

LA CONVERGENCIA DE LOS SISTEMAS DE JUSTICIA ADMINISTRATIVA EN EUROPA ^{1 2}

MICHEL FROMONT

Doctor en Derecho. Profesor emérito de Derecho Comparado
Universidad Paris I Panthéon Sorbonne

Sumario.- I.- INTRODUCCIÓN. II.- LA PROTECCIÓN JURISDICCIONAL DEL INDIVIDUO CONTRA LA ADMINISTRACIÓN ANTES DEL JUZGAMIENTO DE FONDO 1.- En el derecho alemán 2.- En el derecho italiano 3.- En el derecho español 4.- En el derecho francés III.- LA PROTECCIÓN JURISDICCIONAL DEL INDIVIDUO CONTRA LA ADMINISTRACIÓN EN SENTENCIA 1.- En el derecho alemán 2.- En el derecho italiano 3.- En el derecho español 4.- En el derecho francés. IV.- CONCLUSIÓN

I.- INTRODUCCIÓN

Aún en fechas recientes, Europa continental conocía, primordialmente, dos sistemas de justicia administrativa: el francés y el alemán. En Francia, la justicia administrativa tenía por función exclusiva asegurar el respeto de la ley por parte de las autoridades administrativas: fue concebida, hace ya más de un siglo, como el instrumento exclusivo de la subordinación de la Administración, incluido el Gobierno, al Parlamento. De hecho, el principal recurso, el de exceso de poder, calificado como un proceso al acto; tenía como única función, la verificación del respeto de las reglas del derecho objetivo por parte de la Administración. La doctrina francesa habló por ello, de una función pedagógica del juez administrativo: éste debe limitarse a señalar si la Administración se comportó regularmente o no.

Esa fue, también, la concepción primigenia de diversas jurisdicciones administrativas europeas influenciadas por el modelo francés, como es el caso de los países que adoptaron la fórmula del Consejo de Estado, es decir, Italia, Bélgica (a partir de 1946), los Países Bajos, Grecia. Ese fue el

caso, también, de otros países que ubicaron en la cúspide de la justicia administrativa, un órgano exclusivamente jurisdiccional, como sucedió en España (a partir de 1904) y Prusia (hasta en 1933).

A partir de 1945, en Alemania imperó el deseo expreso de poner el acento en la protección de los individuos contra el Estado, lo que hizo que se viera al proceso administrativo como cualquier otro, es decir, un proceso por medio del cual, el actor discute la violación de un derecho subjetivo, en condiciones de igualdad respecto de la otra parte y en el que el juez puede tomar toda clase de decisiones respecto de la autoridad administrativa, tal como si ésta fuese cualquier otro justiciable. Este cambio de perspectiva fue especialmente consagrado en la Ley Fundamental (Art. 19,4): "*Toda persona cuyos derechos sean vulnerados por el poder público podrá recurrir a la vía judicial.*" Es decir, no sólo fueron incorporadas al Poder Judicial las jurisdicciones administrativas, sino que además y sobre todo, el procedimiento en estas jurisdicciones fue concebido como un mecanismo por medio del cual, los individuos puedan hacer valer sus derechos subjetivos en contra de la Administración, al menos, cuando ésta toma

¹ Este artículo corresponde a la conferencia dictada por el autor con ocasión del Seminario Internacional de Justicia Administrativa, celebrado en San José, Costa Rica, en el mes de noviembre de 2001, organizado por la Asociación Costarricense de Derecho Administrativo. Corresponde además, a una versión puesta al día de la conferencia dictada por el autor en Roma, Julio de 1999, originalmente publicada en la Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, No. 1. , 2001.

² Traducido por ALDO MILANO S.

decisiones concretas que les resulten lesivas. Este cambio de perspectiva incitó al legislador a reconocer amplios poderes de decisión al juez administrativo: la búsqueda de la igualdad entre las partes en el proceso condujo a que dichos poderes de decisión se ampliaran, incluso al inicio del proceso para, en especial, impedir que la Administración ejecute la decisión impugnada. Igualmente, al concebirse el proceso, ya no como un mecanismo limitado a la constatación de la violación del derecho objetivo, sino más bien como un mecanismo para asegurar plena satisfacción al actor cuando tenga la razón, se reconoció al juez, no solamente poderes de anulación de la decisión administrativa impugnada, sino además, amplios poderes de decisión tanto en el momento del dictado de la sentencia, como luego de su dictado, en caso de surgir dificultades para la ejecución de la cosa juzgada.

La primigenia concepción francesa cedió terreno tanto en Europa como, incluso, en Francia, de forma progresiva. En primera instancia, el derecho de los individuos a una protección jurisdiccional en contra de la Administración, fue afirmado prácticamente por todas partes a partir de 1945. Así, la Constitución Italiana afirmó: "*Contra los actos de la Administración Pública se admite siempre la tutela jurisdiccional de los derechos y de los intereses legítimos ante los órganos de la jurisdicción ordinaria o administrativa. Tal tutela jurisdiccional no puede ser excluida ni limitada a medios especiales de impugnación o a determinadas categorías de actos.*" (Art.113). Más tarde, la Constitución española proclamaba el mismo principio: "*Toda las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.*"³ En el plano europeo, la Convención Europea de Derechos Humanos consagró igualmente

el derecho a un proceso igualitario y a un recurso efectivo (Art.6 y 13).

Al igual que en Alemania, donde el reconocimiento del derecho a la tutela judicial efectiva frente a la Administración, tuvo como efecto la extensión de los poderes conferidos al juez administrativo desde la ley de 1960 sobre los tribunales administrativos⁴, en España, la consagración de la misma garantía en la Constitución de 1978, condujo al legislador a ampliar, veinte años después, los poderes de la justicia administrativa, con el objeto de que ésta asuma plenamente su nueva función, a saber, proteger las situaciones jurídicas individuales. Veremos que el camino recorrido fue ligeramente dispar en cada país: en Italia, jueces y legisladores han unido esfuerzos; en España, es principalmente la Ley de 1998 la cual generó progresos decisivos.

Francia se mantuvo fiel a su concepción tradicional de la justicia administrativa: ni la Constitución de 1946, ni la de 1958 hacen la menor alusión a la idea, según la cual, toda persona que sea lesionada por una decisión administrativa, podrá disponer de una protección jurisdiccional eficaz. Sin embargo, producto de la presión del derecho europeo (Art.6 y 13 de la Convención Europea de Derechos Humanos y ciertas decisiones de la Corte de Justicia de las Comunidades europeas relativas a la necesidad de proteger al ciudadano europeo contra toda violación del derecho comunitario) e igualmente, teniendo en cuenta las crecientes exigencias de amparo jurisdiccional que ha manifestado la ciudadanía, el Consejo constitucional integró la laguna del texto constitucional. En efecto, el 9 de abril de 1996⁵, consagra el derecho a la protección jurisdiccional deduciéndolo del artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre de 1789, que dispone: "*Toda Sociedad en la cual no se garanticen los Derechos, ni la separación de Poderes no tiene Cons-*

³ Podría igualmente citarse: Art. 20 de la Constitución portuguesa: "*Se garantiza a cada uno el acceso al derecho y a los tribunales para la defensa de sus derechos e intereses.*" Para un desarrollo más amplio de este tema, ver Fromont, M. (1992) *La Justice administrative en Europe*, Convergences, Mélanges René Chapus, Paris, p. 199.

