

---

El Asalto al Derecho Administrativo efectivo

I. El presente trabajo es fruto de mi personalidad profesional múltiple (funcionario, profesor, abogado y juez), como cosecha de impresiones más que fronda de investigaciones. No pretendo ofrecer un producto académico acabado, ni recetas de política judicial, ni soluciones mágicas a los grandes problemas. Comparto la afirmación de Umberto Eco de que hay demasiada información y que cualquier estudioso del Derecho Administrativo sufre serio riesgo de indigestión, bloqueo y ansiedad por lo inabarcable de tantísimo buen artículo y libro sobre la materia.

Por eso, en este trabajo sencillamente acometo un volcado de impresiones o inventario de problemas jurídico-administrativos que percibo sin solución, mal resueltos o ignorados. Se trata de aspectos problemáticos que detecto en el contexto actual del derecho administrativo (en sentido amplio, cobijando el derecho tributario y el territorio procesal conexo), seriamente preocupado desde mi posición actual como magistrado especialista de lo contencioso-administrativo y que, pese a una veintena larga de años poniendo sentencias, desearía contar con un producto jurídico complejo pero certero.

En efecto, día a día constato que *el Derecho Administrativo se ha convertido en un producto jabonoso*, donde si se aprieta mucho dogmáticamente, la justicia sale disparada, pero si se maneja con suave frivolidad se caerá estrepitosamente. El juez contencioso se ha convertido en un malabarista con los ojos vendados de la justicia, que juega con principios, normas, jurisprudencia y criterios doctrinales, pero el diverso peso y forma de estos artificios técnicos provoca errores, y si bien la experiencia judicial ayuda a minimizarlos, incluso los veteranos sufren la pérdida de los reflejos y motivación propios de los novicios.

II. El inquietante balance de dudas, de zonas inexploradas, y de suelos jurídicamente quebradizos, me lleva a plantearme si el Derecho Administrativo cojitranco cobra sentido y utilidad, o incluso desde un atroz pesimismo, si más bien debería considerarse una disciplina jurídica a extinguir.

Massimo Severo Giannini profetizaba en 1970 en su *Manual Diritto Administrativo*, el «retiro» del Derecho Administrativo, considerando que el poder público se iría haciendo un lado, para dejar que la sociedad y la libertad ajustasen sus intereses sin el paternalismo de la Administración. Lo cierto es que el balance que podemos hacer medio siglo después es que el Derecho Administrativo no se ha extinguido, sino que ha mutado o se ha reconvertido, pues ha recibido vientos liberalizadores y ha aceptado el recorte de sus clásicas inmunidades administrativas, pero ha tenido que afrontar mayores demandas de servicios e intervención para cumplir las misiones constitucionales. O sea, el monstruo ha crecido y no parece próximo a perecer.

Cosa distinta es que podamos tomarnos la licencia de hablar de Derecho Administrativo agonizante por las tremendas vías de agua sobre su eficacia o sobre su legitimidad. La Administración tiene un poder gigantesco y el particular conserva su derecho de crítica y la insaciable exigencia de eficacia. No parece que el Aquiles administrativo pueda alcanzar nunca la tortuga de la eficacia en el estándar de servicios públicos que deben prestarse.

Suelen apuntarse variados motivos para explicar la caída del imperio romano. De forma similar aprecio motivos que apuntan a *la caída del imperio de la ley sobre la administración*, entendido como el declive del derecho administrativo.

La decadencia del imperio romano se debió, según los historiadores, a varios factores concurrentes, entre ellos, la debilidad de los emperadores, la dictadura de la guardia pretoriana, las luchas fratricidas entre senadores, la expansión incontrolada de Roma, la quiebra económica, y como no, a los bárbaros traspasando las fronteras. Bajo ese prisma, asomémonos al derecho administrativo español.

La debilidad de los emperadores puede tener reflejo en el Tribunal Constitucional.

La dictadura de la guardia pretoriana se encarnaría en la Sala tercera del Tribunal Supremo.

Las luchas fratricidas entre poderosos tienen su trasunto en las disputas competenciales entre estado y comunidades autónomas, y de estos con los entes locales.

La expansión incontrolada del imperio se manifiesta en el Derecho Administrativo proteico y en su inflación exponencial en ámbitos económicos, sociales, culturales, asistenciales y tecnológicos.

La economía al borde de la bancarrota tiene eco en la situación actual de presupuestos públicos formalmente equilibrados pero lastrados de gastos insostenibles.

Los bárbaros traspasando las fronteras estarían encarnados por aquellas camarillas de servidores públicos formadas por quienes deben su puesto o plaza al clientelismo, al nepotismo, al oportunismo o al eufemismo de una estabilización, a lo que se suma la ocupación de altos cargos judiciales y de altos cargos en los entes públicos independientes y órganos constitucionales de control (Tribunal de cuentas, Consejo de Estado, etcétera).

Mala salud para el gigante.

III. Así y todo, como jurista sigo deslumbrado por el imperio de la ley gestado en la revolución francesa y por las letras de neón constitucionales que consagran el Estado de Derecho.

Estado de Derecho: pocas locuciones son tan resplandecientes y cargadas de sana armonía. Imposible para cualquier jurista de bien, no sentirse cófrade o militante del Estado de Derecho. Eso sí, las cicatrices y huellas de infinidad de debates jurídicos, me permiten levantar la alfombra del ordenamiento jurídico administrativo e intentar un diagnóstico simple pero centrado en las rayas imborrables de ese tigre indómito que es el derecho público.

