Sevilla) y quien firma esta breve crónica.

La celebración del coloquio no ha sido improvisada sino que se apoya en la confección por miembros del Instituto o profesores universitarios alemanes (4) de informes singulares sobre el control judicial de la Administración en diversos países que se han incorporado a un libro que como material preparatorio ha editado el propio Instituto. En ese libro se cuenta con Informes de Francia (Clemens LERCHE), Gran Bretaña (Matthias HERDEGEN), Italia (Matthias HARTWIG), Austria (Jörg POLAKIEWICZ), Suicia (Rainer HOFMANN), Suiza (Stefan OETER), España (Rainer HOFMANN), Estados Unidos (Georg NOLTE) y las Comunidades Europeas (Matthias HERDEGEN y Stefan RICHTER). Los Informes responden, en todos los casos, a una serie de cuestiones y preocupaciones comunes, como la de la situación constitucional de la respectiva jurisdicción controladora de la Administración, los estándares de actuación de los jueces y la intervención judicial en sectores concretos (derechos fundamentales, medio ambiente, urbanismo, planificación, expropiación, etc.). En función de estos Informes fue posible la preparación de tres ponencias en torno a las cuales y su exposición se centraron los debates habidos durante el coloquio.

(3) Su presencia y participación en el coloquio es especialmente resaltable en cuanto que, al margen de otros muchos trabajos, el profesor citado es el autor de un extraordinario comentario al artículo 19 GG en la última entrega de ese precepto (1985) del magnífico libro de MAUNZ-DURIG-HERZOG-SCHOLZ, *Grundgesetz. Kommentar*, Ed. C. H. Beck, Munich. Resalto este detalle en cuanto que el artículo 19.4 GG, con su referencia al derecho de acceso a los Tribunales para quien resulte lesionado en sus derechos por un acto de los poderes públicos, influye directamente en el derecho a la tutela judicial efectiva de nuestra Constitución (art. 24), en la defensa judicial de los derechos fundamentales (art. 53) y hasta en el planteamiento del control general de la actuación de la Administración pública (art. 106). Igualmente, y según se informó en el Coloquio, el citado profesor es Juez en el Tribunal Administrativo de Mannheim, usando de una posibilidad de participación de universitarios en los Tribunales de Justicia muy útil a la hora de confrontar los planteamientos teóricos con las necesidades prácticas, pero imposible a la luz de la normativa española.

(4) Con la ayuda o supervisión de profesores extranjeros, como se hace constar en las distintas introducciones a los informes recogidos en el libro a que se hace mención en el texto.

II. EL CONTROL JUDICIAL EN RELACIÓN A LA CONSTATACIÓN DE LOS HECHOS

La primera de las ponencias presentadas, obra de C. LERCHE, versa sobre los poderes del Juez en relación a una propia fijación de los hechos que sirven de fundamento a la decisión administrativa (5). En la misma se parte de la existencia de un amplio control sobre los hechos en la República Federal Alemana en la que el Juez, prácticamente, puede llevar a cabo con libertad de medios una reproducción del procedimiento administrativo antes realizado (6). El contraste más claro con la situación alemana lo muestra el Derecho de los Estados Unidos de América en el que el Juez, en virtud de una específica consideración del procedimiento administrativo en Norteamérica, normalmente acepta la fijación de hechos por parte de la Administración o de órganos administrativos cuasijudiciales (*administrative law judge*).

En el Informe de LERCHE se presta una particular atención a los criterios de la jurisprudencia francesa sobre los estándares de control (mínimo, normal, máximo) que funcionan según determinados sectores del ordenamiento (7) para pasar, por último, a la problemática de la fijación de los hechos en las cuestiones científico-técnicas complejas como autorizaciones de funcionamiento de centrales nucleares, etc. En Alemania, como es sabido, hay una extensa práctica judicial ya sobre estas cuestiones, correspondiente, también, al grado de preocupación sobre los potenciales peligros de la actividad de estas instalaciones. El manejo de la jurisprudencia básica sobre el tema informa de los amplios poderes del Juez sobre la materia (comprobación de los datos de los que ha partido la Administración, el hecho de haber partido de datos bastantes, *ausreichenden Datenbasis*, es fundamental en esta jurisprudencia), pero de su necesaria detención —a pesar de algunas excepciones en contrario— en su capacidad de sustituir la decisión administrativa.

Entre las conclusiones de la ponencia puede señalarse la dificultad de separar a la hora del control judicial el binomio cuestiones jurídicas-

(5) Transcribo su título alemán: *Die Kontrolldichte hinsichtlich der Tatsachenfeststellung*.

(6) En la expresiva frase de FRANKEN, sería otro procedimiento administrativo con «mejores medios». Cfr. «Unbestimmtes zum unbestimmten Rechtsbegriff», en *Festschrift für Wolfgang Zeidler*, Band I, 1987, pág. 437.

