

## LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN LA CONSTITUCION ALEMANA

Javier Barnés Vázquez

Profesor Titular de Derecho Administrativo

**SUMARIO:** I. LAS RAÍCES DEL ARTÍCULO 24.1 CE.—II. INTRODUCCIÓN. LA TUTELA JUDICIAL COMO DERECHO FUNDAMENTAL, GARANTÍA INSTITUCIONAL Y DECISIÓN VALORATIVA: 1. *El artículo 19.IV como derecho fundamental a la tutela judicial individual*. 2. *El artículo 19.IV como decisión valorativa de carácter objetivo*. 3. *El artículo 19.IV como garantía institucional (la garantía institucional de una jurisdicción)*.—III. EL CONTEXTO CONSTITUCIONAL DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. EL ARTÍCULO 19.IV GG COMO ELEMENTO DE LA CLÁUSULA DEL ESTADO DE DERECHO: 1. *La garantía general de la justicia (la tutela judicial general)*. 2. *Nivel de protección o de tutela judicial*. 3. *El artículo 19.IV GG y los derechos fundamentales*. 4. *La ubicación sistemática del artículo 19.IV GG*.—IV. LOS ELEMENTOS DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA: 1. «Cualquier persona». 2. *Ejercicio del poder público*. A) Poder ejecutivo. B) Poder legislativo. C) Poder judicial. 3. *La lesión jurídica*. A) Derechos subjetivos en el sentido del artículo 19.IV GG. B) Acto público ilegal.—V. LA VÍA JUDICIAL DEL ARTÍCULO 19.IV GG: 1. *Elementos organizativos*. 2. *Técnicas de control judicial de la acción administrativa*. A) La habilitación para que la Administración dicte resoluciones definitivas. Discrecionalidad administrativa y conceptos jurídicos indeterminados. a) Discrecionalidad administrativa (*Verwaltungsermessen*). b) El margen o ámbito de apreciación (*Beurteilungsermächtigung*). c) Prerrogativas de evaluación (*Einschätzungsprärogativen*). d) La habilitación para la prognosis (*Prognoseermächtigung*). e) La recepción de reglas técnicas. Los llamados conceptos recepticios (*Rezeptionsbegriffe*). f) La discrecionalidad administrativa en el ámbito del planeamiento. g) La discrecionalidad en la producción normativa.—VI. LA APERTURA DEL PROCESO Y LA EFECTIVIDAD DE LA TUTELA JUDICIAL: 1. *El acceso a la vía judicial*. A) El principio o mandato de claridad y certidumbre respecto de la jurisdicción competente. B) Limitaciones al acceso. a) Pérdida del derecho a recurrir (*Verwirkung prozessualer Befugnisse*). b) Plazos preclusivos (*Prozessuale Ausschlußfristen*). c) La inimpugnabilidad de los actos administrativos firmes. d) Costas. Representación. C) La necesidad de impetrar justicia. D) Renuncia. E) Tutela judicial y procedimiento administrativo. a) Vía administrativa de recurso (*Vorverfahren*). b) Notificación y publicación. c) El deber de motivar. d) Registro administrativo y vista del expediente. e) La preclusión procedimental (*Verfahrenspräklusion*). 2. *La efectividad de la tutela judicial*. A) Duración del proceso. B) La tutela cautelar (*vorläufiger Rechtsschutz*) y la tutela preventiva (*vobeugender Rechtsschutz*). C) La Sentencia.—VII. LA VÍA JUDICIAL ORDINARIA DEL ARTÍCULO 19.IV.2 GG.—VIII. EL ARTÍCULO 19.IV GG Y LA MODIFICACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN.—IX. EL ARTÍCULO 103.I GG: EL DERECHO DE AUDIENCIA O DERECHO A LA DEFENSA.

### I. Las raíces del artículo 24.1 CE

El artículo 24.1 CE, según sabemos, proclama que todos:

«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.»

