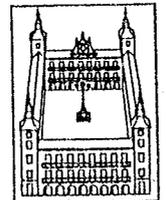


Sommermann, in:

JAVIER BARNES VAZQUEZ
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Coordinador

LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA EN EL DERECHO COMPARADO

CONSEJERIA DE LA PRESIDENCIA
DE LA JUNTA DE ANDALUCIA



EDITORIAL CIVITAS, S. A.

Introducción	29
A. ALEMANIA	
LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA ALEMANA	
KARL-PETER SOMMERMANN	33
I. El nacimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa alemana	34
II. Fundamentos constitucionales y legales del sistema vigente	43
1. LOS ELEMENTOS DE LA LEY FUNDAMENTAL	44
A) <i>La garantía de la tutela judicial del artículo 19.IV (Rechtsschutzgarantie)</i>	44
a) La universalidad de la tutela jurisdiccional (<i>Lückenlosigkeit des Rechtsschutzes</i>)	45
b) La efectividad de la tutela judicial (<i>Effektivität des Rechtsschutzes</i>)	50
B) <i>Los derechos fundamentales como garantías procedimentales (Grundrechte als Verfahrensgarantien)</i>	53
C) <i>Los artículos 101 y 103 GG</i>	58
D) <i>Los artículos 92, 95, 97 y 98 GG</i>	59
2. FUNDAMENTOS LEGALES	60
A) <i>Las tres leyes procesales de la justicia administrativa; en particular, la ley de la jurisdicción administrativa general de 1960</i>	60
B) <i>El debate en torno a la unificación de las normas procesales de la justicia administrativa</i>	63
III. Elementos básicos del procedimiento principal de la jurisdicción contencioso-administrativa general	65
1. EL ÁMBITO DE LA JURISDICCIÓN Y LA CLÁUSULA GENERAL DEL ARTÍCULO 40 VwGO (LEY DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA: <i>Verwaltungsgerichtsordnung</i>)	66
2. LAS CLASES DE ACCIONES Y SUS PRESUPUESTOS ESPECIALES DE PROCEDIBILIDAD PARA LA OBTENCIÓN DE	

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, ni su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión de uso del ejemplar, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

Copyright © 1993, by Javier Barnés Vázquez
 Editorial Civitas, S. A.
 Ignacio Ellacuría, 3. 28017 Madrid (España)
 ISBN: 84-470-0308-6
 Depósito legal: M. 1.019-1994
 Compuesto en A. G. Fernández, S. A.
 Oudrid, 11. 28039 Madrid
 Printed in Spain. Impreso en España
 por Gráficas Rogar, S. A. Pol. Ind. Cobo Calleja
 Fuenlabrada (Madrid)

UNA SENTENCIA DE FONDO (<i>Die Klagearten und ihre besonderen Sachentscheidungsvoraussetzungen</i>).....	69
A) <i>La acción impugnatoria o de anulación</i>	70
a) Procedencia de la acción impugnatoria.....	70
b) Legitimación para recurrir (<i>Klagebefugnis</i>).....	72
c) La necesidad de un procedimiento administrativo previo.....	75
d) Plazo para recurrir (<i>Klagefrist</i>).....	78
e) La fundamentación de la acción impugnatoria (<i>Begründetheit der Anfechtungsklage</i>).....	79
B) <i>La demanda de imposición o de condena a dictar un acto (Verpflichtungsklage)</i>	81
a) Procedencia de la demanda de imposición...	81
b) Legitimación para recurrir (<i>Klagebefugnis</i>)...	83
c) La necesidad de un procedimiento administrativo público.....	83
d) Plazo para recurrir (<i>Klagefrist</i>).....	84
e) Fundamentación de la demanda de imposición.....	84
C) <i>La acción o demanda general de prestación (allgemeine Leistungsklage)</i>	85
a) Procedencia de la demanda general de prestación.....	85
b) Legitimación para recurrir.....	86
c) Procedimiento administrativo previo y plazo para recurrir (<i>Vorverfahren und Klagefrist</i>).....	86
d) Fundamentación de la demanda general de prestación.....	87
D) <i>La acción declarativa (Feststellungsklage)</i>	87
a) La procedencia de la acción declarativa....	87
b) Subsidiariedad de la acción declarativa....	89
c) El interés de la declaración (<i>Feststellungsinteresse</i>).....	90
d) Procedimiento administrativo previo y plazo para recurrir.....	91
e) Fundamentación de la acción declarativa...	91
E) <i>El proceso contencioso-administrativo para el control de normas (Das verwaltungsgerichtliche Normenkontrollverfahren)</i>	92

a) Procedencia del control judicial de las normas.....	92
b) La legitimación para solicitar la revisión judicial.....	93
c) Procedimiento administrativo previo y plazo para recurrir.....	94
d) Fundamentación de la solicitud del control normativo.....	94
3. RECURSOS.....	94
A) <i>La apelación (Berufung)</i>	94
B) <i>La casación</i>	96
C) <i>La súplica (Beschwerde)</i>	96
4. PRINCIPIOS DEL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO.....	97
IV. <i>La tutela cautelar (Der vorläufige Rechtsschutz)</i>	98
1. LA TUTELA CAUTELAR COMO MANDATO CONSTITUCIONAL.....	98
2. EFECTO SUSPENSIVO Y PROCEDIMIENTO DE SUSPENSIÓN (ARTS. 80, 80a VwGO) <i>Aufschiebende Wirkung und Aussetzungsverfahren</i>	100
A) <i>La suspensión en las relaciones jurídicas bilaterales (Die aufschiebende Wirkung bei zweipoligen Rechtsverhältnissen)</i>	102
B) <i>La suspensión en las relaciones jurídicas multilaterales (Die aufschiebende Wirkung bei mehrpoligen Rechtsverhältnissen)</i>	105
C) <i>Recursos (Rechtsbehelfe)</i>	107
3. LAS MEDIDAS CAUTELARES DEL ARTÍCULO 123 VwGO (<i>Die einstweilige Anordnung</i>).....	107
A) <i>Las medidas de aseguramiento y las de regulación (Sicherungsanordnung und Regelungsanordnung)</i>	109
B) <i>Motivo y objeto de las medidas cautelares</i>	110
C) <i>La prohibición de anticipar la resolución sobre el fondo</i>	112
D) <i>La medida cautelar en el proceso en materia de control de normas (Die einstweilige Anordnung im Normenkontrollverfahren)</i>	113

E) <i>Recursos</i>	113
V. La ejecución de las resoluciones judiciales en el proceso administrativo (<i>Vollstreckungsgerichtlichen Entscheidungen</i>).....	113
VI. ¿La jurisdicción contencioso-administrativa alemana en una encrucijada?.....	115

ANEXO DOCUMENTAL

A. Bibliografía.....	121
B. Jurisprudencia sobre la justicia administrativa.....	122
I. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL.....	122
1. <i>El artículo 19.IV GG y la tutela cautelar</i>	122
2. <i>Los derechos fundamentales como garantías procedimentales</i>	126
II. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO FEDERAL.....	130
1. <i>Legitimación de los extranjeros vecinos a la frontera</i>	130
2. <i>Tutela judicial preventiva</i>	132

A. ALEMANIA

LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA ALEMANA *

Karl-Peter Sommermann
 Forschungsinstitut für öffentliche Verwaltung
 bei der Hochschule für Verwaltungswissenschaften
 Speyer Alemania

SUMARIO: I. EL NACIMIENTO DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA ALEMANA. II. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES Y LEGALES DEL SISTEMA VIGENTE. 1. *Elementos de la Ley Fundamental*. A) La garantía de la tutela judicial del artículo 19.IV GG. a) La universalidad de la tutela jurisdiccional. b) La efectividad de la tutela judicial. B) Los derechos fundamentales como garantías procedimentales. C) Los artículos 101 y 103 GG. D) Los artículos 92, 95, 97 y 98 GG. 2. *Fundamentos legales*. A) Las tres leyes procesales de la justicia administrativa; en particular, la Ley de la jurisdicción administrativa general de 1960. B) El debate en torno a la unificación de las normas procesales de la justicia administrativa. III. ELEMENTOS BÁSICOS DEL PROCEDIMIENTO PRINCIPAL DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA GENERAL. 1. *El ámbito de la jurisdicción y la cláusula general del artículo 40 VwGO*. 2. *Las clases de acciones y sus presupuestos especiales de procedibilidad para la obtención de una sentencia de fondo*. A) La acción impugnatoria o de anulación. a) Procedencia de la acción impugnatoria. b) Legitimación para recurrir. c) La necesidad de un procedimiento administrativo previo. d) Plazo para recurrir. e) Fundamentación de la acción impugnatoria. B) La demanda de imposición o de condena a dictar un acto. a) Procedencia de la demanda de imposición. b) Legitimación para recurrir. c) La necesidad de un procedimiento administrativo previo. d) Plazo para recurrir. e) Fundamentación de la demanda de imposición. C) La demanda general de prestación. a) Procedencia de la demanda general de prestación. b) Legitimación para recurrir. c) Procedimiento administrativo previo y plazo para recurrir. d) Fundamentación de la demanda general de prestación. D) La acción declarativa. a) La procedencia de la acción declarativa. b) Subsidiariedad de la acción declarativa. c) El interés de la declaración. d) Procedimiento administrativo previo y plazo para recurrir. e) Fundamentación de la acción declarativa. E) El proceso contencioso-administrativo para el control de normas. a) Procedencia del control judicial de las normas. b) La legitimación para solicitar la revisión judicial. c) Procedimiento administrativo previo y plazo para recurrir. d) Fundamentación de la solicitud del control normativo. 3. *Recursos*. A) La apelación. B) La casación. C) La súplica. 4. *Principios del proceso contencioso-administrativo*. IV. LA TUTELA CAUTELAR. 1. *La tutela cautelar como mandato constitucional*. 2. *Efecto suspensivo y procedimiento de suspensión (arts. 80, 80a VwGO)*. A) La suspensión en las relaciones jurídicas bilaterales. B) La suspensión en las relaciones jurídicas multilaterales. C) Recursos. 3. *Las medidas cautelares del artículo 123 VwGO*. A) Las medidas de aseguramiento y

* Traducción realizada por Javier BARNES. El traductor agradece las observaciones del autor del trabajo para la más rigurosa traducción del texto alemán.

las de regulación. B) Causa de la medida y pretensión de la medida. C) La prohibición de anticipar la resolución sobre el fondo. D) La medida cautelar en el proceso en materia de control de normas. E) Recursos. V. LA EJECUCIÓN DE LAS RESOLUCIONES JURISDICCIONALES EN EL PROCESO ADMINISTRATIVO. VI. ¿LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA ALEMANA EN UNA ENCRUCIJADA? Abreviaturas.

I. El nacimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa alemana

«La Ley y el Derecho sólo tienen significado y fuerza real cuando tienen a su disposición la posibilidad de un pronunciamiento judicial que haga efectiva su consecución». Esta afirmación de Otto BÄHR, que se contiene en su obra *El Estado de Derecho*¹, aparecida en 1864, pone de relieve que el desarrollo y evolución del concepto de «Estado de Derecho» estuvo anudado en Alemania, desde época temprana, a la exigencia del control judicial de la acción administrativa. Fue durante la década de los sesenta y setenta, en el siglo XIX, cuando se dieron los pasos más decisivos para la construcción del recurso contencioso-administrativo. En 1863 Baden creó una jurisdicción administrativa independiente²; pronto le siguieron Prusia (1872-1875)³, Hessen (1874-1875)⁴, Württemberg (1876) y Bayern (1878), por citar sólo a la línea de

¹ O. BÄHR, *Der Rechtsstaat. Eine publicistische Skizze*, Kassel-Göttingen, 1864 (reimpresión, Aalen, 1961), pág. 12.

² Cfr. M. RAPP, «100 Jahre Badischer Verwaltungsgerichtshof», en H. R. KÜLZ-R. NAUMANN (editores), *Staatsbürger und Staatsgewalt. Verwaltungsrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit in Geschichte und Gegenwart*, vol. 1, Karlsruhe, 1963, págs. 1-24; E. WALZ, «100 Jahre Verwaltungsgerichtsbarkeit in Baden», en M. BARING (editor), *Aus 100 Jahren Verwaltungsgerichtsbarkeit*, Köln-Berlin-Bonn-Munich, 1963, págs. 102-103.

³ Cfr. U. STUMP, *Preußische Verwaltungsgerichtsbarkeit 1875-1914. Verfassung-Verfahren-Zuständigkeit*, Berlín, 1980; G. C. VON UNRUH, «Zur verfassungsrechtlichen Bedeutung der Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Preußen», *JURA*, 1982, págs. 113-126; H. EGIDI, «Paul Persius, der Schöpfer der Preußischen Verwaltungsgerichtsbarkeit», en BARING (nota anterior), págs. 18-40.

⁴ Cfr. J. WEITZEL, «100 Jahre Verwaltungsgerichtsbarkeit in Hessen», *DVBl.*, 1975, págs. 869-873.

vanguardia de los *Länder*⁵. Señaladamente la jurisprudencia prusiana abrió nuevos caminos para la moderna justicia administrativa. Alcanzaron celebridad la Sentencia «Kreuzberg», de 14 de junio de 1882⁶, dictada contra el pensamiento jurídico del Estado-providencia, o las Sentencias «Weber» (tejedores), de los años 1893, 1894 y 1896, que levantaron la prohibición de representar una pieza de teatro, con el mismo título, escrita por el dramaturgo Gerhard Hauptmann⁷.

Dependiendo de la amplitud que se le quiera dar al concepto y a los criterios que definen la justicia administrativa, su origen habrá de situarse en los comienzos del siglo XIX⁸, o al inicio de la Edad Moderna⁹. La rigurosa separación que entre el Derecho Público y el Privado tomara cuerpo en el curso de la pasada centuria llevó, de un lado, a limitar el

⁵ Respecto de las diferentes jurisdicciones administrativas de los Estados alemanes, señaladamente Baden, Prusia y Württemberg, *vid.* E. TROSTEL, «Die Verwaltungsgerichtsbarkeit von der Gründung bis zum Ausgang des Kaiserreichs», *DVBl.*, 1975, págs. 846-857.

⁶ PrOVGE 9, 353-384. Sobre el influjo de la jurisprudencia del Tribunal Administrativo Superior de Prusia sobre el urbanismo, *vid.* H. SCHRÖDTER, «Vom Kreuzbergurteil zur Bauregelungsverordnung», *DVBl.*, 1975, págs. 846-857.

⁷ En tal sentido, L. FREGE, «Der Status des Preußischen Oberverwaltungsgerichtes und die Standhaftigkeit seiner Rechtsprechung auf politischem Gebiet», en Külz-Naumann (nota 2), págs. 131, 140 y sigs.

⁸ Cfr. C. F. MENGER, «Der Schutz der Grundrechte in der Verwaltungsgerichtsbarkeit», en K. A. BETTERMANN-H. C. NIPPERDEY-U. SCHEUNER (editores), *Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*, vol. 3, 2, Berlín, 1959, págs. 717, 719 y sigs.; W. RÜFNER, «Verwaltungsrechtsschutz im 19. Jahrhundert vor Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit», *DÖV*, 1963, págs. 719-726.

⁹ *Vid.* v. gr., J. POPITZ, «Die Anfänge der Verwaltungsgerichtsbarkeit», en *AöR, N. F.*, vol. 33 (1943), págs. 158-221; M. SELLMANN, «Der Weg zur neuzeitlichen Verwaltungsgerichtsbarkeit—ihre Vorstufen und dogmatischen Grundlagen», en KÜLZ-NAUMANN (nota 2), págs. 25-86; respecto del siglo XVII, *vid.* también W. RÜFNER, *Verwaltungsrechtsschutz in Preußen von 1749 bis 1842*, Bonn, 1962, así como, del mismo autor: «Verwaltungsrechtsschutz in Preußen im 18. und in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts», en H. U. ERICHSEN-W. HOPPE-A. V. MUTIUS (editores), *System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes. Festschrift für Christian-Friedrich Menger zum 70. Geburtstag*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1985, págs. 3-20.

ámbito de la jurisdicción ordinaria¹⁰ y, de otro, al nacimiento de una «justicia administrativa», esto es, a la creación de órganos administrativos de autocontrol¹¹ (el Consejo Secreto, a que se refiere el artículo 60 de la Constitución de Württemberg de 1819¹², dotado de una instancia de recursos, constituye un buen ejemplo en tal sentido¹³). Normalmente, fue el Consejo de Estado francés, en su forma originaria, el modelo que sirvió de inspiración (el cual, por cierto, al margen de la reforma provisional que tuvo lugar durante la II República, no adquirió la forma de órgano jurisprudencial hasta el año 1872)¹⁴. Era, pues, comprensible que el ciudadano desconfiara de una «justicia administrativa» integrada en la propia Administración. De ahí que la Constitución de la *Paulskirche* de 1849¹⁵ dispusiera: «Queda abolida la justicia administrativa; los tribunales resolverán sobre cualquier infracción». Con ello no se abolía la jurisdicción contencioso-administrativa, todavía inexistente, sino que, por contra, se ponían las bases constitucionales para una efectiva revisión judicial de la

¹⁰ Sin embargo, parece avanzado, por ejemplo, el art. 49.1 de la Constitución del Reino del Sachsen de 1831 (se contiene en K. H. L. PÖLITZ, *Die europäischen Verfassungen seit dem Jahre 1789 bis auf die neueste Zeit*, vol. 1, Leipzig, 1832, págs. 220-228): «La vía judicial estará abierta a todo el que crea lesionado sus derechos por un acto de la Administración estatal». Sin embargo, la amplia reserva en favor de la ley (apartado 2.º del precepto constitucional) se preocupó por que la vía jurisdiccional apenas tuviera cumplimiento en la práctica: «Una ley especial establecerá las excepciones y determinaciones que sean necesarias para que el ejercicio de tales poderes no impida la buena marcha de la Administración».

¹¹ Cfr. W. RÜFNER, «Verwaltungsrechtsschutz im 19. Jahrhundert vor Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit», *DÖV*, 1963, págs. 719-726.

¹² EL texto de la Constitución se encuentra en K. H. L. PÖLITZ (nota 10), págs. 434-458; igualmente en H. BOLDT (editor), *Reich und Länder. Texte zur deutschen Verfassungsgeschichte im 19. und 20. Jahrhundert*, Munich, 1987, págs. 290-334.

¹³ Para mayor detalle, K. REIMOLD, *Der Württembergische Geheime Rat als oberste Administrativjustizbehörde, Disertación*, Tübingen, 1985.

¹⁴ Respecto del paso de la «justice retenue» a la «justice déléguée», vid. por todos G. VEDEL-P. DEL VOLVE, *Droit administratif*, 9.ª ed., Paris, 1984, pág. 121 y sigs.

¹⁵ RGBl., 1849, pág. 101; editada en R. SCHUSTER-H. U. EVERS (editores), *Alle deutschen Verfassungen*, Munich, 1985, pág. 29 y sigs.

acción administrativa. Sin embargo, como es sabido, esta Constitución, emanada de la Asamblea Nacional de Frankfurt, y que tan avanzada fue para su tiempo, no llegó a entrar en vigor.

Dos cuestiones se encuentran en el centro del debate decimonónico acerca de la creación del control jurisdiccional de la Administración y cuyo conocimiento resulta hoy determinante para comprender la justicia administrativa. La primera se expresa en los siguientes términos: ¿Debe instrumentarse la revisión judicial a través de la jurisdicción ordinaria o bien por medio de tribunales especiales? Mientras Otto BÄHR, aún en primera línea, era partidario de confiar su control a la experimentada jurisdicción ordinaria, Rudolf VON GNEIST sobresalió por aferrarse con fuerza a la opción de una jurisdicción contencioso-administrativa independiente¹⁶. Las mencionadas reformas de Baden y Prusia apostarían por una jurisdicción administrativa especializada. Al principio consiguió la independencia material, personal o institucional, tal como hoy se entiende, sólo la más alta instancia (el Tribunal Administrativo Superior). Por lo demás, la jurisdicción contenciosa sólo era competente para conocer de ciertas causas tasadas (principio de enumeración, vigente incluso durante la República de Weimar)¹⁷. La apertura o universalidad de la vía contenciosa a través de una cláusula general debió esperar a la segunda postguerra¹⁸ *.

¹⁶ R. GNEIST, *Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland*, 2.ª ed., Berlín, 1879, pág. 233 y sigs.; del mismo autor, «Bericht auf dem zwölften deutschen Juristentag», en *Verhandlungen des zwölften deutschen Juristentages* (1875), vol. 3, págs. 221-241.

¹⁷ R. GRAWERT, «Verwaltungsrechtsschutz in der Weimarer Republik», en ERICHSEN-HOPPE-V. MUTIUS (nota 9), págs. 35 y 51. En E. R. HUBER, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, vol. 6. Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 1981, pág. 574, puede leerse: «Estuvo vigente entonces el principio de enumeración por medio de una limitada cláusula general, como se había establecido en Prusia y en los Estados alemanes centrales». Vid. también O. KIMMINICH, «Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Weimarer Republik», *VBW*, 1988, págs. 372, 376.

¹⁸ Cfr. CHULE, *Verwaltungsprozeßrecht*, 9.ª ed., Munich, 1987, § 5 (pág. 32 y sigs.).

* Por virtud de las denominadas cláusulas generales, se le atribuye a

La segunda cuestión hace referencia a los fines de la jurisdicción contencioso-administrativa: ¿Sirve a la tutela subjetiva del individuo o, por contra, tiene por objeto la defensa de la legalidad objetiva? Mientras el sistema del sur de Alemania se basó en la tutela de los derechos subjetivos del ciudadano, la concepción prusiana aspiraba en primer término a garantizar la inviolabilidad del ordenamiento jurídico objetivo; la tutela judicial de los derechos subjetivos era, pues, secundaria¹⁹. Como habrá ocasión de abundar más adelante, fue la promulgación de la Ley Fundamental (*Grundgesetz*, en adelante GG) de 1949 la que consagró definitivamente la idea de la tutela judicial del individuo, lo que tampoco impide, desde luego, que la jurisdicción administrativa sirva, al mismo tiempo, aunque en forma mediata, a la defensa de la legalidad objetiva²⁰.

la jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento de todos los asuntos jurídico-públicos, excepto los que tengan naturaleza constitucional (*vid.* art. 40 de la Ley Jurisdiccional alemana). Se renuncia, pues, a enumerar los asuntos de que conoce (N. del T.).

¹⁹ Cfr. MENER (nota 8), pág. 723 y sigs.; O. BÜHLER ya observó que la justicia administrativa prusiana y la de Württemberg se encontraban «en la mayor contradicción» (*Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung*, Berlin-Stuttgart-Leipzig, 1914, pág. 320). Por contra, el que sería conocido como el representante de la concepción meridional alemana, O. v. SARWEY, tuvo presente con mayor fuerza las analogías existentes entre la jurisdicción prusiana y la de Württemberg (*Das öffentliche Recht und die Verwaltungsgrechtspflege*, Tübingen, 1880, § 20, en particular, págs. 407 y sigs., 415). En relación con la concepción básica del proceso prusiano, el Tribunal Administrativo Superior de Prusia declaró en su sentencia de 5.V.1877 (PROVGE 2, 399, 404): «El punto de vista determinante de esta legislación de cara a precisar su perfil es el del control judicial. Allí donde se encuentre un interés jurídicamente protegido, un derecho subjetivo, sea de una persona física individual o de una corporación, por cuya virtud puedan verse afectadas las exigencias del interés general y entrar en conflicto con éstas, no podrá decidir la Administración por sí misma, sino los Tribunales Administrativos, y el proceso ante éstos hace que a la Administración le corresponda en el asunto el papel de parte».

²⁰ Resulta concluyente W. KREBS, «Subjektiver Rechtsschutz und objektive Rechtskontrolle», en EIRICHSEN-HOPPE-V. MUTIUS (nota 9), págs. 191, 210: «La tutela subjetiva incluye —aunque circunscrita a la salvaguarda de su función— el control judicial objetivo».

No se produjo, sin embargo, una evolución rectilínea, como se pone de relieve en los retrocesos habidos en el propio siglo XX. Durante el régimen nacional-socialista, se mantuvo la jurisdicción en términos institucionales; en 1941, aprovechando unos planes de reforma que traían su origen del régimen de Weimar, se disuelven los tribunales administrativos superiores de Prusia y Viena y determinados tribunales superiores de carácter especial²¹, y se crea por decreto del *Führer* un tribunal administrativo del *Reich*²². La jurisdicción contencioso-administrativa pronto sufriría toda una suerte de embates desde diversos frentes: la exención de las decisiones «políticas»; la creación de jurisdicciones especiales; el creciente influjo del pensamiento jurídico nacional-socialista²³. Por consecuencia, desapareció la tutela subjetiva en los ámbitos más relevantes o bien quedó fuertemente comprometida²⁴. El «Decreto del *Führer* y Canciller Imperial sobre la simplificación de la Administración», de 28 de agosto de 1939²⁵, había hecho depender la admisibilidad del propio proceso judicial,

²¹ Tribunal Disciplinario del Imperio; el Tribunal de Economía del Imperio; el Tribunal Superior de Traslados; el Tribunal Superior en materia de agua y de corporaciones de suelo y el de indemnización.

²² RGBl., 1941, I, pág. 201. Para mayor detalle, W. KOHL, *Das Reichsverwaltungsgericht. Ein Beitrag zur Entwicklung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland*, Tübingen, 1991, págs. 452-484.

²³ Cfr. C. KIRCHBERG, «Die Selbstentmachtung der Verwaltungsgerichtsbarkeit im Dritten Reich», *VBlBW*, 1988, págs. 379-381; H. WALTER, *Die nationalsozialistische Staatsauffassung in der Rechtsprechung des Preußischen Oberverwaltungsgerichts. Dargelegt an ausgewählten Beispielen rechtsstaatlicher Grundsätze*, Berlín, 1974, págs. 92-178. No pueden olvidarse, desde luego, aquellos fallos de la jurisdicción contencioso-administrativa que apelando al Derecho positivo en contradicción con la ideología nacional-socialista siguieron aferrados a los principios del Estado de Derecho. Observación que resulta especialmente aplicable a una parte de la jurisprudencia del Tribunal Administrativo Superior de Prusia bajo la presidencia de Bill Drews (hasta 1937).

²⁴ Cfr. en particular M. STOLLEIS, «Die Verwaltungsgerichtsbarkeit im Nationalsozialismus», en EIRICHSEN-HOPPE-V. MUTIUS (nota 9), pág. 57, señaladamente, pág. 64 y sigs.; W. RUFNER, en K. G. A. JESERICH-H. POHL-G. C. VON UNRUH (editores), *Deutsche Verwaltungsgeschichte*, vol. 4, Stuttgart, 1985, págs. 1099-1113; KOHL (nota 22), págs. 399-451.

²⁵ RGBl., 1939, I, pág. 1535.

de la aceptación discrecional de la Administración²⁶. Finalmente, por acuerdo del Parlamento federal alemán, de 26 de abril de 1942, se sometió la jurisdicción contencioso-administrativa, como las restantes órdenes jurisdiccionales, «a la autoridad del Führer y Canciller Imperial, en cuanto soberano judicial»²⁷.

Después de 1945, se restableció nuevamente la jurisdicción contencioso-administrativa, incluso en los *Länder* que se encontraban en la zona de ocupación soviética; no obstante, en 1952²⁸, sería abolida en la República Democrática Alemana, a pesar de que el artículo 138 de su Constitución de 1949²⁹ atribuía la tutela judicial del ciudadano a la jurisdicción contencioso-administrativa. Se consideró incompatible el control judicial de la actividad administrativa con el principio de unidad del poder del Estado socialista. El ex-presidente del Consejo de Estado (de la República Democrática), Walter Ulbricht, concluyó —con carácter vinculante— en la Conferencia de Babelsberg celebrada en 1958 que no podía seguir hablándose en el Estado Socialista del «Derecho Administra-

²⁶ Vid. en tal sentido STOLLEIS (nota 24), 65 y sigs.; KOHL (nota 22), pág. 440 y sigs. Como consecuencia de la práctica administrativa, en exceso restrictiva con tales admisiones, una Circular de 11 de agosto de 1941 declaró que la accesibilidad a la revisión judicial era la regla general.

²⁷ Cfr. G. C. VON UNRUH, en K. G. A. JESERICH-H. POHL-G. C. VON UNRUH (editores), *Deutsche Verwaltungsgeschichte*, vol. 5, Stuttgart, 1987, pág. 1178 y sigs.

²⁸ Cfr. la Ley sobre la más extensa democratización de las estructuras y de la forma de trabajar de los órganos estatales en los *Länder* de la República Democrática Alemana, de 23 de julio de 1952 (*Boletín de Alemania Oriental* de 1952, pág. 613), a través de la cual se suprimen los *Länder* y se sustituyen por distritos (*Bezirke*), y asimismo vid. la Ley de constitución de los Tribunales de 2 de octubre de 1952 (*Boletín* de 1952, pág. 983). A los principios de esta Ley se refiere, entre otros, H. BENJAMÍN en la obra colectiva: *Zur Geschichte der Rechtspflege der DDR 1949-1961*, Berlín (Ost), 1980, pág. 121: «Aseguraron una vez más la unidad del poder estatal socialista, el abandono del principio de la división de poderes y subrayaron la función política del poder judicial y de la jurisprudencia. Se proyectó el pensamiento de Lenin sobre el papel y la misión de los Tribunales».

²⁹ Boletín de 1949, I, pág. 5; también se encuentra en SCHUSTER-EVERS (nota 14), pág. 189 y sigs.

tivo», una rama del Derecho que se había introducido con la maquinaria burocrática del Estado capitalista³⁰. Sin perjuicio de la existencia del recurso administrativo para ciertos ámbitos particulares, en lugar de un procedimiento formal de defensa ante tribunales independientes³¹, se introdujo la súplica, cuyo éxito dependía más de criterios de oportunidad política que de parámetros jurídicos generales y abstractos. Se concibieron estas súplicas o peticiones más como instrumentos de colaboración en la configuración de la sociedad socialista que como recursos de carácter jurídico³². Hasta los años setenta no se atenuó esta marginación del Derecho Administrativo; posteriormente, la Ley de 14 de diciembre de 1988³³, basándose en los trabajos previos del administrativista de Jena, Wolfgang BERNET³⁴, estableció³⁵ la justiciabilidad de un número muy

³⁰ W. ULBRICHT, «Die Staatslehre des Marxismus/Leninismus und ihre Anwendung in Deutschland», en *Staats- und rechtswissenschaftliche Konferenz in Babelsberg am 2. und 3. April 1958. Protokoll*, Berlín, 1958, pág. 35; también citado en W. BERNET, «Das Problem der Gerichtsbarkeit über Verwaltungssachen in der Entwicklung der DDR», *DÖV*, 1990, págs. 409, 412.

³¹ Las comisiones para la resolución de recursos, creadas en 1969, tuvieron muy escasa vida ante las representaciones territoriales del pueblo; la población reaccionó con desconfianza. Pocos años más tarde serían de nuevo suprimidas. Cfr. BERNET (nota 30), pág. 413; K. J. KUSS, «Gerichtliche Verwaltungskontrolle in der DDR — Entstehungsgeschichte und intrasozialistische Standortbestimmung —», *ROW*, 1989, págs. 209, 211 y sigs.

