INDICE

Prólogo a la cuarta edición (y aun una réplica) 11

Prólogo a la tercera edición 20

Prólogo a la segunda edición 21

PARTE PRIMERA

DEMOCRACIA Y JUSTICIA ADMINISTRATIVA

I. La polémica sobre el control judicial de la discrecionalidad y su utilidad para la revisión de las doctrinas básicas del Derecho Administrativo 31

II. El argumento del origen democrático del Ejecutivo. El origen no democrático del Derecho Administrativo del XIX. La intensificación de las técnicas de control judicial tras la democratización. Woehrling y Braibant 33

III. La justificación del desarrollo del Derecho Administrativo en los regímenes autoritarios del XIX. La nueva idea de la legalidad y la «libertad de los modernos». La democracia no supone sustituir el «gobierno de la Ley» por el «gobierno de los hombres» designados electoralmente 39

IV. La explicación de la adopción bajo el franquismo de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 1956. La supresión del contencioso-administrativo durante seis años, su restablecimiento parcial en 1944, el texto refundido de 1952, la Ley de Expropiación de 1954. La formación del texto de 1956; el interés del régimen por adoptar una apariencia liberalizadora y la réplica a la Comisión Internacional de Juristas. El intento frustrado de reforzar la excepción de acto político..... 44

V. La inadecuación del concepto de representación política para explicar la posición de los administradores. La Constitución reserva la representación a las Cámaras Legislativas. Los conceptos de la Revolución francesa. La actuación de la Administración es siempre un *quid alliud* respecto de la Ley 50

VI. La corroboración de esos conceptos en la explicación sociológica del sistema democrático por Kelsen. La posición de la Administración en una «democracia de la legislación». La necesidad democrática de la jurisdicción administrativa 53

VII. La inoportunidad de la concepción jacobina de la representación como identidad. La idea fuerza revolucionaria es la de libertad. La Ley como garantía de la libertad y como expresión de la voluntad general. La voluntad general monopoliza la representación política. El autogobierno local 62

VIII. *Excursus* sobre la democracia, la fórmula política imprescindible. No es un simple procedimiento de designación de gobernantes. La libertad como componente esencial. Algunas tesis de Touraine. Democracia y justicia administrativa 66

IX. Sigue el argumento anterior. La interpretación de Sartori: La democracia como régimen abierto, la oposición y la libre iniciativa de los ciudadanos 72

X. Las circunstancias particulares de las democracias actuales: Estado de partidos o partitocracia y corrupción. Una relación nueva entre sociedad y Estado. La «colonización» de la sociedad por los partidos: clientelismo y dominación de resortes estatales y sociales. Clientelización de la burocracia, sistema de cuotas de partidos en la composición de órganos públicos y constitucionales. La «colonización» del Estado por la sociedad y la corrupción, como excrescencia inesperada de la democracia.... 75

XI. Un documento capital: el Informe Nolan, en Gran Bretaña, sobre los standards de conducta en la vida pública, como reacción a la partitocracia y a la corrupción. «La gran ansiedad» pública ante la degradación de la vida pública y los escándalos. Inoportunidad de medidas restrictivas a la libertad informativa y de investigación. La erosión de la confianza pública y la necesidad de su restauración. La inexistencia de una «zona gris» en la ética pública. No reformas legislativas sino internas y organizativas. Los Ministros y los funcionarios. La facilitación de las denuncias de irregularidades. El control de las ocupaciones post-ministeriales. Los funcionarios; reservas frente a la politización de la alta burocracia. Denuncias y recursos. Los *Quangos* u organismos autónomos y la propuesta de su despolitización. La instauración del sistema del mérito y la capacidad en todos sus puestos. Una revolución en la práctica de las Administraciones europeas: La neutralización política de la Administración 84

XII. La confianza del pueblo como factor básico de la democracia. La idea del *trust* o la fiducia y su aplicación a los gestores públicos. Confianza no es enajenación de facultades. La imposibilidad de reducir el sistema de confianza pública a un sistema de elecciones periódicas. La falta de confianza del pueblo como alienación. La confianza como esencia de la democracia. El problema de la aquiescencia y su posible manipulación («la aquiescencia es la característica de las víctimas»). El conocimiento por cada parte de las razones de la otra como fundamento de la relación de confianza. La exigencia de transparencia en la actuación de los gobernantes y la de justificación constante de sus actos..... 101