De esta forma, se reconoce el derecho formal a la defensa judicial de los derechos e intereses materiales de todas las personas. El contenido constitucionalmente garantizado, según tiene declarado nuestra jurisprudencia, reside en el poder jurídico-subjetivo de acceder a la jurisdicción para obte-

ner —a través del sistema contradictorio— una efectiva resolución fundada en Derecho. Comprende, pues, tres facultades: la de acceder al proceso; la defensa contradictoria; y la efectividad de la sentencia. Por su ubicación sistemática, el derecho a la tutela judicial tiene el rango de derecho fundamental y es protegible en amparo (art. 53.2 CE).

Su genuino origen, como derecho constitucional, hay que situarlo en la segunda posguerra europea, como vigorosa reacción frente a la trágica experiencia jurídica de la época inmediatamente anterior al conflicto mundial (1); la idea dominante que surca el constitucionalismo occidental no es otra que la de fortalecer la tutela judicial de los derechos y libertades, habida cuenta de la inmediata historia precedente: procesos penales que no pasaban de ser simples simulacros y zonas de actividad administrativa inunes o exentas del control jurisdiccional. Las nuevas Constituciones pretendieron frenar los embates del poder público en los dos frentes más amenazados: en materia penal y contencioso-administrativa. En cierto modo, a neutralizar el acoso en el primer frente se dirigieron las reglas procesales que, como las que lucen en el apartado 2.º del artículo 24 CE, están inmediatamente ideadas para los procesos penales; y, por contraste, para superar el primitivo estadio en que se hallaban las jurisdicciones administrativas, se consagró el derecho a la tutela judicial en sentido estricto (así, nuestro apartado 1.º del art. 24 CE).

El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en nuestra Constitución se ha inspirado, obvio es decirlo, en el modelo alemán e italiano. Con todo —y quizá porque la norma sea más sabia que el legislador— la Constitución, además de modelarlo con su propia personalidad y de insertarlo en un tejido normativo propio, le ha atribuido un espesor técnico y un *estándar* de protección superiores al de los modelos que le sirvieron de guía. De ahí que nuestra dogmática no pueda ser por completo fiduciaria de sus fuentes y deba desarrollar una doctrina autónoma.

La italiana de 1947 establece, también en su artículo 24, la *tutela giurisdizionale*: «Todos pueden actuar en juicio para tutelar sus propios derechos e intereses legítimos. La defensa es un derecho inviolable en cualquier estado o grado de procedimiento» (2). La Ley Fundamental de Bonn (GG), de 1949, por su parte, proclama en el artículo 103.1 el derecho que tienen «todos a ser oídos legalmente ante los Tribunales» a lo que añade el artículo 19.IV —derecho a la tutela judicial efectiva (*Anspruch auf tatsächlichen Rechtsschutz* o *Rechtsweggarantie* o *Rechtsschutz*)— que

«toda persona cuyos derechos sean vulnerados por el poder público podrá re-

(1) Vid. L. Díez PICAZO: *Notas sobre el derecho a la tutela judicial efectiva*, «Poder Judicial», núm. 5 (1987), pág. 45.

(2) El artículo 113 de la CI dispone que «contra los actos de la Administración pública se admitirá siempre la tutela jurisdiccional

de los derechos e intereses legítimos ante los organismos de la jurisdicción ordinaria o administrativa. Dicha tutela jurisdiccional no podrá ser excluida ni limitada a medios particulares de impugnación o a determinadas categorías de actos...».

currir a la vía judicial. Si no hubiese otra jurisdicción competente para conocer del recurso, la vía será la de los tribunales ordinarios» (3).

El precepto español, sin duda, guarda una mayor similitud formal con el artículo 24 de la Constitución italiana. Sin embargo, ésta no protege la tutela judicial con un recurso especial, como el de amparo español o alemán.