⁴ En realidad, la extensión de los poderes del juez administrativo alemán había comenzado antes de 1949, año de la adopción de la nueva Constitución; empero, indudablemente, las nuevas disposiciones constitucionales tuvieron como efecto consolidar y aún ampliar los poderes del juez administrativo. Sobre la situación anterior a la ley de 1960 sobre los tribunales administrativos, ver Fromont, M. (1960) *La répartition des compétences entre les tribunaux civils et administratifs allemands*, Paris, p.51.

⁵ Conseil Constitutionnel, decisión No 96-373 DC del 9 de abril de 1996, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française*, Roc. 1996, p.43; el derecho al recurso fue confirmado por una decisión ulterior del Consejo constitucional, No. 99-416 DC del 23 de julio 1999, JO 28.7.1999.

titución". Para el Consejo, "de esta disposición deriva el principio según el cual no deben imponerse cargas sustanciales al derecho de las personas interesadas en ejercer un recurso efectivo". Así, por primera vez⁶, el Consejo Constitucional decidió anular, por inconstitucionales, sendas disposiciones legislativas, por estimar que representaban una "afectación sustancial al derecho a un recurso jurisdiccional". Por su parte, en una decisión del 29 de julio de 1998, el Consejo de Estado verificó la validez de un reglamento mediante el cual se reglaba el procedimiento a seguir por los tribunales administrativos, tanto a la luz del "... del derecho a ejercer un recurso jurisdiccional", como "del derecho a tener acceso a un juez, consagrado por la Convención europea de derechos del hombre y de las libertades fundamentales".

Así, en el curso de cincuenta años, el rol de la jurisdicción administrativa se ha transformado completamente: el juez administrativo no es más el contralor de la Administración y guardián del respeto del derecho objetivo; es también el protector del individuo y el defensor de las situaciones administrativas subjetivas, lo que hace exigible, en el proceso, un trato paritario para las partes y, en caso de acogimiento de la demanda, la posibilidad del pleno restablecimiento del individuo en sus derechos, admitiéndose, inclusive, la creación judicial de una nueva situación jurídica individual.

Este cambio de perspectiva ha incitado al legislador a modificar de forma importante los poderes del juez en el proceso administrativo: como se dijo, la búsqueda de la igualdad entre las partes en el proceso ha conducido a darle al juez poderes de decisión muy importantes al inicio del proceso, especialmente el de requerir a la autoridad administrativa a no ejecutar la decisión impugnada, o bien el de adoptar medidas de conservación (II). Igualmente, al abandonarse la idea de limitar la función del juzgador, a la simple constatación de la violación del derecho objetivo y atribuírsele la función de dar plena satisfacción al justiciable, se reconoció al juez no solamente poder-

res de anulación de la decisión administrativa impugnada, sino además, vastos poderes de decisión, ya sea al momento del dictado de la sentencia, o bien en la fase de su ejecución, en caso de que surgieran dificultades para la ejecución de la cosa juzgada (III). Este estudio tiene como objetivo, dejar de manifiesto esa transformación de la justicia administrativa que se ha producido en Alemania, en Italia, España y Francia.

II.- LA PROTECCIÓN JURISDICCIONAL DEL INDIVIDUO CONTRA LA ADMINISTRACIÓN ANTES DEL JUZGAMIENTO DE FONDO

En el tanto la justicia administrativa se limitó a una función "pedagógica", la situación individual del actor en el curso del proceso, es decir, desde la presentación de la demanda hasta el juzgamiento definitivo en sentencia, importaba poco: lo que estaba en el centro del debate, no era tal situación individual, sino si el comportamiento de la Administración era legítimo o bien ilegítimo.

Desde esa perspectiva, la suspensión de los efectos del acto interesaba solamente cuando el perjuicio causado por la ejecución de la decisión impugnada, ocasionaba una grave afectación al interés general (por ejemplo, la decisión de talar árboles seculares). Desde que la justicia administrativa tiene por función esencial, sea o no exclusiva, la protección de situaciones jurídicas individuales contra violaciones actuaciones ilegítimas de la Administración, como lo muestran la legislación alemana desde 1946, la de España, a partir de su reforma en 1998 y la de Francia, a partir de la ley que será promulgada en el 2000⁷, la perspectiva varió.

1.- En el derecho alemán

En el derecho alemán, la ley de las jurisdicciones administrativas de 1960, estimó necesario organizar el sistema de protección jurisdiccional de los individuos, contra toda forma de actividad de la

⁶ En realidad, la decisión de 1996 había sido precedida por diversos fallos en sentido análogo. En el primero se hizo referencia al principio de competencia de la jurisdicción administrativa ("*deriva de la competencia de la jurisdicción administrativa la anulación o reforma de decisiones tomadas por autoridades administrativas en el ejercicio de sus prerrogativas de poder público*") y el principio del derecho de cada uno de disponer de una protección jurisdiccional provisional frente a una decisión administrativa, decisión 23 de enero de 1987, Recueil 1987, p.8, y en el segundo, se dejaba planteado el derecho al ejercicio de un recurso, pero de una forma mucho más discreta y sin que condujera a la declaratoria de una inconstitucionalidad. —decisión No.93-335 del 21 de enero de 1994, Roc. p.42.

⁷ Nota del traductor: El autor se refiere a la Ley No.2000-597 de 30 de junio de 2000, publicada en el Diario Oficial No. 151 del 1 de julio de 2000, pendiente de ser aprobada al momento de la redacción de este ensayo.

Administración. Sin embargo, en la práctica, la ley ha organizado la protección jurisdiccional, sobre todo, en dos hipótesis: o bien la Administración ha tomado una decisión positiva, y en ese caso, el individuo dispone de una acción de anulación (*Anfechtungsklage*); o bien, la Administración se ha negado a decidir o aún no ha respondido a la solicitud del individuo, supuesto en el cual, el individuo dispone de una acción para obligar la adopción de un acto administrativo (*Verpflichtung-sklage*).

Con el objeto de asegurar una protección eficaz de los derechos subjetivos de los individuos, la ley de las jurisdicciones administrativas de 1960 introdujo el principio del efecto suspensivo de la demanda anulatoria (*Anfechtungsklage*) (§§ 80 y 80^a) así como del recurso administrativo que debe precederla. Además, la ley introdujo la posibilidad de que el juez adopte medidas provisorias para el caso de demandas no anulatoria (especialmente en el caso de la demanda para la adopción de un acto administrativo -*Verpflichtungsklage*- ya sea que se dirija en contra del rechazo expreso o presunto de la Administración (§ 123).