³² Cfr. H. POHL, «Verwaltungsrechtsschutz», en F. KÖNIG (editor), *Verwaltungsstrukturen der DDR*, Baden-Baden, 1991, págs. 263, 264 y sigs. Respecto de la súplica, vid. también W. BERNET, «Eingaben als Ersatz für Rechte gegen die Verwaltung in der DDR», en *Kritische Justiz*, vol. 23 (1990), págs. 153-161.

³³ Ley sobre la competencia y el proceso judicial de revisión de resoluciones administrativas («Gesetz über die Zuständigkeit und das Verfahren der Gerichte zur Nachprüfung von Verwaltungsentscheidungen»), *Gesetzblatt der DDR*, 1988, I, pág. 327.

³⁴ Una referencia en KUSS (nota 31), notas 5 y 49, así como en BERNET (nota 30), notas 29-31; W. BERNET, *Staatliche Leitung und Sicherung der Bürgerrechte*, Disc. B (mecanografiada), Jena, 1978, pág. 421 y sigs.; del mismo autor: «Gerichtliche Nachprüfbarkeit von Verwaltungsakten in der DDR?», en F. BOLCK (editor), *Bürger im sozialistischen* (Nota 35 en pág. sig.)

limitado de materias ante los tribunales generales y a través de un procedimiento no contradictorio³⁶.

La República Democrática Alemana implantó la garantía de la tutela judicial³⁷, conforme al modelo del artículo 19.IV GG³⁸, tras la apertura que traería el Tratado estatal de 18 de mayo de 1990³⁹; después, con la entrada en vigor del Tratado de la Unificación, el 3 de octubre de 1990⁴⁰, se hizo extensivo a los territorios de la antigua República Democrática, en sus partes más sustantivas, el proceso contencioso de la República Federal Alemana, altamente desarrollado. El régimen transitorio afecta básicamente a la organización de la planta judicial⁴¹. La construcción de la jurisdicción contencioso-

Recht (= Wissenschaftliche Beiträge der Friedrich-Schiller-Universität Jena), Jena, 1983, pág. 48 y sigs.

³⁵ Vid. K. A. CHRISTOPH, «Erweiterung des gerichtlichen Rechtsschutzes in Verwaltungsangelegenheiten», *Neue Justiz*, 1989, págs. 11-13; G. A. LÜBCHEN-R. BRACHMANN, *Zuständigkeit und Verfahren der Gerichte zur Nachprüfung von Verwaltungsentscheidungen*, *ibidem*, págs. 13-17; KUSS (nota 31), págs. 209-217; C. H. ULE, «Gerichtliche Nachprüfung von Verwaltungsentscheidungen in der DDR», *DVBl.*, 1989, págs. 581-589; S. LÖRDER, «Verwaltungsgerichtsbarkeit - ein Attribut des sozialistischen Rechtsstaat in der DDR?», *DÖV*, 1989, págs. 801-806; O. KRINGE, «Gerichtlicher Rechtsschutz gegen Verwaltungsentscheidungen in der DDR», *NJW*, 1989, págs. 2450-2452; BERNET (nota 30), pág. 415 y sigs.

³⁶ El órgano administrativo cuya resolución debía revisarse no se constituía en parte del procedimiento; se consideraba como una afrenta al modelo de sociedad socialista la contradicción procesal entre el ciudadano y el Estado.

³⁷ Véase el art. 6 del Tratado estatal a que se hace referencia en la nota 39.

³⁸ Respecto de este punto véase ahora *infra* II.1.A).

³⁹ Tratado de creación de la Unión Social, Económica y Financiera entre la República Federal y la República Democrática de Alemania; BGBl., 1990, II, pág. 537.

⁴⁰ Tratado entre la República Federal de Alemania y la República Democrática de Alemania sobre la Unión de Alemania, BCBl., 1990, II, pág. 889.

⁴¹ Véase anexo I, Capítulo III.A), apartado III, núm. 1, letra *t*) y *u*) del Tratado de la Unión. Cfr. en particular P. STELKENS, «Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit im Gebiet der früheren DDR - Die Rechtslage aufgrund des Einigungsvertrags», *DiZ*, 1991, págs. 7-12.

administrativa en los nuevos *Länder*⁴² constituye una de las tareas nucleares en la edificación del Estado de Derecho sobre los antiguos territorios de la República Democrática. Con todo, la adhesión de los cinco nuevos *Länder* no dejará de tener consecuencias sobre el proceso contencioso-administrativo de la República Federal y el alto nivel alcanzado. El proyecto de ley sobre «descongestión de la justicia», presentado por diez *Länder*⁴³ en el Consejo Federal (*Bundesrat*), afirma que, a la vista de la escasez de personal, problema no superable con los medios habituales —también la justicia en los antiguos *Länder* se encuentra al límite de sus fuerzas, habida cuenta de la transferencia de personal que se ha producido en favor de los nuevos— deben «agotarse todas las posibilidades de simplificación y de racionalización de los procedimientos judiciales»⁴⁴.

II. Fundamentos constitucionales y legales del sistema vigente

Como ya hemos notado, la jurisdicción contencioso-administrativa se restauró en las diversas zonas de ocupación cuando terminó la Segunda Guerra Mundial⁴⁵. En 1949 se crearían las bases constitucionales para el establecimiento de una jurisdicción administrativa independiente y efectiva, tanto para el territorio ocupado por las tres potencias occidentales como en Berlín. Aunque en 1952 se creara el Tribunal Administrativo Federal (*Bundesverwaltungsgericht*), con sede en Berlín⁴⁶, no entraría en vigor la ley de la jurisdicción

⁴² Cfr. al respecto W. HEERMANN, «Aufbau einer Verwaltungsgerichtsbarkeit in den neuen Bundesländern», *BayVBl.*, 1991, págs. 388-393.

⁴³ Baden-Württemberg, Bayern, Berlin, Brandenburg, Bremen, Mecklenburg-Vorpommern, Nordrhein-Westfalen, Sachsen, Sachsen-Anhalt y Thüringen.

⁴⁴ Bundesrats-Drucksache (Boletín del Consejo Federal) 314/81, de 24 de mayo de 1991, pág. 1.

⁴⁵ Véase sobre este punto C. H. ULE, «Die geschichtliche Entwicklung des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes in der Nachkriegszeit», en ERICHSEN-HOPPE-V. MUTIUS (nota 9), págs. 81-103.

⁴⁶ BGBl., 1952, I, pág. 625.

contencioso-administrativa unificada para todo el territorio federal hasta el 1 de abril de 1960. Han fracasado hasta el momento los intentos de reformar las jurisdicciones administrativas especiales (social y financiera), iniciados en época temprana, con el propósito de crear un procedimiento jurisdiccional común. Las reformas más recientes se han limitado a disciplinar y simplificar el sistema de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa como base procesal de la jurisdicción administrativa general.

1. LOS ELEMENTOS DE LA LEY FUNDAMENTAL

Como reacción a las experiencias del *III Reich*, el constituyente se preocupó especialmente por garantizar una jurisdicción independiente y ofrecer una tutela judicial efectiva que defendiera al individuo frente a las violaciones de los poderes públicos en su esfera jurídica. La garantía de la tutela judicial efectiva del individuo que contiene la Constitución es el corolario del estricto carácter normativo de la GG, tal como se desprende con toda claridad del artículo 1.III GG en relación con los derechos fundamentales * y garantiza, por su parte, el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*).

A) La garantía de la tutela judicial del artículo 19.IV GG (*Rechtsschutzgarantie*)

«Toda persona cuyos derechos sean vulnerados por el poder público, podrá recurrir a la vía judicial. Si no hubiese otra jurisdicción competente para conocer del recurso, quedará abierta la vía judicial ordinaria». Así rezan los dos primeros incisos del artículo 19.IV GG que han sido considerados como la «coronación del Estado de Derecho» (*Krönung des Rechtsstaates*)⁴⁷. En realidad, este precepto constitucional,

* El precitado artículo indica que «los siguientes derechos fundamentales (entre los que se encuentra el derecho a la tutela judicial efectiva, con sede en el art. 19.IV GG) vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial a título de derecho directamente aplicable» (*N. del T.*).

⁴⁷ G. J. EBERS, «Die Verwaltungs- und Verfassungsgerichtsbarkeit in

en cuanto constituye el «derecho procedimental básico»⁴⁸ por excelencia, tiene una importancia capital en la ampliación de los controles judiciales que sobre la Administración se ejercen. De tal precepto, se infieren en particular dos mandatos básicos: la universalidad de la jurisdicción —la complitud de la tutela o ausencia de lagunas (*Lückenlosigkeit*)—, de un lado, y la efectividad de la tutela, de otro.

a) La universalidad de la tutela jurisdiccional (*Lückenlosigkeit des Rechtsschutzes*)

Por de pronto, la complitud de la tutela judicial hace referencia a dos elementos. En primer término, la tutela ha de recabarse frente a un acto del poder público; en segundo lugar, el actor debe invocar la violación de un derecho propio.

1. A los efectos del artículo 19.IV GG, el Tribunal Constitucional Federal incluye en el concepto de «poder público» sólo al ejecutivo alemán; no al poder judicial («la tutela se garantiza a través del juez, no contra él»; «*Schutz durch den Richter, nicht gegen den Richter*»)⁴⁹, ni, menos aún, al legislador⁵⁰. De la exclusión del poder judicial se infiere que el artículo 19.IV GG no garantiza un proceso con más instancias⁵¹ *, lo que no impide tampoco que el legislador pueda añadir sobre el estándar mínimo exigible —una instancia— los recursos que tenga por conveniente. Ahora bien, si el legislador estableciera otras instancias o recursos, el artículo 19.IV GG prohibiría obstaculizar «el acceso a la siguiente

Österreich», en *Verfassung und Verwaltung in Theorie und Wirklichkeit, Festschrift für Wilhelm Laforet*, Munich, 1952, págs. 269, 271.

⁴⁸ F. KLEIN, «Tragweite der Generalklausel in Art. 19. Abs. 4 des Bonner Grundgesetzes», en *VVDStRL*, vol. 8 (1950), págs. 67, 88.

⁴⁹ BVerfGE 15, 275, 280, con referencia a Dürig; véase también BVerfGE 22, 106, 110; 49, 329, 340; 65, 76, 90; 76, 93, 98.

⁵⁰ BVerfGE 24, 33, 49 y sigs.; 45, 297, 334.

⁵¹ Cfr. sólo BVerfGE 49, 329, 340; 65, 76, 90; 78, 88, 99; véanse las reflexiones que desde la perspectiva general del Estado de Derecho se contienen en BVerfGE 4, 74, 94 y sigs.

* Es decir, no comprende lo que en nuestro ordenamiento denominamos «derecho a la doble instancia» o «derecho al recurso» (*N. del T.*).

instancia de forma irrazonable o materialmente injustificada»⁵². En caso de que se lesionen los derechos fundamentales, el artículo 93.1.4.a) GG brinda la posibilidad de interponer el recurso de amparo también contra las resoluciones judiciales. Este precepto constitucional entiende el concepto de «poder público» en su más amplio sentido.

Por lo que hace al control de las leyes, la opinión del Tribunal Constitucional Federal, según la cual los actos del legislativo no son actos del «poder público» en el sentido a que se refiere el artículo 19.IV GG, ha sido impugnada por la doctrina⁵³. Con todo, se trata de una polémica de corte académico, por cuanto la Ley Fundamental contiene en cualquier caso preceptos específicos que contemplan expresamente la posibilidad de controlar la ley formal. El artículo 100.I GG, en concreto, determina que los tribunales no pueden limitarse a inaplicar la ley formal de cuya inconstitucionalidad estén convencidos, sino que deberán elevar la

⁵² BVerfGE 49, 329, 341 (jurisprudencia constante).

(También nuestra jurisprudencia constitucional —inspirada, sin duda, en esta concepción— ha sido reiterada y constante en igual sentido. *N. del T.*)

⁵³ Incluyen al legislativo dentro del «poder público», por ejemplo, K. A. BETTERMANN, «Der Schutz der Grundrechte in der ordentlichen Gerichtsbarkeit», en K. A. BETTERMANN-H. C. NIPPERDEY- U. SCHEUNER (editores), *Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*, vol. 3, 2.º, Halbb., Berlín, 1959, págs. 779, 789 (pero en forma distinta en *AöR*, 1961, 129, 155 y sigs.); del mismo autor: «Zur Verfassungsbeschwerde gegen Gesetze und zum Rechtsschutz des Bürgers gegen Rechtssetzungsakte der öffentlichen Gewalt», *AöR*, vol. 86 (1961), págs. 129, 153 y sigs.; W. R. SCHENKE, «Art. 19 Abs 4 GG (1982)», en *Bonner Kommentar*, núm. marg. 249 y sigs.; E. SCHMIDT-ABMANN, «Art. 19 Abs. 4 GG» (1985), en MAUNZ-DÜRIG-HERZOG-SCHOLZ, *Grundgesetz. Kommentar*, vol. 1, 3.ª ed., Munich, 1990; H. J. PAPIER, «Rechtsschutzgarantie gegen die öffentlichen Gewalt», en J. ISENSEE-P. KIRCHHOF (editores), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, vol. 6, Heidelberg, 1989, págs. 1233, 1249 (núm. marg. 24 y sigs.). Por el contrario, participan de la opinión del Tribunal Constitucional Federal: K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 17.ª ed., Heidelberg, 1990, pág. 135 (núm. marg. 337); B. PIEROTH-B. SCHLINK, *Grundrechte. Staatsrecht*, II, 6.ª ed., Heidelberg, 1990 (núm. marg. 1098), pág. 260 y sigs.; H. D. JARASS-B. PIEROTH, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, Munich, 1989, art. 19 (núm. marg. 25).

cuestión ante el Tribunal Constitucional Federal; ello significa implícitamente que los tribunales tienen la obligación de cuestionar la constitucionalidad de las leyes aplicables al caso, conforme al principio de jerarquía normativa. Siempre que las leyes requieran para el caso concreto la aplicación del ejecutivo, los tribunales llevarán a cabo un control normativo incidental, teniendo el Tribunal Constitucional Federal el monopolio de rechazo o expulsión del ordenamiento, por cuanto el parámetro de control reside en la Ley Fundamental⁵⁴. En cambio, cuando la ley parlamentaria genere de forma excepcional una lesión inmediata o directa en los derechos fundamentales del individuo, señaladamente porque deba hacerse efectiva sin intermediación de acto alguno, podrá recabarse la tutela judicial a través de la interposición directa del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional Federal, por lo menos en caso de que fuera irrazonable provocar previamente una resolución administrativa para su consiguiente impugnación ante los tribunales especiales⁵⁵.

La tutela judicial comprende todos los actos del ejecutivo que sean susceptibles de generar una lesión jurídica sobre los derechos y libertades. No pueden existir, pues, actos excluidos *per se* de la revisión jurisdiccional, con la excepción de aquellos actos que carezcan de eficacia externa y, por consi-

⁵⁴ Como las leyes formales emanadas de los *Länder* son contrastadas con la Constitución de aquéllos, compete a los Tribunales Constitucionales de los *Länder* el examen de su constitucionalidad. Sobre la justicia constitucional de los *Länder*, cfr. C. PESTALOZZA, *Verfassungsprozeßrecht. Die Verfassungsgerichtsbarkeit des Bundes und der Länder mit einem Anhang zum Internationalen Rechtsschutz*, 3.ª ed., Munich, 1991, págs. 372-654. El control de constitucionalidad de la Ley del *Land* en relación con la GG compete exclusivamente al Tribunal Constitucional Federal.

⁵⁵ Respecto de los presupuestos para interponer el recurso de amparo contra leyes, en particular también en lo que hace al carácter subsidiario del recurso frente a la tutela jurisdiccional especializada, cfr. especialmente K. SCHLAICH, *Das Bundesverfassungsgericht. Stellung, Verfahren, Entscheidung*, 2.ª ed., Munich, 1991, págs. 138 y sigs., 146 y sigs. (núms. marg. 231, 244 y sigs.) con referencias de las más reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal; W. R. SCHENKE, «Die Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde gegen Gesetze», *NJW*, 1986, págs. 1451-1461; M. VAN DEN HÖVEL, *Zulässigkeits- und Zulassungsprobleme der Verfassungsbeschwerde gegen Gesetze*, Berlín, 1990.

guiente, de influencia sobre la esfera jurídica del ciudadano ⁵⁶. Hay también ámbitos en los que se le confiere al ejecutivo una discrecionalidad más amplia, como es el caso, sobre todo, de la política exterior, donde ha de gozar del margen de maniobra suficiente para operar con flexibilidad ante los cambios que se producen ⁵⁷.

2. Como ha quedado dicho, la garantía de la tutela judicial del artículo 19.IV GG sólo entra en juego ante la violación de *derechos propios e individuales*. Su sentido último reside, pues, en la defensa jurisdiccional de la persona individual. Con base en la Constitución, no puede exigirse la acción popular y, menos aún, una acción altruista en manos de determinadas asociaciones (*altruistische Verbandsklage*) ⁵⁸ en tanto que el legislador no les otorgue la legitimación activa para recurrir ⁵⁹. Algunos *Länder*, yendo más allá de lo que la garantía constitucional impone, han establecido el derecho a recurrir en favor de ciertas asociaciones (*Verbandsklage*), v. gr., en el ámbito del medio ambiente ⁶⁰.

Con el término «derechos», del que se predica la tutela judicial efectiva (art. 19.IV GG), no se alude exclusivamente a los derechos fundamentales que la Constitución consagra, sino también a todos los que contiene el ordenamiento

⁵⁶ Cfr. SCHMIDT-ABMANN (nota 53), núm. marg. 77 y sigs.; PAPIER (nota 53), pág. 1247 y sigs. (núm. marg. 30 y sigs.). Ambos autores subrayan con razón que la garantía de la tutela judicial (*Rechtsschutzgarantie*) es de aplicación también a las llamadas «relaciones especiales de sujeción» (*«besondere Gewaltverhältnisse»*); en igual sentido, SCHENKE (nota 53), núm. marg. 197 y sigs.

⁵⁷ Cfr. BVerfG 55, 349, 355 (caso «Rudolf Hess»); cfr. también BVerfGE 68, 1, 84 y sigs.

⁵⁸ Con esta demanda, la asociación interviene no en defensa de sus propios derechos, sino en beneficio de los intereses de la colectividad. Cfr. sobre su concepto: R. PIETZNER-M. RONELLENFITSCH, *Das Assessorexamen im öffentlichen Recht*, 7.ª ed., Düsseldorf, 1991, § 14, núm. marg. 28 y sigs. (vid. 136 y sigs.).

⁵⁹ Cfr. BVerfG, NJW, 1981, 362; BVerwGE 78, 347, 348 y sigs. = NVwZ, 1988, 527 y sigs.

⁶⁰ Así, por ejemplo, § 39b de la Ley berlinesa de protección de la naturaleza de 30 de enero de 1979 (GVBl., 1979, pág. 183; luego modificada por la Ley de 25 de septiembre de 1990, GVBl., 1990, pág. 2077).

jurídico, cualquiera que sea el grado de jerarquía normativa que tenga su reconocimiento, y comprende en primer término todos aquellos que se califican de «derechos públicos subjetivos». El concepto amplio de «derecho público subjetivo» obedece a la denominada teoría de la protección normativa (*Schutznormlehre*)*, que es hoy dominante y se debe a Ottmar BÜHLER ⁶¹. De acuerdo con esta doctrina, el derecho público subjetivo comprende todos los intereses individuales que el ordenamiento jurídico estima dignos de protección, y, por tanto, abarca aquellas posiciones que se designan en otros ordenamientos (como en el caso italiano y español) con el concepto de «intereses legítimos». En su virtud, para el reconocimiento de un derecho público-subjetivo, no es necesario que la norma indique expresamente que se tiene «derecho a algo». Basta únicamente que, conforme a la voluntad objetiva del legislador, pueda deducirse de la norma de la que se quiere extraer el derecho subjetivo su intención de proteger no (sólo) el interés general sino al menos también a determinados intereses individuales ⁶². La resolución del problema se remite a la interpretación de la norma jurídica en cuestión. La delimitación entre aquellos preceptos legales que aspiran a reconocer una posición jurídica individual, de aquellos otros que tan sólo favorecen a los individuos, de hecho o por vía

* Esto es, doctrina de las normas de protección o de atribución de posiciones subjetivas (*N. del T.*).

⁶¹ O. BÜHLER, *Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung*, Berlín-Stuttgart-Leipzig, 1914, especialmente pág. 42 y sigs.; su sintética definición dice así (pág. 224): «derecho público subjetivo es toda posición jurídica del súbdito ante el Estado que, por virtud de un negocio jurídico o de un precepto vinculante dictado para proteger sus intereses individuales, puede invocarse frente a la Administración, permite exigir algo del Estado o actuar frente a él».

⁶² Cfr. BVerfGE 27, 297, 307; BVerfGE 52, 122, 128; 72, 226, 229 y sigs.; W. SCHMITT GLAESER, *Verwaltungsprozeßrecht*, 10.ª ed., Stuttgart-München-Hannover, 1990, pág. 88 (núm. marg. 218); H. U. ERICHSEN, en H. U. ERICHSEN-W. MARTENS (editores), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 8.ª ed., Berlín-New York, 1988, § 10.II.5 (pág. 155 y sigs.); H. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 7.ª ed., Munich, 1990, § 8, núm. marg. 1 y sigs. (pág. 117 y sigs.); E. EYERMANN-L. FRÖHLER-J. KORMANN, *Verwaltungsgerichtsordnung. Kommentar*, 9.ª ed., Munich, 1988, § 42, núm. marg. 155.

refleja, puede ser sumamente difícil. En muchos sectores, como en el caso del urbanismo, es frecuente que no pueda concluirse con una simple lectura si la norma reconoce o no un derecho subjetivo. En la práctica, hay que recurrir al casuismo jurisprudencial, que, por lo general, suele ser generoso en el reconocimiento de derechos subjetivos.

b) La efectividad de la tutela judicial
(*Effektivität des Rechtsschutzes*)

El mandato constitucional de que la tutela judicial sea efectiva no se obtiene de forma inmediata del propio tenor literal de la Constitución —como ocurre en España⁶³—, sino que, como acontece en Italia⁶⁴, es fruto de la interpretación de la jurisprudencia constitucional. El Tribunal Constitucional Federal ha subrayado siempre que la garantía del artículo 19.IV GG no puede reducirse a la condición de un derecho formal, ni detenerse en la teórica posibilidad de acudir a los tribunales; sino que garantiza, ante todo, el derecho sustantivo a un control judicial efectivo y real⁶⁵. El factor tiempo juega un papel decisivo para que la tutela sea realmente efectiva. De poco sirve la protección jurisdiccional que llega tarde. Los tribunales deben de estar en condiciones de intervenir antes de que la Administración llegue a consumir los hechos o haya causado daños irreparables. De ahí que se derive del artículo 19.IV GG el mandato de la tutela cautelar (*vorläufiger Rechtsschutz*), por cuya virtud, además de la suspensión de la resolución administrativa impugnada, el juez podrá dictar órdenes provisionales que obliguen a la Administración a llevar a cabo determinadas conductas. Sobre ello habremos de volver más adelante⁶⁶.

⁶³ Art. 24.1 CE.

⁶⁴ Cfr. la jurisprudencia de la Corte Costituzionale relativa al artículo 24 de la Constitución italiana de 1947, como por ejemplo las sentencias 93/1962, de 13 de noviembre de 1962 (Racc. Uff., vol. 15, 97, 103) y 139/1967, de 12 de diciembre de 1967 (Racc. Uff., vol. 26, 419, 427).

⁶⁵ Cfr., por ejemplo, BVerfGE 35, 263, 274; 37, 150, 153; 46, 166, 178; 49, 329, 340 y sigs.; 65, 1, 70; 77, 275, 284.

⁶⁶ *Infra*, IV.1.

Como del artículo 19.IV GG se infiere el deber de «excluir en todo lo posible decisiones irreparables»⁶⁷, se deriva entonces la necesidad de una tutela judicial preventiva (*vorbeugender Rechtsschutz*). Aunque la ingerencia de la jurisdicción en los dominios de la Administración es, en este caso, todavía más grave, la opinión en favor de la tutela judicial preventiva (previa a que se produzca el acto) se ha impuesto con toda razón⁶⁸. En cualquier caso, si se va a producir de modo inminente una infracción de la que se derive la consumación de hechos irreparables sin que la tutela provisional pueda oponer remedio alguno, el tribunal será competente para impedir la violación antes de que se produzca la medida infractora (v. gr.: sea una operación material o acto de hecho*, o un acto administrativo).

Nos encontramos, desde luego, en la línea de frontera entre la garantía constitucional del artículo 19.IV GG, de un lado, y la constitucionalidad de la tutela preventiva (desde el punto de vista del principio de la división de poderes, con sede en el art. 20.II.2 GG), de otro. El mandato de la efectividad de la tutela judicial no es tampoco una «fórmula mágica»⁶⁹ que ponga a disposición del recurrente todos los

⁶⁷ BVerfGE 65, 1, 70 m.w.N.

⁶⁸ Cfr., por todos, la sentencia BVerwGE 40, 323, 326 y sig. (aunque sin expresa invocación del art. 19.IV GG) y de la doctrina véase, por ejemplo, SCHENKE (nota 53), núm. marg. 390 y sigs.; PAPIER (nota 53), pág. 1266 (nota 76), y D. LORENZ, «Die verfassungsrechtlichen Vorgaben des Art. 19 Abs 4 GG für das Verwaltungsprozeßrecht», en ERICHSEN-HOPPE-MUTIUS (nota 9), págs. 143, 157. Otras reflexiones en SCHMITT GLAESER (nota 62), pág. 175 y sig. (núm. marg. 444 y sigs.).

* «Realakte». Son actos no jurídicos; no se dirigen a la consecución de un objetivo jurídico; tienen una finalidad meramente material o fáctica (su concepto abarca desde la realización de un dictamen hasta la conducción de un vehículo de servicio público o la limpieza de una calle). Aunque menos importantes que los actos jurídicos (actos administrativos, etc.), tienen relevancia para el Derecho, tanto porque han de ajustarse a sus dictados, cuanto porque pueden generar, en caso de ilegalidad, derecho al resarcimiento de daños y perjuicios (*N. del T.*).

⁶⁹ SCHENKE (nota 53), núm. marg. 386. Tampoco es, sin embargo, una «fórmula vacía» (*Leerformel*), como afirma D. LORENZ, en «Der grundrechtliche Anspruch auf effektiven Rechtsschutz», *AöR*, vol. 105 (1980), págs. 623, 636.

medios procesales que tenga por conveniente. Especialmente, en las relaciones multilaterales, debe obrarse con suma cautela para evitar que el incremento unilateral de las posibilidades de defensa de uno de los interesados desemboque en el empeoramiento de otros⁷⁰. Un ejemplo sencillo: si a instancia del interesado se otorga una licencia de obra al señor A, a la que se opone el vecino B, es claro que la tutela judicial no podría tener en cuenta sólo los intereses de éste, de manera que el señor A tenga que soportar irremediamente el efecto suspensivo de su recurso administrativo y de su demanda, con la consiguiente paralización de la licencia. Por contra, la tutela judicial en un caso tal habría de ampliarse de modo que se tengan en cuenta los intereses de todas las partes en conflicto, es decir, que la tutela cautelar esté abierta para ambos contendientes y el tribunal pueda hallarse en condiciones de adoptar una regla o medida provisoria a resultas de la ponderación de los intereses en juego. Poner el acento en la efectividad de la tutela judicial de una de las partes en litigio no puede conducir a la reducción de la tutela jurisdiccional de la otra.

La tutela cautelar está ideada para casos excepcionales y urgentes. Es el proceso principal el que resuelve lo que a la efectividad de la tutela conviene en cada caso. Si bien es cierto, como ya hemos notado, que el artículo 19.IV GG no garantiza por sí mismo la segunda instancia o el derecho al recurso, ello no quiere decir que la efectividad de la tutela se circunscriba a la primera instancia. En caso de que la ley procesal haya creado varias instancias, existirá entonces el derecho a un control judicial efectivo en todas las instancias establecidas⁷¹. Con todo, en los procesos judiciales con diversas instancias se pone de manifiesto en ocasiones que es posible contrariar la efectividad de la tutela, desde el punto de vista de su obtención en el tiempo adecuado⁷². Cuantos más

⁷⁰ Cfr. SCHMIDT-ABMANN (nota 53), núms. marg. 3, 22.

⁷¹ Véanse BVerfGE 40, 272, 274 y sig.; 54, 94, 96 y sig.; 78, 88, 99.

⁷² Este derecho a la obtención de la tutela judicial en un tiempo razonable se encuentra igualmente recogido en el art. 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Al respecto hay una abundante jurisprudencia de los órganos del Convenio de Estrasburgo, cfr. a modo de

recursos se pongan a disposición de las partes, tanto más larga se hará, por lo general, la duración media del proceso. La ventaja formal que con ellos se obtiene puede desembocar en una disminución de la tutela judicial. Y así lo evidencia el caso «Bock»⁷³, resuelto por la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 29 de marzo de 1989, no relativa a un proceso administrativo sino civil: durante nueve años había estado recurriendo la mujer del actor ante los tribunales alemanes, en un caso de divorcio, cuestionando la capacidad procesal del marido. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos declaró que la larga duración del proceso no era imputable a la inactividad jurisdiccional sino a un exceso de medidas inquisitivas. Este caso nos enseña que la estructura del proceso judicial, con su intensidad y duración, puede terminar por ahogar a los interesados. Las cargas procesales deben dosificarse en la proporción adecuada a los objetivos de la tutela judicial.

B) *Los derechos fundamentales como garantías procedimentales (Grundrechte als Verfahrensgarantien)*

Desde hace muchos años, se observa una tendencia a enriquecer progresivamente el contenido normativo de los derechos fundamentales, lo que ha sido objeto de crítica por la posible «hipertrofia de los derechos fundamentales»⁷⁴. Muy pronto subrayó el Tribunal Constitucional Federal, junto a la vertiente *subjetiva* de los derechos fundamentales, la particular dimensión *objetiva* que aquéllos poseen como elementos de un sistema de valores que impregna todos los

ejemplo, las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los casos König (serie A, núm. 27), Eckle (núm. 51), Foti u.a. (núm. 56), Corigliano (núm. 57), Zimmermann y Steiner (núm. 66), Guincho (núm. 81), Deumeland (núm. 100), Unión Alimentaria Sanders, S. A. (núm. 157), Obermeier (núm. 179), Brigandi, Zanghi y Santolli (núm. 194-B—D), Ferraro, Triggiani, Mori y Colacioppo (núm. 197-A—D), así como Pugliese, Caleffi y Vocaturo (núm. 206-A).

⁷³ Serie A, núm. 150.

⁷⁴ K. A. BETTERMANN, *Hypertrophie der Grundrechte. Eine Streitschrift*, Hamburgo, 1984.