(7) El mínimo, en el que el Juez se limita a la apreciación del error de hecho y de derecho y el error manifiesto de apreciación, suele tener lugar —en conclusiones que parten del *arrêt* Thibault, de 1956— en materias muy detalladas técnicamente o en las que hay un cierto contenido político. El control máximo se extiende, incluso, hasta la misma proporcionalidad de la medida administrativa y encuentra su campo de aplicación primigenio en el derecho de policía (ejercicio de los derechos fundamentales). En el control normal, el Juez examina la calificación jurídica de los hechos llevada a cabo por la Administración, además de los parámetros ya existentes en el control mínimo, y cuenta con un campo indeterminado de aplicación delimitado negativamente por las materias que entran en los otros dos controles. Es obvio que en este lugar no procede la formulación de listas detalladas de jurisprudencia del *Conseil d'Etat* ni de doctrina especializada.

cuestiones de hecho y, sobre todo, la revalorización del papel del procedimiento administrativo como primera garantía en el tiempo de protección jurídica (8).

III. EL CONTROL JUDICIAL EN RELACIÓN A LA DISCRECIONALIDAD Y A LOS CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

El Doctor, y también miembro del Instituto Stefan OETER, es autor de esta segunda ponencia (9) en la que se contienen reflexiones muy atinadas, que abren campos de futuro trabajo, sobre unos conceptos típicos de la ciencia jurídica alemana pero que se han trasladado, con algunas diferencias, a otros ordenamientos como el austríaco o español.

La ponencia comentada se sitúa, sin duda, en la línea sugerida por los trabajos de SCHMIDT-ABMANN (10) y otros autores (11) acerca de la relativización en la realidad de la diferencia entre la discrecionalidad, los conceptos jurídicos indeterminados, el margen de apreciación de la Administración (12)... y la observación, por el contrario, de la posibilidad de conferir al legislador la autorización (*ermächtigungslehre*) para encargar a un determinado órgano (la Administración, por ejemplo), la competencia de dictar la última decisión (*administrative Letztentscheidungsermächtigung*) sobre una determinada materia. Ello arrastra, también, a configurar la discrecionalidad (*Ermessens*) no como un concepto referido exclusivamente a la Administración pública sino, en cita de RHINOW (13), como una «bisagra» (*Scharnier*) en torno a la cual se reúnen tanto la actividad de legislación, como la ejecución de las normas, como la actuación judicial. En última instancia, y para OETER, lo que demuestra la existencia de una discrecionalidad (*Ermessens*) en el ordenamiento de todos los países estudiados es la predicación, a la vez, de un propio ámbito de actuación de la Administración (*Eigenbereich*) inmune al completo control judicial (14).

(8) Ese papel protector del procedimiento administrativo se ha incorporado ya a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán precisamente en relación a la debatida cuestión del funcionamiento de las centrales nucleares. Cfr. BVerfGE 61, 82 (115).

(9) Su título en alemán: *Die Kontrolldichte hinsichtlich unbestimmter Begriffe und des Ermessens*.

(10) Cfr. la cita de la nota 3 de este trabajo. SCHMIDT-ABMANN constituye su teoría a partir de ciertos datos de la jurisprudencia constitucional alemana. Cfr., así, BVerfGE 61, 82.

(11) He llevado a cabo una «excursión» por la doctrina alemana sobre estas cuestiones en mi trabajo *La relación entre los poderes del Estado en la reciente dogmática alemana*, núm. 115 de esta REVISTA, 1988, *in totum*.

(12) Aunque para SCHMIDT-ABMANN continúa, permanentemente, la necesidad del trabajo dogmático de la ciencia jurídico-administrativa sobre esas tipologías para ofrecer instrumentos de actuación al Juez en su labor de control de la Administración. Una excelente muestra de ello es su aportación en *Grundgesetz, Kommentar*, págs. 99 y ss.

(13) RHINOW es un juez suizo, y su cita se encuentra en M. BULLINGER (ed.), *Verwaltungsermessen in modernen Staat*, 1986, pág. 15.

(14) De nuevo esta cuestión del ámbito de actuación propio del Ejecutivo une la

En función de estos planteamientos doctrinales —crecientemente seguidos pero, pienso, todavía minoritarios— y de la situación judicial alemana de un control a veces juzgado excesivo sobre la actuación administrativa y, al mismo tiempo, del respeto sagrado a las viejas categorías relativizadas últimamente por la doctrina, sugiere OETER en sus conclusiones —como elemento provocador para el futuro diálogo científico— un dilema escuetamente planteado: si la ciencia jurídica alemana cumple un papel de pionero en este ámbito del control judicial que será seguido necesariamente por el resto de las ciencias nacionales o, al revés, está en un callejón sin salida por su excesivo dogmatismo en el que se pierde de vista el papel de protección efectiva de los derechos individuales que debería ser la verdadera guía de funcionamiento de una jurisdicción controladora de la Administración.