XIII. La exigencia de objetividad, imparcialidad y buena fe en el Gobierno y la Administración, las exigencias del control. El desarrollo de un funcionariado profesional e imparcial desde el siglo XIX. España. EE.UU.: del *spoil system* a la Administración tecnificada e independiente a partir de las Comisiones Reguladoras independientes y de los «jueces de Derecho Administrativo» impuestos desde 1946. El modelo funcionarial de nuestra Constitución. La fórmula italiana de «separación» entre la Administración y la política: la reserva de la potestad de dictar actos administrativos y la reducción del vértice político al *indirizzo politico* y al control. La tendencia común europea 112

XIV. La exigencia democrática de un reforzamiento de los controles. Los valores de objetividad e imparcialidad, centrales en el funcionamiento administrativo. La imposición del «reino de la Ley» y la oportunidad de un reforzamiento de la justicia administrativa 121

XV. La posición del juez dentro del Estado democrático de Derecho. Reino de la Ley y del Derecho y sumisión plena a los mismos. La sumisión al juez está implicada, pues. La vinculación de la Administración al Derecho y al juez es la misma que la de los ciudadanos, sin perjuicio de las

regulaciones materiales de Derecho Administrativo: «sometimiento pleno». La democracia exige un sistema de derechos subjetivos y de recursos para su efectividad. Valor «representativo» simbólico de la justicia administrativa: el juez de Derecho Público como «guardián del principio de constitución del cuerpo social» ... 126

XVI. El problema del control por el juez de la aplicación por la Administración de los conceptos jurídicos indeterminados. Estos conceptos como creación de la Ley y no de la teoría. La intención delimitadora de estos conceptos legales. Exclusión de discrecionalidad administrativa para precisar el alcance de esos conceptos delimitadores: «cuestión jurídica». La distinción entre conceptos de experiencia y de valor. El caso de la «utilidad pública» como concepto delimitador de la garantía de la propiedad y de la legitimidad de la expropiación. Injustificación de tratar ese concepto (y el correlativo de «necesidad de ocupación») como habilitantes de discrecionalidad. La rectificación tras la Constitución. Conclusiones generales 134

XVII. El control de la discrecionalidad. La discrecionalidad como atribuida por la Ley y control de sus elementos reglados. El carácter normal de la preocupación por el control de la discrecionalidad. En particular el control por los principios generales del Derecho. El principio de interdicción de la arbitrariedad no es un principio informal y puramente estimativo, antes bien obliga a una profundización de los motivos en otros principios. El desarrollo de las técnicas de control de la discrecionalidad y la aparición de una concepción principialista del Derecho en todos los países 143

XVIII. Cómo los principios generales del Derecho aseguran un valor democrático central, el consenso. Racionalidad como búsqueda del consenso. La legitimidad de ejercicio y la justificación de los actos de los gobernantes. La justicia administrativa como generadora de consenso y de «autoridad» aceptada 153

XIX. Conclusión: La democracia avanzada postula una justicia administrativa plenaria y no mutilada o refrenada. Democracia y fin de las inmunidades del poder. ¿Actos políticos? Tocqueville y el papel del poder judicial en las democracias 159

PARTE SEGUNDA

UNA REFLEXION COMPLEMENTARIA. SOBRE LA DOCTRINA NORTEAMERICANA DE LA DEFERENCIA JUDICIAL HACIA EL EJECUTIVO

I. La invocación del sistema americano de control judicial. La singularidad americana 169

II. La Sentencia *Marbury v. Madison,* 1803, y su afirmación sobre la «extravagancia» de pretender un control judicial del Ejecutivo. La Sentencia *Kendall,* 1838, y su primera condena al Ejecutivo. La protesta del Presidente ante el Congreso. La distinción ulterior entre actos «ministeriales» y discrecionales 171

III. La creación de las Comisiones independientes a partir de 1887 y la formación de un espacio administrativo objetivado. La innovación de la *«Federal Administrative Procedure Act»* de 1946. La idea de la delegación a la Administración de poderes legislativos y judiciales. La neutralización política de la actividad de «adjudicación» por la Administración: los *Administrative Law judges.* 175

IV. El surgimiento de la doctrina de la «deferencia» de los Tribunales hacia la Administración. Deferencia de principio en cuanto a la apreciación de los hechos. Deferencia en cuanto a la interpretación de Leyes ambiguas. La Sentencia *Chevron,* 1985. La explicación pragmática. La explicación en el principio literalista de la interpretación y en la doctrina de la delegación implícita del Legislativo. Desde la irrazonabilidad, como única excepción a la deferencia, a las indicaciones compulsivas contrarias y, finalmente, a la intención expresa contraria del legislador. El cierre virtual del control 182