La regla del efecto suspensivo de las demandas anulatoria (§§ 80 y 80^a), ha sido considerada por la Corte constitucional federal, como una manifestación del principio de tutela judicial efectiva establecido por el artículo 19, párrafo 4, de la Ley Fundamental⁸. Ciertamente, esta regla no se aplica en todas las materias y además, podría ser evitada, al menos provisionalmente, por la autoridad de la cual emana el acto impugnado, si decide su ejecución inmediata por medio de una decisión motivada y ahí, los roles de las partes se invierten: es ahora el actor quien debe requerir al juez el restablecimiento del efecto suspensivo de la demanda en cuestión y es la Administración a quien corresponde demostrar la necesidad de ejecutar su decisión. Estas limitaciones a la medida cautelar suspensiva, no impiden considerar el carácter novedoso de esta regla, introducida en el derecho alemán, en los años 1946-1960. Luego, la consideración de distintas circunstancias —derechos de terceros, gran cantidad de actos suspendidos— ocasionaron la introducción de diversos ajustes con un afán restrictivo.

La capacidad de adoptar medidas cautelares (*Einstweilige Anordnung*, § 123) es, igualmente, una prerrogativa importante del juez administrativo alemán. Puede ser ejercida cada vez que el efecto suspensivo del recurso no pueda entrar en juego, como sucede, especialmente, en los casos en que lo que se impugna, es una decisión negativa de la Administración o su silencio. En esos supuestos, el juez puede reglamentar provisionalmente la situación y, por ejemplo, ordenar el reconocimiento temporal, en beneficio del demandante, de parte de las ventajas denegadas por la Administración.

En la práctica, el juez administrativo alemán continúa concentrado en el control de las decisiones administrativas, en las cuales se reflejan, mayoritariamente, los conflictos del individuo con la Administración. Sin embargo, desde el inicio del proceso, el juez debe tomar en consideración, principalmente, la situación individual del actor. De esta forma, si se impugna una decisión ejecutoria de la Administración con una pretensión suspensiva, el juez tiene el deber de ponderar las ventajas e inconvenientes de una suspensión de los efectos de la medida positiva impugnada. Si se trata de la impugnación una decisión negativa o un silencio u omisión administrativa, el juez deberá valorar si de mantenerse el *statu quo*, se impediría el pleno restablecimiento del actor en sus derechos, en caso de su que demanda fuera acogida por el fondo en sentencia.

Indudablemente, en aplicación del § 123, el juez se ve obligado a apreciar, no solamente el comportamiento de la Administración, sino además, y sobre todo, la situación concreta del actor.

2.- En el derecho italiano

La suspensión de los efectos de una decisión administrativa en el derecho italiano, tiene como único antecedente legislativo el texto de 26 de junio de 1924 para el caso del Consejo de Estado (Art.39) y de la ley de 6 de diciembre de 1971, para el caso de los Tribunales administrativos regionales (Art.21). A pesar de tales restricciones, tanto el juez constitucional como el administrati-

⁸ BverfGE, tomo 35, p.263 NEW 1973, p.1491: "El derecho fundamental consagrado por el artículo 19, párrafo 4, de la Ley fundamental, no garantiza tan sólo el derecho formal y la posibilidad teórica de acudir a los tribunales, sino además, la efectividad de la protección jurisdiccional... La ley no debe tan sólo garantizar un control jurisdiccional pleno —de derecho y de hecho— de todo acto del ejecutivo que lesione los derechos del ciudadano, sino además prevenir lo irreparable, como podría suceder en caso de ejecución inmediata de la medida de la administración."

vo, han encontrado en el derecho a la tutela judicial. proclamado por la Constitución de 1948, fundamento suficiente, ya sea para censurar disposiciones legales que excluyan ciertas materias de protección provisional (caso relativo a obras públicas⁹), o bien para interpretar de forma extensiva los aludidos textos legislativos y especialmente, los poderes del juez para adoptar medidas provisionales¹⁰.

Esta evolución jurisprudencial fue ratificada mediante la ley n. 173 del 21 de julio 2000, relativa a la justicia administrativa¹¹. En adelante, según la nueva redacción del artículo 21 de la ley del 6 de diciembre 1971, en caso de "*perjuicio grave e irreparable resultante de la ejecución del acto impugnado o la inercia de la administración durante el plazo necesario para el juzgamiento de fondo*", el tribunal administrativo regional puede decretar "*las medidas cautelares (misure cautelari), inclusive el deber de pagar una suma, que resulten en la especie más adecuadas para asegurar la eficacia integral del fallo de fondo*". El progreso es considerable, puesto que el texto consolida la jurisprudencia y va inclusive más lejos. En primer lugar, la protección cautelar puede darse aún en el caso en el cual la conducta impugnada sea omisiva o negativa. En segundo lugar, a partir de la reforma, la medida cautelar puede ser modulada por el juez: la suspensión puede ser condicional o limitada en sus efectos o en el tiempo¹². En tercer lugar, la medida cautelar puede no ser de carácter suspensivo; puede ser una orden de hacer o no hacer dirigida a la Administración, lo cual es particularmente importante cuando la suspensión del acto no es efectiva, sea porque el acto impugnado es de carácter negativo (una negativa de autorización, por ejemplo) o *a fortiori* una simple inercia, sea porque el acto impugnado ha sido parcialmente ejecutado.

Por otra parte, inclusive, la ley autoriza al Presidente del Tribunal administrativo regional, a adoptar, individualmente y sin procedimiento contradictorio, tales medidas "*en los casos de extrema gravedad y urgencia hasta la próxima reunión del Tri-*

bunal". La medida cautelar adoptada, sin embargo, puede ser modificada, con posterioridad, por el Tribunal en pleno, si así procediera.

Finalmente, conforme al artículo 28 de la ley n.28 del 6 de diciembre 1971, luego de su modificación mediante la ley de 21 de julio 2000, "*en el caso en que la Administración no ejecute la medida cautelar acordada, o lo ha hecho sólo parcialmente, el interesado, mediante una solicitud motivada y notificada a la contraparte, podrá solicitar al tribunal administrativo regional que adopte las medidas de ejecución necesarias*". El tribunal administrativo regional tendrá al efecto, los poderes inherentes al juez de ejecución forzosa (*giudizio di ottemperanza al giudicato*) (que se estudiará en la segunda parte). Puede ejercer esos poderes, incluso en el caso de haberse planteado un recurso de apelación ante el Consejo de Estado (Art.33 de la ley del 6 de diciembre 1971, según reforma de la ley de 21 de julio 2000).