IV. EL VALOR DE LAS FORMAS PARA LAS MEDIDAS DE CONTROL

La última de las ponencias la firma Georg NOLTE y se refiere a las tipologías, formas (15), utilizadas por los Tribunales para estandarizar el control de la Administración. Se trata, por tanto, de un trabajo difícil de realizar en relación a los distintos criterios utilizados por las jurisprudencias nacionales y, sobre todo, por el peso que en muchos lugares el supuesto del «caso concreto» tiene a la hora de configurar la decisión judicial (16).

Una de las conclusiones del trabajo parece evidente: el más alto valor, intensidad, de los criterios alemanes de control sobre los utilizados en otras ciencias jurídicas. Pero la fundamentación de esta evidencia me parece que es uno de los grandes aciertos de la ponencia de NOLTE: En efecto, si los Jueces pueden llegar a afinar más en su capacidad controladora es, también, porque cuentan con un «derecho material» más perfeccionado, que enmarca con nitidez la capacidad de acción de la Administración. En este sentido, NOLTE destaca en su ponencia el valor singular en el Derecho alemán de los derechos subjetivos públicos, el principio de seguridad jurídica, el encuadramiento de la potestad reglamentaria previsto en el artículo 80.1.2 GG (existe la potestad reglamentaria, sí, pero las leyes tienen que contener la autorización para dictar reglamentos junto con la previsión del contenido, la finalidad y extensión

ponencia con preocupaciones doctrinales de la más alta importancia y, también, del más elevado tratamiento científico. El recuerdo, ahora, simplemente a los informes de H. MAURER y E. SCHNAPP, *Der Verwaltungsvorbehalt*, en «VVDStRL» 43, 1985, parece imprescindible.

(15) Transcribo el título alemán de la ponencia: *Der Wert formeller Kontrollmaßstäbe*.

(16) El juez francés asistente al coloquio, WOEHLING, puso así de manifiesto en sus intervenciones orales la relatividad de los criterios jurisprudenciales de control y la necesidad —frente a algunas críticas— de la falta de motivación del juez al acudir a algún criterio, por el imperativo de llegar a una solución de justicia material en función de los presupuestos formados por el juez sobre el caso. Naturalmente que, en una ciencia jurídica tan formalizada como la alemana, tal criterio relativizador no deja, todavía, de ser piedra de escándalo.

de esa potestad reglamentaria), el principio de proporcionalidad, la garantía de protección judicial, una tradición de técnica legislativa que posibilita las pretensiones jurídicas... Todo esto, como parece obvio, facilita la extensión del control judicial en cuanto que proporciona pautas seguras para realizarlo.

V. REFLEXIONES FINALES

El objetivo de esta pequeña crónica está ya cumplido con la exposición de los datos fácticos del coloquio y del contenido de las ponencias a él presentadas (17), pero no querría cerrar estas líneas sin la aportación de algunas propias ideas sugeridas por el desarrollo del coloquio y sin pretender, por supuesto, mediante ellas establecer cimientos doctrinales firmes sobre una cuestión en la que tanto queda por hacer en nuestro derecho público (18).

En principio, me parece claro que la cuestión general planteada (control judicial de la actividad de la Administración) puede y debe ser respondida por expertos en Derecho Administrativo, pero que su extensión material trasciende de lo que podrían ser límites académicos o fácticos de nuestra disciplina. Estamos, sin duda, ante una cuestión constitucional, derivada de un determinado planteamiento de la norma suprema acerca de la separación, división o relación entre los poderes del Estado —utilícese la terminología que se prefiera—, y que debe ser resuelta, por tanto, con arreglo a una idea general de relación entre poderes (19) que debe ser norma condicionante de nuestro derecho público con consecuencias que van más allá del estricto tema narrado del control judicial de la acción de la Administración.

En ese examen constitucional debe tener un peso preponderante en la interpretación jurídica la tradición histórica propia de cada país, el arrastre conceptual que el tiempo propio —e intransferible— de cada sistema jurídico aporta para las concepciones de la ciencia nacional. Las transposiciones puras entre sistemas jurídicos —como parece haber sucedido entre nosotros con los conceptos jurídicos indeterminados, por ejemplo— resultan ser, si se examinan de cerca, menos puras, necesariamente

(17) Hubo también algunas comunicaciones, como la leída por el autor de estas líneas, de contenido más concreto, limitadas a los derechos nacionales, sobre las que hago gracia en este lugar remitiéndome a la futura publicación de las actas del Coloquio.