V. La explicación en la interpretación americana (versión jeffersoniana) de la división de los poderes: independencia absoluta de cada uno. La *judicial review* limitada al equilibrio constitucional. El «retraso del reloj jurídico» en el Tribunal conservador Rehnquist 194

VI. El caso extremo de la negación de control sobre los actos, aun ilegales, del Presidente. La Sentencia *Dalton,* 1994, y el retorno a conceptos monárquicos. De la de-

ferencia a la reverencia. La homologación de la posición del Ejecutivo con la del Legislativo ante la *judicial review* y la «minimización» de la función judicial ante los poderes políticos electivos 200

VII. Inutilidad de esos conceptos para el Derecho Administrativo europeo. La crítica liberal a la «Nueva Derecha» jurídica y la puesta de relieve de su oportunismo político. 204

VIII. Algunas observaciones sobre la publicación de una traducción castellana de un libro de Edley Jr. 206

PARTE TERCERA

DOS POLEMICAS IMPLICADAS: CONCEPTOS JURIDICOS INDETERMINADOS Y REFORMA DE LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA

A)

UNA NOTA SOBRE EL INTERES GENERAL COMO CONCEPTO JURIDICO INDETERMINADO 217

I. La polémica sobre el control judicial de la Administración y el libro de M. Beltrán, *Discrecionalidad administrativa y Constitución* 219

II. Sin perjuicio de posibles equívocos, el concepto de «interés general» es un concepto jurídico indeterminado y su aplicación es controlable por el juez. Concepto legal o utilizado por las Leyes. La utilización del concepto por la Constitución y su utilización inequívoca con intención delimitadora 220

III. Análisis del artículo 103.1 de la Constitución. La primera selección del interés general por el legislador y la exigencia reduplicativa de un interés legal específico para justificar determinadas decisiones administrativas 225

IV. El control por el Tribunal Constitucional de la selección del interés general hecha por el legislador. El caso paradigmático de las Corporaciones de Derecho Público de adscripción obligatoria, especialmente Cámaras Oficiales, y la serie de declaraciones de inconstitucionalidad por defecto en la apreciación de fines de interés público 228

V. La reserva expresa por el Tribunal Constitucional del enjuiciamiento del interés general como criterio constitucional de distribución de las competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. La normalidad de este control y la inexistencia de zonas de la Constitución vedadas al mismo 235

VI. El control por la jurisdicción contencioso-administrativa de las estimaciones por la Administración del interés general como finalidad. El principio del artículo 106.1 de la Constitución sobre control general de los fines. La tradición y la consolidación de la desviación de poder. Amplia casuística y miles de Sentencias en la utilización por los Tribunales del concepto de interés general. Identidad de posición del juez contencioso-administrativo con los jueces de las demás jurisdicciones que controlan conceptos legales. Algunos ejemplos jurisprudenciales recientes 237

VII. Recuerdo de la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados. Indeterminación lógica y determinabilidad de la aplicación. La proscripción absoluta del concepto opuesto y la existencia de un límite rotundo. La «unidad de solución justa» no supone la existencia de una sola solución específica, pero sí de la «apreciación por juicios disyuntivos». La doctrina del «ámbito de apreciación». El control obligado del juez. Los ejemplos comparativos nacionales y hoy del Derecho Comunitario. Las «guías» o principios para caminar en el ámbito de apreciación y la exclusión radical del arbitrio del juez. La aplicación del concepto se produce también en las Sentencias desestimatorias de las impugnaciones.... 243

VIII. El punto débil de la tesis que se combate: la supuesta existencia de una línea de separación entre política y Derecho. Sobre la facultad de sustitución del juez contencioso tras la anulación del acto discrecional: la reducción a cero, o contracción del ámbito electivo, de la discrecionalidad y sus ejemplos. La posible —e indebida ante nuestra Constitución— influencia de la doctrina norteamericana de la deferencia 249

IX. Conclusión: la inconsistencia del aserto sobre la inconstitucionalidad de la consideración del interés general

como concepto jurídico indeterminado judicialmente controlable 254

B)

SOBRE LA SITUACION DE LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA Y SOBRE SU REFORMA (REQUIEM POR UN PROYECTO DE LEY) 255

C)

SOBRE LA REFORMA DE LA JURISDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA: UNA REPLICA 263

I. Introducción 265

II. Las objeciones del Magistrado Sabán: sobre el nivel de trabajo de las Salas de lo contencioso-administrativo... 265

III. Las objeciones de los Profesores Leguina, Sánchez Morón y Ortega. La parte orgánica del Proyecto: jueces unipersonales no especializados, reforzamiento de la competencia de la Audiencia Nacional, casación en vez de apelación 266