El conocimiento más detallado, por lo que ahora interesa, del modelo alemán resulta en cualquier caso útil y sugerente, entre otras, por las siguientes razones:

a) El caudaloso acervo doctrinal que ha inspirado la aplicación del derecho a la tutela judicial alemana (art. 19.IV GG) bien puede seguir sirviendo de guía en nuestro ordenamiento. La dogmática de aquel país anuda al precepto cuestiones tan trascendentes como la cláusula del Estado de Derecho; el alcance, la intensidad y las técnicas de control judicial sobre la acción administrativa (conceptos jurídicos indeterminados; potestades discrecionales; el enjuiciamiento fáctico y jurídico del acto impugnado) y la misma forma de ser de la vía judicial; la legitimación para recurrir; la apertura y efectividad de la jurisdicción; la duración de los procesos; la tutela cautelar o provisoria; las condiciones de la vía administrativa de recurso; etc.

b) La tutela judicial efectiva alemana conserva el genuino sabor que dio origen a su consagración constitucional: hacer frente al poder público y a las amplias zonas de actividad administrativa inmunes o exentas de la revisión jurisdiccional (de ahí que todos los esfuerzos doctrinales se hayan concentrado en vertir el contenido del derecho sobre el ordenamiento administrativo, con unos frutos evidentes). El artículo 19.IV, por contraste con el 24 de las Constituciones italiana y española, no ha garantizado un derecho general a la tutela jurisdiccional de todas las situaciones jurídicas de ventaja reconocidas por el ordenamiento jurídico; sólo garantiza la defensa judicial frente a los actos que traigan su causa de los poderes públicos —en esencia, de la Administración—. En otros términos: el derecho fundamental, residenciado en el artículo 19.IV, está especializado en la justiciabilidad de la acción administrativa. Por contra, los litigios jurídico-privados y los procesos penales quedan a cubierto por la cláusula del Estado de Derecho de la que emanará la denominada tutela judicial general.

## II. Introducción. La tutela judicial como derecho fundamental, garantía institucional y decisión valorativa

El artículo 19.IV GG, el derecho a la tutela judicial efectiva, constituye la manifestación más elemental de la cláusula del Estado de Derecho. Su objeto no es otro que el de garantizar la más completa y efectiva tutela juris-

(3) *Wird jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt, so steht ihm der Rechtsweg offen. Soweit eine andere Zuständig-*

*keit nicht begründet ist, ist der ordentliche Rechtsweg gegeben.*

dicional de los derechos e intereses del individuo que sean lesionados por los poderes públicos. El precepto, pues, no se limita a garantizar el acceso a la jurisdicción, sino que asegura un nivel mínimo de control o revisión jurisdiccional (4).

La misma existencia de la tutela judicial efectiva obedece al explícito reconocimiento de que los derechos e intereses que el ordenamiento jurídico atribuye al individuo sólo son reales y efectivos en la medida en que pueden hacerse valer en caso de conflicto (frente al poder público). La justiciabilidad de las controversias que se susciten entre el ciudadano y los poderes públicos es, desde luego, la garantía más firme, el mejor barómetro de la juridicidad de todo un Estado. Es en este contexto donde ha de situarse el más conocido de los elogios de que ha sido objeto la tutela judicial efectiva: es, afirmó EBERS, «la coronación del Estado de Derecho» (5).

En su condición de derecho fundamental, de carácter formal o procesal, el artículo 19.IV GG carece de tradición en el constitucionalismo alemán y en el propio Derecho comparado. Sin embargo, está considerado como uno de los preceptos más trascendentes del entero texto constitucional. Y es, sin duda, el que mayores efectos multiplicadores ha despertado.