ámbitos del ordenamiento⁷⁵. Más tarde dedujo de algunos, como el derecho a la vida y a la integridad física (art. 2.2 GG), ciertos deberes de protección o tutela estatal más intensos en beneficio de sus titulares⁷⁶, sin que por ello se reconozcan sin más derechos a la defensa en favor del individuo. Con todo, el enriquecimiento normativo de los derechos fundamentales —que para la Ley Fundamental son, en esencia, derechos de libertad— no se ha limitado en modo alguno a ampliar su contenido objetivo. Aunque el Tribunal Constitucional se ha mantenido en una actitud reservada y cautelosa frente a la interpretación extensiva de los derechos fundamentales en su vertiente prestacional, de acuerdo con la cual a los individuos se les habría reconocido ante el Estado el derecho a que se crearan los presupuestos materiales que permitieran el ejercicio de los derechos fundamentales⁷⁷, ha continuado avanzando,

⁷⁵ BVerfGE 7, 198, 205 y sigs. (Sentencia *Liith*). Cfr. otra jurisprudencia, por ejemplo, BVerfGE 35, 79, 114; 49, 89, 141 y sig.

⁷⁶ Cfr. BVerfGE 39, 1, 42 («aborto»); 46, 160, 164 («Schleyer»); 49, 89, 140 («Kalkar»); 49, 24, 53 («Kontaktsperre»); 53, 30, 57 («Mülheim-Kärlich»); 56, 54, 73 («Fluglärm»). Cfr. en particular E. KLEIN, «Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates», *NJW*, 1989, págs. 1633-1640.

⁷⁷ El Tribunal Constitucional Federal no ha ido más allá de lo que afirmara en su «sentencia de *numerus clausus*» en la que supo deducir el «derecho del ciudadano que cumpla a los presupuestos subjetivos de admisibilidad a ser admitido en un centro universitario de su elección» con apoyo en el artículo 12.1 GG (libertad de profesión) en relación con el artículo 3.1 GG (principio de igualdad) y de la cláusula del Estado social (BVerfGE 33, 303, 332), rechazando en cambio que pudieran inferirse directamente de un derecho fundamental cualesquiera posibilidades de participación. Con todo, afirma en la misma sentencia (pág. 330 y sigs.): «Cuanto más fuerte sea la dedicación del Estado moderno a la asistencia social y al fomento de la cultura del ciudadano, tanto más deberá asumir que en las relaciones Estado-ciudadano, además del postulado originario de preservar la libertad fundamental frente al Estado, los derechos fundamentales habrán de satisfacer la exigencia complementaria de garantizar a los ciudadanos la participación en las prestaciones estatales». En la misma resolución, sin embargo, el Tribunal subrayó —desde la perspectiva de las reclamaciones que se le formulan al Estado— la «salvedad de lo posible» (pág. 333) («*Vorbehalt des Möglichen*»; esto es, con el límite de lo posible). La doctrina viene extrayendo de los derechos de libertad cada vez más pretensiones a prestaciones positivas. Así, por ejemplo, G. LÜBBE-WOLFF (*Die Grundrechte als Eingriffsab-*

sin embargo, en el reconocimiento de ciertas pretensiones procedimentales.

El punto de partida reside en el hecho de que el desarrollo de los derechos fundamentales en el Estado asistencial de nuestro tiempo depende en gran medida de la organización y del procedimiento⁷⁸; por ello el Tribunal Constitucional Federal ha sabido derivar directamente de los derechos fundamentales ciertas garantías procedimentales, tanto en lo que hace a la tutela jurisdiccional como en lo que al procedimiento administrativo se refiere⁷⁹. De los derechos fundamentales de carácter material cabe inferir, afirma el Tribunal, una pretensión a la tutela judicial efectiva, en cuya virtud los tribunales habrán de proporcionarle a los derechos funda-

wehrrechte. Struktur und Reichweite der Eingriffsdogmatik im Bereich staatlicher Leistungen, Baden-Baden, 1988, en particular pág. 226 y sigs.) ha calificado de vulneración del derecho fundamental (*Grundrechtseingriff*) «la falta de prestación que se desvíe de un determinado nivel de prestación constitucionalmente establecido». En esta sede, el *status positivus* de los derechos fundamentales debe fundarse en una ampliación del *status negativus* de aquéllos.

⁷⁸ Cfr. a este respecto basten los dos informes de W. MARTENS y P. HÄBERLE sobre el tema «Grundrechte im Leistungsstaat» (Derechos fundamentales en el Estado asistencial o prestacional), en *VVDStRL*, vol. 30, Berlín, 1972.

⁷⁹ Cfr. entre la jurisprudencia más reciente, por ejemplo, BVerfG, *NJW*, 1991, 2008, 2009: «La tutela de los derechos fundamentales también se logra por medio de la regulación del procedimiento. Los derechos fundamentales no sólo influyen sobre el entero derecho material, sino también sobre la normativa del procedimiento, en la medida en que ésta tenga relevancia para la efectiva protección de los derechos fundamentales». Para la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, véase en particular J. HELD, *Der Grundrechtsbezug des Verwaltungsverfahrens*, Berlín, 1984, en particular págs. 69 y sigs., 80 y sigs., 176 y sigs.; A. GOERLICH, *Grundrechte als Verfahrensgarantien. Ein Beitrag zum Verständnis des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland*, Baden-Baden, 1981, pág. 57 y sigs.; H. BETHGE, «Grundrechtswirklichkeit und Grundrechtssicherung durch Organisation und Verfahren», *NJW*, 1982, págs. 1, 5 y sigs.; R. PITSCHAS, *Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsverfahren. Strukturprobleme, Funktionsbedingungen und Entwicklungsperspektiven eines konsensualen Verwaltungsrechts*, Munich, 1990, págs. 54 y sigs., 92 y sigs., 472 y sigs., 477 y sigs.

mentales la mayor efectividad posible en el procedimiento de que se trate⁸⁰.

Tal jurisprudencia ha debido cuestionarse, en consecuencia, la relación que guarda el derecho a la defensa o tutela, que se deduce de cada uno de los derechos fundamentales, con el derecho a la tutela judicial efectiva que se localiza en el artículo 19.IV GG. La opinión según la cual el artículo 19.IV GG tendría sentido tan sólo para la defensa de los derechos subjetivos que traigan su origen de la legalidad ordinaria no ha logrado imponerse⁸¹. Sólo en algunos fallos el Tribunal Constitucional Federal ha fundado las pretensiones de defensa únicamente en los respectivos derechos fundamentales; por regla general, o bien se ha apoyado en los derechos fundamentales materiales y en el artículo 19.IV GG a un tiempo, o bien —lo que es más frecuente y viene prevaleciendo en los últimos años— se basa sólo en el artículo 19.IV GG⁸². Sin embargo, esta construcción podría tener sentido propio si lo que se pretende es diferenciar los distintos niveles de protección. Hasta el momento, la jurisprudencia constitucional no ha deducido, de los derechos fundamentales materiales, exigencias o pretensiones de efectividad que superen el estándar que es inherente al artículo 19.IV GG⁸³. Antes bien, la Sala Segunda, por auto de 20 de abril de 1982, puso de relieve que la indicada vertiente procedimental de los derechos fundamentales no exige «disolver las normas procesales generales en un marasmo de procedimientos a la medida de cada uno de los derechos subjetivos en cuestión (incluidos los derechos funda-

⁸⁰ BVerfGE 49, 252, 257.

⁸¹ En tal sentido, sin embargo, LORENZ (nota 68), pág. 693 y sigs.

⁸² Cfr. HELD (nota 79), pág. 74, con referencias en las notas 33-35.

⁸³ El estándar o nivel de protección o tutela judicial que el art. 19.IV GG contiene es para el Tribunal Constitucional, sin embargo, algo relativo, cfr. BVerfGE 35, 382, 402: «El derecho a la tutela judicial del ciudadano será tanto más fuerte y menos podrá empequeñecerse cuanto más pesada sea la carga que se le imponga y más irreparables sean los efectos de la acción administrativa». («Der Rechtsschutzanspruch des Bürgers ist um so stärker und darf um so weniger zurückstehen, je schwerwiegender die ihm auferlegte Belastung ist und je mehr die Maßnahmen der Verwaltung Unabänderliches bewirken»).

mentales)»⁸⁴. Con tal de que «el ordenamiento procesal le garantice al justiciable una amplia revisión del objeto litigioso, tanto desde el punto de vista fáctico como jurídico, así como una resolución efectiva y adecuada, se satisfacen en principio las pretensiones que emanan del artículo 19.IV GG y de los derechos fundamentales de carácter material»⁸⁵. No se cerró el paso, desde luego, a la posibilidad de que, excepcionalmente, la pretensión de tutela que se infiere de los derechos fundamentales pueda ir más lejos. Cabe asignarle un significado autónomo, fuera del ámbito del artículo 19.IV GG, cuando se trata, por ejemplo, de la protección de un derecho fundamental frente a violaciones de los particulares⁸⁶.

Hoy día, la vertiente procedimental de los derechos fundamentales tiene mayor importancia para el procedimiento administrativo que para el proceso contencioso. Es opinión dominante, en efecto, que la tutela judicial debe facilitarse incluso en el propio procedimiento administrativo —señaladamente en aquellos procedimientos complejos de contenido autorizador o de elaboración del planeamiento, como en el caso del urbanismo o del transporte o de la aprobación de grandes proyectos técnicos*—; en otros términos, que la tutela jurídica debe dispensarse lo más pronto posible, al objeto de que se pueda reaccionar a tiempo contra la lesión producida y evitar así los hechos consumados⁸⁷. Cualquiera que pueda verse afectado en sus derechos e intereses legítimos por el plan o por el otorgamiento de una licencia tendrá, en el mismo procedimiento administrativo, derecho a la audiencia

⁸⁴ BVerfGE 60, 253, 297.

⁸⁵ *Ibidem*.

⁸⁶ Véase SCHMIDT-ARMANN (nota 53), núm. marg. 23.

* Por ejemplo, centrales nucleares (*N. del T.*).

⁸⁷ Cfr. W. BLÜMEL, «Raumplanung, vollendete Tatsachen und Rechtsschutz», en K. DOERING (editor), *Festgabe für Ernst Forsthoff zum 65. Geburtstag*, Munich, 1967, págs. 133-161; del mismo autor, «Grundrechtsschutz durch Verfahrensgestaltung», del mismo (editor), *Frühzeitige Bürgerbeteiligung bei Planungen*, Berlin, 1982, págs. 23-91; F. OSSENBUHL, «Grundrechtsschutz im und durch Verfahrensrecht», en *Staatsorganisation und Staatsfunktionen im Wandel. Festschrift für Kurt Eichenberger zum 60. Geburtstag*, Basel-Frankfurt a.M., 1982, págs. 183-194; HELD (nota 79), especialmente pág. 42 y sigs.

y a la participación. Es más, «adelantar la tutela judicial al procedimiento administrativo»⁸⁸ resulta inexcusable bajo el perfil del propio artículo 19.IV GG, siempre que por mor de la racionalidad del procedimiento pudiera excluirse del proceso judicial a alguno de las alegaciones de los interesados. Sólo en la hipótesis de que el interesado haya tenido la oportunidad de participar y de ser oído en el procedimiento administrativo y no lo hubiere hecho, no se considerará como una restricción improcedente de la tutela jurisdiccional la exclusión de sus alegaciones⁸⁹. En tal sentido el Tribunal Constitucional Federal ha podido hablar de los «efectos previos» (*Vorwirkungen*) que ejerce el artículo 19.IV GG «sobre la configuración del procedimiento administrativo que precede al proceso jurisdiccional». No puede construirse tampoco el procedimiento administrativo de modo tal que frustre la tutela judicial o la obstaculice o retrase de forma irrazonable⁹⁰.

C) Los artículos 101 y 103 GG

Los derechos al juez predeterminado por la ley (art. 101.I GG) y de audiencia (art. 103.I GG)* —por demás, análogos a los derechos fundamentales— inciden también sobre el proceso contencioso-administrativo⁹¹. Todo el que sea lesionado en alguna de estas garantías podrá acudir al Tribunal Constitucional Federal, una vez agotada la vía judicial, como

⁸⁸ SCHENKE (nota 53), núm. marg. 430. Sobre «la anticipación de la tutela judicial a la elaboración del planeamiento», *vid.* BLÜMEL, *Raumplanung, vollendete Tatsachen und Rechtsschutz* (nota anterior), pág. 140, con más referencias.

⁸⁹ Cfr. en particular SCHENKE (nota 53), núm. marg. 433 y sigs.

⁹⁰ BVerfGE 61, 82, 110.

* Nadie podrá ser sustraído a su juez legal, afirma el primero de los preceptos, mientras que el segundo dispone que todos tienen derecho a ser oídos ante los Tribunales.

⁹¹ Sobre el significado de la audiencia en el proceso contencioso, cfr. por todos F. L. KNEMEYER, «Rechtliches Gehör im Gerichtsverfahren», en J. ISENSEE-P. KIRCHHOF (editores), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, vol. 6, Heidelberg, 1989, págs. 1272, 1296 y sigs.

acontece con la infracción del artículo 19.IV GG o la de cualquier otro derecho fundamental⁹².

D) Los artículos 92, 95, 97 y 98 GG

El capítulo IX de la Ley Fundamental, que lleva por título «El Poder Judicial» (*Die Rechtsprechung*), contiene toda una suerte de disposiciones que constituyen los elementos organizativos comunes a todo orden jurisdiccional, cualquiera que sea y, por consiguiente, al contencioso-administrativo. El artículo 92 GG establece que el ejercicio del poder judicial compete a los tribunales de los *Länder*, y únicamente se ejerce a través de los tribunales federales cuando la propia Ley Fundamental así lo prevea expresamente. Situación distinta, por ejemplo, a la norteamericana donde, además del sistema judicial de cada uno de los Estados, hay una justicia federal estructurada en varias instancias⁹³. En Alemania, por contra, la justicia federal se limita, por virtud de la Constitución —con la sola excepción de ciertos ámbitos especiales⁹⁴— a los Tribunales Supremos, que actúan básicamente como tribunales de casación. La independencia judicial y el consiguiente *status* especial del juez se garantizan en los artículos 97 y 98 GG respecto de todas las instancias y órdenes jurisdiccionales.

El artículo 95 GG contiene una decisión fundamental para el legislador en favor de la subdivisión *ratione materiae* de la jurisdicción contencioso-administrativa: de los cinco Tribunales Supremos Federales que el precepto enumera, tres se refieren

⁹² Véase el art. 93.I.4a GG en relación con §§ 13.8a 90 y sigs. de la Ley del Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgerichtsgesetz*).

⁹³ Respecto de la estructura de la Justicia federal que tiene su base en el art. III, Sección 1, de la Constitución americana de 1787, cfr., por todos, J. E. NOWAK-R. D. ROTUNDA-J. N. YOUNG, *Constitutional Law*, 3.ª ed., St. Paul (Minn.), 1986, § 2.2 (pág. 26 y sigs.).

⁹⁴ El art. 96 GG admite excepcionalmente una jurisdicción relativa a la propiedad industrial, la jurisdicción penal militar, la disciplinaria y la de defensa del Estado. Respecto de la «justicia federal facultativa», véase con detalle W. BLÜMEL, «Rechtsprechungszuständigkeit», en J. ISENSEE-P. KIRCHHOF (editores), *Handbuch des Staatsrechts*, vol. 4, Heidelberg, 1990, págs. 965, 976 y sigs. (núm. marg. 24 y sigs.).

al ámbito de la justicia administrativa: el Tribunal Administrativo Federal (*Bundesverwaltungsgericht*), el Tribunal Financiero Federal (*Bundesfinanzhof*) y el Tribunal Social Federal (*Bundessozialgericht*). En consecuencia, el constituyente ha partido de la creación de dos jurisdicciones administrativas especiales, la financiera y la social, y de una jurisdicción administrativa general. Tal división tiene que ser respetada por el legislador ordinario⁹⁵.

2. FUNDAMENTOS LEGALES

En virtud del artículo 74.I GG, la Federación tiene competencia concurrente en las cuestiones relativas a la constitución y composición de los tribunales (*Gerichtsverfassung*) y al proceso judicial. Ello implica que los *Länder* tendrán potestad legislativa sobre tales materias sólo en la medida en que el legislador federal no haya ejercido su competencia (cfr. art. 72 GG)*. En 1965 concluiría el legislador federal el establecimiento de las diferentes ramas de la jurisdicción contencioso-administrativa, restándole a los *Länder* la regulación de pequeñas cuestiones de detalle. En medio de este desdoblamiento organizativo, pronto se alzarían voces en favor de la unificación procesal de las tres jurisdicciones administrativas.

A) *Las tres leyes procesales de la justicia administrativa; en particular, la Ley de la jurisdicción administrativa general de 1960*

La primera ley que se promulgó fue la de los Tribunales Sociales (*Sozialgerichtsgesetz: SGG*), en 1953⁹⁶. La jurisdicción

⁹⁵ Cfr. C. DEGENHARDT, «Gerichtsorganisation», en J. ISENSEE-P. KIECHHOF, (editores), *Handbuch des Staatsrechts*, vol. 3, Heidelberg, 1988, págs. 859, 863 (núm. marg. 6).

* Como es sabido, el art. 72 GG obedece a la lógica del principio de subsidiariedad por cuya virtud la Federación sólo podrá intervenir en auxilio de los *Länder* en los supuestos que el mismo precepto enumera. En la práctica, sin embargo, ha tenido un efecto expansivo o de habilitación en favor de la Federación.

⁹⁶ BGBl., 1953, I, pág. 1239. Para un comentario de la Ley (SGG),

social se compone de tres escalones: los Tribunales Sociales (*Sozialgerichte*), que constituyen la primera instancia; los Tribunales Sociales Superiores (*Landessozialgerichte*), la instancia de apelación; y el Tribunal Social Federal (*Bundessozialgerichte*), la instancia de casación, con sede en Kassel. Siguiendo el esquema organizativo de la jurisdicción laboral (*Arbeitsgerichtsbarkeit*), los órganos jurisdiccionales (*Spruchkörper*) de los Tribunales Sociales están integrados por un juez profesional y por dos jueces honorarios (*ehrenamtliche Richter*); las siguientes instancias por tres jueces profesionales y dos honorarios.

Las normas procesales de la jurisdicción financiera que, conforme al artículo 108.VI GG, la ley Federal debe establecer con carácter uniforme para todo el Estado, se aprobaron en 1965 (*Finanzgerichtsordnung, FGO*)⁹⁷. Esta jurisdicción se articula en dos escalones: cada *Land* tiene uno o varios Tribunales Financieros (*Finanzgericht*), sobre los cuales se alza, como instancia de revisión, el Tribunal Financiero Federal (*Bundesfinanzhof*)⁹⁸, creado ya en 1950, con sede en Munich. Mientras las Salas (*Senate*) de los Tribunales Financieros se componen de tres jueces profesionales y de dos honorarios, las del Tribunal Financiero Federal están compuestas por cinco jueces profesionales.

En términos relativos, también tardaría mucho tiempo en crearse la jurisdicción administrativa general, única para toda la Federación. La Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 21 de enero de 1960 (*Verwaltungsgerichtsordnung: VwGO*)⁹⁹ entraría en vigor el 1 de abril de aquel año, después de prolongarse su debate y deliberación a lo largo de tres

cfr., por todos, J. MEYER-LADEWIG, *Sozialgerichtsgesetz*, 4.ª ed., Munich, 1991, y U. A. BIRK-A. BRÜHL-W. CONRADIS y otros, *Bundessozialhilfegesetz. Lehr- und Praxiskommentar*, 3.ª ed., Baden-Baden, 1991.

⁹⁷ BGBl., 1965, I, pág. 1477. Como comentario sistemático a la Ley (FHO) cabe citar: F. GRÄBER, *Finanzgerichtsordnung mit Nebengesetzen*, 2.ª ed. (preparada por R. V. GOLL y H. R. KOCH), Munich, 1987.

⁹⁸ Véase la Ley sobre el Tribunal Financiero Federal de 29 de junio de 1950, BGBl., 1950, pág. 257.

⁹⁹ BGBl., 1960, I, pág. 17. Para un comentario de la Ley (VwGO), cfr. las obras que se citan en el anexo.

períodos legislativos. Al igual que la jurisdicción social, la jurisdicción administrativa general se estructura en tres niveles representados por los Tribunales Administrativos (*Verwaltungsgerichte*), los Tribunales Administrativos Superiores (*Oberverwaltungsgerichte*) y el Tribunal Administrativo Federal (*Bundesverwaltungsgericht*), con sede en Berlín. A diferencia de la jurisdicción social, las Salas de los Tribunales Administrativos (*Kammern*) se componen de tres jueces profesionales y de dos honorarios y las Salas del Tribunal Administrativo Federal (*Senate*) de cinco jueces profesionales.

Desde 1960, la jurisdicción administrativa ha sido reformada en múltiples ocasiones. La última modificación importante es obra de la Cuarta Ley de Reforma de la Jurisdicción Contencioso-administrativa¹⁰⁰, que entró en vigor el 1 de enero de 1991 y cuyo objeto prioritario reside en disciplinar e imprimir celeridad al proceso contencioso-administrativo¹⁰¹. Así, a título de ejemplo, como consecuencia de esta reforma, cabrá dictar resolución judicial sin vista oral en los casos más simples desde un punto de vista jurídico y fáctico —lo cual ya se había introducido antes, aunque su adopción tenía un alcance limitado en el tiempo¹⁰²—; se amplía la competencia de primera instancia de los Tribunales Administrativos Superiores en relación con el planeamiento y las autorizaciones de grandes proyectos técnicos¹⁰³; se fortalecen las facultades del juez para preparar la vista oral, para que la división de trabajo dentro de la Sala sea más racional. El trabajo de la Sala debe concentrarse en las cuestiones decisorias. La reforma

¹⁰⁰ *Viertes Gesetz zur Änderung der Verwaltungsgerichtsordnung*, BGBl., 1990, I, pág. 2847.

¹⁰¹ Cfr., en particular, la justificación del proyecto de ley del Gobierno Federal, BT-Drucks. 11/7030, de 27 de abril de 1990, pág. 17 y sigs.

¹⁰² En primer lugar se introdujo, por vez primera, con la Ley de Descongestión de los Tribunales en la jurisdicción contencioso-administrativa de 31 de marzo de 1978 (*Gesetz zur Entlastung der Gerichte in der Verwaltungsgerichtsbarkeit*) (BGBl., 1978, I, pág. 446).

¹⁰³ Lo que ya se había establecido en la Ley sobre la celeridad de los procesos administrativos y financieros, de 4 de julio de 1985 (*Gesetz zur Beschleunigung verwaltungsgerichtlicher und finanzgerichtlicher Verfahren*), aunque con vigencia temporalmente limitada.

contiene igualmente importantes y novedosas disposiciones en materia de tutela cautelar, sobre las que habremos de volver.

El legislador federal ha dejado conscientemente abiertas algunas (aunque muy pocas) cuestiones de detalle, que dicen relación con la organización y el procedimiento, y cuya regulación se encuentra en las leyes de desarrollo de los *Länder* relativas a lo contencioso-administrativo¹⁰⁴. Así, por ejemplo, algunos *Länder* han dispuesto que la acción impugnatoria o anulatoria (*Anfechtungsklage*) y la de imposición o condena a dictar un acto (*Verpflichtungsklage*) se planteen directamente contra el órgano administrativo en cuestión y no frente a la Entidad desde la que el órgano emanó u omitió el acto administrativo de que se trate¹⁰⁵.

B) *El debate en torno a la unificación de las normas procesales de la justicia administrativa*

La discusión acerca de la unificación procesal de los diferentes órdenes jurisdiccionales administrativos llegó hasta los mismos debates parlamentarios que tuvieron lugar en torno a los tres proyectos de ley, al principio de los años cincuenta. Se argumentó que la supresión de sus diferencias contribuiría a que el proceso fuera «más claro, práctico y permeable a la penetración científica y a su progresivo desarrollo»¹⁰⁶. La tutela judicial del ciudadano quedaría igualmente mejor garantizada si los tres órdenes estuvieran

¹⁰⁴ La recopilación está editada por O. KOPP (editor), *Verwaltungsverfahrensgesetz/Verwaltungsprozeßrecht*, 14.ª ed., Munich, 1991, páginas 126-175.

¹⁰⁵ Véanse, por ejemplo, § 10 de la Ley de Desarrollo de Niedersachsen (GVBl., 1981, pág. 117) o el § 5 de la Ley de Desarrollo de Nordrhein-Westfalen (GV.NW, 1960, pág. 47, modificada ulteriormente por la Ley de 10 de junio de 1986, GV.NW, 1986, pág. 509).

¹⁰⁶ En tal sentido *vid.* el resumen que se contiene en la justificación general de la Comisión de coordinación para la unificación procesal de lo contencioso, financiero y social, en Bundesminister der Justiz (editor), *Entwurf einer Verwaltungsprozeßordnung*, Köln, 1978, pág. 96; allí también pueden verse referencias doctrinales de los años cincuenta; *vid.* referencias también de DEGENHARDT (nota 95), pág. 864, nota 35.

presididos por un idéntico estándar o nivel de protección. El debate de este tema, sobre el que se llegó a ocupar también la Asociación de Juristas Alemanes (*Deutscher Juristentag*) en los años 1957 y 1962, continuaría después de aprobarse las tres leyes procesales. Bajo la dirección de Carl Hermann ULE, tuvieron lugar en 1966 en la Escuela Superior de Ciencias Administrativas de Espira (*Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer*) los estudios sobre una «Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa» unificada, que se conocería con el nombre de «Proyecto de Speyer»¹⁰⁷. Este estudio se convertiría en el documento base de la «Comisión de Coordinación para la unificación del orden administrativo, del financiero y de la jurisdicción social», creada por el Gobierno Federal e integrada por representantes de los Ministerios afectados por razón de la materia; de las tres jurisdicciones; de la abogacía; de asesores fiscales; de diversas asociaciones; y del mundo de la ciencia. En 1978 la Comisión de Coordinación publicaría su proyecto de ley de la jurisdicción administrativa acompañado de una detallada motivación.

Un nuevo proyecto de ley de la jurisdicción contenciosa de 1982, propuesto por el Gobierno Federal, se basaría en el Proyecto de la Comisión¹⁰⁸. El proyecto del Gobierno Federal sería nuevamente presentado al Parlamento (*Bundestag*) en la décima legislatura¹⁰⁹. Con todo, a la vista del creciente número de procesos, pesaría más en la prometida reforma la necesidad de descargar a los tribunales en poco tiempo que el

¹⁰⁷ Proyecto de ley contencioso-administrativa para la unificación procesal de lo administrativo, financiero y social (*Schriftenreihe der Hochschule Speyer*, vol. 40), Berlín, 1969.

(N. del T.: *Entwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes zur Vereinheitlichung der Verwaltungsgerichtsordnung, Finanzgerichtsordnung und des Sozialgerichtsgesetzes*. El debate a que se hace referencia no pretende la refundición de los tres órdenes jurisdiccionales, sino una unificación meramente procesal.)

¹⁰⁸ BR-Drucks. 100/82, de 19 de marzo de 1982; BT-Drucks. 9/1851, de 14 de julio de 1982. Cfr. a este respecto, por todos, J. MEYER-LADEWIG, «Das Gesetz einer Verwaltungsprozeßordnung», *NVwZ*, 1982, págs. 401-406, pág. 405 y sigs., también para su crítica.

¹⁰⁹ BT-Drucks. 10/3477, de 31 de mayo de 1985, y 10/3477, de 13 de junio de 1985.

deseo de unificar las leyes procesales. Paradójicamente, la reunificación alemana, que ha brindado a los nuevos *Länder* la oportunidad de estructurar las tres jurisdicciones bajo un único régimen procesal, ha tenido consecuencias desfavorables para llevar a cabo la unificación de los tres procesos que desde hacía tantos años venía preparándose: de una parte, porque se han transformado las prioridades parlamentarias por las múltiples y apremiantes cuestiones relativas a la reunificación; de otro, porque no puede exigirse demasiado a los tribunales, puesto que en la actualidad trabajan al límite de sus fuerzas, habida cuenta de la carga adicional que entrañaría, aunque de forma transitoria, la reforma de las estructuras básicas del proceso, siempre ligadas a una nueva organización.

Por consiguiente, sigue habiendo tres leyes procesales, cuyas diferencias tampoco pueden magnificarse. Los principios de la jurisdicción administrativa que a continuación se destacan resultan también aplicables, en su mayor parte, a los otros dos órdenes jurisdiccionales con muy pequeñas adaptaciones.

III. Elementos básicos del procedimiento principal de la jurisdicción contencioso-administrativa general

Los procesos que se siguen ante los Tribunales Administrativos pueden ser de carácter cautelar y principal o de fondo. El procedimiento principal es la regla general, mientras que el cautelar constituye la excepción. Sin embargo, habida cuenta de la larga duración del proceso ordinario, la tutela cautelar viene adquiriendo cada vez más importancia. De ahí que merezca tratarse en un apartado específico.

1. EL ÁMBITO DE LA JURISDICCIÓN
Y LA CLÁUSULA GENERAL DEL ARTÍCULO 40 VwGO
(LEY DE LA JURISDICCIÓN
CONTENCIOSO—ADMINISTRATIVA:
Verwaltungsgerichtsordnung).

«La jurisdicción contencioso-administrativa conoce de todos los asuntos de carácter jurídico-público que no sean de naturaleza constitucional y en tanto no estén expresamente atribuidos por ley federal a otro orden jurisdiccional» (art. 40 VwGO).

La cláusula general del artículo 40.1 VwGO le atribuye a la jurisdicción administrativa general el conocimiento de todos los asuntos jurídico-públicos, de forma que la competencia subsidiaria que, en favor de la jurisdicción ordinaria, establece el artículo 19.IV.2 GG, carece de importancia en la práctica. El artículo 40.I.1 VwGO es el equivalente a la cláusula general del artículo 13 de la Ley de Constitución de los Tribunales*, que atribuye a la jurisdicción ordinaria el conocimiento de todos los asuntos de carácter jurídico-privado (de Derecho civil) —salvo que la ley disponga otra cosa—. Como en la jurisdicción ordinaria, también en la contencioso-administrativa hay remisiones especiales que habrán de tenerse en cuenta con carácter preferente. Así, por ejemplo, el artículo 126 de la Ley básica de los Funcionarios¹¹⁰ dispone que todos los conflictos que surjan en el seno de una relación funcional deberán ventilarse ante los tribunales administrativos.

La noción de asunto jurídico-público se caracteriza por incluir a todos aquellos litigios en que se cuestionen las consecuencias o efectos jurídicos que derivan de la aplicación del Derecho público¹¹¹. Conforme a la más reciente formula-

* Equivalente a nuestra Ley Orgánica del Poder Judicial.

¹¹⁰ *Rahmengesetz zur Vereinheitlichung des Beamtenrechts* en la versión de 27 de febrero de 1985 (BGBl., 1985, I, pág. 462; ulteriormente modificada por la Ley de 12 de septiembre de 1990, BGBl., 1990, I, pág. 2002).