3.- En el derecho español

Desde antes de la Ley de 1998, ya la jurisprudencia, alentada por los nuevos principios introducidos por la Constitución de 1978, había interpretado de forma bastante amplia, los supuestos en que corresponde adoptar medidas de conservación (medidas cautelares). El Tribunal constitucional señaló el rumbo: en especial, en su decisión del 24 de abril 1995, donde afirmó que el derecho a la tutela judicial efectiva "*implica entre otras cosas el derecho a una protección provisional*". Luego, en su decisión del 20 de mayo de 1996, precisó que "*de ese derecho fundamental deriva el poder del juez de adoptar medidas de conservación y de suspender la ejecución en las condiciones previstas por la ley. La efectividad de la tutela judicial de los derechos e intereses legítimos reclama la posibilidad de adoptar medidas adecuadas para asegurar la real eficacia de la decisión jurisdiccional futura, evitando un daño irreparable para aquellos*".

⁹ Corte Constitucional italiana, 19 de diciembre de 1974, No. 284, declaró inconstitucional el artículo 13, párrafo 3 de la ley del 22 de octubre de 1971, No.865.

¹⁰ Jusso R., Lineamenti di giustizia amministrativa, 2.éd., Milano 1999; Travi, A., Lezioni di giustizia amministrativa, Torino, (1999).

¹¹ Legge 21.07.2000, Disposizioni in materia di giustizia amministrativa, Gazzetta Ufficiale n.173 de 26.07.2000.

¹² Por ejemplo, el impedimento de participar como oferente en una licitación, puede suspenderse solamente de forma parcial, es decir, se le permite al interesado participar en el concurso, si bien podría ser adjudicatario antes de la adopción del juzgamiento de fondo.

De esta forma, el juez administrativo comenzó a ser menos exigente con los requisitos previstos por la ley del 27 de diciembre de 1956, a saber, el peligro en la demora y *"una apariencia de buen derecho"*.

La ley de 19 de julio de 1998 (ley 29/98), relativa a la jurisdicción administrativa¹³, va bastante más lejos y transforma, considerablemente, la justicia administrativa española. Mientras que la ley del 27 de diciembre de 1957 se mantuvo fiel a la concepción objetiva de la justicia administrativa, la ley de 7 de julio de 1998, vino a asignar a la justicia administrativa, como lo hace la propia Constitución, una doble misión, a saber, no solamente asegurar la sumisión de la acción administrativa al derecho, sino además, y sobre todo, la protección de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, lo cual hace necesario la adopción de medidas provisionales: en efecto, según los propios términos de la exposición de motivos de la ley, *"la protección jurisdiccional provisional es parte del derecho a la tutela judicial efectiva"*.

El sistema adoptado por la ley es simple: sea cual sea el recurso planteado en contra de un acto administrativo, omisión, vía de hecho, o en contra de actos preparatorios para la formalización de un contrato, el juez puede ordenar, ya sea la suspensión (en caso de ir dirigido el recurso en contra de un acto administrativo o un reglamento o un acto preparatorio para la formalización de un contrato); la cesación de la conducta impugnada (si el recurso se plantea en contra de una vía de hecho), o bien, cualquier otra medida, inclusive positiva (en todos los casos, especialmente en los casos de inactividad de la Administración) (Art.129). La medida cautelar debe tener por objeto asegurar *"la eficacia de la sentencia"* (Art.129); en el caso del recurso dirigido en contra de un acto o reglamento, podrá ser adoptada *"cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición general pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso"* (Art.130); puede ser rechazada *"cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada"* (Art.130).

Debe hacerse notar que el presupuesto de la apariencia de buen derecho de la demanda princi-

pal, desaparece: la ley se contenta con exigir al juez, balancear los intereses del actor, de los terceros y de la colectividad.

Las medidas cautelares así adoptadas, pueden mantenerse hasta sentencia (Art.131), así como en caso de apelación o casación en contra del juzgamiento de fondo. Puede acordarse su ejecución provisional, salvo cuando *"pueda crear situaciones irreversibles o causar perjuicios de difícil reparación"*. (Art.84 y 91) Además, las medidas pueden ser modificadas en cualquier momento en el curso del proceso, en caso de un cambio en las circunstancias (Art.132). En caso de que se de una ejecución provisional del juzgamiento o medida cautelar, puede exigírsele al actor, una caución o cualquier otro tipo de garantías, si la medida cautelar impuesta a la Administración es susceptible de causar un perjuicio ilegítimo, en el caso de rechazo de la demanda principal. (Art.84, 91 y 133).

4.- En el derecho francés

Después de 1945, Francia no experimentó una reforma profunda de sus instituciones, conservó por ello la esencia del principio tradicional, según el cual, un acto administrativo produce todos sus efectos mientras no sea anulado por el juez (o revocado por la propia Administración). La ordenanza del 31 de julio de 1945 sobre el Consejo de Estado, recuerda que el recurso por exceso de poder no tiene efecto suspensivo y no autoriza al juez a ordenar la suspensión de la ejecución de la decisión impugnada, sino en el caso de que se den dos condiciones: que los argumentos esgrimidos en la impugnación sean de mucho peso y que la ejecución produzca consecuencias irreparables al interés público o inclusive para algún particular. Cuando fueron creados los tribunales administrativos en 1953, el legislador les reconoció, con mucha reticencia, el poder de pronunciar medidas cautelares de carácter suspensivo. En un primer momento, el Consejo de Estado procuró que el ejercicio del poder de injonction por parte de esta nueva jurisdicción, fuera un conservador¹⁴.

Sin embargo, progresivamente se fue admitiendo que la función de la justicia administrativa no era solamente velar por la legalidad de la ac-

¹³ Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, Ley 29/1998 de 7 de julio de 1998, Boletín Oficial del Estado, 14.7.1998.

¹⁴ Nota del traductor: Se trata del poder del juez administrativo de imponer a la administración una determinada conducta durante el curso del proceso, sea ésta de hacer o no hacer.

tuación administrativa, sino además proteger las situaciones jurídicas de los individuos lesionados. Esta evolución tuvo repercusiones tanto en el Parlamento (que aportó numerosas atenuantes al rigor de las reglas originales¹⁵) como en el Consejo de Estado (que adopta una jurisprudencia cada vez más liberal en los campos más variados: policía, más particularmente la referida a extranjeros, urbanismo y ambiente, autorizaciones para ejercer una actividad profesional, etc.¹⁶). En este espacio, la opinión pública jugó un papel decisivo, de hecho, se presentó el fenómeno de múltiples demandas dirigidas al juez civil y no al administrativo, alegándose que lo impugnado tenía carácter de vía de hecho, en vista de la gravedad de la lesión ocasionada al derecho de propiedad o a una libertad individual, así como en vista del carácter de las irregularidades cometidas. Esto hizo que el juez civil se declarara competente y que ejerciera su poder de injonction para ordenar a la Administración la cesación de sus conductas. Se produjo de esa forma, una ampliación del campo reservado a la "vía de hecho" que fue finalmente reducida por el Tribunal de Conflictos¹⁷, pero que manifestaba la necesidad de los individuos de encontrar un juez capaz de adoptar, en plazos reducidos, órdenes de hacer o no hacer (injonctions) en contra de la Administración.