Sobre los cuatro poderes (legislativo, ejecutivo, judicial y como no, el señorío del Tribunal Constitucional) recae una gran responsabilidad, consistente en ejercer su respectiva función dentro del contexto del Estado de Derecho, y siempre bajo la prohibición de arbitrariedad que, resulta cansino, pero no inútil recordarlo, recae sobre todos los poderes públicos (art. 9.3 CE: «la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos»).

Sin embargo, como los caballos de una cuadriga, es difícil acompasar el paso de su actividad. Son mundos en desajuste permanente. El de las normas. El de la gestión administrativa. Y el de las sentencias judiciales, así como de las constitucionales.

A diferencia de la lengua, el derecho no cuenta con una Real Academia que «limpia, fija y da esplendor» desde su posición de autoridad final, única e inapelable, sino que existen numerosos agentes con la misión de armonizar y ajustar el sistema jurídico a la justicia, pero el resultado es inestable, la adaptación a los cambios se toma con parsimonia, y no se retroalimenta automáticamente.

Pueden entenderse los períodos de transición e incertidumbre jurídica e intensa litigiosidad que se derivan de los terremotos jurídicos, como el caso del impacto de la Constitución en 1978 superando un régimen de dictadura, o el del ingreso en la Comunidad Europea que incorporó nuevas fuentes jurídicas, e inexcusables principios y reglas. O incluso la zozobra jurídica derivada del exponencial impacto de las tecnologías que nos ha acompañado vertiginosamente desde el cambio de siglo (ofimática, internet o algoritmos). Y no digamos la prueba de resistencia que supuso el Estado de Alarma como consecuencia de la pandemia.

Sin embargo, es más difícil asimilar como normal *un escenario jurídico cuajado de incertidumbre y con problemas crónicos*, en tiempos que deberían ser idóneos para la consolidación de principios y derechos, con institutos e instituciones afianzados en su posición institucional, y con el anclaje de un poder jurisdiccional auténticamente independiente y sometido al imperio de la ley. Y sin embargo, la sorpresa y el enredo jurídico, cuando no la colisión institucional, acechan al jurista responsable. Es así como sentí la necesidad de exponer los deberes del administrativista, e inventariar los 200 aspectos del derecho administrativo que resultan manifiestamente deplorables (malos), mejorables (mediocres) o cuestionables (ni buenos ni malos pero incómodos). Lo hice con mente suelta y pluma ágil, eludiendo notas a pie de página y referencias de autobombo, pero acudiendo

al apoyo de algunas citas de grandes maestros del derecho administrativo porque cuando algo importante se expresa con belleza, tenemos el deber moral de difundirlo y no sustituirlo con nuestras torpes palabras, máxime cuando muchos problemas ya fueron alertados hace mucho tiempo por autorizadas voces académicas en el desierto legislativo.

IV. No se trata de aspectos problemáticos inofensivos o bizantinos. Se trata de desajustes en la disciplina, que provocan injusticias por goteo de actos administrativos y sentencias. En esas condiciones de un Derecho Administrativo inmenso, pavoroso y aparentemente imbatible, no es de extrañar que *en la cuneta del camino hacia la justicia queden infinidad de controversias*.

Quedarán todos los pleitos no natos porque el perjudicado por la actuación administrativa sospechosamente ilegal no quiso o no pudo recurrir. O recurrió en vía administrativa y fue expeditivamente desestimado su recurso con sobrecarga argumental.

Quedarán los pleitos nacidos y en que la justicia no resplandeció porque el recurrente vio desestimado su recurso por razones procesales o porque su abogado no alegó o probó adecuadamente o porque el juez sencillamente se equivocó y no se apeló o recurrió.

Quedarán los pleitos nacidos y bien defendidos por los abogados, y bien resueltos por jueces de instancia, pero que finalmente tropiezan con sentencias de la sala tercera o del Tribunal Constitucional que se mantienen anclados en viejas teorías y dogmas, con actitud pusilánime, reprimiendo el llamado genio expansivo del Estado de Derecho.

Quedarán los pleitos nacidos y bien pertrechados por sólida doctrina académica pero que serán vencidos por eso que se llama precedentes o la roca de la vieja jurisprudencia.

La inmensa mayoría (autoridades, funcionarios, letrados y jueces) quieren hacer bien su trabajo, pero la complejidad del sistema jurídico impone un esfuerzo intelectual riguroso (identificar la norma vigente, interpretarla, evaluar consecuencias y ponderar intereses en presencia), lo que lleva a cometer errores humanamente comprensibles, pero jurídicamente implacables.

En este escenario de incertidumbre en el control jurisdiccional de la Administración, es comprensible que sufra las heridas en silencio quien sufre la injusticia, la inseguridad jurídica, la discriminación, la falta de reparación del daño injusto, o la fuerza opresora de la cosa juzgada cuando el tema se cerró en falso. Lo que resulta realmente difícil de comprender es que existiendo voces doctrinales o buena jurisprudencia que alertan de los puntos débiles, inconsistencias y errores del ordenamiento jurídico administrativo, el buque del ordenamiento jurídico siga navegando en la noche, desarbolado y con vías de agua, mientras los pasajeros intentamos disfrutar de la singladura.

Esto me recuerda la cita de Platón, con la que Heidegger finaliza su discurso del rectorado en la Universidad de Friburgo en 1933: «*Todo lo grande está en medio de la Tempestad*».