¹¹¹ Cfr., en particular, SCHMITT GLAESER (nota 62), pág. 27 y sigs. (núm. marg. 56 y sigs.); PIETZNER-RONELLENFITSCH (nota 58), § 5, núm. marg. 21 y sigs. (pág. 49 y sigs.).

ción de la teoría subjetiva, que es hoy predominante, tendrá carácter jurídico-público toda norma en la que al menos uno de los sujetos de la relación sea titular de poder público¹¹². Lo característico de un asunto público, por consiguiente, es «que siempre se ejerce poder estatal»¹¹³.

La cláusula general reguladora del ámbito de la jurisdicción contenciosa excluye expresamente de su ámbito el conocimiento de aquellos asuntos que tengan «carácter constitucional». A estos efectos, el asunto no tendrá naturaleza constitucional por el mero hecho de derivarse una consecuencia jurídica de un precepto constitucional, sino sólo cuando los sujetos que participan directamente en la vida constitucional —tales como el Parlamento o el Gobierno Federal, el Parlamento de un *Land* o un diputado singular— cuestionen los poderes u obligaciones constitucionales de la Federación o del *Land*¹¹⁴. Por tanto, hay que proceder a una doble determinación constitucional: de una parte, en relación con la norma que subyace al conflicto; de otra, respecto de los interesados que concurren en el litigio¹¹⁵. Los asuntos constitucionales se residencian en la justicia constitucional de la Federación o del *Land*, presidida, desde luego, por el principio de enumeración*, de tal modo que pueden surgir litigios constitucionales que no sean justiciables¹¹⁶. Constituyen un buen ejemplo los conflictos entre partidos políticos en relación con las consecuencias que se derivan del acuerdo para formar gobierno de coalición¹¹⁷.

¹¹² Para la distinción entre el Derecho público y el privado a través de la teoría del interés, la de la subordinación y las más antiguas y modernas expresiones de la teoría subjetiva (teoría del derecho especial), cfr., por todos, I.V. MÜNCH, en ERICHSEN-MARTENS (nota 62), § 2, II, 1 (pág. 16 y sigs.).

¹¹³ PIETZNER-RONELLENFITSCH (nota 58), § 5, núm. marg. 22 (pág. 50).

¹¹⁴ Cfr., por ejemplo, F. O. KOPP, *Verwaltungsgerichtsordnung*, 8.ª ed., Munich, 1990, § 40, núm. marg. 32.

¹¹⁵ PIETZNER-RONELLENFITSCH (nota 58), § 5, núm. marg. 4 (pág. 38 y sigs.); SCHMITT GLAESER (nota 62), pág. 35 y sigs., núm. marg. 75.

* *Enumerativprinzip*, o de causas tasadas (*N. del T.*).

¹¹⁶ Cfr. BVerfG, *DÖV*, 1986, 244, 245 y sig.

¹¹⁷ H. H. RUPP, «Zur neuen Verwaltungsgerichtsordnung: Gelöste

La ley reenvía a otras jurisdicciones el conocimiento de una parte importante de los asuntos de carácter jurídico-público. Entre estas remisiones pueden destacarse no sólo las cuestiones tributarias que caen bajo el ámbito de la jurisdicción financiera conforme al artículo 33 de su Ley jurisdiccional, o los asuntos sociales, que se resuelven ante la jurisdicción social, de acuerdo con el artículo 51 de su Ley, sino señaladamente ciertos litigios de carácter jurídico-público cuyo conocimiento se ha remitido a la jurisdicción ordinaria, como por ejemplo las cuestiones relativas a la expropiación forzosa y a la responsabilidad estatal¹¹⁸ o los recursos contra los actos administrativos de las autoridades judiciales¹¹⁹. Ni la jurisdicción financiera conoce de todos los asuntos tributarios, ni tampoco la social de todos los problemas sociales. Así, por ejemplo, la jurisdicción contencioso-administrativa general conoce de los impuestos municipales, así como de las prestaciones sociales, de los subsidios a la vivienda y de las ayudas

und ungelöste Probleme», *AöR*, vol. 85 (1960), págs. 149, 157; ULE (nota 18)), § 7 (pág. 48); SCHMITT GLAESER (nota 62), pág. 36 (núm. marg. 77); K. STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, vol. 1, Munich, 1984, § 22, III, 2b (pág. 986). La calificación de la coalición como un convenio o pacto constitucional es, sin embargo, controvertida, cfr., por todos, K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 17.^a ed., Heidelberg, 1990, pág. 70 (núm. marg. 178), m.w.N.

¹¹⁸ Es la propia Ley Fundamental la que atribuye el conocimiento de la cuantía del justiprecio y las pretensiones indemnizatorias en concepto de responsabilidad a la jurisdicción ordinaria (arts. 14.III.4 y 34.III GG); y además el art. 40.II VwGO atribuye a la jurisdicción ordinaria el conocimiento de las pretensiones de carácter patrimonial que traigan su causa de sacrificios o privaciones impuestos en beneficio del interés general o de depósitos de naturaleza pública, así como las indemnizaciones por daños y perjuicios que deriven del incumplimiento de obligaciones públicas que no tengan origen contractual. Para otras remisiones a la jurisdicción ordinaria, véase K. REDEKER-H. J. VON OERTZEN, *Verwaltungsgerichtsordnung*, 9.^a ed., Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 1991, § 40, núm. marg. 41 y sigs.

¹¹⁹ Véase en particular § 23 de la Ley de introducción a la Ley de Constitución de los Tribunales (*Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz*), de 27 de enero de 1877 (RGBl., 1877, pág. 77; en su versión de 17 de diciembre de 1990, BGBl., 1990, I, pág. 2847).

a la educación. Y, al contrario, competen por ejemplo a la jurisdicción financiera asuntos que carecen de naturaleza tributaria en sentido estricto, como los que tienen su origen en ciertas leyes prestacionales (entre otras, la Ley de Subsidio a la Construcción de Viviendas y la Ley de Fomento de la Inversión)¹²⁰.

2. LAS CLASES DE ACCIONES Y SUS PRESUPUESTOS ESPECIALES DE PROCEDIBILIDAD PARA LA OBTENCIÓN DE UNA SENTENCIA DE FONDO (*Die Klagearten und ihre besonderen Sachentscheidungsvoraussetzungen*)

Por contraste con otros sistemas de justicia administrativa, como el español, el ordenamiento alemán no cuenta con una sola clase de acción, sino que posee toda una suerte de demandas o acciones, que se deducirán según las pretensiones del actor y cuya admisibilidad se condiciona también a requisitos diversos. La Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa general regula expresamente una serie de acciones, pero tampoco agota todas las posibilidades de impetrar justicia que asisten al demandante. Para no infringir lo dispuesto por la cláusula general del artículo 40.1 VwGO, a la que ya hemos hecho referencia, deberán admitirse también otras acciones que el legislador no ha previsto de modo expreso¹²¹. En el proceso contencioso no hay, pues, *numerus clausus* de acciones¹²².

Al igual que en la jurisdicción ordinaria, el proceso administrativo distingue entre las acciones constitutiva (*Gestaltungsklage*), de prestación (*Leistungsklage*) y declarativa (*Feststellungsklage*)¹²³. La acción constitutiva tiene por objeto

¹²⁰ Cfr., en particular, REDEKER-VON OERTZEN (nota 118), § 40, núm. marg. 68.

¹²¹ Cfr. PIETZNER-RONELLENFITSCH (nota 58), § 8, núm. marg. 1 (página 80).

¹²² Véase, por todos, SCHMITT GLAESER (nota 62), pág. 220 (núm. marg. 560).

¹²³ El art. 43.II se refiere a las tres clases de acciones básicas.

la fundamentación, supresión o modificación de una relación jurídica; la prestacional se dirige a la consecución de una pretensión de hacer, de dejar hacer o de abstención (de la «prestación»); y la acción declarativa aspira a la clarificación de una relación jurídica. El sistema de acciones de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa, sin embargo, se sigue diversificando. Así, la forma más importante de acción constitutiva que se regula es la impugnatoria o de anulación (*Anfechtungsklage*) y como forma autónoma de demanda prestacional la Ley ha creado la acción para que se condene a la Administración a dictar un acto que ha denegado u omitido (*Verpflichtungsklage*). Los cinco procesos más importantes son los siguientes¹²⁴: el de la acción impugnatoria (*Anfechtungsklage*); el de la acción de condena a dictar un acto (*Verpflichtungsklage*); la demanda general de prestación (*allgemeine Leistungsklage*); la declarativa (*Feststellungsklage*); y el procedimiento para el control de las normas (*Normenkontrollverfahren*).

A) La acción impugnatoria o de anulación (*Anfechtungsklage*)

a) Procedencia de la acción impugnatoria

La acción impugnatoria es la que procede cuando lo que se pretende no es sino la anulación de un acto administrativo (de gravamen) (art. 42.1 VwGO). Acto administrativo es toda disposición dotada de *imperium* y emanada de la autoridad por medio de la cual se producen efectos jurídicos en el caso concreto, que trascienden la esfera interna de la Administración¹²⁵. De ahí que la acción anulatoria puede tener por

¹²⁴ No se ha tenido en cuenta la «acción general de prestación» («*allgemeine Gestaltungsklage*») cuya procedencia ha sido parcialmente cuestionada; cfr. a este respecto K. STERN, *Verwaltungsprozessuale Probleme in der öffentlich-rechtlichen Arbeit*, 6.ª ed., Munich, 1987, § 4, V (pág. 81 y sigs.); PIETZNER-ROLELLENFITSCH (nota 58), § 9, núm. marg. 2 y sigs. (pág. 82 y sigs.); SCHMITT GLAESER (nota 62), pág. 205 y sigs. (núm. marg. 522 y sigs.).

¹²⁵ El § 35, inciso primero, de la Ley de Procedimiento Administrativo

objeto la impugnación de medidas muy diferentes, tales como la interdicción del ejercicio de una actividad empresarial; la prohibición de reunión; o la aprobación del planeamiento de una carretera. Con todo, bajo el influjo del artículo 19.IV GG en relación con el 40.1 VwGO, la calificación formal de una medida como acto administrativo no es ya decisiva a los efectos de acceder a la vía jurisdiccional (distinto fue en otros tiempos, cuando la tutela judicial sólo se garantizaba frente a determinados actos administrativos¹²⁶). Por el mero hecho de que una disposición carezca de la condición de acto administrativo por no tener, por ejemplo, efectos externos (v. gr.: una orden interna que se dirige a un funcionario), no puede negarse la tutela jurisdiccional (aunque, desde luego, no por medio de la acción o recurso de anulación, sino a través de una acción general de carácter constitutivo¹²⁷).

También procede la acción impugnatoria cuando se pre-

(*Verwaltungsverfahrensgesetz*, VwVfG) de la Federación (BGBl., 1976, I, 1253; luego modificada por la Ley de 12 de septiembre de 1990, BGBl., 1990, I, 2002), afirma que: «Acto administrativo es toda disposición, resolución o medida dotada de imperium que la autoridad adopta para la regulación del caso concreto en el ámbito del Derecho público y que tiene por objeto producir efectos jurídicos inmediatos en la esfera externa.» Las leyes de procedimiento administrativo de los *Länder* contienen iguales definiciones legales: asimismo el § 31 del procedimiento administrativo del Código Social (SGB X), de 8 de octubre de 1980 (BGBl., 1980, I, 1469, 2218; luego modificada por la Ley de 20 de diciembre de 1990, BGBl., 1990, I, 2954), y el § 118 de la Ley Tributaria de 16 de marzo de 1976 (BGBl., 1976, I, pág. 613; más tarde modificada por la Ley de 17 de diciembre de 1990, BGBl., 1990, I, pág. 2847). Para la interpretación del § 35 VwVfG, cfr. las aclaraciones de los correspondientes comentarios, por ejemplo, P. STELKENS-H. BONK-M. SACHS-K. LEONHARDT, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 3.ª ed., Munich, 1990; F. O. KOPP, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 5.ª ed., Munich, 1991; K. OBERMAYER, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 2.ª ed. (editada por VON D. EHLERS y C. LINK), Neuwied-Frankfurt a.M., 1990; H. J. KNACK (editor), *Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar*, 3.ª ed., Köln-Berlin-Bonn-Munich, 1989; H. MEYER-H. BORGS-MACIEJEWSKI, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 2.ª ed., Frankfurt a.M., 1982.

¹²⁶ Cfr. H. U. ERICHSEN, en ERICHSEN-MARTENS (nota 62), § 11, I (pág. 172).

¹²⁷ Véase PIETZNER-ROLLENFITSCH (nota 58), § 9, nota marg. 9 (pág. 89); sobre la acción general de prestación, cfr. *supra*, nota 122.

tende impugnar un acto administrativo que no se dirige directamente frente al actor sino a un tercero al que favorece, mientras que es al actor al que perjudica (son los llamados actos administrativos con doble efecto o efectos para terceros)*. Por ejemplo: la acción que asiste a los vecinos en materia urbanística (*baurechtliche Nachbarklage*) o la que pueden ejercer los que concursan a una subvención o a una plaza de funcionario (*Konkurrentenklage*). En estos asuntos hay que examinar escrupulosamente la legitimación para recurrir.

b) Legitimación para recurrir (*Klagebefugnis*)

El artículo 19.IV GG predica el derecho a la tutela judicial efectiva de todo el que «haya sido lesionado en sus derechos», y el legislador, por su parte, ha adoptado para el proceso contencioso-administrativo una regla paralela. De ahí que se excluya la acción popular, como regla general. Conforme al artículo 42.2 VwGO, estará legitimado para impugnar únicamente aquel que pueda alegar la vulneración de sus derechos. De acuerdo con la interpretación dominante, basta, sin embargo, que la violación de los propios derechos parezca posible según las alegaciones del actor (es la denominada teoría de la posibilidad: *Möglichkeitstheorie*). En otros términos, sólo carecerá de legitimación activa si «de modo manifiesto e inequívoco, esto es, desde cualquier punto de vista, no existen o no pueden reconocérsele los derechos que alega el recurrente»¹²⁸. Si han sido o no de hecho efectivamente lesionados, es algo que cae ya en el terreno de la justificación material de la demanda.

Son susceptibles de ser lesionados cualesquiera derechos público-subjetivos, es decir, todos los intereses individuales que el ordenamiento jurídico estime dignos de protección. Son aplicables los principios más arriba descritos en relación

* *Verwaltungsakt mit Doppelwirkung* o también *Drittwirkung*.

¹²⁸ BVerfGE 18, 154, 157; cfr. también BVerwGE 36, 192, 199 y sigs.; 44, 1, 3; 68, 241, 242; 75, 285, 291; otras referencias en KOPP (nota 114), § 42, núm. marg. 39.

con el artículo 19.IV GG¹²⁹. La lesión es posible siempre que el actor sea el destinatario del acto administrativo de gravamen. Y es que, en efecto, la esfera de libertad del individuo se protege en todo caso sin dejar lagunas: cuando no se logra por medio de un derecho específico de libertad, la tutela se alcanza a través del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad (art. 2.1 GG). El Tribunal Constitucional ha concebido este derecho fundamental como un derecho general de libertad, esto es, como un derecho fundamental que concentra y comprende todas las libertades innominadas¹³⁰, y del que se extrae una pretensión general «a que el poder estatal no genere en nadie un perjuicio que carezca de legitimación en el orden constituido conforme a la Constitución»¹³¹. Siempre que se dicte un acto administrativo de gravamen o, lo que es lo mismo, un acto administrativo susceptible de incidir sobre la esfera de libertad del destinatario, no puede negarse la posibilidad de que se violen sus derechos.

Es más difícil el examen de la legitimación activa cuando el actor ostenta únicamente la condición de «tercero interesado» (*«Drittbetreffender»*), es decir, cuando es afectado por un acto administrativo que no se le ha dirigido a él, sino a otra persona. Según la jurisprudencia del Tribunal Administrativo Federal, que sigue la doctrina de las normas de protección o de atribución de posiciones subjetivas (*Schutznormtheorie*)¹³², la acción impugnatoria de un tercero interesado sólo es procedente «en el caso de que la Administración vulnere derechos fundamentales del actor o infrinja una norma ordinaria que tenga por objeto proteger al recurrente frente al acto ilegal en cuanto parte integrante de un círculo de personas clara y suficientemente acotadas por la norma»¹³³.

¹²⁹ Véase *supra*, II, 1, a), aa) (2); mayores referencias en la nota 62.

¹³⁰ Véase BVerfGE 6, 32, 36 y sigs.

¹³¹ BVerfGE 9, 83, 88; véase también BVerfGE 19, 206, 215; 29, 402, 408.

¹³² Véase *supra*, II, 1, A), a) (2).

¹³³ BVerwGE 65, 167, 171; cfr. también las referencias que se han hecho más arriba en la nota 61, así como las que se contienen en PIETZNER-RONELLENFITSCH (nota 58), § 14, núm. marg. 13 (pág. 128, nota 40).

Por tanto, para que se le reconozca legitimación activa es necesario que el actor pueda invocar la existencia de una norma de protección. Cabe ilustrarlo con el ejemplo de la acción que pueden ejercer los vecinos en materia urbanística¹³⁴: si se otorga una licencia de construcción al propietario de un solar, el vecino podrá impugnarla siempre que pueda alegar que la licencia en cuestión ha sido concedida en contra de lo establecido en las normas en vigor, las cuales habrán de tener por objeto también su protección (en cuanto vecino). Constituyen un ejemplo de normas de protección en favor de terceros las emanadas de los *Länder* en materia urbanística sobre paredes externas contra incendios (*Brandwände*) o las relativas al espacio intermedio entre dos casas (*Bauwich*; obligación de mantener una cierta superficie con la casa inmediata), y no, en cambio, las que dicen relación con el número mínimo de plantas (*Mindestgeschößzahl*)¹³⁵.

Localizar el círculo de los que tienen legitimación activa presenta notables dificultades, especialmente en el planeamiento urbanístico o en el ámbito de las autorizaciones de grandes proyectos técnicos (v. gr.: construcción de un aeropuerto; plantas de eliminación de residuos; centrales nucleares). Hay unanimidad en el sentido de que el círculo de personas legitimadas es más restringido que el de los afectados por la aplicación del planeamiento¹³⁶, y en que, por lo general, sólo se tiene en cuenta la infracción cuando el actor guarde una relación territorial directa con el lugar en que se ha proyectado la instalación. Saber hasta dónde llega el radio de acción de los vecinos de una instalación potencialmente peligrosa, al objeto de considerarlos afectados en sus derechos (sean fundamentales, como el derecho a la integridad física; o sean derechos legalmente reconocidos) y, por consiguiente, concluir quiénes tienen legitimación, es algo que sólo puede averiguarse

¹³⁴ Respecto a este punto en sentido análogo PIETZNER-RONELLENFITSCH (nota 58), § 15, núm. marg. 6 y sigs. (pág. 145 y sigs.).

¹³⁵ Cfr. los ejemplos de la jurisprudencia en REDEKER-V. OERTZEN (nota 118), § 42, núm. marg. 133.

¹³⁶ Cfr., por todos, el § 73.4 VwVfG («todo aquel cuyo interés sea afectado por el proyecto») y las aclaraciones que se contienen en los correspondientes comentarios (cfr. *supra*, nota 125).

con referencia a cada caso concreto y después de analizar el grado de protección que dispensa cada norma material¹³⁷. En sintonía con lo que habían resuelto los tribunales franceses, holandeses y suizos, el Tribunal Administrativo Federal, en su sentencia «Emsland», de 17 de diciembre de 1986, reconoció la legitimación activa de los vecinos extranjeros que pudieran verse afectados¹³⁸. En el caso planteado, un holandés residente en un municipio fronterizo a 25 kilómetros de la proyectada central nuclear de Emsland, había recurrido contra la primera licencia parcial de instalación con el argumento de que debía admitírsele en el procedimiento de otorgamiento de la licencia, no ya como un mero opositor, sino también en las discusiones, en su condición de afectado al que debe concedérsele audiencia. En contra de lo que había estimado la instancia anterior, el Tribunal Administrativo Federal consideró que tenía legitimación. Para concluir en tal sentido se apoyó en el alcance protector (transfronterizo) que posee la Ley de Energía Atómica.

c) La necesidad de un procedimiento administrativo previo

Antes de presentar la demanda de anulación (*Anfechtungsklage*) ha de interponerse en principio¹³⁹ el recurso administrativo (*Widerspruch*)¹⁴⁰. Aunque se trate de un procedimiento administrativo¹⁴¹, su regulación básica¹⁴² descansa

¹³⁷ Véase sobre este punto REDEKER-VON OERTZEN (nota 118), § 42, núm. marg. 16.

¹³⁸ BVerfGE 75, 285 (algunos de cuyos párrafos se han recogido en el anexo); cfr. a este respecto W. BLÜMEL, «Gesetzliche Regelung der Einwendungs- und Klagebefugnis ausländischer Grenznachbarn?», en K. HAILBRONNER-G. RESS-T. STEIN (editores), *Staat und Völkerrechtsordnung. Festschrift für Karl Doehring*, Berlín y otros, 1989, págs. 89-118, con numerosas referencias también al estado de la cuestión en la doctrina científica.

¹³⁹ El art. 68.1.2 VwGO y algunas leyes especiales contienen excepciones.

¹⁴⁰ Cfr. con todo detalle PIETZNER-RONELLENFITSCH (nota 58), §§ 25-50 (págs. 259-499).

¹⁴¹ Sobre el doble carácter del procedimiento de recurso (*Widerspruchsverfahren*) en cuanto presupuesto de procedibilidad para obtener (Nota 142 en pág. sig.)

en la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa (arts. 68 y sigs.) y, en consecuencia, tiene carácter unitario para toda la Federación, lo que se legitima en términos competenciales por su condición de vía administrativa previa a la acción impugnatoria (*Anfechtungsklage*) y a la de condena o imposición a que se dicte un acto (*Verpflichtungsklage*)¹⁴³.

El recurso administrativo (*Widerspruch*) tiene que interponerse ante la autoridad de la que ha emanado el acto impugnado (*Ausgangsbehörde*) en el plazo de un mes desde que se dicta el acto administrativo (y a contar desde que se pone en su conocimiento el acto); y, en caso de notificación o publicación defectuosas, o de que no se indique el pie de recurso, el plazo es de un año¹⁴⁴. Si el órgano administrativo que ha dictado el acto no lo estima, será en principio¹⁴⁵ el órgano inmediatamente superior el que resuelva el recurso. A tal efecto, no sólo se cuestiona la legalidad, sino también, y por contraste con el juicio que les está permitido a los tribunales administrativos, la oportunidad o conveniencia del acto administrativo. En el supuesto de que estime el recurso procederá a la anulación del acto impugnado o a su modifi-

una resolución de fondo (*Sachentscheidungs voraussetzung Prozeß voraussetzung*) respecto de las acciones anulatoria (*Anfechtungsklage*) y de condena o imposición de dictar un acto (*Verpflichtungsklage*), de una parte y, de otra, como procedimiento administrativo, cfr. A. VON MUTIUS, *Das Widerspruchsverfahren der VwGO als Verwaltungsverfahren und Prozeß voraussetzung*, Berlín, 1969; H. HOFMANN, «Das Widerspruchsverfahren als Sachentscheidungs voraussetzung und als Verwaltungsverfahren», en ERICHSEN-HOPPE-V. MUTIUS (nota 9), págs. 605-619.

¹⁴² Cfr. también §§ 79 y 80 VwVfG.

¹⁴³ La competencia legislativa de la Federación deriva, por consiguiente, del art. 74.1 GG («Procedimiento judicial»). El procedimiento administrativo en el ámbito de la Administración de los *Länder*, como es sabido, ha sido regulado por las leyes de los *Länder* sobre la materia que, por lo demás, reproducen casi literalmente lo que dispone la Ley Federal de procedimiento administrativo.

¹⁴⁴ Véanse §§ 70, 58 VwGO.

¹⁴⁵ Por excepción, puede resolver el recurso el órgano que dictó el acto, cuando el órgano o autoridad inmediatamente superior sea la autoridad más elevada del *Land* o de la Federación, o bien se trate de un acto administrativo dictado en materias que son de la competencia de una Administración autónoma.

cación. En caso contrario, desestimaré el recurso. Como la resolución del recurso incluye el juicio de oportunidad, la legitimación para impugnar en vía administrativa (*Antragsbefugnis*) es más amplia que la que se exige para la apertura del proceso (*Klagebefugnis*). El que interpone el recurso administrativo no sólo está legitimado para alegar que se han infringido sus derechos o, lo que es lo mismo, que ha sido afectado en su esfera subjetiva *ilegalmente*, sino también para esgrimir que se ha visto afectado en sus derechos por un acto administrativo *inoportuno* (y, por consiguiente, no necesariamente ilegal)¹⁴⁶.

Mucho se ha discutido respecto de la reforma peyorativa, acerca de si el órgano que resuelve el recurso administrativo puede también modificar el acto originario en perjuicio del recurrente¹⁴⁷. Las concepciones básicas se encuentran estrechamente vinculadas a la visión que se tenga del objeto y naturaleza de la vía administrativa de recurso (*Widerspruchsverfahren*): quienes ponen el acento en la garantía o defensa del recurrente o en la descongestión de los tribunales*, niegan la admisibilidad de la *reformatio in peius* («*Verböserung*»); por el contrario, quienes ponen en primer plano el autocontrol de la Administración, responderán afirmativamente. Sea como fuere, del artículo 79.2 VwGO se infiere que el legislador ha partido de la idea de que la resolución del recurso administrativo puede contener «un perjuicio adicional respecto del acto administrativo originario». La Ley silencia la naturaleza y el alcance de tal empeoramiento. El Tribunal Administrativo Federal quiere hacer depender la *reformatio in peius* del respectivo Derecho material que sea aplicable, que es el que habrá de garantizar en cada caso «los principios de confianza legítima (*Vertrauensschutz*) y buena fe (*Treu*

¹⁴⁶ Así de forma concluyente KOPP (nota 114), § 69, núm. marg. 6; PIETZNER-RONELLENFITSCH (nota 58), § 35, núm. marg. 4 y sigs. (página 333 y sigs.).

¹⁴⁷ Cfr. sobre el tema ULE (nota 18), § 24, III (pág. 124); SCHMITT GLAESER (nota 62), pág. 116 y sigs. (núm. marg. 289 y sigs.); PIETZNER-RONELLENFITSCH (nota 58), § 40 (págs. 380-396).

* Es decir, en el posible arreglo extrajudicial de la controversia (*N. del T.*).

und Glauben)»¹⁴⁸. La doctrina viene invocando, a falta de preceptos específicos, los principios de revocabilidad y anulabilidad de los actos administrativos, tal como se desprenden de los artículos 48 y 49 de la Ley de Procedimiento Administrativo, como parámetro o criterio de licitud en cada caso concreto¹⁴⁹. Por lo demás, resulta irrelevante o indiferente que el acto administrativo originario se haya reformado en beneficio o en perjuicio del recurrente, puesto que, en todo caso, el objeto de la acción impugnatoria (*Anfechtungsklage*) es el acto administrativo tal como haya quedado a resultas de la «resolución del recurso administrativo» (art. 79.I.1 VwGO).

d) Plazo para recurrir (*Klagefrist*)

La acción impugnatoria (*Anfechtungsklage*) debe deducirse en el plazo de un mes a partir de que se notifique la resolución del recurso, según dispone el artículo 74.1 VwGO. En caso de que la notificación no contenga pie de recurso, el plazo se amplía a un año (art. 58.2 VwGO).

Cuando el recurso administrativo no se resuelve materialmente en un plazo razonable, sin que medie razón suficiente, podrá deducirse inmediatamente la acción impugnatoria, sin agotar la vía administrativa (art. 75.1 VwGO). La Ley entiende que, en términos generales, tres meses constituyen un tiempo de espera razonable (art. 75.2 VwGO).

¹⁴⁸ BVerfGE 51, 310 (2.ª tesis). Sobre la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Administrativo Federal, cfr. en particular R. PIETZNER, «Zur reformatio in peius im Widerspruchsverfahren», *VerwArch*, vol. 80 (1989), págs. 501-513, y vol. 81 (1990), págs. 261-281.

¹⁴⁹ Cfr. REDEKER-V. OERTZEN (nota 118), § 73, núm. marg. 20; EYERMANN-FRÖHLER-KORMANN (nota 62), § 73, núm. marg. 7; SCHMITT GLAESER (nota 62), pág. 118 y sigs. (núm. marg. 292). Contra esta posición (con el argumento de que la autoridad que resuelve el recurso posee la competencia originaria para resolver), cfr. en la jurisprudencia más reciente: OVG Koblenz de 2 de octubre de 1991 —2A 10038/91 OVG— (no publicado).

e) La fundamentación de la acción impugnatoria (*Begründetheit der Anfechtungsklage*)

Una vez cumplidos los restantes presupuestos de procedibilidad para obtener una resolución sobre el fondo (requisitos procesales)¹⁵⁰, el Tribunal tiene que examinar la justificación material de la acción que se estimará siempre que el acto

¹⁵⁰ En concreto, para que pueda deducirse la acción impugnatoria deben concurrir los siguientes presupuestos (cfr., también, KOPP, nota 114, Vorb, § 40, núm. marg. 17; SCHMITT GLAESER, nota 62, pág. 131 y sigs., núm. marg. 328; STERN, nota 124, § 1, III, pág. 6):

- 1) Existencia de la jurisdicción alemana: §§ 18-20 de la Ley de Constitución de los Tribunales.
 - 2) Competencia de la jurisdicción administrativa: § 40.I.1 VwGO (cláusula general) o remisiones especiales (por ejemplo: § 126 de la Ley de Bases de la función pública).
 - 3) Procedencia del tipo o clase de acción procesal: § 42.I VwGO.
 - 4) Competencia material (competencia en primera instancia): §§ 45, 47, 48, 50 VwGO.
 - 5) Competencia funcional (competencia del Tribunal Administrativo Superior y del Tribunal Administrativo Federal en la vía de instancia): §§ 46, 49 VwGO.
 - 6) Competencia territorial: § 52 VwGO.
 - 7) Capacidad de los interesados (capacidad para ser parte; *Parteifähigkeit*): § 61 VwGO.
 - 8) Correcta determinación de la parte contraria (legitimación pasiva; *passive Prozeßführungsbefugnis*): § 78 VwGO.
 - 9) Capacidad procesal/representación legal: §§ 62, 67 VwGO.
 - 10) Ejercicio de la acción de conformidad con las normas: §§ 81, 82 VwGO.
 - 11) Legitimación activa para interponer la acción: § 42.II VwGO.
 - 12) Procedimiento administrativo de recurso (previo a la vía jurisdiccional): §§ 68 y sigs. VwGO.
 - 13) Plazo de ejercicio de la acción: §§ 74.1 ó 58.II VwGO.
 - 14) Inexistencia de una resolución judicial firme sobre el mismo asunto: §§ 121 VwGO; 173 VwGO en relación con 705 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (*Zivilprozeßordnung*).
 - 15) Inexistencia de litispendencia: §§ 90.II VwGO.
 - 16) Necesidad general de tutela judicial (requisito que falta en particular cuando el objetivo que se persigue se puede alcanzar de una forma más sencilla o cuando la interposición de la acción resulta abusiva).
- Los puntos 1, 2, 4-7, 9, 10, 14-16 constituyen requisitos generales de procedibilidad para toda clase de acciones.

administrativo sea ilegal y lesione los derechos del actor (art. 113.I.1 VwGO). Cuando se trate de actos administrativos discrecionales (art. 114 VwGO), el tribunal habrá de revisar si se han superado los límites de la potestad discrecional (*Ermessensüberschreitung*) o se ha hecho un uso de ella con fines distintos para los que fue conferida (*Ermessensfehlgebrauch*). También será ilegal el acto administrativo cuando sea indeterminado o infrinja el principio de proporcionalidad (*Verhältnismäßigkeit*). En este sentido, el juicio que debe emitir el tribunal respecto de la proporcionalidad se refiere, en primer término, a si la medida es *apropiada* para alcanzar el fin propuesto; si la medida es también *necesaria* para su consecución o, lo que es lo mismo, si ningún otro medio menos gravoso consigue igual resultado; y, en tercer lugar, enjuiciará si la medida en cuestión es también *proporcional en sentido estricto*, es decir, si los medios aplicados y los perjuicios que con ello se ocasionen son proporcionales o congruentes en relación con el resultado al que se aspira¹⁵¹.