El proyecto de ley relativo al référé administrativo¹⁸, depositado y votado por el Senado en 1999 y por la Asamblea Nacional en el 2000, vino a modificar, profundamente, las relaciones entre la Administración y el actor al inicio del proceso. Con este instituto procesal, se reforzó, considerablemente, la protección del justiciable durante el curso del proceso: de hecho, desde que el juez considera que existe urgencia, puede decidir la suspensión de la ejecución del acto administrativo impugnado y, si una libertad "fundamental" ha

sido lesionada, puede tomar toda clase de medidas de salvaguarda.

En el primer caso, que es el référé-suspension, el juez puede, a pedido del actor, conminar a la Administración a no ejecutar su decisión en el caso de que se den dos condiciones: que exista urgencia y que "...en el curso de la instrucción, se evidencie una seria duda en relación con la legalidad de la decisión" (Art.3). El cambio obedece a que deja de ser necesario que las consecuencias de la ejecución sean difícilmente reparables, como tampoco que deba acreditarse la seriedad de la pretensión principal, condiciones que en el anterior sistema, constituían en ocasiones un obstáculo insalvable para decretar la suspensión. En adelante, la suspensión de la decisión impugnada debería ser la regla para todos los casos en los cuales, la situación del justiciable amerite protección.

En el segundo caso, el del référé en suspension, el juez puede, a pedido del actor, "ordenar todas las medidas necesarias para la salvaguarda de la libertad" lesionada por la medida impugnada. (Art.4). Puede hacerlo si se reúnen dos condiciones: "una lesión manifiestamente ilegal de una libertad fundamental a partir de la actuación de la administración" y que exista urgencia. Este procedimiento, absolutamente novedoso, puede generarse de forma autónoma, es decir, sin nexo con un recurso por el fondo. La creación de este procedimiento permite al juez administrativo francés disponer de poderes conminatorios (de injonction) tan amplios como los del juez civil cuando conoce de una demanda por vía de hecho. Aún es prematuro valorar si la noción "lesión grave e ilegal de una libertad fundamental" que emplea la nueva ley, es más vasta que la de la vía de hecho, noción jurisprudencial que remonta al Siglo XIX. Si así fuera el caso, por una parte, el juez civil ha-

¹⁵ Una lista completa de las diferentes variedades de suspensión de los efectos se encuentra en Morand Deviller, J. (1997) *Cour de droit administratif*, Paris, pp. 662-663. Estas innovaciones consistieron, ya sea en aliviar las condiciones exigibles para adoptar la suspensión, sea en ocasiones a hacerla "automática", o bien a prever un procedimiento de otorgamiento más rápido (caso de la suspensión por urgencia extrema y de la suspensión provisional de la ejecución).

¹⁶ Para un cuadro completo de la jurisprudencia, ver Chapus, R. (1998). *Droit du Contentieux Administratif*, Paris, p.117 y siguientes.

¹⁷ Especialmente Tribunal de Conflictos, 15 de abril de 1991, Prefectura de la región Lorraine, Roc. p.463 (suspensión de un servicio telefónico); 20 de junio de 1994, Madaci y Youpi, Roc. p.602 (policía migratoria); 4 de noviembre de 1996, Prefectura de Guadalupe, Roc. p.554 (prohibición de la reconstrucción de precarios en terrenos declarados inconstructibles).

¹⁸ Nota del traductor: Se trata de un proceso cautelar de carácter sumario y autónomo.

brá prácticamente perdido su poder de injonction vis-a-vis la Administración y, por otra parte, corresponderá entonces al juez administrativo asumir esa competencia, de modo que reaccione eficazmente cada vez que una libertad fundamental se vea comprometida.

Sin embargo, cualquiera que sea la respuesta a esta interrogante, la ley transforma totalmente las relaciones entre el juez administrativo y la Administración: en adelante, el juez dispone del poder de dar órdenes a la Administración en el marco de un procedimiento rápido y por juzgamiento único, siendo su poder prácticamente ilimitado.

Esta reforma complementa una primera ya realizada, la del référé pre-contractual. Mientras que el legislador alemán confió a autoridades administrativas independientes y, en caso de recurso, a las Cortes de Apelación (*Oberlandesgerichte*) la competencia de impedir a la Administración la conclusión de un contrato de suministro, de obra o de prestación de servicios¹⁹, el legislador francés confió ese poder al juez administrativo, al menos cuando el contrato a formalizar esté regido por el derecho público, que es lo más frecuente con motivo de una tradición multiseccular. En ajuste a las directivas comunitarias que establecieron dos reglamentaciones distintas, según se trate de contratos del "régimen general" o de contratos relativos a los sectores del agua, energía, transportes o telecomunicaciones (sectores especiales)²⁰, el legislador adoptó dos nuevas regulaciones. La primera fue en 1992 y 1993 para el régimen general (hoy día regida por el artículo L.22 del Código de los Tribunales Administrativos de las Cortes de Apelación), mientras que la segunda, en 1993, para los sectores especiales (hoy día regulado en el artículo L.23 del mismo código). En los dos casos, el juez administrativo puede ser requerido por "*las personas que tengan un interés legítimo de ser adjudicatarios y que han sido afectados por faltas de publicidad y de igualdad de concurrencia*" y dispone en parte de los mismos poderes: en particular, en los dos casos, puede ordenar a la Administración el ajuste a sus obligaciones. En el régimen general, puede igualmente suspender la formalización del contrato o toda otra decisión conexas; puede igualmente suprimir las cláusulas del futu-

ro contrato, que estime contrarias a los deberes de publicidad y concurrencia; en el régimen general, el juez tiene, entonces, tanto un poder de injonction, como un poder de suspensión y un poder de anulación.

En el régimen especial, al contrario, el juez no dispone del poder de suspensión, ni del de anulación; en compensación, dispone del poder de establecer multas coercitivas (astreintes) en caso de que persista el incumplimiento de las obligaciones de publicidad y concurrencia. Esta reforma, que rige desde hace seis años, había ya transformado las costumbres de los jueces administrativos y, en alguna medida, preparó el terreno para la gran reforma que ha sido realizada por la ley del 30 de junio del 2001, está en curso de discusión.

Así, el juez administrativo francés, progresivamente, va transformándose en un juez que dedica una gran parte de sus actividades al examen de demandas formuladas en el marco de la urgencia; se va a acercar así, considerablemente, al juez administrativo alemán, además de que no debe olvidarse que el juez administrativo francés puede, también, conocer de demandas planteadas en contra de disposiciones generales, principalmente del Estado central, las que, en la práctica, además de numerosas, suelen ser acogidas. A partir de esta situación, el contencioso de urgencia no se referirá más de forma exclusiva a actos administrativos concretos, sino además, a las disposiciones generales.

Esta situación vale, igualmente, para el ejercicio de los nuevos poderes reconocidos al juez administrativo en sentencia.