(18) Creo que está todavía por emprender un estudio jurisprudencial serio sobre el control judicial actual de la acción de la Administración pública en el que se valore, especialmente, el juego dado a lo que parecen ser, al menos doctrinalmente, supuestos firmes como la negación de la discrecionalidad absoluta, o la predicación de un único contenido cierto de un concepto jurídico indeterminado cuya determinación se entrega en exclusividad al Juez.

(19) Me parece, en ese sentido, iluminador el camino que emprende L. MARTÍN-RETORTILLO en su reflexión sobre la separación de los poderes en nuestra Constitución. Cfr. L. MARTÍN-RETORTILLO, *De la separación y control de los poderes en el sistema constitucional español*, «Revista del Centro de Estudios Constitucionales», 4, 1989.

mixtificadas y responden a cuestiones singulares con categorías entendibles de forma plena en otro medio ambiente jurídico, lo que resulta la mayor parte de las veces perturbador, poco seguro y de vida inestable (20).

En esa relación constitucional, la realidad efectiva del control judicial de la actividad administrativa depende, en realidad, del poder no nombrado: del legislador. En efecto, al legislador le corresponde mediante su actividad crear —o no— un derecho cierto y preciso que facilite el control judicial y, sobre todo, establecer la medida, las condiciones, la extensión de ese control judicial. Un principio aparente de control absoluto de la actividad de la Administración como es el contenido en el artículo 106 CE necesita, realmente, de la labor de «intermediación» del Legislativo para modular hasta dónde puede llegar realmente y al margen de dogmas o clichés decoloridos, la actividad judicial.

Ese legislativo puede cooperar a la protección efectiva de los derechos fundamentales y al consiguiente control de la Administración mediante la configuración de un procedimiento administrativo abierto, seguro, ágil, que en las cuestiones complejas y que afectan a muchos interesados —a veces, sólo conocidos potencialmente— sirva ya de primera garantía a esos derechos. Ese legislativo puede ser animado a esa tarea —como sucede en la actualidad en nuestro país— por medio de una actuación decidida del poder judicial anulando medidas administrativas en cuyo proceso de formación no se hayan observado las garantías procedimentales mínimas (21).

Por fin y como última reflexión, el control judicial de la Administración, el papel del Legislativo, las relaciones entre estos poderes, llevan, al final, a una de las cuestiones básicas en un Estado de Derecho como es la de la separación de poderes (22). Este concepto del Estado de Derecho, básico en los sistemas constitucionales occidentales, resulta hoy en día revalorizado, cobra nueva lozanía a pesar de su aparente vetustez, como consecuencia de un hecho político tan importante como la reunificación alemana. Al margen de todo el significado político, sociológico, económico, histórico, de esta reunificación (23), desde el punto de vista jurídico

(20) Dejo de lado intencionadamente el evidente papel de unificador en las concepciones jurídicas nacionales que tendrá, tarde o temprano, la existencia de jurisdicciones supranacionales como la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos o el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Ello es una cuestión, todavía, de futuro.

(21) Me parece que, en la actualidad, ello es singularmente resaltante en las múltiples anulaciones de normas reglamentarias por no haberse procedido a una información pública real, o al informe de la Secretaría General Técnica del correspondiente Ministerio, etc., todo ello en los términos que indican los artículos 129 y ss. de la Ley de Procedimiento Administrativo. Por ser una cuestión más que conocida en nuestro derecho público, omito las referencias jurisprudenciales.

(22) Cfr. en STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Ed. Beck, Munich, 1977, págs. 620 y ss. (cito por la primera edición), el papel fundamental que en el concepto del Estado de Derecho tiene la separación o relación entre diversos poderes.

(23) No estoy muy seguro de que el concepto que realmente deba utilizarse sea el de reunificación. Se reunifica lo que una vez estuvo unido y se separó por el motivo que fuere, pero la realidad geográfica que, a partir del 3 de octubre de 1990, es la República

creo que no cabe duda de que representa un reverdecimiento del Estado de Derecho, tan claramente plasmado en la Ley Fundamental de Bonn, y que triunfa sobre conceptos del Estado mucho más jóvenes y, sin embargo, efímeros. A este Estado de Derecho le queda por delante una larga vida de servicio a la organización de poderes públicos realizadores y servidores de los derechos fundamentales de los ciudadanos. La celebración en Alemania, en las mismas vísperas de la reunificación, de este coloquio creo que, además de una casualidad, es un símbolo de cuanto se dice.

Antonio EMBID IRUJO
Catedrático de Derecho Administrativo.
Universidad de Zaragoza

Federal Alemana no ha existido en ningún otro momento de la historia alemana. El mismo concepto de Alemania —y basta retroceder sólo cien años en la historia— es más que contingente. Por ello, y en todo caso, creo que la palabra más correcta sería la de unificación. *Mutatis mutandis*, sería algo así como aquella vieja —tan vieja— polémica semántica en nuestro país entre la «instauración» o la «restauración» de la Monarquía de la que se hablaba en 1969.