En principio, el examen jurisdiccional sobre la legalidad de la situación fáctica y jurídica se circunscribe al momento de la última resolución administrativa¹⁵² —por lo general, pues, al momento en que se dicta la resolución del recurso administrativo—. La jurisprudencia, sin embargo, hace numerosas excepciones de tal principio en atención al derecho material subyacente en cada caso; así, por ejemplo, en el supuesto de actos administrativos permanentes: aquellos actos que de acuerdo con el ordenamiento se dictan con vocación de permanencia (v. gr.: las licencias profesionales o industriales; la prohibición general de construcción; las señales de tráfico); o el caso de los actos administrativos que todavía no se han ejecutado¹⁵³.

¹⁵¹ Cfr. especialmente respecto de la legalidad de los actos administrativos el informe alemán de la tercera parte del Seminario (H. MEYER, *El procedimiento administrativo alemán*) y que se publica también en Civitas bajo el título: *El procedimiento administrativo en el Derecho Comparado*, Ed. Civitas, Madrid, 1993.

¹⁵² BVerfGE 1, 35, 36; 11, 334, 335 y sigs.; 28, 292, 293; 42, 206, 209; 48, 299, 305; 51, 15, 24; 60, 75, 79; 60, 297, 315.

¹⁵³ Véase KOPP (nota 114), § 113, núm. marg. 25 y sigs.; para una

En su resolución estimatoria, el juez anula el acto impugnado y, en su caso, la resolución del propio recurso administrativo (art. 113.I.1 VwGO). De una estimación parcial se sigue una anulación igualmente parcial. Si el acto administrativo ya ha sido ejecutado, el tribunal podrá acordar, a petición del interesado, la supresión de sus efectos (art. 113.I.2 VwGO)¹⁵⁴.

B) *La demanda de imposición o de condena a dictar un acto (Verpflichtungsklage)*

a) *Procedencia de la demanda de imposición*

La acción o demanda de imposición tiene por objeto condenar a la Administración a que dicte un acto administrativo (art. 42.I VwGO). Se distinguen dos variantes: la que se dirige, en primer término, contra la negativa a dictar un acto (*Versagungsgegenklage*, también llamada *Weigerungsgegenklage* o *Vornahmeklage* *), y, en segundo lugar, la que se interpone contra la inactividad de la Administración (*Untätigkeitsklage*)¹⁵⁵. El primer supuesto tiene lugar cuando la Administración se niega a dictar un acto que le ha sido solicitado (por ejemplo, el otorgamiento de una licencia urbanística); el segundo, en cambio, cuando no dicta resolución alguna en un tiempo razonable, sin que medie para ello razón suficiente o, en otros términos, no dicta siquiera un acto administrativo denegatorio (*vid.* art. 75 VwGO).

Cuando se deduce contra la negativa a dictar un acto

crítica de esta jurisprudencia, *vid.* del mismo autor: «Der für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage maßgebliche Zeitpunkt bei verwaltungsgerichtlichen Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen» en ERICHSEN-HOPPE-V. MUTIUS (nota 9), págs. 693, 703 y sigs.

¹⁵⁴ Ejemplos en tal sentido en PIETZNER-RONELLENFITSCH (nota 58), § 20, núm. marg. 33 (pág. 219 y sigs.); SCHMITT GLAESER, pág. 275 y sigs. (núm. marg. 716).

* Esto es, acción exigiendo de la Administración una actividad en determinado sentido (*N. del T.*).

¹⁵⁵ Cfr., por todos, SCHMITT GLAESER (nota 62), pág. 163 y sigs. (núm. marg. 407 y sigs.); PIETZNER-RONELLENFITSCH (nota 58), § 10, núm. marg. 5 y sigs. (pág. 100 y sigs.).

(*Versagungsgegenklage*), la acción entraña incidentalmente la pretensión anulatoria de tal resolución denegatoria, sobre lo que, en efecto, se pronuncia expresamente la mayor parte de los tribunales en caso de que triunfe el actor¹⁵⁶. Por tanto, esta acción, que se interpone contra la denegación o negativa a dictar un acto, contiene al mismo tiempo un elemento anulatorio¹⁵⁷. No cabría, por consiguiente, deducir una acción impugnatoria adicional contra la resolución denegatoria, puesto que el actor no tendría entonces necesidad de recurrir (*Rechtsschutzbedürfnis*)^{158*}. Sin embargo, no puede concluirse en términos generales en la improcedencia de la «acción impugnatoria aislada» (*isolierte Anfechtungsklage*)¹⁵⁹, en la que el demandante se limita a solicitar la anulación, total o parcial, de la denegación o negativa a dictar el acto, aun cuando existan los presupuestos de procedibilidad para deducir la demanda de condena o de imposición (*Verpflichtungsklage*). En cierto modo, algunos autores entienden que la «acción impugnatoria aislada» comprende también la que se interpone contra disposiciones accesorias* limitadoras de un acto administrativo declarativo de derechos (*begünstigender Verwaltungsakt*)¹⁶⁰.

¹⁵⁶ Cfr. ejemplos en tal sentido en PIETZNER-RONELLENFITSCH (nota 58), § 20, núm. marg. 33 (pág. 221 y sigs.); SCHMITT GLAESER (nota 62), pág. 276 (núm. marg. 716). De acuerdo con otra concepción, la anulación del acto administrativo denegatorio es cuestión que compete a la Administración; así ULE (nota 18), § 32, II, 2 (pág. 154).

¹⁵⁷ Cfr. también BVerwGE 411, 178, 182.

¹⁵⁸ Cfr. BVerwGE 25, 357, 358; 38, 99, 101; STERN (nota 124), § 4, IV (pág. 64 y sigs.); REDEKER-V. OERTZEN (nota 118), § 42, núm. marg. 3.

* No cumpliría el requisito procesal de la necesidad del recurso.

¹⁵⁹ Cfr. BVerwGE 38, 99, 101 y sigs. Mientras no se planteó cuestión con su procedencia, por ejemplo en la BVerwGE 54, 54, 55, en cambio la BVerwGE 78, 93, 99, la inadmitió por falta del requisito de la necesidad de la tutela judicial; entre la doctrina, *vid.* H. W. LAUBINGER, «Die isolierte Anfechtungsklage», en ERICHSEN-HOPPE-V. MUTIUS (nota 9), págs. 443-459; J. MARTENS, «Effektiver Rechtsschutz durch isolierte Anfechtung», *DÖV*, 1988, págs. 949-957; KOPP (nota 114), § 42, núm. marg. 22.

* Condición, término o modo, p. ej.

¹⁶⁰ Así, por ejemplo, PIETZNER-RONELLENFITSCH (nota 58), § 9, núm. marg. 16 (pág. 96). De otra opinión (en aplicación de principios diversos):

b) Legitimación para recurrir (*Klagebefugnis*)

Conforme al artículo 42.II VwGO, el demandante debe invocar la lesión en sus derechos como consecuencia de la denegación u omisión del acto administrativo. En caso de que el actor hubiera solicitado un acto administrativo declarativo de derechos y la Administración no le haya respondido a su petición —sea en parte o en todo—, puede afirmarse, como regla general, que existe legitimación para recurrir. Como acontece con la acción impugnatoria, la legitimación activa es en cambio problemática cuando el actor pretende que la Administración realice una actividad en contra de un tercero. (Ejemplo: cuando se solicita la intervención policial contra un vecino alborotador). En tal hipótesis, estará legitimado el actor cuando la norma de que se trate —que tendría carácter habilitante para la Administración— persiga también la protección de los intereses individuales e incluyera precisamente los propios intereses que el actor pretende hacer valer¹⁶¹.

c) La necesidad de un procedimiento administrativo previo

En el supuesto de que la acción de condena o imposición (*Verpflichtungsklage*) se interponga contra la denegación de un acto (esto es, en su versión de *Versagungsgegenklage*), o si se quiere, sólo cuando la Administración haya denegado la petición, el actor debe agotar la vía administrativa de recurso, al igual que sucede con la acción impugnatoria (art. 68.II VwGO). Por el contrario, en su versión de demanda contra la inactividad administrativa (*Untätigkeitsklage*) —cuando la Administración no ha tenido reacción alguna— no es necesario interponer el recurso administrativo.

LAUBINGER (nota anterior), págs. 445, 447; ULE (nota 18), § 32, II, 2 (pág. 155). Cfr. también H. STADIE, «Rechtsschutz gegen Nebenbestimmungen eines begünstigenden Verwaltungsakts», *DVBl.*, 1991, págs. 613-616.

¹⁶¹ Cfr. BVerwGE 11, 95, 96; BVerwG DVBl., 1969, 586; VG Saarlouis con comentarios de F. E. SCHNAPP, *DVBl.*, 1969, 595 y sigs.; W. MARTENS, «Der Schutz des einzelnen im Polizei- und Ordnungsrecht», *DÖV*, 1976, 457, 461.

d) Plazo para recurrir (*Klagefrist*)

Para interponer la demanda de condena o imposición (*Verpflichtungsklage*) rige el mismo plazo que para la anulatória (art. 74.II en relación con el apartado I y con el art. 58.II VwGO): cuando la resolución del recurso administrativo tenga lugar en tiempo y forma, el plazo es de un mes y, en caso contrario, de un año.

Para poder interponer la acción por inactividad (*Untätigkeitsklage*), el recurrente debe esperar un tiempo razonable —al menos tres meses—, siempre que no concorra alguna circunstancia especial (que pudiera justificar un plazo más breve) (art. 75 VwGO).

e) Fundamentación de la demanda de imposición

La acción ha de fundarse en que la denegación (en el caso de que pretenda combatir la negativa a dictar un acto: *Versagungsgegenklage*) o la omisión (cuando se pretende hacer frente a la inactividad: *Untätigkeitsklage*), además de ser ilegal, lesiona los derechos del actor (art. 113.V.1 VwGO). En principio, es determinante, pues, la situación de hecho y de derecho en el momento de dictarse la resolución jurisdiccional¹⁶². La sentencia estimatoria se resuelve en la condena a la Administración a que dicte el acto administrativo que le fue solicitado (por ejemplo, una licencia urbanística o la licencia de apertura de un restaurante).

Además de una sentencia de tal contenido («de condena o imposición a dictar un acto»), pueden producirse igualmente «sentencias de condena a dar una respuesta» (*Bescheidungsurteile*), cuando el litigio no está todavía concluso para dictar resolución. Ello sucede sobre todo frente a la discrecionalidad administrativa, puesto que el principio de la división de poderes prohíbe que el Tribunal sustituya la discrecionalidad administrativa por la judicial. Si la denegación o negativa a dictar el acto solicitado con la motivación que había formulado la Administración es ilegal (por ejemplo: a causa de un

¹⁶² BVerwGE 29, 394, 395 y sigs.; 31, 170, 171 y sigs.; 37, 151, 152 y sigs.; 56, 246, 249; 61, 1, 2; 69, 198, 199.

incorrecto ejercicio de la discrecionalidad), el Tribunal sólo podrá condenar, en caso de no estar el asunto visto para sentencia, a que la Administración conteste de nuevo al demandante, de conformidad con los principios y razonamiento que el Tribunal sostenga (en su *Bescheidungsurteil*, esto es, en la sentencia en la que se le obliga a contestar) (*vid.* art. 113.V.2 VwGO). Para que el actor no sea derrotado parcialmente, puede limitarse a interponer su acción a los solos efectos de obligar a que la Administración dicte una nueva resolución en el marco de la interpretación que sostenga el Tribunal (es la llamada acción de contestación: *Bescheidungsklage*)¹⁶³.

C) La acción o demanda general de prestación
(*allgemeine Leistungsklage*)

a) Procedencia de la demanda general de prestación

La acción general de prestación (*allgemeine Leistungsklage*) procede cuando el actor no pretende la producción de un acto administrativo, sino una prestación cualquiera de la Administración. Aunque son varios los preceptos de la Ley que se refieren a esta demanda¹⁶⁴, sin embargo, no está regulada con detalle.

La demanda o acción general de prestación persigue, de una parte, la realización de una concreta actividad (una mera actividad administrativa): desde el pago de una cantidad dineraria, o la emanación de una declaración administrativa de voluntad, hasta la revocación de una manifestación oficial (es la denominada acción para la realización de una prestación; *Leistungs-Vornahme-Klage*); de otra parte, también tiene por objeto oponerse a una acción administrativa futura (es la llamada *Leistungs-Unterlassungs-Klage*) para que no se preste¹⁶⁵. Por regla general, los tribunales admiten sin mayores

¹⁶³ PIETZNER-RONELLENFITSCH (nota 58), § 10, núm. marg. 8 (pág. 101 y sigs.).

¹⁶⁴ Así, por ejemplo, en §§ 43.II, 111 VwGO.

¹⁶⁵ Cfr., por todos, SCHMITT GLAESER (nota 62), pág. 209 y sigs. (núm. marg. 533); PIETZNER-RONELLENFITSCH (nota 58), § 10, núm. marg. 2 y sigs. (pág. 98 y sigs.).

requisitos una acción de tal naturaleza —dirigida a la abstención (*Unterlassungsklage*)—, siempre que se dé la circunstancia de que ya se hayan producido intervenciones administrativas y puedan temerse otras en el futuro, esto es, cuando exista peligro de que se repita la intervención¹⁶⁶. Sin embargo, cuando se trate de la primera vez, podrá impedirse una acción inminente si existen razones especiales por cuya virtud no parezca razonable una mayor espera¹⁶⁷. En casos excepcionales cabe interponer esta demanda de abstención, de carácter preventivo (*vorbeugende Unterlassungsklage*), contra la producción inminente de un acto administrativo de gravamen¹⁶⁸.

b) Legitimación para recurrir

La jurisprudencia aplica por analogía el artículo 42.II VwGO * a la acción general de prestación; en otros términos, el actor debe hacer valer su derecho a la conducta que pretende¹⁶⁹.

c) Procedimiento administrativo previo y plazo para recurrir (*Vorverfahren und Klagefrist*)

La Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (VwGO), en relación con la acción general de prestación, no ha impuesto la vía administrativa de recurso ni el cumplimiento

¹⁶⁶ Cfr., por ejemplo, BVewGE 65, 298, 299 y sigs.

¹⁶⁷ BVewGE 71, 183, 188 y sigs.

¹⁶⁸ Cfr. BVerwG DVBl., 1971, 746; PIETZNER-RONELLENFITSCH (nota 58), § 10 núm. marg. 3 (pág. 98 y sigs.). De acuerdo con otra concepción diferente, en este caso debe presentarse una acción de condena a dictar un acto (*Verpflichtungsklage*) para que «se dicte un acto administrativo con la garantía de que no se producirá otro acto administrativo con el contenido que teme el actor»; así KOPP (nota 114), § 42, núm. marg. 8.

* El citado artículo, según sabemos, afirma que «en la medida en que la Ley no determine otra cosa, la acción sólo resultará procedente en caso de que el actor pueda alegar que ha sido lesionado en sus derechos como consecuencia de la producción del acto administrativo, de su denegación u omisión» (*N. del T.*).

¹⁶⁹ BVerwGE 18, 154, 157; 36, 192, 199; BVerwG NJW, 1977, 118, 119; BVerwG NVwZ, 1982, 103, 104; más referencias en KOPP (nota 114), § 42, núm. marg. 38, que es de otra opinión.

de plazo alguno para recurrir. Sin embargo, en materia de funcionarios, el artículo 126.III de la Ley Básica de la Función Pública (*Beamtenrechtsrahmengesetz*)¹⁷⁰ prescribe la interposición previa del recurso administrativo (*Widerspruchsverfahren*).

d) Fundamentación de la demanda general de prestación

La acción se funda en que el actor tiene derecho a la prestación de la actividad solicitada (*Vornahmeklage*) o bien a su omisión (*Unterlassungsklage*).

D) La acción declarativa (*Feststellungsklage*)

a) La procedencia de la acción declarativa

Conforme al artículo 43.I VwGO, la acción declarativa de general (*allgemeine Feststellungsklage*) es la pertinente cuando lo que se cuestiona es la existencia o inexistencia de una relación jurídica. Por «relación jurídica» se entiende aquella relación que resulta de la aplicación de una norma jurídica a un determinado supuesto de hecho ya identificado, es decir, suficientemente definido¹⁷¹. Por ejemplo: si la Administración pone en tela de juicio la nacionalidad alemana de una persona, ésta podrá recabar de los Tribunales administrativos la declaración de su nacionalidad¹⁷². Como se trata siempre de clarificar una *concreta* relación jurídica, no podrán pretenderse declaraciones jurídicas abstractas (tales como la relativa a la validez de una norma jurídica); en esta sede, faltaría por lo demás la necesidad de la tutela judicial (*Rechtsschutzbedürfnis*) (interés en la declaración: *Feststellungsinteresse*)¹⁷³.

De acuerdo con lo que dispone la Ley jurisdiccional (VwGO), la acción declarativa se ejerce en dos supuestos

¹⁷⁰ Véase *supra*, nota 110.

¹⁷¹ Cfr. BVerwGE 14, 235, 236; 38, 346, 347; 50, 11, 19. Véase también BGH NJW, 1984, 1556: «Por relación jurídica entiende el § 256 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (ZPO)... aquella relación de personas, entre sí o respecto de cosas, que deriva de un presupuesto de hecho.»

¹⁷² BayVG DVBl., 1977, pág. 108.

¹⁷³ Sobre este punto, véase ahora lo que se indica bajo el epígrafe c).

contra actos administrativos y, en consecuencia, como acción impugnatoria. En primer lugar, para obtener la declaración de nulidad de un acto administrativo (art. 43.I VwGO) —es la denominada acción declarativa de nulidad (*Nichtigkeitsfeststellungsklage*)—. En segundo término, conforme al artículo 113.I.4 VwGO en caso de que se haya ejecutado el acto administrativo impugnado después de la interposición de la acción anulatoria, el actor podrá reconvertir su pretensión anulatoria por la pretensión de que se declare la ilegalidad del acto administrativo consumado (se le denomina acción declarativa de prosecución: *Fortsetzungsfeststellungsklage*)¹⁷⁴. Como ejemplo podría citarse la prohibición de una asamblea convocada para un día determinado; transcurrido el momento previsto para su celebración carece de sentido la anulación de una prohibición tal; pero, sin embargo, puede haber interés en que se declare su ilegalidad (por ejemplo, para análogos supuestos ulteriores).

La jurisprudencia aplica por analogía el artículo 113.I.4 VwGO a los casos en que el acto administrativo se ha ejecutado antes de que se ejercite la acción¹⁷⁵; e igualmente lo aplica a los supuestos en que procede la demanda de imposición o condena a dictar un acto («*Verpflichtungsfälle*») cuando la denegación u omisión del acto administrativo que se solicitó se produjo antes o después de interpuesta la acción¹⁷⁶.

Con frecuencia, se considera también la *acción de constitución de municipios (Kommunalverfassungsverstreitigkeiten)* como una subespecie de acción declarativa. Se trata, en efecto, de la acción que procede frente a los conflictos que se producen entre órganos municipales o parte de ellos en relación con la legalidad de las resoluciones que adopta uno frente al otro¹⁷⁷. Para otros autores, sin embargo, estos

¹⁷⁴ Cfr., por todos, BVerwGE 12, 87, 90; 26, 161, 165; 49, 36, 39; 81, 226, 227.

¹⁷⁵ Cfr. BVerwGE 12, 87, 90; 26, 161, 165; 49, 36, 39; 81, 226, 227.

¹⁷⁶ Véanse las referencias que se contienen en REDEKER-V. OERTZEN (nota 118), § 113, núm. marg. 18.

¹⁷⁷ Cfr. por ejemplo, OVG Koblenz NVwZ, 1985, 283; REDEKER-V. OERTZEN (nota 118), § 43, núm. marg. 12, con otras referencias.

supuestos constituyen una acción *sui generis*¹⁷⁸. No es necesario realmente idear una acción especial, puesto que tales litigios pueden reconducirse al sistema de acciones a que se refiere la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (VwGO). Desde luego, no siempre parecen subespecies de la acción declarativa; sino que encuentran su acomodo en la demanda general de prestación o en la acción declarativa, según el caso de que se trate¹⁷⁹.

Al igual que con la demanda de prestación, resulta procedente —según la opinión dominante— la acción declarativa de carácter preventivo (*vorbeugende Feststellungsklage*)¹⁸⁰. No procede, sin embargo, la tutela judicial preventiva cuando falta el interés legítimo¹⁸¹, esto es, «cuando no sea desorbitado exigir del interesado que soporte la medida administrativa y acceda luego a una ulterior tutela judicial»¹⁸².

b) Subsidiariedad de la acción declarativa

No cabe deducir la acción declarativa cuando el actor pueda o haya podido hacer valer sus derechos por medio de las acciones constitutivas (*Gestaltungsklage*) o de prestación (art. 43.II VwGO). La acción declarativa, en efecto, es subsidiaria respecto de la impugnatoria (*Anfechtungsklage*), la de imposición o condena (*Verpflichtungsklage*) y la general de prestación (*allgemeine Leistungsklage*). La subsidiariedad, sin embargo, se condiciona a que tales acciones garanticen la tutela judicial con igual alcance y efectividad que la declara-

¹⁷⁸ Así, por ejemplo, STERN (nota 124), § VIII, 1 (pág. 91).

¹⁷⁹ Cfr. VerwG, Auto de 7 de marzo de 1980, Buchholz, 310, § 40, VwGO, núm. 179; D. EHLERS, «Die Klagearten und besonderen Sachentscheidungsvoraussetzungen im Kommunalverfassungsverfahren», NVwZ, 1990, págs. 105-112, que aboga por una aplicación analógica del § 113.I.4 VwGO (*Fortsetzungsstellungsklage*).

¹⁸⁰ Cfr. BVerwGE 26, 23, 24 y sigs.; 40, 323, 326; PIETZNER-RONELLENFITSCH (nota 58), § 11, núm. marg. 5 (pág. 103 y sigs.); REDEKER-V. OERTZEN (nota 118), § 43, núm. marg. 9.

¹⁸¹ Véase al respecto lo que se indica en el epígrafe c).

¹⁸² BVerwGE 77, 207, 212.

tiva¹⁸³. No sería subsidiaria tampoco cuando tenga el carácter de «acción declarativa de nulidad» —en los casos legalmente establecidos—, y el de «acción declarativa de prosecución» *¹⁸⁴.

c) El interés de la declaración (*Feststellungsinteresse*)

El artículo 43.I VwGO exige una justificación, un interés fundado del actor por que se produzca la declaración inmediata (tiene carácter de requisito procesal especial con el que se evidencie la necesidad de recurrir). El concepto de interés fundado (*berechtigtes Interesse*) es más amplio que el de interés jurídico, de tal forma que incluye, según las circunstancias, los intereses fácticos, económicos e ideológicos (políticos, culturales, religiosos, etc.) que sean dignos de protección¹⁸⁵. En suma, pues, ha de procederse siempre a una valoración de los intereses en juego en cada caso¹⁸⁶.

También se requiere un «interés fundado» para interponer la acción declarativa de prosecución (*Fortsetzungsfeststellungsklage*), según se infiere del artículo 113.I.4 VwGO. Existe tal interés señaladamente cuando la acción tiene por objeto prevenir el riesgo de una repetición; el restablecimiento del actor; o la preparación de un proceso para exigir responsabilidad administrativa¹⁸⁷. Por lo que hace a este último grupo de supuestos (la actividad preparatoria de un proceso en materia de responsabilidad administrativa), el Tribunal

¹⁸³ Cfr. BVerwGE 32, 333, 335; SCHMITT GLAESER (nota 62), pág. 189 (núm. marg. 480); REDEKER-V. OERTZEN (nota 118), § 43, núm. marg. 25.

* *Nichtigkeitsfeststellungsklage* y *Fortsetzungsfeststellungsklage*, respectivamente, a cuyos conceptos ya nos hemos referido, *supra*. Vid. d) y a) (*N. del T.*).

¹⁸⁴ Cfr. ahora lo que se recoge bajo el epígrafe a).

¹⁸⁵ Cfr. BVerwGE 74, I, 4; otras referencias en KOPP (nota 114), § 43, núm. marg. 23.

¹⁸⁶ SCHMITT GLAESER (nota 62), pág. 192 (núm. marg. 487).

¹⁸⁷ Cfr., por todos, BVerwGE 26, 161, 168; 61, 164, 165 y sigs.; para un mayor desarrollo de las referencias jurisprudenciales respecto de los grupos singulares de supuestos, véase H. SCHNELLENBACH, «Das Feststellungsinteresse bei der Feststellungsklage eines Beamten», *DVBl.*, 1990, págs. 140, 142-145.

Administrativo Federal, sin embargo, negó en una sentencia de 1989 el interés en la declaración porque el acto administrativo se había consumado antes de deducir la demanda, en cuyo caso el actor podía, por tanto, haber interpuesto inmediatamente la acción de responsabilidad ante la jurisdicción ordinaria, sin que se le privaran de los frutos de un proceso administrativo ya impulsado¹⁸⁸.

d) Procedimiento administrativo previo y plazo para recurrir

Con la salvedad de los procesos que se siguen en materia de funcionarios (art. 126.III de su Ley ya citada), no hay que agotar la vía administrativa ni tampoco observar plazo especial para presentar la demanda. Por lo que se refiere a la acción declarativa de prosecución (*Fortsetzungsfeststellungsklage*) el interesado debe interponer recurso administrativo siempre que el acto no se haya ejecutado antes de transcurrir el plazo para su impugnación.

e) Fundamentación de la acción declarativa

La acción declarativa estará fundada siempre que, de acuerdo con la pretensión del actor, se cuestione la existencia de una relación jurídica. La «acción declarativa de nulidad», se basa en que el acto administrativo sea nulo; y la «acción declarativa de prosecución» se funda, en fin, en que el acto administrativo —primero impugnado y ulteriormente ejecutado— fuera ilegal en el momento de dictarse y hubiera lesionado los derechos del actor.

¹⁸⁸ BVerwGE 81, 226, 227 y sigs. En relación con la extensa tutela judicial y la amplia revisión incidental que llevan a cabo los Tribunales ordinarios en materia de responsabilidad administrativa, W. R. SCHENKE («Rechtsschutz gegen erledigtes Verwaltungshandeln», *JURA*, 1980, págs. 133 y 143 y sigs.) no considera en principio suficiente para fundamentar un interés el criterio de la preparación de un proceso de reclamación de daños y perjuicios.

E) *El proceso contencioso-administrativo para el control de normas (Das verwaltungsgerichtliche Normenkontrollverfahren)*

Todo Tribunal es competente para enjuiciar la legalidad y constitucionalidad de las normas que sean de aplicación al caso concreto. Cuando la norma que haya que enjuiciar sea una ley formal —del *Land* o de la Federación—, y el Tribunal esté convencido de su inconstitucionalidad, no podrá limitarse a inaplicarla, sino que deberá elevar la cuestión ante el Tribunal Constitucional Federal, el cual, como ya hemos notado¹⁸⁹, tiene el monopolio del rechazo de las leyes formales que sean contrarias a la Constitución. Otra es la forma de proceder cuando se trata de normas infralegales, en particular reglamentos (*Rechtsverordnungen*) y estatutos (*Satzungen*). El órgano jurisdiccional inaplicará la norma con rango inferior a la ley, sin necesidad de recurrir al Tribunal Constitucional, cuando tenga la convicción de su incompatibilidad con la ley. Con todo, la declaración incidental de nulidad del reglamento o disposición general de que se trate produce sólo efectos *inter partes*. En otro proceso, el Tribunal que la considerara válida, podría aplicarla.

El artículo 47 VwGO contempla la posibilidad de que el Tribunal Administrativo Superior del *Land* (*Obverwaltungsgericht*) declare la nulidad *erga omnes* de determinados reglamentos y disposiciones generales. A tal proceso se circunscriben las páginas que siguen.

a) Procedencia del control judicial de las normas

La revisión judicial que realizan los Tribunales Administrativos Superiores se limita (art. 47 VwGO) a las siguientes normas: a las ordenanzas u estatutos (*Satzungen*) que se hayan dictado al amparo de los preceptos de la Ley del Suelo; y a las disposiciones a que se refiere el artículo 246.II del mismo cuerpo legal; y además, en la medida en que las leyes de los *Länder* que desarrollan la Ley de lo contencioso-administrativo así lo establezcan, a las restantes disposiciones

¹⁸⁹ Véase lo que se recoge bajo el epígrafe II.1.A).a).1.

generales de carácter infralegal. La mayoría de los *Länder* han hecho extensivo este proceso de control de normas a las disposiciones del *Land* con rango inferior a la Ley¹⁹⁰.

b) La legitimación para solicitar la revisión judicial

Como todo proceso administrativo, éste requiere igualmente que exista una particular necesidad para impetrar justicia (*besonderes Rechtsschutzbedürfnis*). De acuerdo con el artículo 47.II.1 VwGO, cualquier persona, sea natural o jurídica, está legitimada para recabar el control de una norma, siempre que de ésta pueda seguirse un perjuicio, sea directamente o de su aplicación, o quepa esperararlo en un plazo concreto. Sólo la Administración está eximida de alegar una particular necesidad de impetrar justicia.

El concepto de «perjuicio» que es, sin duda, decisivo para legitimar la interposición del recurso, no ha sido definitivamente perfilado. En el ámbito del planeamiento urbanístico, el Tribunal Administrativo Federal entiende que se produce un perjuicio «cuando se afecte negativamente a los intereses del actor (es decir, cuando se le lesione), o pueda producirse la lesión en un plazo determinado, como consecuencia de la aprobación o aplicación de la norma en cuestión; y lo sea en aquellos intereses que debieron tenerse en cuenta en la decisión sobre la aprobación o contenido de esta norma como intereses particulares del actor»¹⁹¹. Resulta, por consiguiente, decisivo el que debieran haberse tenido en cuenta los intereses respectivos cuando se procedió a la ponderación en el previo procedimiento de elaboración del planeamiento. Por regla general, y especialmente respecto de las normas que no se dictan en el ámbito del planeamiento, puede afirmarse a grandes rasgos que se produce un perjuicio «cuando en un caso análogo se darían los presupuestos para la acción impugnatoria o la declarativa»¹⁹².