III.- LA PROTECCIÓN JURISDICCIONAL DEL INDIVIDUO CONTRA LA ADMINISTRACIÓN EN SENTENCIA

Desde el momento en el que la función del juez administrativo no es ya únicamente velar por la legalidad de los actos administrativos, sino además, proteger las situaciones jurídicas subjetivas de los individuos, es normal que el juez no tenga tan solo un poder de anulación, que ejerce, normalmente, varios años después de dictado el acto

¹⁹ §§ 97-126 GwB en la versión publicada el 26 de agosto de 1998. Ver los comentarios de: Thieme y Karl, *Zut Neuregelung des Verbarecht*, DVBl, 1999, p.884; Scheevogl/Horn, *Das Vergaberechtsänderungsgesetz*, NVwZ, 1998, p. 1242.

²⁰ Directivas comunitarias del 29 de diciembre de 1989 y de febrero de 1992.

impugnado, sino que deberá disponer de poderes capaces de restablecer en sus derechos al actor victorioso.

Para que ese restablecimiento se produzca, es necesario, en primer lugar, que el juez pueda hacer algo más que anular el acto administrativo. Debe considerarse, en especial, que en múltiples situaciones, el ajuste a una sentencia anulatoria, impone a la autoridad administrativa la obligación de adoptar un cierto número de medidas, que es importante que hayan sido explícitamente definidas por la sentencia. Es necesario, en segundo lugar, que la sentencia estimatoria sea efectivamente ejecutada, lo que exige procurar al juez medios de coacción directos y no solamente, como durante largo tiempo ha sucedido, medios indirectos tales como la anulación de un acto ulterior por violación de la cosa juzgada o la indemnización de los daños causados por el irrespeto de la cosa juzgada. Esas dos exigencias se logran satisfacer mediante reglas de diverso tipo, ya sea en el derecho alemán, como en el español, el francés y el italiano, modelos que desarrollaron reglas que, de alguna forma, se encuentran ligadas entre sí.

1.- En el derecho alemán

En el derecho alemán, la ley de la jurisdicción administrativa distingue dos tipos de demandas: la demanda de anulación de un acto administrativo (*Anfechtungsklage*) y la demanda tendiente al dictado de un acto administrativo (*Verpflichtungsklage*)²¹.

Cuando el juez conoce de una demanda de nulidad de un acto administrativo (*Verwaltungsakt*), sus poderes van más allá de la mera anulación. En efecto, de acuerdo con el § 113, párrafo 1, de la ley del 21 de enero de 1960 de las jurisdicciones administrativas, el juez puede, a pedido del actor, obligar a la administración a restablecer la situación existente de previo a la ejecución del acto impugnado y aún, precisar la forma de restablecer esa situación. Esto sucede en el caso de que se configuren tres condiciones: que el restablecimiento no sea imposible; que el juez disponga de todos los elementos que condicionan la decisión, y que el poder de la autoridad administrativa no sea discrecional, sino más bien reglado (*gebundene Verwaltung*). En ausencia del segundo supuesto,

el juez solo podrá anular el acto impugnado, si bien ello no impide que el actor pretenda la adopción de medidas provisionales que cesarán cuando la Administración haya, por sí misma, ajustado su conducta a todas las consecuencias de la anulación (§113, párrafo 3).

Así, en el caso de la demanda de anulación, los poderes del juez exceden en ocasiones, pero no siempre, el simple poder de anulación.

Cuando la demanda pretende obligar el dictado de un acto administrativo (*Verpflichtungsklage*), el juez podrá ir más allá de una simple anulación; poco importa que esta demanda se dirija en contra del rechazo explícito o en contra del silencio de la Administración frente a una petición del particular. Según el §113, párrafo 5, cuando la sentencia es estimatoria, lo que supone que la competencia de la Administración se verá afectada por el fallo y que todos los elementos de hecho necesarios puedan ser determinados, el juez tiene el poder de obligar a la Administración a "*proceder a la conducta solicitada*" ("*die beantragte Amsthandlung vorzunehmen*"). En el caso contrario, es decir, en el caso en que la Administración tenga el deber de actuar, pero que no todos los elementos de hecho necesarios lograron ser apreciados por el juez o bien, en el caso de que exista un contenido discrecional en la potestad administrativa, el juez puede ordenar a la Administración resolver en un cierto plazo, tomando en consideración los límites jurídicos establecidos en el fallo. El juez va aún en estos casos, más allá de la simple anulación.

Por otra parte, por primera ocasión, la ley de las jurisdicciones administrativas de 1960, vino a regular la ejecución forzosa de las sentencias de los tribunales administrativos. El § 167 establece el principio de la aplicación por analogía de las disposiciones del Código de procedimiento civil (*Zivilprozeßordnung*). Las disposiciones siguientes definen dos procedimientos especiales. De esta forma, cuando la autoridad administrativa no ejecuta una ordenanza de référé tomada sobre la base del § 123 o una sentencia dictada con fundamento en el §113 párrafo 1 o 5, prescribiendo las medidas a tomar como producto de la anulación de un acto administrativo u ordenando la adopción de una decisión administrativa (determinada o no, según sea el caso), el tribunal administrativo pue-

²¹ Voluntariamente, se abstraen del estudio otros dos tipos de demandas, dada su muy limitada aplicación práctica: demanda declaratoria (*Feststellungsklage*), demanda tendiente a la obtención de una prestación (*Leistungsklage*).

de establecer una multa coercitiva (astreinte) (*Zwangsgeld*).

Este rápido acercamiento al derecho alemán demuestra, claramente, la voluntad manifiesta privilegiar la protección del individuo frente a la Administración.

2.- En el derecho italiano

Durante largo tiempo, únicamente las decisiones del juez civil en contra de la Administración, podían ser objeto de un proceso de ejecución específico: la orden de obediencia (*giudizio d'ottemperanza*). En efecto, a partir de la ley del 31 de marzo de 1889 (Ley Crispi), el Consejo de Estado fue habilitado para resolver respecto de demandas de ejecución relativas a derechos civiles y políticos (es decir, derechos subjetivos). Cuando en 1924, el Consejo de Estado fue investido de la competencia para conocer y resolver litigios relacionados con derechos subjetivos (en condición exclusiva), declaró que naturalmente el procedimiento de ejecución y obediencia resultaba también aplicable para esos procesos.

Luego, con la ley del 6 de diciembre 1971, se dio un paso decisivo. En primer lugar, los tribunales administrativos regionales fueron habilitados para condenar a la Administración al pago de sumas de dinero (Art.26 de la ley del 6 de diciembre 1971), competencia que fue extendida en 1998 al contencioso de responsabilidad. En segundo lugar, lo cual es evidentemente más importante, los tribunales administrativos regionales fueron investidos del poder de imponer a la Administración, órdenes de obediencia cuando sus fallos no fueran ejecutados espontáneamente. Con la venia del Consejo de Estado, estos nuevos tribunales dieron una muy extensiva interpretación a estos textos. Desde que el fallo adquiere el carácter de cosa juzgada y que la Administración entra en mora, los tribunales entendieron que estaban habilitados para anular, revocar, modificar o reemplazar los actos dictados por la Administración en violación de la cosa juzgada y, más generalmente, sustituir a la autoridad administrativa. Para ejercer estos poderes, que tienen naturaleza mitad jurisdiccional, mitad administrativa, el juez de obediencia

puede nombrar un comisario ad-acta, que es una especie de auxiliar del tribunal y que está encargado de señalar los actos que deben adoptarse para ajustarse a la cosa juzgada.