IV. La restauración y ampliación de los «actos políticos» para evitar «la injerencia judicial» en los asuntos de «dirección política». Radical novedad sobre la situación actual. El Proyecto de Ley del Gobierno de noviembre de 1995 y sus novedades sobre el Proyecto de Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa: la supuesta distinción entre actos sometidos al Derecho Constitucional y los sometidos al Derecho Administrativo. El supuesto control de los actos políticos por el Tribunal Constitucional enmascara la eliminación de la tutela judicial a los ciudadanos. La oposición del Consejo General del Poder Judicial, del Consejo de Estado y del Colegio de Abogados de Madrid a la fórmula del Proyecto. La apresurada inclusión en el Proyecto de las «materias clasificadas» de secreto oficial como nueva zona de inmunidad 269

V. Inexactitud de que la fórmula del Proyecto sea la de los países europeos: Francia, Italia, Alemania. La fórmula del Proyecto carece de paralelo en el Estado de Derecho europeo. El único precedente está en la doctrina americana de la «deferencia», que se pretende erigir en pauta para «reconcebir» nuestra justicia administrativa. 280

VI. El tema de las medidas cautelares. La oposición a las medidas cautelares positivas y condicionamiento general de todas las medidas a que no se opongan al interés público, valorado por la Administración y la preceptiva constitución de cauciones. La oposición explícita a la doctrina universal del *fumus boni iuris*. La justicia cautelar ni está «basada en apariencias» ni pretende «anticipar» el juicio de fondo, sino privar de su ventaja procesal de hecho a quien está abusando de ella para retrasar la remoción judicial de su ventaja ilícita. El único remedio disponible frente al bloqueo temporal de la justicia y a su abuso por justiciables injustos. El carácter reaccionario del Proyecto y su oposición a toda la tendencia europea 284

VII. La contradicción del Proyecto en materia cautelar con las exigencias comunitarias explícitas. La falta de trasposición de las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y en el Proyecto de Ley de la Jurisdicción. El ejemplo francés. Aplicabilidad directa de las Directivas y posibles responsabilidades patrimoniales del Estado español por esta situación de incumplimiento 293

VIII. Conclusión: el Proyecto de Ley, bien caducado..... 299

D)

AUN SOBRE LA REFORMA DE LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA Y EL «MODELO CONSTITUCIONAL». NOTA ULTIMA 301

I. Una nueva réplica de los inspiradores del Proyecto de Ley de 1996 303

II. La inconstitucionalidad de la fórmula del Proyecto sobre la injusticiabilidad de los actos políticos y de las materias clasificadas como secretas y su radical novedad. 303

III. Sobre la inconstitucionalidad y el carácter retrógrado de la limitación drástica de las medidas cautelares 307

IV. Sobre la inconstitucionalidad de la limitación de las Sentencias a pronunciamientos anulatorios con prohibición de los de condena en supuestos de discrecionalidad 310

V. La explicitación final de un «modelo constitucional» singular y sorprendente: la sumisión de los «poderes irresponsables» del juez a los poderes electivos del Gobierno. El verdadero sentido del concepto de «Estado de justicia». La reserva de la primacía democrática sobre el poder judicial en la facultad del poder constituyente de cambiar la Constitución tal como la interpreta el Tribunal Constitucional, y del poder legislativo de cambiar la Ley interpretada por los Tribunales contencioso-administrativos; en ningún caso correspondería al Ejecutivo suplantar a esos dos poderes soberanos. Esta pretensión supondría habilitar al Ejecutivo con el absolutista *dispensing and suspending power*. El «modelo constitucional» que se pretende es el de la democracia jacobina, con inmunidad judicial de los gobernantes frente al juez penal y al contencioso-administrativo por actos de gobierno, por actos discrecionales y en la aplicación libre de conceptos jurídicos indeterminados. Absoluta inadecuación de ese modelo al de la Constitución de 1978 313

VI. Sobre la justificación del juicio negativo sobre el Proyecto, dadas sus quiebras en puntos centrales del Estado de Derecho, sin perjuicio de sus aciertos técnicos en otros varios puntos. La necesidad de desembarazar esas regulaciones básicas y de rendir a la Ley de la Jurisdicción de 1956 un entierro honroso y sin máculas..... 324

E)

UNA NOTA SOBRE SECRETOS OFICIALES E INMUNIDAD JUDICIAL 327

Indice onomástico 335