¹⁹⁰ No han ampliado el control normativo: Berlin, Hamburg, Nordrhein-Westfalen y el Saarland.

¹⁹¹ BVerwGE 59, 87, 99; cfr. también BVerwGE 81, 128, 132.

¹⁹² REDEKER-V. OERTZEN (nota 118), § 47, núm. marg. 24.

Los requisitos de procedibilidad para instar el control normativo demuestran que este proceso (art. 47 VwGO) no tiene sólo carácter objetivo, sino que «contiene elementos y rasgos propios de la tutela judicial individual (subjetiva), al menos cuando se insta por una persona natural, señaladamente en el ámbito del planeamiento»¹⁹³.

c) Procedimiento administrativo previo y plazo para recurrir

No se ha previsto para este proceso la vía administrativa de recurso ni tampoco un plazo especial para recurrir.

d) Fundamentación de la solicitud del control normativo

Está justificado instar el control normativo cuando la norma jurídica en cuestión vulnera normas de rango superior, sean del *Land* o de la Federación. El Tribunal Administrativo Superior, en su caso, declarará con efectos generales la ilegalidad y, en consecuencia, la invalidez de la norma (art. 47.VI VwGO).

3. RECURSOS

Los tres recursos del proceso administrativo son la apelación (*Berufung*), la casación (*Revision*) y la súplica (*Beschwerde*). Por otra parte, baste la referencia al recurso extraordinario de revisión del proceso (*Wiederaufnahme des Verfahrens*) que se interpone cuando éste ha adquirido firmeza; el artículo 153 VwGO considera aplicables los respectivos preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil (*Zivilprozeßordnung*).

A) La apelación (*Berufung*)

Por lo general, contra las sentencias de los Tribunales Administrativos (*Verwaltungsgerichte*) puede interponerse

¹⁹³ BVerwGE 82, 225, 230; cfr. también BVerwGE 68, 12, 14; 78, 85, 91.

recurso de apelación ante los Tribunales Administrativos Superiores (*Oberverwaltungsgerichte*) (art. 124.I VwGO). El plazo de interposición es de un mes a contar desde la notificación de la sentencia (art. 124.II VwGO) e implica un nuevo y amplio examen del objeto litigioso (art. 128 VwGO). Los asuntos que se refieren a cantidades dinerarias (de hasta 1.000 marcos) o a devoluciones entre Administraciones Públicas (cuya cuantía no supere los 10.000 marcos) serán en todo caso apelables; también procede en los siguientes casos: 1) cuando el objeto litigioso tiene un significado fundamental; 2) cuando la sentencia se separa de la jurisprudencia superior (de los Tribunales Administrativos Superiores o del Tribunal Federal); o, 3) cuando se alegue una infracción procesal que pueda ser determinante para la resolución (art. 131.II-III VwGO). A pesar de que una ley emanada del *Land* o de la Federación pueda establecer por excepción unos requisitos especiales para apelar en determinadas materias, los criterios de admisión antes indicados son en todo caso aplicables*. Constituye un ejemplo paradigmático el artículo 32 de la Ley reguladora del proceso en materia de asilo (*Asylverfahrensgesetz*)¹⁹⁴, a cuya virtud el recurso de apelación contra la sentencia definitiva de los Tribunales Administrativos sólo puede interponerse una vez admitido por el Tribunal Administrativo o, en su caso, por el Tribunal Administrativo Superior.

* La Ley garantiza, cualquiera que sean las eventuales restricciones que puedan oponerse a la apelación, unos supuestos mínimos en los que es siempre procedente. El art. 131.II dispone, en efecto, que en todo caso cabrá interponer la apelación en los supuestos indicados (es decir, cuando el litigio tiene una mayor importancia; la sentencia se separa de la jurisprudencia superior; o se invoca una infracción trascendente), y ello con independencia de que el *Land* o la Federación hayan limitado o reducido las posibilidades de apelar en determinadas materias (*N. del T.*).

¹⁹⁴ Ley sobre el proceso en materia de asilo de 16 de julio de 1982 (BGBl., 1982, I, pág. 946), posteriormente modificada por la Ley de 12 de septiembre de 1990 (BGBl., 1990, I, pág. 2002).

B) *La casación (Revision)*

El principio de admisión* tiene carácter excepcional en la apelación. Sin embargo, el recurso de casación, por el contrario, está sujeto a causas tasadas. Como en los supuestos en que la apelación se sujeta a causas de admisibilidad, la revisión resulta procedente sólo cuando el objeto litigioso tenga un significado fundamental; la sentencia del Tribunal Administrativo Superior se separe de la jurisprudencia superior; o se haga valer una infracción procesal relevante para dictar la resolución (art. 132 VwGO). Mediante el recurso de casación —que debe interponerse en el plazo de un mes— puede alegarse que la sentencia de instancia (de segunda instancia, o bien, por excepción, de primera instancia¹⁹⁵) lesiona el ordenamiento de la Federación o un precepto del Derecho procesal del *Land* que por su tenor literal coincida con la Ley de Procedimiento Administrativo de la Federación (art. 137.I VwGO). La sentencia, pues, incurre en infracción cuando al menos exista la posibilidad de que el Tribunal hubiera podido llegar a otro resultado sin ella¹⁹⁶. Se presume en todo caso la causalidad necesaria en los llamados motivos absolutos de casación que enumera el artículo 138 VwGO, tales como la ilegal constitución del Tribunal o la infracción de la audiencia.

Por lo que hace a los hechos que subyacen al litigio, el Tribunal Administrativo Federal, en cuanto instancia de casación, se encuentra vinculado por la constatación que de los mismos haya llevado a cabo el Tribunal de instancia (art. 137.II VwGO). La casación se limita a la valoración jurídica del objeto litigioso.

C) *La súplica (Beschwerde)*

La súplica es el recurso que procede contra las resoluciones jurisdiccionales de los Tribunales Administrativos que no sean sentencias (*Urteile*) ni providencias (*Gerichtsbescheide*);

* Esto es, que el recurso esté sujeto a causas tasadas.

¹⁹⁵ Respecto de la posibilidad de la «casación», cfr. § 134 VwGO.

¹⁹⁶ Cfr., por todos, KOPP (nota 114), § 137, núm. marg. 23.

y habrá de interponerse ante el juez *a quo*, siempre que no lo impida alguna norma especial (*vid.* art. 146 VwGO). Por medio del recurso de súplica pueden impugnarse, por ejemplo, el auto que dicta el Tribunal Administrativo en materia de tutela cautelar¹⁹⁷, o bien la inadmisión de una apelación. En caso de que no estime la súplica el Tribunal Administrativo, será el Tribunal Superior el que resuelva. También procede la súplica contra la inadmisión del recurso de «casación»; en este caso, de no estimarse en la instancia inferior, habrá de resolver el Tribunal Administrativo Federal (art. 133 VwGO).

4. PRINCIPIOS DEL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

El proceso contencioso-administrativo —y los procesos de los otros dos órdenes jurisdiccionales— se inspira en una serie de principios, tales como la oralidad y publicidad o la audiencia¹⁹⁸. Como en el proceso civil y en las otras jurisdicciones a excepción de la penal, en el contencioso-administrativo rige básicamente el principio dispositivo (*Verfügungsgrundsatz; Dispositionsmaxime*), de modo que son las partes (interesados; *Beteiligten*) las que configuran el objeto litigioso. Señaladamente, en lo que al inicio y al término del proceso se refiere, el Tribunal Administrativo está vinculado por las pretensiones por las partes, sobre todo de las de la parte actora.

Es característico del proceso administrativo, por contraste con el proceso civil (general), el *principio inquisitivo* (*Untersuchungsgrundsatz*), por cuya virtud el Tribunal indaga los hechos de oficio (art. 86.I VwGO). A diferencia del juez civil, el juez administrativo no está vinculado por las alegaciones o las proposiciones de prueba que formulen las partes en litigio. Al Tribunal corresponde la importante misión —de la que se hace cargo el Presidente o el ponente— de informar a los interesados, tanto en lo que hace a las alegaciones que sean de

¹⁹⁷ Véase *infra* el epígrafe IV.

¹⁹⁸ Sobre la vigencia de estos principios en el proceso contencioso-administrativo, cfr., por todos, SCHMITT GLAESER (nota 62), págs. 294-301 (núms. marg. 754-767).

utilidad, cuanto a la exposición de los hechos y a la aportación de los medios de prueba (arts. 86.III y 87 VwGO). Como no existe la obligación de asistencia letrada ante los Tribunales Administrativos¹⁹⁹, la información judicial tiene aún mayor relevancia para los interesados que no estén representados por asesor jurídico.

IV. La tutela cautelar (*Der vorläufige Rechtsschutz*)

1. LA TUTELA CAUTELAR COMO MANDATO CONSTITUCIONAL

La garantía de la tutela judicial que contiene el artículo 19.IV GG postula, como ya notábamos, que la protección no llegue cuando ya se han consumado los hechos o se ha irrogado un daño irreparable, sino que, por el contrario, sea lo más real y efectiva posible. Como no raras veces la duración del proceso principal resulta excesiva (en la primera instancia, entre doce a trece meses²⁰⁰; si se recorren tres instancias, cuatro años como término medio²⁰¹), al recurrente hay que otorgarle inexcusablemente una tutela provisional o cautelar hasta que se resuelva el asunto principal, habida cuenta de que sólo le será útil una defensa judicial inmediata. «Cautelar» o «provisoria» quiere decir que las medidas judiciales de protección no tienen carácter definitivo; son sólo reglas que dejan abierta la cuestión hasta que se decida el

¹⁹⁹ El § 67 VwGO dispone la representación obligatoria de un abogado o profesor de Derecho de una Escuela Superior alemana únicamente para el procedimiento ante el Tribunal Administrativo Federal.

²⁰⁰ Datos que se extraen de los documentos de trabajo de la Oficina Federal de Estadística de Wiesbaden: «*Verwaltungsgerichte 1989*, Wiesbaden, enero 1991, pág. 21 (*Arbeitsunterlage des Statistischen Bundesamts Wiesbaden «Verwaltungsgerichte 1989»*).

²⁰¹ Informe del Grupo de Trabajo Federación-Länder sobre la Jurisdicción contencioso-administrativa (*Bericht der Bund/Länder-Arbeitsgruppe Verwaltungsgerichtsbarkeit*) (editado por el Ministerio Federal de Justicia), Bonn, octubre 1988, pág. 3.

asunto de fondo; con frecuencia, se trata simplemente de un aseguramiento del *status quo*.

Concebida para supuestos singulares, la tutela cautelar está hoy a punto de convertirse en regla general. En el año 1989, ingresaban 117.965 nuevos asuntos para tramitar a través del proceso principal, frente a los 50.553 casos que se sustanciaban en el proceso cautelar. Y ello sin tener en cuenta los procesos sumarios que tienen lugar en materias como la admisión en la Universidad (*numerus clausus*)²⁰². Como consecuencia de este desarrollo se viene hablando ya de un «destronamiento» (*«Entthronung»*) de la tutela judicial del proceso principal a manos de la tutela cautelar²⁰³.

Desde el punto de vista del postulado de la universalidad de la jurisdicción (*Lückenlosigkeit des Rechtsschutzes*), la tutela cautelar tiende a la complitud o universalidad *ratione temporis*. Para cubrir de forma efectiva la laguna temporal (*zeitliche Lücke*)* que se produce entre los hechos que dan lugar al litigio y la resolución final de fondo, la tutela cautelar debe comprender además —al igual que el sistema legal de acciones que ya conocemos— todas las formas posibles de instar la protección jurisdiccional acordes con la materia de que se trate o *ratione materiae*. En otros términos, a cualquier clase de acción debe corresponderle un recurso cautelar. La Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa ha diseñado un sistema de tutela cautelar de doble vía: para los litigios en que se impugna un acto administrativo, la suspensión provisional (*vorübergehende Suspendierung*) del acto en cuestión; mientras que para los restantes asuntos, ha establecido la posibilidad de dictar una orden judicial de carácter provisorio

²⁰² Datos que se extraen de los documentos de trabajo de la Oficina Federal de Estadística de Wiesbaden: «*Verwaltungsgerichte 1989*» (nota 200), págs. 7, 30.

²⁰³ Así, F. SCHOCH, «Grundfragen des verwaltungsgerichtlichen vorläufigen Rechtsschutzes», *Verwaltungs-Archiv*, vol. 82 (1991), págs. 145, 148.

* O falta de «universalidad» de la jurisdicción desde el punto de vista temporal. Nótese que la literatura alemana prefiere a la expresión «universalidad de la jurisdicción» el término «tutela judicial sin lagunas» (*N. del T.*).

(*einstweilige Anordnung*), y cuyo contenido se adecúa al objeto de que se trate ²⁰⁴.

2. EFECTO SUSPENSIVO Y PROCEDIMIENTO DE SUSPENSIÓN [arts. 80, 80.a) VwGO]. (*Aufschiebende Wirkung und Aussetzungsverfahren*)

El artículo 80.I.1 VwGO reza así: «El recurso administrativo (*Widerspruch*) y la acción impugnatoria tienen efecto suspensivo»*. Tal efecto suspensivo se produce, pues, *ope legis*, sin

²⁰⁴ Hay, sin embargo, límites. Así, por ejemplo, el OVG Koblenz (Tribunal Administrativo Superior de Koblenz), DVBl., 1986, 1215, ha afirmado con acierto que «una disposición provisional (*einstweilige Anordnung*) en el ámbito de una declaración sería en sí misma una contradicción».

* Transcribimos aquí el texto del art. 80 VwGO, en la nueva versión adoptada tras la reciente reforma de 1 de enero de 1991 (*vid.* la nueva versión íntegra de la Ley Jurisdiccional de 19 de marzo de 1991 —BGBl., I, pág. 686— (*N. del T.*):

«Art. 80 (Efecto suspensivo; orden de ejecución inmediata):

1) El recurso administrativo y la acción impugnatoria tienen efecto suspensivo. Esta regla vige igualmente respecto de los actos administrativos de carácter constitutivo y declarativo, así como respecto de los actos declarativos con doble efecto (§ 80a).

2) El efecto suspensivo decae solamente:

1. en la exacción de tributos y costas,
2. en los supuestos de órdenes y medidas no suspendibles de las autoridades de ejecución policial,
3. en otros supuestos previstos por una Ley Federal,
4. en los casos en que se acuerde la ejecución inmediata, en virtud del interés público o del interés prevalente de un tercero, sea por la autoridad que dictó el acto administrativo o por la que ha de resolver el recurso.

3) En los supuestos del apartado 2, número 4, deberá motivarse por escrito la existencia del interés especial en la ejecución inmediata del acto administrativo. No será necesaria esta motivación cuando la autoridad, ante el peligro de demora, señaladamente en los supuestos de perjuicio inminente para la vida, la salud o la propiedad, adopte de forma cautelar una medida de urgencia en defensa del interés público.

4) Después de la interposición del recurso administrativo, la autoridad que ha de resolver el recurso puede suspender la ejecución en los casos del apartado segundo, en tanto no disponga otra cosa la Ley Federal. En los

la intervención del Tribunal. Sin embargo, la tutela cautelar que puede dispensar el Tribunal es decisiva cuando, por excepción, no procede en principio la suspensión, y en

supuestos de exacción de tributos y costas, puede igualmente suspender la ejecución mediante afianzamiento. Deberá acordarse la suspensión en los casos de tributos y costas cuando exista una duda seria acerca de la legalidad del acto administrativo impugnado, o cuando la ejecución de las obligaciones tributarias o de las costas traiga como consecuencia una falta de equidad no exigible por los intereses públicos prevalentes.

5) A instancia de parte, el Tribunal que conoce del asunto principal podrá adoptar el efecto suspensivo, sea total o parcialmente, en los supuestos del apartado 2, números 1 a 3, y, en el supuesto del apartado 2, número 4, su restablecimiento. La solicitud de suspensión puede presentarse antes de la interposición de la acción impugnatoria. Si en el momento de la decisión ya se ha ejecutado el acto administrativo, el Tribunal podrá acordar la anulación de la ejecución. El restablecimiento del efecto suspensivo puede hacerse depender de la prestación de una fianza o de otras obligaciones. También podrá sujetarse a plazo.

6) En los supuestos del apartado 2.º, número 1, la solicitud a la que se refiere el apartado 5.º es procedente sólo en caso de que la Administración haya rechazado, en todo o en parte, la solicitud de suspensión de la ejecución. Esta exigencia no será aplicable cuando:

1. La autoridad no haya resuelto materialmente sobre la petición en un plazo razonable, sin que medie razón suficiente.

2. Sea inminente su ejecución.

7) El Tribunal que conoce del asunto principal podrá en cualquier momento modificar o anular las resoluciones a que se refiere el apartado 5.º Cualquier interesado podrá instar su modificación o anulación, tanto porque se alteren las circunstancias cuando porque éstas no se hicieran valer, sin su culpa, en el procedimiento inicial.

8) En casos urgentes, podrá resolver el Presidente (del Tribunal). Contra su decisión puede apelarse en el plazo de dos semanas desde su conocimiento.»

(Las expresiones entre paréntesis no son originales.)

Nótese que la regla general (la de la suspensión del acto impugnado) descansa en el apartado primero del precepto. El apartado segundo, por su parte, establecerá las lógicas y restrictivas causas que pueden hacerla improcedente (cuando su ejecución inmediata resulte exigible por un interés prevalente, en suma). Y el resto del artículo se dedicará a garantizar que la práctica, administrativa (apartados 3 y 4) o judicial (5 y sigs.), de tales excepciones quede ajustada a sus estrictos límites, hasta el extremo de que, como hemos notado, el Tribunal es competente para levantar incluso tales excepciones y acordar el efecto suspensivo del recurso.

consecuencia es el Tribunal el que habrá de acordar o restablecer la suspensión de la ejecución inmediata del acto impugnado. Como aquí se trata de «suspender» la ejecución o la ejecutoriedad del acto administrativo, se habla de «procedimiento de suspensión» (*Aussetzungsverfahren*).

A) *La suspensión en las relaciones jurídicas bilaterales*
(*Die aufschiebende Wirkung bei zueipoligen Rechtsverhältnissen*)

Como consecuencia de la suspensión no podrá ejecutarse el acto administrativo que se hubiere dictado contra el recurrente. La suspensión se retrotrae en sus efectos²⁰⁵. Si, por ejemplo, el titular de una empresa interpone recurso administrativo contra la prohibición de ejercicio que frente a él se hubiere adoptado, podrá ignorar tal prohibición hasta que sea inimpugnable.

Otra es la consecuencia cuando la Administración acuerda la ejecución inmediata de la prohibición. Existen, en efecto, cuatro supuestos excepcionales en que, en contra de la regla capital del artículo 80.I.1 VwGO, carecen de efecto suspensivo el recurso administrativo y la acción impugnatoria. Conforme al artículo 80.II VwGO, tales supuestos son: primero, la exacción de tributos y costas; segundo, órdenes y medidas de las autoridades de ejecución policial que no sean suspendibles*; en otros supuestos previstos por Ley Federal; y, cuarto —supuestos éstos de suma importancia— cuando la ejecución

²⁰⁵ Se discute si el recurso administrativo o la acción anulatoria suspenden únicamente la ejecutividad (así en particular el Tribunal Administrativo Federal, cfr., por todas, su sentencia BVerwGE 66, 218, 222 y sigs.) o afectan provisionalmente a la validez del acto administrativo [así piensan, por ejemplo, EYERMANN-FRÖHLER-KORMANN (nota 62), § 80, núm. marg. 4]. Para contrastar la «teoría de la ejecutividad» y la de la «validez», cfr. en particular SCHMITT GLAESER (nota 62), pág. 138 y sigs. (núms. marg. 345-350).

* Se trata de medidas adoptadas por los funcionarios de la policía de orden público, de la policía criminal, de la policía de protección de las aguas y de la policía móvil. Se refiere, pues, el precepto a la policía ejecutiva en sentido institucional, no a la actividad administrativa de policía (*N. del T.*).

inmediata, en virtud del interés público o del interés prevalente de un tercero, sea acordada por la autoridad que dictó el acto administrativo o por la que ha de resolver el recurso.

La posibilidad de acordar la ejecución inmediata tiene un enorme significado práctico para la Administración. De no existir tal posibilidad, los afectados podrían paralizar, en ciertas circunstancias, la actividad administrativa durante años a través del recurso administrativo y de la acción impugnatoria. Por otra parte, para que la Administración no pueda excluir unilateralmente y de forma arbitraria el efecto suspensivo, el artículo 80.III VwGO exige la motivación escrita que demuestre la existencia del interés especial en que se ejecute de modo inmediato el acto administrativo; sólo se excepciona este criterio en los casos urgentes, en que la demora puede entrañar algún peligro.

Para el ciudadano, más importante aún que la obligación de motivar es el procedimiento de suspensión, al que ya hemos hecho alusión; nos referimos, en efecto, al recurso regulado en el artículo 80.V VwGO: a instancia de parte, el Tribunal que conoce del asunto principal puede restablecer el efecto suspensivo o, en caso de que la suspensión no proceda por obra de la ley (como, por ejemplo, con los tributos), puede, con todo, acordar su suspensión. Si el acto administrativo ya se ha ejecutado, acordará la anulación de la ejecución (art. 80.V.3 VwGO). En el curso del proceso, y a instancia del interesado, el Tribunal puede modificar o anular las propias resoluciones que, conforme al artículo 80.V VwGO, haya podido adoptar (art. 80.VI VwGO).

La decisión de suspender a que se refiere el artículo 80.V VwGO compete al Tribunal para cuya labor la Ley no ha proporcionado ningún criterio directo. Con todo, ha de tenerse en cuenta, como punto de partida, de una parte, que el legislador ha optado por que el efecto suspensivo pueda decaer en los casos previstos en el artículo 80.II VwGO; de otra, el mandato de la tutela judicial efectiva aplicada a cada caso singular que deriva del artículo 19.IV GG²⁰⁶. En la

²⁰⁶ Cfr. PIETZNER-RONELLENFITSCH (nota 58), § 57, núm. marg. 21 (pág. 569); K. FINKELNBURG-K. P. JANK, *Vorläufiger Rechtsschutz im*

práctica, los tribunales resuelven en virtud de una amplia *ponderación de intereses (Interessenabwägung)*, en la que examinan si el interés por la inejecución provisional del que se ve afectado por el acto administrativo prevalece sobre el interés general que parece apostar por la ejecución²⁰⁷.

En el seno de esta ponderación de intereses²⁰⁸ —y según la opinión de otros—, al margen de tal ponderación y con carácter preferente²⁰⁹ juega un papel importante el criterio de las posibilidades de éxito o triunfo (*Erfolgsaussichten*) que tiene el litigante en el asunto de fondo. Si el acto administrativo impugnado es manifiestamente ilegal, no podrá tampoco haber interés general en su ejecución. Incluso es suficiente para la prevalencia del interés del particular la existencia de serias dudas acerca de la legalidad del acto impugnado²¹⁰.

La práctica de la ponderación de intereses, como parámetro para resolver sobre el efecto suspensivo, está siendo cada vez más criticada. Señaladamente, Friedrich SCHOCH aboga por una aproximación a los criterios que la Ley contiene en relación con el procedimiento para la adopción de medidas cautelares*²¹¹. De acuerdo con el «modelo escalonado de revisión material» que propone este autor, el Tribunal podría confirmar la ejecución inmediata del acto administrativo sólo cuando no haya dudas serias respecto de la legalidad del acto

Verwaltungsstreitverfahren, 3.ª ed., Munich, 1986, pág. 250 y sigs. (núm. marg. 645).

²⁰⁷ Cfr. KOPP (nota 114), § 80, núm. marg. 80; EYERMANN-FRÖHLER-KORMANN (nota 62), § 80, núm. marg. 47b.

²⁰⁸ Así, por ejemplo, OVG Münster (el Tribunal Administrativo Superior de Münster), NVwZ, 1984, 804-806, y DVBl., 1989, 1272, 1273; SCHMITT GLAESER (nota 62), pág. 159 y sigs. (núm. marg. 401).

²⁰⁹ Así, por ejemplo, VGH Munich NVwZ, 1984, 130, 131; PIETZNER-RONELLENFITSCH (nota 58), § 57, núm. marg. 21 y sigs. (pág. 570), 1982, 130, 131; PIETZNER-RONELLENFITSCH (nota 58), § 57, núm. marg. 21 y sigs. (pág. 570).

²¹⁰ EYERMANN-FRÖHLER-KORMANN (nota 62), § 80, núm. marg. 47a; FINKELNBURG-JANK (nota 206), pág. 252 (núm. marg. 647), con referencias jurisprudenciales.

* Se trata del procedimiento, previsto en el art. 123 VwGO, para la adopción de medidas provisionales —distintas de la suspensión— por lo general de carácter positivo, y al que luego se aludirá (*N. del T.*).

²¹¹ *Vid. infra*, nn. IV.3.

administrativo y la medida sea urgente²¹². Con este último criterio se tiene en cuenta el específico elemento temporal del proceso cautelar.

B) *La suspensión en las relaciones jurídicas multilaterales (Die aufschiebende Wirkung bei mehrpoligen Rechtsverhältnissen)*

Hasta ahora nos hemos referido a aquellos casos basados en una mera relación bilateral en la que se ponen frente a frente únicamente el destinatario de un acto administrativo de gravamen y la Administración que ha dictado el acto. En la práctica, sin embargo, el procedimiento para acordar la suspensión debe tener en cuenta con frecuencia relaciones jurídicas multilaterales. La relación jurídica multipolar se puede evidenciar de nuevo²¹³ con el ejemplo de la acción vecinal en materia de urbanismo (*baurechtliche Nachbarklage*): la Administración otorga, a instancias del interesado, una licencia urbanística al propietario señor A, contra la cual el vecino señor B, que se considera lesionado en sus derechos, interpone recurso administrativo y luego el recurso o acción impugnatoria.

Como el principio del efecto suspensivo de que goza el recurso administrativo y la acción anulatoria rige también cuando se trata de actos administrativos con doble efecto* —o efecto para con terceros: *Drittwirkung*—, según se desprende del artículo 80.I.2 VwGO, el recurso administrativo del señor B suspenderá la ejecución de la licencia urbanística. En este contexto, sólo se tendrían en cuenta, desde luego, los intereses del vecino B, pero no la libertad de construcción que asiste al señor A —y que es derivable del derecho de propiedad—. Para evitar una situación unilateral de ventaja, el artículo 80a VwGO** prevé que el señor A pueda solicitar,

²¹² SCHOCH (nota 203), pág. 167 y sigs.; de forma detallada véase del mismo autor: *Vorläufiger Rechtsschutz und Risikoverteilung im Verwaltungsrecht*, Heidelberg, 1988, pág. 1586 y sigs.

²¹³ Cfr. lo que ya se indicó en el epígrafe II.1.a).b).

* *Verwaltungsakte mit Doppelwirkung*.

** El citado artículo, introducido con la reciente reforma, dice así (*N. del T.*):

ante la Administración o ante el Tribunal, que acuerde la inmediata ejecución, de forma que pueda iniciar la construcción si se estima su petición. Para garantizar la igualdad en la defensa (*Waffengleichheit*), el artículo 80a VwGO atribuye al vecino señor B la posibilidad de solicitar, bien la suspensión de la ejecución ante la Administración, o bien el restablecimiento del efecto suspensivo ante el Tribunal. En definitiva, la Administración o el Tribunal deben ponderar y contrastar los intereses del propietario, de una parte, y del vecino, de otro, y resolver según los intereses prevalentes.

La nueva regulación legal —que aquí sólo hemos caracterizado a grandes rasgos y que, por lo demás, contiene algunas variantes para el procedimiento de suspensión de actos administrativos con doble efecto— ha entrado en vigor el 1 de enero de 1991 por obra de la Cuarta Ley de Reforma de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Se ha ocupado de resolver la polémica acerca de cómo construir correctamente la tutela cautelar cuando nos encontramos con actos administrativos multilaterales, y lo ha hecho básicamente de acuerdo con los principios que ya había aplicado el Tribunal Adminis-

Art. 80a (Actos administrativos con doble efecto):

1) Si un tercero interpone recurso contra un acto administrativo que se ha dirigido a otra persona, a la cual beneficia, la autoridad podrá:

1. Acordar la ejecución inmediata a petición del beneficiario, conforme a lo que dispone el art. 80.2.º, núm. 4 (es decir, se trata de los casos en que la Administración ordena la ejecución inmediata por apreciar que, en el supuesto concreto, el interés general o el de tercero es prevalente).

2. Suspender, a petición del tercero y de acuerdo con lo dispuesto en el art. 80.4.º (esto es, en los casos —tributarios especialmente— en que se acuerde la suspensión pese a estar, en principio, excepcionada), la ejecución así como adoptar las medidas provisionales que aseguren los derechos del tercero.

2) Cuando uno de los interesados interpone recurso contra un acto administrativo de gravamen que a él se le ha dirigido y que beneficia a un tercero, la autoridad podrá acordar la ejecución inmediata a instancia del tercero de acuerdo con lo que se indica en el art. 80.2.º, núm. 4.

3) A instancia de parte, el Tribunal podrá modificar las medidas a las que se refieren los apartados 1.º y 2.º (de este artículo) o ratificarlas. Son de aplicación las disposiciones correspondientes del art. 80, apartados 5.º a 8.º

(Obviamente los incisos entre paréntesis no son originales.)

trativo Federal y postulaba la doctrina dominante²¹⁴. Si, de una parte, con ello se soluciona una controversia ya «clásica», de otra, emergen nuevos interrogantes en la aplicación de esta regulación legal²¹⁵. La realidad, en la creación de supuestos, es más imaginativa y rica que el legislador. Sin embargo, es positivo el hecho de que se reconozca que en las relaciones multilaterales debe observarse una *tutela judicial ponderada* o equilibrada entre todas las partes, expresada en ciertas normas específicas.

C) Recursos (*Rechtsbehelfe*)

La resolución que recae en los procesos judiciales de suspensión adopta la forma de auto (*Beschluß*), contra el cual cabe interponer recurso de súplica (*Beschwerde*) (artículo 146 VwGO). Si el que ha resuelto es el Presidente del Tribunal, lo que puede suceder en casos urgentes (artículo 80.VIII.1 VwGO), cabrá apelar al Tribunal en el plazo de dos semanas a contar desde su conocimiento (art. 80.VIII.2 VwGO).