3.- En el derecho español

Bajo la vigencia de la ley de 1956, el juez solo podía anular el acto impugnado, quedando la ejecución del fallo a cargo de la propia Administración, lo cual correspondía al primitivo modelo francés, según el cual, el juez administrativo tiene por misión exclusiva verificar la regularidad jurídica de los actos de la Administración y no restablecer al justiciable en sus derechos. Un sistema como ese no era compatible con el derecho a la tutela judicial efectiva, como tampoco con lo dispuesto por el artículo 117 párrafo 3 de la Constitución Española²², que establece la competencia de los tribunales de juzgar y ejecutar sus fallos. El Tribunal constitucional ha tenido la ocasión de subrayar que tal sistema debía ser corregido con el objeto de respetar plenamente el principio constitucional a partir del cual, los tribunales tienen por misión velar por la plena ejecución de sus fallos en materia administrativa²³.

Como lo señala su exposición de motivos, la ley de 13 de julio de 1998 tuvo como objeto extender los poderes de decisión del juez administrativo y mejorar las condiciones para la ejecución de sus fallos.

En primer lugar, efectivamente, se ampliaron los poderes de decisión del juez. En primer lugar, en caso de impugnación de un acto administrativo, el juez tiene no solamente el poder de anular el acto, sino además, el de tomar las medidas "*adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma, entre ellas la indemnización de los daños y perjuicios, cuando proceda.*" (Art.31) Además, cuando la Administración está obligada a la prestación de un determinado servicio en virtud de una regla general o de un acto individual y no lo ha hecho, a pesar de la expresa solicitud del interesado, el juez puede condenarla a poner fin a su inactividad y a ejecutar sus obligaciones en los términos señalados en sentencia (Art.29 y Art. 32 párrafo 1). Finalmente, cuando la Administración

²² Dispone el artículo 117.3 de la Constitución española: "*El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan.*"

²³ Véase en especial STC 67/1984 y STC 153/1992.

incurre en una vía de hecho, el juez puede ordenar su cesación y ordenar las mismas medidas previstas para los casos en que se impugna un acto administrativo, para restablecer en sus derechos al afectado (Art. 32 párrafo 2).

En segundo lugar, la ley de 1998 aumentó las garantías para la ejecución de las sentencias. Según su exposición de motivos, *"El punto de partida reside en la imperiosa obligación de cumplir las resoluciones judiciales y colaborar en la ejecución de lo resuelto, que la Constitución prescribe... La negativa, expresa o implícita, a cumplir una resolución judicial constituye un atentado a la Constitución frente al que no caben excusas."*

Para asegurar una mejor ejecución de los fallos, la ley confirió al juez poderes de decisión más amplios que el tradicional poder de anular la decisión administrativa impugnada. En particular, el juez puede no solamente anular el acto impugnado, sino además, decidir que *"cese o se modifique la decisión impugnada"* en un determinado plazo, imponer *"cuantas medidas sean necesarias para el restablecimiento"* de la situación jurídica del actor en un plazo determinado, además de condenar a la Administración a la reparación de los daños; el único límite a esos poderes es que el juez no puede determinar *"el contenido discrecional de los actos anulados"* (Art.71).

En adelante, luego de recordar el principio constitucional según el cual, la ejecución de los fallos queda al cuidado exclusivo del juez administrativo (Art.103), la ley decide que todo beneficiario de un fallo puede solicitar la ejecución forzosa de la sentencia luego del transcurso del plazo de dos meses (o tres meses, si se trata de una condena a pagar) contados a partir de su notificación a la Administración, la cual deberá ser efectuada en diez días (Art.104 y 106). Si el fallo condena a la Administración a realizar una acción determinada o a adoptar un acto determinado, el juez puede *"en caso de incumplimiento a) Ejecutar la sentencia a través de sus propios medios o requiriendo la colaboración de las autoridades y agentes de la Administración condenada ... b) Adoptar las medidas necesarias para que el fallo adquiera la eficacia que, en su caso, sería inherente al acto omitido, entre las que se incluye la ejecución subsidiaria con cargo a la Administración condenada"* (Art.108). Si los plazos fijados a la Administración no son respetados, el juez podrá condenarla a pagar una multa coercitiva de 25 000 a 250 000 pesetas (150 a 1500 euros) y reiterar la condena hasta la completa ejecución del fallo (Art.112).

Finalmente, en caso de dificultades jurídicas o materiales ocasionadas por la ejecución del fallo, la Administración condenada puede solicitar al juez que le sea concedido un plazo suplementario (Art.109) y que precise los medios con que ha de llevarse a efecto la ejecución plena del fallo, pudiendo demandar, en su caso, la constatación de la imposibilidad, total o parcial, de ejecutar el juzgamiento. (Art.105)

El derecho español ha así adoptado soluciones muy cercanas de las del derecho alemán e inclusive, otras que son aún más audaces. El problema que se presenta en España es de orden financiero: una gran cantidad de jueces deberán ser reclutados para asumir las nuevas funciones que les han sido encomendadas.

4.- En el derecho francés

Luego de 1945, Francia conservó su tradicional sistema de justicia administrativa caracterizado por la preponderancia de un recurso por exceso de poder que no podía finalizar sino en una anulación, *erga omnes*, sea del reglamento impugnado, sea de la decisión individual. De hecho, la Administración estaba obligada a tomar todas las medidas necesarias para hacer desaparecer retroactivamente las consecuencias producidas por el acto anulado; pero las sanciones en caso de incumplimiento de esta obligación, sin ser completamente ineficaces, eran al menos insuficientes: anulación por violación de la cosa juzgada de los actos administrativos que reiteraran el acto anulado y la condena a la reparación del daño ocasionado al actor por las actuaciones irregulares de la Administración.

Entre 1980 y 1995, el legislador intervino, en diversas ocasiones, para introducir modificaciones en el sistema, con el objeto de asegurar una mejor protección a los individuos; en particular, reconoció al juez administrativo dos poderes de los cuales carecía hasta ese momento: el poder de injonction (ley de 8 de febrero de 1995) y el poder de astreinte (ley de 16 de julio de 1980, modificada). Estos poderes, en ocasiones, deben ser ejercidos de forma combinada, a saber, ya sea al momento del dictado de la sentencia, ya sea más tarde cuando aparecen dificultades de ejecución.