3. LAS MEDIDAS CAUTELARES DEL ARTÍCULO 123 VwGO * (*Die einstweilige Anordnung*)

Las medidas cautelares a las que se refiere el artículo 123 VwGO entran en juego cuando no tiene sentido la suspensión

²¹⁴ Para la opinión antes dominante, cfr. por ejemplo BVerwGE 49, 244, 250, y la descripción de la jurisprudencia que hace la sentencia BVerfGE 51, 268, 281 y sigs.; de la doctrina, cfr. ULE (nota 18), § 66, I.1.c) (pág. 368); G. SCHOLZ, «Die aufschiebende Wirkung von Widerspruch und Anfechtungsklage gem. § 80 VwGO», en ERICHSEN-HOPPE-V. MUTIUS (nota 9), págs. 641, 653 y sigs., y W. R. SCHENKE, «Probleme des vorläufigen Rechtsschutzes gemäß § 80 Abs. 5 VwGO», *DVBl.*, 1986, págs. 396-398.

²¹⁵ *Vid.*, por ejemplo, H. HEBERLEIN, «Der Verwaltungsakt mit Doppelwirkung im Sofortverfahren», *BayVBl.*, 1991, págs. 396-398.

* El art. 123.I afirma (*N. del T.*):

«1. A instancia de parte, podrá adoptar el Tribunal, incluso antes de la presentación de la demanda, alguna medida cautelar en relación con el objeto litigioso, cuando haya peligro de que por alteración de su estado actual se frustre el ejercicio del derecho del actor o quede afectado

[arts. 80 y 80a VwGO; *vid.* art. 123.V VwGO] o, lo que es lo mismo, cuando procede una acción distinta a la impugnatoria²¹⁶, tales como la declarativa, la de prestación y la de imposición o condena a dictar un acto. El proceso cautelar se basa en la Ley de Enjuiciamiento Civil (*Zivilprozeßordnung*, ZPO), por lo que, como afirma el propio artículo 123.III VwGO, buena parte de sus preceptos resultan aplicables. Las medidas cautelares relativas al control normativo tienen una regulación específica (art. 47.VIII VwGO).

sustancialmente. También pueden instarse medidas cautelares para proporcionar una regulación provisional de la relación jurídica, cuando tal regulación —sobre todo en las relaciones jurídicas duraderas— parezca necesaria para prevenir perjuicios sustantivos o evitar daños, o bien por otras razones.»

Este procedimiento —contradictorio y sumario— para acordar tales medidas u órdenes provisionales se encuentra en una relación de subsidiariedad respecto del que se localiza en el art. 80. Cubre aquellos supuestos frente a los que el efecto suspensivo se muestra ineficaz. Según dispone el art. 123.5 —siempre de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa alemana, la VwGO—, las disposiciones contenidas en este precepto relativo a las diversas medidas cautelares distintas de la suspensión, no resultarán aplicables cuando se trate de combatir, bien sea la ejecución de un acto administrativo, o bien la supresión o levantamiento del efecto suspensivo de un recurso. De ahí que haya de concluirse que, en el ámbito de la demanda o recurso de anulación, la única protección jurídica cautelar radica en las reglas del art. 80. Y, en el ámbito de la demanda de condena a dictar un acto, demanda declarativa, de prestación y omisión, serán las medidas provisionales del art. 123 las que dispensarán la necesaria tutela cautelar. El art. 123, pues, entra en juego sólo cuando no resulta aplicable la suspensión (art. 80).

El contenido de estas medidas no aparece prefigurado en la VwGO. El Tribunal habrá de establecerlo de conformidad con la naturaleza del objeto litigioso.

Por lo demás, es evidente que la adopción de medidas cautelares, en el ámbito de este precepto, queda exclusivamente reservada a los Tribunales, porque son los únicos autorizados tanto para intervenir en la esfera de la Administración cuanto para obligarle a una determinada acción u omisión. El contenido de la resolución por la que se acuerda una medida provisoria depende de las particulares circunstancias del caso singular: cada supuesto requiere una regulación individual y concreta.

²¹⁶ Conforme al art. 123.V VwGO los apartados 3 y 5 del art. 123 VwGO no son de aplicación a los supuestos a que se refieren los §§ 80 y 80a VwGO (relativos a la suspensión); *vid.* lo que se indica bajo el epígrafe c).

A) *Las medidas de aseguramiento y las de regulación (Sicherungsanordnung und Regelungsanordnung)*

Como en la Ley de Enjuiciamiento Civil (*vid.* arts. 935 y 940), el artículo 123.I VwGO distingue también entre medidas de aseguramiento (*Sicherungsanordnungen*) y de regulación (*Regelungsanordnungen*). La *medida de aseguramiento* se dicta en relación con el objeto litigioso²¹⁷ «cuando hay peligro de que, por alteración de su estado actual, se frustre el ejercicio del derecho del actor o quede afectado sustancialmente» (art. 123.I.1 VwGO). Con ello se asegura el *status quo*, pero no se mejora la posición del actor antes de que se resuelva el proceso principal²¹⁸. Se impide así, por ejemplo, que un funcionario obtenga un ascenso antes de que se resuelva la acción de su competidor que también se considera apto para el puesto.

Por el contrario, cuando se trata de mejorar el *status quo* del actor, se aplican las medidas reguladoras (*Regelungsanordnung*) que en la práctica tienen aún más importancia. Su objeto es la regulación provisional de la relación jurídica en litigio «cuando tal regulación —sobre todo en el caso de las relaciones jurídicas duraderas— parezca necesaria para prevenir perjuicios sustantivos o evitar daños, o bien por otras razones». Mediante estas medidas de regulación se puede otorgar provisionalmente, por ejemplo, una beca a un estudiante²¹⁹ o acordar la concesión cautelar de una prestación social²²⁰. Como no es fácil distinguir con claridad entre las medidas de aseguramiento y las de regulación, es frecuente que los Tribunales fundamenten sus disposiciones cautelares en el artículo 123.I VwGO en forma genérica, sin diferenciar entre

²¹⁷ El término «objeto litigioso» (*Streitgegenstand*) a que se refiere el art. 123.I VwGO no ha de entenderse en sentido técnico-jurídico; *cfr.* REDEKER-VON OERTZEN (nota 118), § 123, núm. marg. 5.

²¹⁸ FINKELNBURG-JANK (nota 206), pág. 59 (núm. marg. 164 y sigs.).

²¹⁹ Así, FINKELNBURG-JANK (nota 206), págs. 59 (núm. marg. 160) y 377 (núm. marg. 963). Conforme a otra postura cabría aplicar aquí una medida de aseguramiento, *cfr.* KOPP (nota 114), § 123, núm. marg. 7.

²²⁰ *Cfr.* FINKELNBURG-JANK (nota 206), págs. 59 (núm. marg. 166) y 417 (núm. marg. 1065).

el inciso primero y el segundo. Por lo que hace a la clasificación que sigue la Ley de Enjuiciamiento Civil (ZPO), además de las medidas de aseguramiento y de regulación, algunos autores reconocen una tercera variante que se denomina medida prestacional (*Leistungsanordnung*)²²¹. Sin embargo, no es necesario recurrir a una tercera categoría *praeter legem*, puesto que la medida prestacional puede incluirse con toda propiedad entre las medidas de regulación.

B) Motivo y objeto de las medidas cautelares

A la hora de examinar la admisibilidad o fundamentación de la solicitud de una medida cautelar, puede distinguirse entre el motivo o causa para acordar la medida (*Anordnungsgrund*) y lo que se pretende (*Anordnungsanspruch*), como en la Ley de Enjuiciamiento Civil (ZPO)²²². Mientras que la *causa* hace alusión a la urgencia especial —concebida de modo diferente dependiendo de que se persiga obtener un aseguramiento o la regulación de una relación (art. 123 VwGO)—, la *pretensión* se refiere al derecho subyacente o al interés jurídicamente protegido. Cuando concurren los presupuestos para obtener una resolución de fondo y se justifica la causa y la pretensión de la medida cautelar es dudoso que al Tribunal le quede todavía algún espacio para la ponderación de intereses. En cierto modo, se concluye afirmativamente argumentando que, en los casos en que se resuelve sobre la adopción de una medida cautelar —y aunque sólo sea por la

²²¹ Así, por ejemplo, H. ROHMEYER, *Geschichte und Rechtsnatur der einstweiligen Anordnung im Verwaltungsprozeß und ihre Konsequenzen für die einstweilige Anordnung im Ermessens- und Beurteilungsangelegenheiten*, Berlín, 1967, pág. 165 y sigs.; PIETZNER-RONELLENFITSCH (nota 58), § 58, núm. marg. 17 (pág. 598).

²²² La relación entre la causa y lo que pretende la medida con la admisibilidad o fundamentación del recurso no se realiza de modo unívoco; comúnmente, el motivo o causa se relaciona con la admisibilidad y la pretensión con la fundamentación, cfr. OVG Hamburg DVBl., 1987, 316 y sigs.; VG Ansbach NVwZ, 1986, 74, 75; KOPP (nota 114), § 123, núms. marg. 24 y 29. La mayor parte de las veces se examinan la causa y la pretensión sucesivamente sin que, en consecuencia, se diferencie expresamente entre admisibilidad y fundamentación.

expresión «puede» que contiene el artículo 123.I.1 VwGO—, se trata de una decisión discrecional para la que valdrían los mismos criterios que rigen para la suspensión (art. 80.V VwGO)²²³.

Aunque, de un lado, hemos de aplaudir la aproximación a un parámetro o criterio que sirva de base para la concesión de la tutela cautelar²²⁴, no debe pasarse por alto, de otro, que el artículo 123.I VwGO —por contraste con lo que dispone el artículo 80.V VwGO— ha establecido determinados requisitos en virtud de los cuales resulta procedente la adopción de la medida cautelar. Si, en última instancia, se deseara condicionar la resolución judicial a una ponderación de los intereses generales, se homogeneizaría el artículo 80.V con los requisitos que contiene de forma diferenciada el artículo 123.I VwGO. Con todo, pueden tenerse en cuenta algunos aspectos esenciales de la ponderación de intereses al subsumir los presupuestos de hecho singulares bajo los conceptos jurídicos indeterminados. Podría plantearse incluso, en relación con la medida reguladora (art. 123.I.2 VwGO), la posibilidad de resolver de la mano de la ponderación de intereses si «parece» o no «necesaria» una medida cautelar, y, por tanto, en todo caso cuando las perspectivas de éxito en el proceso principal están todavía abiertas²²⁵. No es lícito, por contra, introducir la facultad de ponderar sin referencia a las características enumeradas en el artículo 123.I VwGO.

Es cada vez más común la opinión de que la resolución judicial que debe emitirse (art. 123.I VwGO) no es una mera

²²³ Cfr. la consecuencia de la revisión en VGH Munich DVBl., 1989, 110 y la exposición de la opinión dominante en BVerfGE 51, 268, 280 y sigs., y en B. BENDER, «Die einstweilige Anordnung» (§ 123 VwGO), en ERICHSEN-HOPPE-V. MUTIUS (nota 9), págs. 657, 663 y sigs. El OVG Bremen DVBl., 1981, 586, 587, se refiere expresamente al *contenido* de la medida cautelar como actividad «discrecional» del tribunal.

²²⁴ Señaladamente respecto de los casos límites —que se presentan con frecuencia— y en los que es siempre polémico si la tutela cautelar debe garantizarse a través del § 80.V o por medio del § 123 VwGO.

²²⁵ Así, por ejemplo, el OVG Koblenz NVwZ, 1990, 1087, 1088. Cfr. también SCHMITT GLAESER (nota 62), pág. 180 (núm. marg. 454); REDEKER-V. OERTZEN (nota 118), § 123, núm. marg. 17.

decisión jurídica (un problema de subsunción). La mayoría de las resoluciones judiciales de hoy en día —haciendo abstracción de los presupuestos de procedibilidad generales— se dirigen a examinar solamente la existencia del motivo y de la pretensión²²⁶. Por lo que hace a la deseable aproximación de los criterios de decisión de ambos procedimientos cautelares, la doctrina, en contra de la dirección seguida en otros tiempos, aboga por una orientación del artículo 80.V VwGO hacia el «parámetro de carácter accesorio y material» que contiene el artículo 123 VwGO²²⁷.

C) *La prohibición de anticipar la resolución sobre el fondo*

Como la medida cautelar sólo tiene por objeto el aseguramiento provisional de derechos o la pacificación provisoria, no puede prejuzgar o anticipar la resolución de fondo. Con todo, el «dogma de la prohibición de anticipar la resolución de fondo» («*Dogma vom Vorwegnahmeverbot*»)²²⁸ no puede impedir una tutela judicial efectiva²²⁹. Señaladamente, cuando se trata de medidas de prestación (como la concesión de prestaciones sociales o de ayudas a la educación) se admite la anticipación «provisional»²³⁰. Cuanto más se asegure, sin embargo, el contenido de la medida y el objeto de la acción en el proceso principal, tanto más celeridad habrá de imprimirse.

²²⁶ Véase, por ejemplo, VGH Mannheim, DVBl., 1989, 194 y sigs.; OVG Münster DVBl., 1989, 1162 y sigs.; OVG Lüneburg NVwZ, 1989, 1085; OVG Bremen DVBl., 1989, 1271, 1272.

²²⁷ Así, SCHOCH, cfr. *supra* IV.2.a) (último párrafo).

²²⁸ SCHOCH (nota 203), pág. 171.

²²⁹ Cfr., por ejemplo, OVG Bremen DVBl., 1990, 829; OVG Berlin DVBl., 1991, 762, 763; FINKELNBURG-JANK (nota 206), pág. 83 y sigs. (núm. marg. 238 y sigs.).

²³⁰ Véase OVG Lüneburg NVwZ, 1989, 1085; PIETZNER-RONELLENFITSCH (nota 58), § 58, núm. marg. 10 (pág. 594).

D) *La medida cautelar en el proceso en materia de control de normas* (*Die einstweilige Anordnung im Normenkontrollverfahren*)

El artículo 47.III VwGO regula un supuesto específico de tutela cautelar: la medida provisoria que acuerda el Tribunal Administrativo Superior (*Oberverwaltungsgericht*) en el ámbito de un proceso de control de normas (*Normenkontrollverfahren*). Para que pueda suspenderse provisionalmente la aplicación de una norma que tiene efectos para todos²³¹, se requiere como presupuesto particular que tenga por objeto la urgente prevención de graves perjuicios o por otras importantes razones. Los requisitos son análogos a los que se exigen para que el Tribunal Constitucional pueda adoptar una medida cautelar (art. 32 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal). Pero por contraste con el Tribunal Constitucional, el Tribunal Administrativo Superior competente no puede actuar de oficio, sino sólo a instancia de parte.

E) *Recursos (Rechtsbehelfe)*

Al igual que contra los acuerdos de suspensión (art. 80.V VwGO), el recurso de súplica (*Beschwerde*) cabe contra los autos denegatorios (*ablehnende Beschlüsse*) a los que se refiere el artículo 123 VwGO, y contra las resoluciones urgentes que adopte el Presidente del Tribunal es posible el recurso de apelación ante el Tribunal (arts. 123.II.2 en relación con el art. 80.VIII.2 VwGO).

V. *La ejecución de las resoluciones judiciales en el proceso administrativo* (*Vollstreckung der verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen*)

Las sentencias estimatorias de una acción impugnatoria o declarativa no requieren de ulteriores actos de ejecución,

²³¹ Cfr. PIETZNER-RONELLENFITSCH (nota 58), § 59, núm. marg. 1 (pág. 603).

puesto que constituyen o declaran directamente la situación jurídica. Distinta es la situación de las sentencias de contenido prestacional o de condena o imposición a dictar un acto por las que se imponen órdenes o medidas en contra de la Administración. En términos generales, el artículo 167.I VwGO se remite, por lo que a la sustanciación de la ejecución forzosa se refiere, al Libro Octavo de la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 704 y sigs. ZPO). Pero, para los supuestos más importantes, la Ley de lo Contencioso-Administrativo contempla algunas normas especiales: el artículo 170 VwGO regula la ejecución de créditos (*Geldforderungen*) contra la Administración; el artículo 172 VwGO la ejecución de sentencias que obligan a la Administración a la eliminación de los efectos de actos administrativos ilegales ya consumados o a la producción de un acto administrativo; e igualmente también regula la ejecución de medidas dictadas en el procedimiento sumario (el art. 123 VwGO). En materia de obligaciones (*Verpflichtungsklage*) sólo se ha previsto la intimación (*An-drohung*), la liquidación (*Festsetzung*) o la multa coercitiva (*Zwangsgeld*) de cuantía no superior a 2.000 marcos.

En la práctica, la ejecución de sentencias condenatorias de la Administración carece de relevancia, puesto que los casos en que la Administración no se apresta a cumplir la resolución jurisdiccional son absolutamente infrecuentes²³². Si se produce una dilación, las autoridades responsables incurrirían en la infracción de un deber oficial, de tal modo que la Administración, si el funcionario resulta culpable, podría quedar sujeta a responsabilidad civil²³³ y tendría éste que hacer frente por su parte a la pertinente indemnización.

²³² ULE (nota 18), § 71.III (pág. 406), alude a que en los años sesenta hubo casos en que la autoridad administrativa a pesar de las medidas de ejecución se negó a cumplir las obligaciones dimanantes de la sentencia.

²³³ Conforme al art. 34 GG, responde por infracción de un deber oficial la Entidad a cuyo servicio se encuentre la autoridad, es decir, en principio la Entidad en la que se desempeña la función; para sus excepciones, *vid.* F. OSSENBUHL, *Staatshaftungsrecht*, 4.ª ed., Munich, 1991, § 9 (pág. 93 y sigs.).

VI. ¿La jurisdicción contencioso-administrativa alemana en una encrucijada?

«El número de asuntos de la jurisdicción contencioso-administrativa ha crecido en términos absolutos de forma significativa. Un estudio comparativo de los años 1975 y 1987 demuestra que el número de recursos presentados ante los Tribunales Administrativos casi se ha duplicado, mientras que el número de procesos cautelares se ha cuadruplicado prácticamente... Un desarrollo análogo han experimentado las apelaciones y los recursos de súplica ante los Tribunales Administrativos Superiores... Por su parte, el Tribunal Administrativo Federal ha visto aumentar en más de dos tercios el número de recursos de casación y de súplica en 1987 respecto de 1975...»

Así describía la situación, en octubre de 1988, el informe que evacuó el grupo de trabajo convocado por el Ministro Federal de Justicia, y al que se le había encomendado el análisis de las propuestas de reforma para una reestructuración de la legislación de lo contencioso-administrativo²³⁴. Desde entonces, han transcurrido tres años y la situación no se ha hecho menos crítica. El 1 de enero de 1991 ha entrado en vigor la Cuarta Ley de Reforma de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa que, atendiendo al sentir y a las conclusiones del grupo de trabajo —como ya notábamos²³⁵—, ha adoptado nuevos y ponderados criterios que tienen por objeto disciplinar y acelerar el proceso administrativo²³⁶. Sin embargo, la reforma no se ha enfrentado al lastre más

²³⁴ Véase el Informe del Grupo de Trabajo Federación-Länder (nota 201), pág. 1.

²³⁵ *Vid. supra* II.2.a).

²³⁶ La valoración de la doctrina no es, desde luego, unánime; *cfr.*, por ejemplo, las contribuciones de F. KOPP, «Änderungen der Verwaltungsgerichtsordnung zum 1.1.1991», *NJW*, 1991, págs. 521-528; M. PAGENKOPF, «Die VwGO-Novelle - Augenmaß und Schlichtheit», *DVBl.*, 1991, págs. 285-294; P. STELKENS, «Das Gesetz zur Neuregelung des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens (4. VwGOÄndG) - das Ende einer Reform?», *NVwZ*, 1991, págs. 209-219; H. P. SCHMIESZEK, «Die Novelle zur Verwaltungsgerichtsordnung - Ein Versuch, mit den Mitteln des Verfahrensrechts die Ressource Mensch besser zu nutzen», *NVwZ*, 1991, págs. 523-526.

importante que arrastra la justicia administrativa: los recursos en materia de petición de asilo.

En el año 1989, de un total de 117.965 recursos presentados en los procesos administrativos (principales), 47.187 —alrededor de un tercio— se referían a la materia de asilo²³⁷. Los procesos cautelares padecen una proporción análoga²³⁸. Entre 1988 y 1990, el número de recursos planteados ante los Tribunales Administrativos de algunos *Länder* se ha duplicado de nuevo²³⁹. En febrero de 1991, el entonces Presidente del Tribunal Administrativo Federal, Horst Sandler pudo hablar gráficamente de una «inundación de la jurisdicción contencioso-administrativa por las cuestiones de asilo»²⁴⁰. Y la tendencia sigue en aumento, puesto que se halla en relación con el crecimiento de las solicitudes de asilo que, por lo general, llegan a los Tribunales Administrativos cuando se rechaza la petición. En 1980 solicitaron asilo en Alemania 121.318 extranjeros; en 1990 fueron 193.063²⁴¹; y en 1991 previsiblemente el número seguirá creciendo²⁴². Fueron estimados (y

²³⁷ Datos de los documentos de trabajo de la Oficina Federal de Estadística de Wiesbaden «*Verwaltungsgerichte 1989*» (nota 200), pág. 7.

²³⁸ De 50.533 nuevos asuntos en el año 1989, 17.855 se referían a materia de asilo (*ibidem*, pág. 30).

²³⁹ H. SENDLER, «Aus der Arbeit der Verwaltungsgerichtsbarkeit», *DVBl.*, 1991, págs. 300, 301, alude a un ascenso de nuevos asuntos en los *Länder* de Baden-Württemberg y Baviera en los Tribunales Administrativos de cerca de 5.000 y 6.400, respectivamente, en 1988 a 11.000 y unos 13.800 en 1990.

²⁴⁰ Con ocasión de una rueda de prensa del Tribunal Administrativo Federal el 6 de febrero de 1990, *ibidem*, pág. 301.

²⁴¹ *Vid.* la Estadística de peticiones de asilo del Ministerio Federal del Interior, reproducida en *NVwZ*, 1991, pág. 250. En el año 1975 el número de solicitudes de asilo ascendía a 9.624; en 1980 había superado los 100.000 y en 1981 bajaría de nuevo a 49.391; datos estadísticos de F. E. SCHNAPP, en I. VON MÜNCH (editor), *Grundgesetz-Kommentar*, vol. 1, 3.ª ed., Munich, 1985, art. 16, núm. marg. 38 (pág. 729).

²⁴² *Vid.* la ampliación del número de enero a julio de 1991 en la declaración del Ministerio Federal de Interior de 7 de agosto de 1991, *Bulletin des Presse- und Informationsamtes der Bundesregierung*, núm. 85, pág. 689. La Comisión europea indicó en su informe a los Gobiernos de los Estados miembros que en 1990 alrededor del 60 por 100 de todas las peticiones de asilo de la Comunidad se habían planteado en Alemania.

reconocidos como asilados) en 1989 y 1990, el 5,0 y el 4,4 por 100, respectivamente. Se demuestra claramente, pues, la carga que para los Tribunales supone el número de recursos en materia de asilo que no se estiman. En el debate actual en torno a la reforma de la Constitución —el derecho fundamental de asilo se garantiza hasta el momento sin reserva (art. 16.II.2 GG)— se ha traído también a escena la modificación de la tutela judicial efectiva del artículo 19.IV GG²⁴³. Si —con independencia de los deseos políticos— es ya muy discutible que la reforma del artículo 16.II.2 GG pudiera alcanzar o hacer posible²⁴⁴ el anhelado objetivo de contener el torrente de peticiones de asilo, es claro que una modificación de la tutela judicial efectiva (art. 19.IV GG) sería, sin duda, el camino equivocado: la garantía de la tutela judicial constituye la parte esencial, el núcleo duro de la protección del ordenamiento procedimental y el de las libertades, de forma tal que su reforma tendría repercusiones sobre el entero texto constitucional²⁴⁵. Por lo demás —en caso de que se considerara inevitable la intervención sobre la tutela judicial en materia de asilo— no sería necesaria su limitación: aun cuando el acervo constitucional (*acquis constitutionnel*) que ha alcanzado la jurisprudencia constitucional deba respetarse, se encuentra, sin embargo, por debajo del estándar que ha establecido el

Información posterior del autor: en 1991 recibieron asilo en Alemania 256.112 personas y sólo en los primeros siete meses del año 1992 otras 233.904 personas (véase el *Bulletin des Presse- und Informationsamtes der Bundesregierung*, de 9 de enero de 1991, núm. 3, pág. 19, y del 7 de julio de 1992, núm. 88, pág. 843).

²⁴³ Cfr. *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, núm. 202, de 31 de agosto de 1991, pág. 5 (reflexiones del SPD), y núm. 232, de 7 de octubre de 1991, pág. 1 y sigs. (consideraciones de la CDU).

²⁴⁴ Señaladamente, en relación con el llamado «pequeño asilo» (*«kleine Asyl»*), esto es, con la tutela que exigen las normas internacionales y el art. 1.I GG contra la expulsión, cfr. R. GARCÍA MACHO-K. P. SOMMERMANN, «Asylrecht in Europa. Der deutsche und der spanische Weg», *DÖV*, 1990, págs. 41, 50. Cfr. también el trabajo de E. M. BADER en el *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, núms. 233, 234 y 235, de 8, 9 y 10 de octubre de 1991, págs. 4 y 14.

²⁴⁵ Habría que preguntarse además en qué medida el art. 19.IV GG respecto de los principios de los arts. 1 y 20 GG forma parte integrante del núcleo constitucional inmodificable conforme al art. 79.III GG.

legislador en muchos terrenos. En materia de asilo, pues, el legislador pudo introducir, por ejemplo, sin infracción constitucional, la denominada «apelación de admisión» (*Zulassungsberufung*)* y con ello reducir el nivel de la tutela judicial. Podría pensarse en otros posibles ajustes.

En la actualidad hay un debate sobre la limitación *general* de la tutela judicial, no en torno a la restricción del artículo 19.IV GG, sino en relación con la planta de la justicia administrativa en los nuevos *Länder*. El proyecto de ley sobre «descongestión de la justicia» (*Entlastung der Rechtspflege*), ya mencionado²⁴⁶, que han presentado diez *Länder* al Consejo Federal (*Bundesrat*) constituye el ejemplo más importante. En el terreno de la jurisdicción contencioso-administrativa, el proyecto ha previsto, entre otras cosas, poner el acento en el juez individual y en la restricción de los recursos, particularmente con la introducción de una apelación general de admisión (*Zulassungsberufung*). Aunque no es posible cuestionar que la jurisdicción trabaja actualmente al límite de su capacidad en los viejos *Länder* y, desde luego, no por su apoyo a la justicia de los nuevos *Länder*, ha de tenerse una gran cautela con tales planes. Sería lamentable que, bajo el efecto de la difícil situación coyuntural, se llevaran a la práctica criterios de reforma que ya se ensayaron sin éxito, lo que entrañaría efectos de consecuencias permanentes para el entero sistema de justicia administrativa²⁴⁷. Hemos de preguntarnos también aquí por la proporcionalidad de las medidas previstas. De una parte, el número de litigios de carácter jurídico-público que hay en los nuevos *Länder* todavía se encuentra por debajo del número relativo en los viejos *Länder*. De otra, debiera tenerse en cuenta que en el pasado ha contribuido a la alta calidad de la jurisprudencia administrativa el hecho de que los Tribunales Administrativos resolvieran colegialmente y las partes procesales pudieran,

* Es decir, una apelación sujeta a causas tasadas.

²⁴⁶ *Supra* I, *in fine*.

²⁴⁷ En contra de las reformas previstas por el proyecto se ha expresado decididamente la *Deutsche Richterbund*; *vid. Deutsche Richterzeitung (DRiZ)*, págs. 293, 295 y sigs.

como regla general, instar el control judicial de otra instancia²⁴⁸. Hemos de esperar, en cualquier caso, que continúe haciéndose extensiva también a la reunificada Alemania la fructífera historia de la jurisdicción contencioso-administrativa que ha tenido lugar bajo la vigencia de la Ley de la Jurisdicción de 1960.

²⁴⁸ Cfr. *supra* III.3.A).

ABREVIATURAS

- AöR (N.F.) Archiv des öffentlichen Recht (nueva serie).
 BayVBl. Bayerische Verwaltungsblätter.
 BGBl. Bundesgesetzblatt.
 BR-Drucks Drucksache des Deutschen Bundesrats.
 BT-Drucks Drucksache des Deutschen Bundestags (Wahlperiode und Nummer).
 Buchholz Buchholz, Sammel- und Nachschlagewerk der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (Loseblattsammlung).
 BVerfG Bundesverfassungsgericht.
 BVerfGE Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (colección oficial).
 DÖV Die öffentliche Verwaltung.
 DRiZ Deutsche Richterzeitung.
 DtZ Deutsch-deutsche Zeitschrift (Beilage zur Neuen Juristischen Wochenschrift).
 DVBl. Deutsche Verwaltungsblatt.
 FGO Finanzgerichtsordnung.
 GV.NW Gesetzes- und Verordnungsblatt von Nordrhein-Westfalen.
 GG Grundgesetz.
 GVBl. Gesetzes- und Verordnungsblatt.
 JURA Juristische Ausbildung (Zeitschrift).
 NJW Neue Juristische Wochenschrift.
 NVwZ Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht.
 OVG Oberverwaltungsgericht.
 ProVGE Entscheidungen des preußischen Oberverwaltungsgerichtes (colección oficial).
 Racc. Uff. Raccolta Ufficiale delle sentenze e ordinanze della Corte costituzionale.
 RAP Revista de Administración Pública.
 RGBL. Reichgesetzblatt.
 ROW Recht in Ost und West.
 SGB Sozialgesetzbuch.
 SGG Sozialgerichtsgesetz.
 VBIBW Verwaltungsblätter für Baden-Württemberg.
 VerwArch Verwaltungsarchiv (Vierteljahresschrift).
 VGH Verwaltungsgerichtshof.
 VVDStRL Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer.
 VwGO Verwaltungsverfahrensordnung.
 VwVfG Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes.

ANEXO DOCUMENTAL

SUMARIO: A. BIBLIOGRAFÍA. B. JURISPRUDENCIA SOBRE LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA. I. *Tribunal Constitucional Federal*. 1. El artículo 19.IV GG y la tutela cautelar. 2. Los derechos fundamentales como garantías procedimentales. II. *Tribunal Administrativo Federal*. 1. Legitimación de los extranjeros vecinos a la frontera. 2. Tutela judicial preventiva.

A. Bibliografía

I. TRATADOS SOBRE LA JURISDICCIÓN
CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

- PIETZNER, Rainer/RONELLENFITSCH, Michael: *Das Assessorexamen im öffentlichen Recht. Widerspruchsverfahren und Verwaltungsprozeß*, 7.^a ed., Düsseldorf, 1991 (620 páginas).
 SCHMITT GLAESER, Walter: *Verwaltungsprozeßrecht. Kurzlehrbuch mit Systematik zur Fallbearbeitung*, 10.^a ed., Stuttgart-München-Hannover, 1990 (323 páginas).
 STERN, Klaus: *Verwaltungsprozessuale Probleme in der öffentlich-rechtlichen Arbeit*, 6.^a ed., München, 1987 (253 páginas).
 ULE, Carl Hermann: *Verwaltungsprozeßrecht*, 9.^a ed., München, 1987 (439 páginas).

II. COMENTARIOS Á LA LEY DE LA JURISDICCIÓN
CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

- EYERMANN, Erich/FRÖHLER, Ludwig/KORMANN, Joachim: *Verwaltungsgerichtsordnung*, 9.^a ed., München, 1988 (720 páginas).
 KOPP, Ferdinand O.: *Verwaltungsgerichtsordnung*, 8.^a ed., München, 1989 (720 páginas).
 REDEKER, Konrad/VON OERTZEN, Hans-Joachim: *Verwaltungsgerichtsordnung*, 10.^a ed., Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 1991 (894 páginas).
 SCHUNCK, Egon/DE CLERCK, Hans: *Verwaltungsgerichtsordnung*, 3.^a ed., Siegburg, 1977 (987 páginas).

III. MONOGRAFÍAS SOBRE LA JURISDICCIÓN
CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

- FINKELNBURG, Klaus/JANK, Klaus Peter: *Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren*, 4.^a ed., München, 1986 (454 páginas).

- V. MUTIUS, Albert: *Das Widerspruchsverfahren der VwGO als Verwaltungsverfahren und Prozeßvoraussetzung*, Berlin, 1969 (262 páginas).
- OERDER, Michael: *Das Widerspruchsverfahren nach der Verwaltungsgerichtsordnung. Einordnung zwischen Verwaltungsverfahren- und Verwaltungsprozeßrecht*, Berlin, 1989 (205 páginas).
- SCHOCH, Friedrich: *Vorläufiger Rechtsschutz und Risikoverteilung im Verwaltungsrecht*, Heidelberg, 1988 (1981 páginas).
- SKOURIS, Wassilios: *Verletzungsklage und Interessenklage im Verwaltungsprozeß*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1979 (272 páginas).

IV. VARIOS

Se contienen numerosos estudios sobre la justicia administrativa en: ERICHSEN, Hans-Uwe/HOPPE, Werner/V. MUTIUS, Albert (Hrsg.): *System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes. Festschrift für Christian-Friedrich Menger*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1985 (984 páginas).

B. Jurisprudencia sobre la justicia administrativa *

I. Tribunal Constitucional Federal

1. EL ARTÍCULO 19.IV GG Y LA TUTELA CAUTELAR

- a) Sentencia de 19 de junio de 1973
—1 BvL 39/69 y 14/72—, BVerfGE 35, 263

Antecedentes: en la calificación del planeamiento hidrológico de la Administración superior del *Land* del Sarre, en materia de obras públicas, el Ministerio de Economía, Transporte y Agricultura acordó la expropiación de algunos terrenos, adjudicando la posesión provisionalmente a la Administración Superior del *Land*. Al amparo del artículo 80.II.4 VwGO dispuso al mismo tiempo la inmediata ejecución del acuerdo de ocupación. Algunos de los propietarios afectados presentaron acción impugnatoria y solicitaron el restablecimiento del efecto suspensivo a que se refiere el artículo 80.V VwGO.

Considerandos del Tribunal Constitucional Federal (véanse pág. 272 y sigs. de la referencia anterior): «... El efecto suspensivo del recurso es un principio fundamental del proceso jurídico-público. Su regulación se integra con lo que disponen los apartados V y VI del artículo 80 VwGO. El sentido de este procedimiento especial consiste en el aseguramiento y

* Traducción realizada por Javier BARNÉS.

consecución de la tutela judicial efectiva frente a las medidas del ejecutivo. El efecto suspensivo del recurso es, por consiguiente, la regla; conforme a lo que establece expresamente el artículo 80.II VwGO "sólo" se excepciona bajo los presupuestos que allí se indican. En cambio, la ejecución inmediata del acto administrativo constituye la excepción (BVerfGE 18, 72 [79]; cfr. también BVerfGE 16, 289 [292]); necesita para cada caso una regulación específica.

Es la Administración la única competente para acordar en su caso la ejecución inmediata de un acto administrativo (§ 80.II.4 VwGO). Atendiendo al contenido material de que se trate, este precepto autoriza a que el ejecutivo levante el efecto suspensivo en un procedimiento determinado. Pero una decisión tal, adoptada antes de que se pueda concluir el proceso judicial, equivale de ordinario a suprimir la función de tutela inherente a la suspensión del acto impugnado. La Administración puede generar hechos consumados antes de que se resuelva sobre la legalidad del acto administrativo por ella dictado. Así, en caso de que la Administración disponga su inmediata ejecución, el interesado se verá forzado a adoptar una doble actitud de defensa. Para obtener una tutela judicial efectiva, no sólo deberá impugnar el acto administrativo que se combate ante los Tribunales, sino que además habrá de conseguir una tutela judicial cautelar.

El recurso a que se refiere el artículo 80.V VwGO persigue exclusivamente la protección del ciudadano y no, por el contrario, la consecución de los intereses de la Administración que ya tiene la competencia para decidir con carácter previo (§ 80.II.4 VwGO). El procedimiento de recurso debe garantizar a los afectados por el acto administrativo de que se trate que la Administración, directa o indirectamente, no cree situaciones irreparables, antes de que el Tribunal haya resuelto sobre el asunto de fondo...

El significado propio del procedimiento regulado en el artículo 80.V VwGO se pone de relieve sólo cuando se conecta con las exigencias de la tutela judicial efectiva.

El derecho fundamental del artículo 19.IV GG no garantiza sólo un derecho formal o la teórica posibilidad de acceder a los Tribunales, sino también la efectividad de la tutela jurisdiccional; el ciudadano tiene el derecho sustantivo a un control judicial efectivo y real. El sentido de la garantía constitucional reside en la supresión de la «soberanía» del poder ejecutivo en relación con el ciudadano (BVerfGE 10, 264 [167]). Al poder judicial le compete no sólo verificar una completa revisión jurisdiccional —esto es, desde el punto de vista fáctico y jurídico (BVerfGE 18, 203 [212])— de todo acto del ejecutivo que diga relación con los derechos del ciudadano, sino también excluir en la medida de lo posible resoluciones irreparables, como las que pueden derivarse por consecuencia de la inmediata ejecución de una medida del poder público.

De aquí deriva la dimensión constitucional de la suspensión. Sin el efecto suspensivo del recurso jurisdiccional, no se obtendría con frecuencia

la tutela judicial frente a la Administración por la inevitable duración del proceso, habida cuenta de que cuando se acuerda la inmediata ejecución del acto administrativo se producen ordinariamente hechos consumados. La finalidad del proceso contencioso-administrativo —asegurar la revisión del acto administrativo a través de tribunales independientes— sería entonces en gran parte ilusoria y se le privaría al afectado en definitiva de una tutela judicial efectiva...».

b) Sentencia de 19 de octubre de 1977
—2 BvR 42/76—, BVerfGE 46, 166

Antecedentes: una súbdita jordana que residía en la República Federal de Alemania desde el año 1968, solicitó el 8 de septiembre de 1975 ante la Oficina Federal de Empleo un permiso de trabajo. La solicitud se desestimó a cuyo propósito se invocó un precepto de la Ley de Fomento del Empleo. Aún antes de que la decisión le fuera notificada por escrito y, por consecuencia, antes de la iniciación del procedimiento administrativo en vía de recurso, la interesada instó ante el Tribunal Social de Hamburgo la pretensión de que se obligara a la Oficina Federal de Empleo, por la vía de una medida cautelar, a concederle el permiso de trabajo. El Tribunal Social inadmitió tal solicitud por auto de 15 de octubre de 1975, por entender que la Ley de los Tribunales Sociales no prevé para el caso en cuestión la adopción de una medida provisoria. El auto del Tribunal Social fue confirmado por el Tribunal Social del *Land*.

Considerandos del Tribunal Constitucional Federal (véanse pág. 177 y sigs. de la referencia más arriba citada: «... El Tribunal Social del *Land*, en el auto que se impugna con el presente recurso, considera improcedente la adopción de la medida cautelar que solicitó la recurrente, por entender que el artículo 198.III SGG¹ prohíbe la aplicación de medidas cautelares en casos distintos a los expresamente previstos en la citada Ley (SGG). Esta interpretación del artículo 198.II SGG, en los procesos que se siguen ante los tribunales sociales, trae también como consecuencia la exclusión de aquellas medidas cautelares que resulten necesarias para impedir perjuicios graves e irracionales y que no cabe eludir de otra forma. Si esta interpretación fuera correcta, el artículo 198.II SGG resultaría incompatible con el artículo 19.IV GG.

El artículo 19.IV GG garantiza el acceso a la vía judicial cuando se alegue la infracción de derechos subjetivos como consecuencia del comportamiento de los poderes públicos; la tutela jurisdiccional protege, por tanto, no sólo al que alegue la violación de sus derechos a resultados de una medida de gravamen adoptada por los poderes públicos —“materias de carácter impugnatorio”—, sino también cuando se invoca la omisión

¹ Sozialgerichtsgesetz, aquí en la versión de 23 de septiembre de 1975 (BGBl., 1979, I, pág. 2535), con las modificaciones producidas hasta la Ley de 23 de diciembre de 1976 (BGBl., 1976, I, 3845).

o el rechazo a llevar a cabo una acción del poder público que ha sido previamente solicitada —“materias relativas a la imposición de una actividad”—. Aunque del tenor literal del artículo 19.IV GG nada puede desprenderse sobre la necesidad de la tutela judicial cautelar —cuyo objeto no es otro que el de cubrir con una rápida medida provisoria el espacio de tiempo que se produce hasta que se dicta la resolución que pone fin al proceso ordinario—, sin embargo, el Tribunal Constitucional Federal ha subrayado repetidamente con ocasión de asuntos de carácter anulatorio que el artículo 19.IV GG no sólo contiene el derecho formal y la teórica posibilidad de acceder a los tribunales, sino que garantiza también la efectividad de la tutela (cfr. BVerfGE 35, 263 [274]; 35, 382 [401] con mayores referencias). Ha declarado además que el artículo 19.IV GG exige, en la medida en que pueda impedirse que, como consecuencia de la inmediata ejecución de la medida del poder público, se produzcan hechos consumados de forma tal que, en caso de que se declarase ilegal el acto en cuestión, fuera imposible ya su restablecimiento (BVerfGE 37, 150 [153]). Se ha tenido en cuenta, pues, el hecho de que la tutela cautelar resulta particularmente importante en el ámbito de la justicia administrativa, puesto que el individuo se enfrenta aquí a los poderes públicos, los cuales, sin semejante tutela judicial, y a resultados de las potestades que les han sido conferidas, podrían crear unilateralmente situaciones irreversibles antes de que se produzca la resolución del asunto principal.

Pero el peligro de crear hechos consumados que ulteriormente no sean reversibles en todo o en parte, no existe sólo cuando el poder ejecutivo interviene en la esfera jurídica del ciudadano imponiendo medidas de gravamen, sino también en los casos en que no responde a las prestaciones que le son solicitadas, bien sea porque las rechaza o simplemente porque permanece inactivo. Por esta razón, el artículo 19.IV GG impone un desarrollo de la jurisprudencia recaída en los asuntos de carácter impugnatorio de la jurisdicción administrativa general para aplicarla también a las cuestiones relativas a la imposición de una acción o conducta, siempre que sin la indicada tutela cautelar se generen perjuicios graves o irracionales que no puedan evitarse de otro modo y cuya ulterior supresión no le sea posible a la resolución que se dicte en el proceso principal. La forma de acuerdo con la cual ha de prestarse la tutela cautelar es la de las medidas provisionales* —en tanto no haya una regla provisional de carácter material (véase al respecto LEIPOLD, «Strukturfragen des einstweiligen Rechtsschutzes», ZZZP 90 [1977], págs. 258 y sigs., 263 y sigs.).

Esta doctrina se aplica tanto a la jurisdicción administrativa general cuanto a la jurisdicción social en su calidad de jurisdicción administrativa

* *Einstweilige Anordnung*. Se trata, según sabemos, de una de las especies de tutela cautelar, diversa a la suspensión, y que tiene carácter positivo. Véase el estudio (*supra* IV.3) que precede al presente anexo (*N. del T.*).

especial. Aunque en los asuntos en que se exige de la Administración una determinada actividad en los que son competentes los Tribunales Sociales —especialmente por virtud del carácter subsidiario de la Ley Federal de Auxilios Sociales— no existe con frecuencia la necesidad de dictar medidas cautelares —o por lo menos, no en la misma proporción que en la jurisdicción administrativa general—, sin embargo, también se dan aquí supuestos que no se encuentran comprendidos en las normas especiales de la Ley de los Tribunales Sociales en los que sólo con la tutela cautelar pueden evitarse perjuicios irreparables e irracionales, no obviados de otro modo. Además, el propio artículo 88.1 SGG pone de manifiesto que la Ley de los Tribunales Sociales no garantiza, en los asuntos en que se exige de la Administración una determinada actividad, una tramitación particularmente rápida del proceso principal que haga innecesaria la adopción de medidas cautelares.

Se deja en manos del legislador la concreta regulación de la tutela cautelar en los asuntos en los, como es el caso, se exige una determinada actividad positiva. Puede configurar esta tutela a través de una cláusula general* o bien enumerando los supuestos o causas en que procedería su adopción. El derecho material que sea aplicable en cada caso, incluidas las posibles regulaciones provisionales de carácter material, influirá de modo relevante en la decisión. Sin embargo, se contradice el artículo 19.IV GG cuando el legislador no posibilita la tutela cautelar allí donde sea necesaria para preservar al ciudadano de aquellos perjuicios graves e irrazonables que no se puedan evitar de otro modo...»

2. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO GARANTÍAS PROCEDIMENTALES

a) Sentencia de 10 de octubre de 1978 —1 BvR 475/78— BVerfGE 49, 252

Antecedentes: el recurrente en amparo se dirigió contra la subasta forzosa de sus bienes inmuebles alegando que la jurisdicción contencioso-administrativa (que en las dos instancias había rechazado el señalamiento de una vista) había violado su derecho de propiedad (art. 14.1.1 GG) y su derecho de audiencia (art. 103.1 GG). El recurso de amparo fue estimado.

Considerandos del Tribunal Constitucional Federal (véanse pág. 256 y sigs. de la sentencia más arriba citada): «Conforme al artículo 19.IV.1 GG, todo el que sea lesionado en sus derechos por los poderes públicos tiene abierta la vía judicial. Este derecho fundamental de carácter procesal le garantiza al ciudadano el derecho a un control jurisdiccional realmente efectivo. Ni se le puede excluir del acceso a la jurisdicción, ni se le puede dificultar el acceso a las instancias de modo irrazonable, sin que se justifique en razones materiales (BVerfGE 44, 302 [306]). Esta

norma se completa con el derecho a una tutela judicial efectiva que resulta directamente del derecho fundamental de carácter material que se localiza en el artículo 14.1.1 GG (BVerfGE 24, 367 [407]; 35, 348 [361]; 37, 132 [148]; 45, 297 [333]; 46, 325 [334]). Si la garantía de la tutela judicial le abre al interesado el acceso a un Tribunal estatal que cumpla los principios fundamentales que se contienen en los artículos 92 y 97 GG, el derecho a la tutela judicial efectiva significa entonces que los tribunales deben de hacer efectivos los derechos fundamentales en cada uno de los procesos. Los tribunales no sólo tienen prohibido omitir toda intervención que en el ámbito de los derechos fundamentales constitucionalmente protegidos no sea conforme con la Constitución, sino también el deber de carácter positivo de hacer efectivos los derechos fundamentales.

El derecho procesal tiene en este sentido una importancia fundamental. No sólo sirve para asegurar una ordenada tramitación del proceso, sino que constituye en los ámbitos relevantes para los derechos fundamentales el medio para facilitarle al titular del derecho su ejercicio conforme a la Constitución. De ahí que el derecho procesal deba interpretarse y aplicarse en función de los derechos fundamentales. Cuando haya diversas posibilidades de interpretación habrá de escogerse aquella que mejor permita al Tribunal hacer efectivos el desarrollo de los derechos fundamentales.

Del principio constitucional de la tutela judicial efectiva se deduce, en lo que hace al derecho fundamental de carácter procesal que se reside en el artículo 103 GG del que aquí se habla únicamente, que los Tribunales no sólo tienen el deber natural de garantizar la audiencia, sino también el de eliminar su posible infracción en la instancia precedente. A ello no cabe objetar que al afectado le asiste en un caso tal la posibilidad de interponer el recurso de amparo constitucional...»

b) Sentencia de 20 de abril de 1982 —2 BvL 26/81—, BVerfGE 60, 20, 253

Antecedentes: un súbdito turco cuya petición de asilo (art. 16.II GG) había rechazado la Oficina Federal para el Reconocimiento de los Refugiados Extranjeros, fue conminado por las autoridades competentes del *Land* a abandonar el territorio de la República Federal bajo la amenaza de expulsión. Interpuso recurso contra esta orden ante el Tribunal Administrativo competente que, conforme al artículo 100.1 GG (control concreto de normas), elevó la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional acerca de si era o no compatible con la Constitución una norma procesal reguladora del restablecimiento o reposición de la situación anterior.

Considerandos del Tribunal Constitucional Federal (véanse pág. 295 y sigs. de la sentencia citada): «... Los procedimientos que de este modo y con igual efecto constitutivo regulan el ejercicio de una garantía constitucional deben ser, por exigencia de la propia Constitución, objetivos,

* O principio de admisión general.

apropiados y razonables; ello puede entrañar configuraciones especiales que se aparten de los procedimientos administrativos generales. Al legislador en tal sentido le compete una amplia esfera de libertad en materia de organización y procedimiento. De los derechos fundamentales materiales sólo pueden extraerse en este ámbito exigencias procedimentales elementales, indisponibles en un Estado de Derecho. En todo caso, sin embargo, aquellas normas procedimentales que puedan traer como consecuencia su no reconocimiento a pesar de la persecución política, habrán de medirse también con el artículo 16.II.2 GG. Con todo, no es el único objetivo de este procedimiento el ejercicio del asilo: además de rechazar las solicitudes de asilo que carezcan de fundamento, sirve también a la seguridad jurídica en el sentido antes indicado cuando se trate de pretensiones fundadas.

Y ello ha de aplicarse en primer término en el caso del procedimiento de reconocimiento del asilo que se sigue ante la Oficina Federal. La notificación del reconocimiento es necesaria y suficiente para conseguir el *status* de asilado a los efectos del artículo 16.II.2 GG. Por tanto, el procedimiento ante la Oficina Federal tiene por objeto inmediato también el ejercicio y desarrollo del derecho de asilo.

El proceso contencioso-administrativo también sirve igualmente a la tutela judicial del asilado. Pero ello exige también que la formalización, interpretación y aplicación del proceso judicial se haga a la luz del artículo 16.II.2 GG —y de los demás preceptos constitucionales—. No obstante, hay que tener la máxima reserva a la hora de extraer de los concretos derechos fundamentales materiales y de las garantías constitucionales reglas especiales —que se separen de las normas generales del proceso— con el objeto de lograr judicialmente tales derechos y garantías.

Ciertamente, aunque no esté vedado por el hecho de que la Constitución haya previsto el recurso de amparo constitucional como remedio especial para la protección de los derechos fundamentales y de aquellos derechos análogos a los fundamentales, pues éstos deben observarse también cuando se trate de establecer las normas procedimentales y a la hora de interpretarlos y aplicarlos al caso concreto (art. 1.III GG), sin embargo, en aquellos procesos en que se alegue la lesión de un derecho fundamental por parte de los poderes públicos, ello se deriva de la garantía especial de la tutela judicial efectiva que descansa en el artículo 19.IV.1 GG. Este precepto constituye, en conexión con la garantía de la independencia judicial (artículo 20.II.III; 92, 97 GG), del juez legal (art. 101.I GG) y del derecho de audiencia ante los Tribunales (art. 103.I GG), y con otras exigencias del proceso judicial propias del Estado de Derecho (cfr. BVerfGE 57, 250 [274 y sigs., y las referencias que allí se contienen]), la garantía central de la tutela judicial, incluso de los derechos fundamentales cuando son objeto de procesos judiciales antes tribunales especiales. Desde luego, la medida de lo que haya de ser la tutela judicial *efectiva* se determina también de modo decisivo de acuerdo con el contenido

materias del derecho que se alega como lesionado; puesto que, al fin y al cabo, es este el derecho cuya protección debe garantizar el artículo 19.IV.1 GG con efectividad y cuyo cumplimiento se reclama en el ámbito también del artículo 19.IV GG. Los derechos fundamentales también influyen en la posición procesal de las partes, tales como la del acusado en un proceso penal; de ahí la necesidad de una interpretación y aplicación de las normas procesales acorde con el derecho fundamental de que se trate (cfr. BVerfGE 57, 250 [275]). Sin embargo, todas estas circunstancias no autorizan a la disolución de las normas procesales generales en un marasmo de procedimientos a la medida de cada uno de los derechos subjetivos en cuestión (incluidos los derechos fundamentales). Con tal de que el ordenamiento procesal le garantice al justiciable una amplia revisión del objeto litigioso, tanto desde el punto de vista fáctico como jurídico, así como una resolución efectiva y adecuada, se satisfacen en principio las pretensiones que emanan del artículo 19.IV GG y de los derechos fundamentales de carácter material; la amplia revisión del objeto litigioso, tanto desde un punto de vista fáctico como jurídico; una resolución adecuada a las pretensiones del actor; y la efectividad de la resolución judicial. Y con independencia de los inconvenientes a los que llevaría un ordenamiento procesal específico para los derechos fundamentales en todas y cada una de las situaciones procesales, y en las que los derechos fundamentales de los diferentes sujetos concurrieran unos con otros de forma decisiva, se reduciría la claridad, previsibilidad y la transparencia de los instrumentos contenidos en la tutela jurisdiccional, tal como se alcanzó a lo largo de una dilatada historia con la cristalización de unos procesos generales en las leyes. En definitiva, ello sería contraproducente para la tutela de los derechos fundamentales. Precisamente tiene por objeto hacer efectivos los derechos fundamentales y su protección cuando el ordenamiento jurídico ofrece procesos judiciales, generales y unitarios, dotados de amplias potestades de revisión, de toda una suerte de resoluciones y de efectividad para hacer posible la tutela jurisdiccional.

De modo análogo a como la Sala se manifestara respecto de las consecuencias del principio del Estado de Derecho (cfr. BVerfGE 57, 250 [276]), también en este caso cabe concluir que de los derechos fundamentales sólo podrían derivarse concretas consecuencias normativas para la configuración del proceso judicial más allá de lo que disponen la garantía de la tutela judicial del artículo 19.IV.1 GG y los derechos fundamentales de carácter procesal cuando concurren determinadas circunstancias y resulte incuestionable que no se garantizan de otro modo algunas exigencias indisponibles inherentes al Estado de Derecho y relativas a una tutela judicial suficiente...»

II. Tribunal Administrativo Federal

1. LEGITIMACIÓN DE LOS EXTRANJEROS VECINOS A LA FRONTERA.
Sentencia de 17 de diciembre de 1986
—BVerwG 7 C 29-85—, BVerwGE 75, 285

Antecedentes: el actor era un ciudadano holandés, que vivía en un municipio de Holanda fronterizo con Alemania, a 25 kilómetros del lugar en que se había proyectado la ubicación de la central nuclear de Emsland. Planteó recurso contra la primera autorización de instalación parcial alegando que no había sido admitido como «oponente», es decir, como afectado al que ha de dársele audiencia cuando tenga lugar el debate.

Considerandos del Tribunal Constitucional Federal (véanse pág. 286 y sigs. de la citada sentencia): «... La concesión de una licencia en materia de energía nuclear al amparo del artículo 7 AtG² sólo tiene vigencia en el territorio de la República Federal de Alemania, lo que significa que no produce efecto alguno más allá de sus fronteras en el sentido de que sea «vinculante» en ningún otro Estado ni puede estimarse también allí autorizado el proyecto. Pero de esta suerte de limitación del ámbito de vigencia no puede concluirse nada respecto de la otra cuestión, que es la única que aquí importa, y que es la relativa a la posibilidad de que un extranjero pueda alegar que la autorización en materia de energía nuclear lesiona algunos de sus derechos en relación con sus bienes jurídicos situados en su país, en el sentido al que se refiere el artículo 42.II VwGO. Más bien, ello depende únicamente de que la concesión de tal autorización deba cumplir ciertas normas que (también) se hayan dictado en beneficio del demandante extranjero. Si la respuesta es afirmativa, tal demandante podría exigir que la autorización —aun limitada en su validez al propio territorio nacional— se suspenda siempre que se hayan incumplido los requisitos de concesión que la Ley ha previsto también para la protección de sus propios bienes jurídicos.

De acuerdo con todo ello, puede plantearse la cuestión de hasta qué punto constituye un fundamento interno suficiente, desde la perspectiva del Derecho Internacional, el que una ley garantice a los extranjeros que viven fuera del territorio nacional ciertos derechos subjetivos en relación con la concesión de una autorización en materia de energía nuclear siendo así que la Ley sólo tiene eficacia interna. La Sala que conoce del presente asunto no tiene duda en responder afirmativamente a esta cuestión. El

² Gesetz über die friedliche Verwendung der Kernenergie und den Schutz gegen ihre Gefahren (Atomgesetz) —Ley sobre el uso para fines pacíficos de la energía nuclear y la protección contra sus peligros (Ley de Energía nuclear)—, en la versión de 31 de octubre de 1976 (BGBl., 1976, I, pág. 3653).

legislador ha sometido a autorización tales centrales nucleares habida cuenta del especial peligro potencial que entrañan; peligro que no se detiene en las fronteras estatales. Aunque —como sostiene con acierto el propio actor— el Estado se obliga desde la perspectiva del Derecho Internacional «a prevenir, eliminar y controlar los daños transfronterizos sobre el medio ambiente, para que no se pueda producir un daño grave sobre el territorio de otro Estado», no cabe, en modo alguno concluir que el Estado autorizante tenga la obligación de otorgar derechos subjetivos a los que residen en el extranjero; sin embargo, sí cabe reconocer en todo caso que una ampliación de las normas de protección nacionales en beneficio de los extranjeros no contradice el Derecho Internacional cuando de ese modo puede evitarse un peligro potencial más allá de las propias fronteras. No sólo encuentra apoyo suficiente en el Derecho Internacional, sino que, más aún, de este modo puede asegurarse al mismo tiempo con mayor efectividad el cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado autorizante.

La Ley de la Energía Nuclear exige en este sentido una interpretación favorable al Derecho Internacional. Así se desprende de su artículo 1. De acuerdo con este precepto, uno de los objetivos de la Ley es la protección de la vida, la salud y los bienes frente a los peligros de la energía nuclear y del efecto nocivo de la radioactividad (núm. 2), así como el de garantizar el cumplimiento de las obligaciones internacionales que tiene asumidas Alemania en el ámbito de la energía nuclear y de la radioactividad (núm. 4). Conforme a la voluntad del legislador, la fijación de estos fines debe de servir «como pauta tanto para el desarrollo que lleven a cabo reglamentos posteriores cuanto para la aplicación administrativa» (cfr. BT-Drucks. 2/3026, pág. 19); son, pues, determinantes, a los efectos de la interpretación de la propia Ley. Del artículo 1.II AtG no cabe deducir que los bienes jurídicos que allí se enumeran sólo deben de tutelarse en el ámbito de aplicación de la Ley de la Energía Nuclear. Al contrario, la redacción conscientemente amplia y genérica que contiene el precepto se opone a tal interpretación. En consecuencia, los preceptos que tienen por objeto el control o la inspección (art. 3 y sigs. AtG) garantizan una tutela de los bienes jurídicos que no se detiene en los que radican en el territorio nacional. Ello viene confirmado por el hecho de que los precitados artículos también tienen por objeto, conforme a la voluntad del legislador, el desarrollo de los fines que consagra el artículo 1.IV AtG por cuanto le permiten «garantizar el cumplimiento de las obligaciones internacionales que haya contraído o pueda contraer en el futuro en el campo de la energía nuclear y de la protección de la radioactividad» (BT-Drucks. 3/759, pág. 18). Las centrales nucleares, pues, próximas a la frontera son objeto de autorización porque deben cumplir los estrictos requisitos que dispone el artículo 7.II AtG también en lo que se refiere a los bienes jurídicos situados fuera de la República Federal de Alemania y, en consecuencia, conforme al artículo 1.IV AtG, permiten asegurar el cumplimiento del derecho de vecindad entre Estados. Esta interacción

directa de vínculos internacionales en el ordenamiento jurídico nacional responde a la finalidad de la Ley de la Energía Nuclear. Es difícilmente compatible con ello una interpretación restrictiva del artículo 7 AtG en lo que hace a la protección de terceros que sólo beneficiara a los afectados que vivan en el territorio nacional. Además, no cabe una interpretación tal no sólo en relación con los nuevos peligros que encierra el uso con fines pacíficos de la energía nuclear —que no se detienen en la frontera entre los Estados—; no tiene en cuenta tampoco la circunstancia de que Alemania sólo puede utilizar esta energía en el marco de su incorporación a la CEEA (EURATOM). De ahí se deduce que la protección a terceros que tutela el artículo 7.II AtG se extiende al menos a los ciudadanos de esta Comunidad y, por tanto, también al actor...»

2. TUTELA JUDICIAL PREVENTIVA (EJEMPLO).

Sentencia de 17 de diciembre de 1981

—BVerwG 5 C 56.79—, BVerwGE 64, 298

Antecedentes: el actor, médico que ejercía la profesión libremente y miembro obligatorio de un Colegio Oficial de Médicos (Corporación de Derecho Público) exigió de éste el cese de toda actividad política que excediera del ámbito competencial legalmente reconocido. La parte demandada, el Colegio Oficial, había participado como coeditor de un boletín médico sobre cuestiones de política general.

Considerandos del Tribunal Administrativo Federal (véanse pág. 299 y sigs. de la citada sentencia): «La necesidad de la tutela judicial que esgrime el actor consiste en la abstención solicitada. Aunque la parte demandada y el coadyuvante alegaron que no habían asumido en ningún momento una representación política, son conscientes, sin embargo, de que las manifestaciones de una Corporación de Derecho Público por sí o asociadas han de moverse en el ámbito competencial que la Ley les ha atribuido a las Corporaciones. Aquí no se trata, sin embargo, de que la parte demandada haya hecho gala de manifestaciones políticas generales. El actor deduce de los hechos alegados que la actividad de la parte demandada en los casos descritos se ha excedido en el ejercicio de su política del ámbito competencial que tiene atribuido. El actor tiene un interés legal en que se delimiten qué manifestaciones debe aceptar, en cuanto miembro obligatorio de la Organización, y qué otras limitan su libertad general de actuación (art. 2.I GG) de modo inadmisibles. Como dijera acertadamente el Tribunal de apelación, no necesita seguir esperando (a la producción de los hechos)* para luego solicitar ulteriormente la tutela judicial. La tutela judicial sería incompleta si en supuestos como el presente sólo pudiera declararse la ilegalidad de la conducta del demandado

* N. del T.

una vez producida la lesión. Para hacer frente a otras infracciones cabe interponer la acción de omisión o inactividad de carácter preventivo (*vorbeugende Unterlassungsklage*) (BVerwGE 34, 69 [73]). Y tal es el caso a la vista del propósito de la parte demandada de publicar también en el futuro opiniones de la misma naturaleza contra las que ha reclamado el actor.»