El poder de injonction fue conferido al juez administrativo en términos muy generales, por la ley de 8 de febrero de 1995 (hoy día codificada en los artículos L 911-1 y siguientes del Código de

Justicia Administrativa). Deben distinguirse dos casos: o bien *"la sentencia implica necesariamente"* que la autoridad administrativa tome *"una medida de ejecución en un determinado sentido"* o bien la autoridad administrativa *"debe de nuevo tomar una decisión luego de una nueva instrucción"*. En el primer caso, el juez puede *"prescribir esta medida, acompañada, en caso de que así corresponda, de un plazo de ejecución, por el propio fallo"*. En el segundo caso, el juez *"dispone en el propio fallo que esta nueva decisión debe adoptarse en un plazo determinado"*. En los dos casos, la orden (injonction) puede ir acompañada de una multa coercitiva (astreinte), es decir, una condena a pagar una suma de dinero determinada por día de retraso (Art. L 911-3 del Código de Justicia Administrativa).

En la práctica, estos nuevos poderes son frecuentemente utilizados. No daremos, sin embargo, más que dos ejemplos: el 4 de julio de 1997, el Consejo de Estado condenó al Cónsul de Francia en Algeria a conceder una visa de entrada a Francia a un algerino cuya esposa era francesa²⁴; el 2 de setiembre de 1997, el Tribunal administrativo de Estrasburgo conminó a un prefecto a obligar a una empresa que generaba molestias sonoras, a realizar ciertos trabajos en un plazo de tres meses y de verificar la eficacia de las medidas en un plazo de seis meses²⁵. El Consejo de Estado ha aprovechado esos poderes para exigir al Gobierno que en un plazo determinado reglamentara una ley, para permitir su aplicación²⁶.

El papel del juez se encuentra profundamente transformado. Antes, el juez del exceso de poder debía apreciar la regularidad de la decisión considerando los elementos de hecho presentes en el momento de su dictado y eventualmente, anularla por una razón precisa, sin aún examinar otros vicios que pudieran permitir la anulación del acto. En adelante, el juez debe apreciar la situación jurídica del actor al momento en que falla el caso (y por ello, tener en cuenta nuevos elementos que pudieron sobrevenir luego del dictado del acto) en función de todos los elementos de dere-

cho y de hecho que conduzcan la obligada ejecución del fallo: en efecto, según sea que la obligación de ejecutar el fallo imponga o no a la Administración el deber de tomar una medida determinada, el juez deberá establecer una orden (injonction) del primer tipo (tomar una decisión determinada) o una orden (injonction) del segundo tipo (resolver de nuevo, considerando los lineamientos jurídicos establecidos por el tribunal).

Como el mayor desafío es la más plena protección de los individuos frente a la Administración, era natural que el legislador procurara los medios para obligarla a ejecutar la cosa juzgada. Como consecuencia, si al momento del dictado del fallo, no fue prevista ninguna orden (injonction), ni tampoco fijada ninguna multa coercitiva (astreinte), el justiciable puede requerir al tribunal que le ha dado la razón, la adopción de una orden (injonction), acompañada de una multa coercitiva (astreinte), en caso de que la orden hubiese sido decretada con el fallo estimatorio (artículo L 911-4 del Código de Justicia Administrativa). Además, se ha previsto un procedimiento de pago oficioso, para las multas coercitivas en caso de resistencia de la Administración (los contadores del Tesoro están obligados de pagar las sumas debidas, a título de condena en sentencia).

Así, bajo la presión de la opinión pública, el papel del juez administrativo francés se transformó completamente: no se limita más a ejercer una función de casación frente a las decisiones administrativas que le son sometidas a su conocimiento, debe ejercer, en adelante y cada vez más, la totalidad de los poderes que normalmente le son reconocidos a un juez. Según una expresión tradicional en el derecho francés, tiende a convertirse en un juez de plena jurisdicción. El legislador le confiere, cada vez más, esta nueva función de forma explícita: mientras que tradicionalmente solo las decisiones de la Administración fiscal podían ser reformadas, hoy día prácticamente todas las decisiones que emanan de autoridades administrativas independientes, están igualmente sometidas al poder de reforma del juez administrativo en el marco de un recurso de plena jurisdicción.²⁷

²⁴ Conseil d'Etat, 4 de julio de 1997, Bourezak, Roc. 1997, p.278; conclusions Abraham, RFDA, 1997, p. 815; AJDA 1997, p. 584, chronique Chauvaux/Girardot; RDP 1998, p. 271, note Wachsmann.

²⁵ Tribunal administratif de Strasbourg, 2 septiembre de 1997, Riedacker, Recueil des décisions du Conseil d'Etat, 1997, p. 1019.

²⁶ Por ejemplo, Conseil d'Etat, 8 mars 1997, Union nationale des associations familiales de France, Roc. 1997, p. 124.

²⁷ Por ejemplo, las decisiones de las siguientes autoridades: Consejo superior del audiovisual; Comisión del Control de los Seguros; Consejo Regulador de Agentes de Bienes Raíces.

IV.- CONCLUSIÓN

Así, en Alemania, en Italia, en España y en Francia, la justicia administrativa ha evolucionado profundamente desde hace más cincuenta años: la voluntad de reubicar al individuo en el centro del derecho público no resulta ya extraña: en todos los países europeos, la función del juez administrativo tiende cada vez más a darle preponderancia a la protección del particular, pasando el control de la Administración en interés del buen funcionamiento del Estado a un segundo plano.

De hecho, el procedimiento seguido por los tribunales administrativos tiende a acercarse progresivamente a los principios del proceso civil.

Esta evolución se produjo con más facilidad en Alemania, que en otros países europeos por diversas razones: el particularismo de la justicia administrativa nunca fue exaltado tan fuertemente en Alemania como en Francia, en España o Italia; la voluntad de ruptura con un reciente pasado dictatorial era igualmente mucho más fuerte en Alemania que en los otros países europeos. Estas razones explican que los sistemas no sean idénticos aún. En este aspecto, es probablemente España la que se asemeja más al modelo alemán;

por el contrario, al igual que Italia, Francia ha sido prudente y no avanza sino lentamente.

Sin embargo, la evolución es innegable: el actual sistema francés se caracteriza por la mezcla de dos concepciones en parte antagónicas de la justicia administrativa, aquella que hace del juez un contralor de la Administración y aquella que hace de éste el protector del individuo; podemos solamente decir que el sistema alemán se mantiene como el que reconoce al individuo un lugar de privilegio, tal vez porque el contencioso administrativo alemán no comprende las demandas de anulación de reglamentos administrativos.

Este acercamiento de las jurisdicciones civiles y administrativas en los países de Europa, tiene como consecuencia que el Derecho público y el Derecho privado, en el futuro, se opondrán menos fuertemente que antes: el Derecho público dejó de ser un Derecho de desiguales frente a un Derecho privado de iguales. En efecto, los dos derechos se acercan: el Derecho público se esfuerza cada vez más por asegurar una cierta igualdad entre el individuo y el Estado e, inversamente, el Derecho privado es llevado, cada vez más, a tener en cuenta desigualdades de hecho, es decir, a proteger la parte más débil, especialmente el consumidor y el trabajador.