El derecho a la tutela judicial se ha erigido en el centro de la dogmática del Derecho público, en el motor del progreso jurídico. Su proclamación constitucional permite hacer frente a la «soberanía del ejecutivo». Desde su consagración constitucional, goza toda persona de una posición más segura y mejor defendida en sus relaciones con los poderes públicos. Señaladamente, el cotidiano hacer de la Administración está sometido al control judicial con todo lo que ello entraña. El artículo 19.IV GG, de este modo, ha tendido un puente entre la esfera del individuo y la del Estado. Ha de reconocerse, en definitiva, que la calidad del Derecho público alemán debe mucho a la savia extraída del artículo 19.IV GG (6).

(4) Cfr. la jurisprudencia constitucional recaída en torno al artículo 19.IV GG en *Grundgesetz. Kommentar an Hand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, Verlag, Dr. Otto Schmidt KG. Köln, 1991, núm. marg. 217.

(5) Cfr. *Die Verwaltung-und Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich* en «FS für W. Laforet», 1952, pág. 271.

(6) Cfr. el trabajo fundamental de E. SCHMIDT-ASSMANN, *Comentario al artículo 19.IV* (1988) en MAUNZ-DÜRIG: «Kommentar zum Grundgesetz» (1985), págs. 1-160. A nuestro juicio, es el autor que mejor ha estudiado, desde una panorámica general y equilibrada, el artículo 19.IV GG y a cuyo contenido nos remitiremos con frecuencia a lo largo de estas páginas, básicamente para recoger la jurisprudencia constitucional por él citada. También reproducimos en parte la sistemática que el autor sigue para nuestra exposición. No obstante, aquí presentamos una elaboración

propia del Estado de la cuestión, sin limitarnos por consiguiente a una mera transcripción de la mejor doctrina.

Sin perjuicio de las remisiones bibliográficas puntuales, véanse también, para una primera aproximación, los breves comentarios de JARASS-PIEROOTH: *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar*. Ed. Beck. Munich, 1989, págs. 289-298; WASSERMANN en *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, Tomo I. Luchterhand, 1984; HENDRICH, *Comentario al artículo 19.IV* en «Grundgesetz-Kommentar», Band 1, Ed. Beck, Munich, 1985; T. SCHRAMM: *Staatsrecht*, vol. II, Ed. C. Heymanns, Köln, Bonn, Berlin, München, 1988, págs. 283 y sigs.; A. BLECKMANN: *Staatsrecht II. Die Grundrechte*, 3.ª ed., Ed. C. Heymanns, Köln, Bonn, Berlin, München, 1991, págs. 991 y sigs. etc. Con mayor extensión y profundidad, vid. H. J. PAPIER: *Rechtschutzgarantie gegen die öffentliche Gewalt* en «Handbuch des Staatsrechts der Bun-

Ello no quiere decir, sin embargo, que se haya convertido en una pieza de museo, digna de ser admirada por las conquistas históricas que en su día cosechara. La dogmática de la tutela judicial, por el contrario, corre paralela a su tiempo y tiene que adaptarse con toda plasticidad a los nuevos retos que la sociedad contemporánea le plantea, alcanzando en cada caso la efectividad (también en su versión temporal) de la defensa jurisdiccional (7).

No obstante, no sería lícito erigir a la tutela judicial en el único pilar del sistema, relegando tantos valores, bienes y derechos que la Constitución reconoce. Por ello, han de tenerse en cuenta dos aspectos básicos a la hora de atemperar el mandato del artículo 19.IV GG a los nuevos retos: de una parte, que el legislador ordinario es el protagonista en la definición de los derechos e intereses y su ulterior defensa; en la atribución de potestades administrativas; en suministrar parámetros de examen y control a los jueces y tribunales. Su labor habrá de ser tanto más artesanal y elaborada cuanto mayores sean las posibilidades de difuminación. La Constitución, al fin y al cabo, no es sino una norma de contenidos mínimos. No se ha constitucionalizado todo el Derecho procesal.

De otra parte, ha de recurrirse a la interpretación sistemática y a la ponderación (de ahí el rechazo a las lecturas «segmentadas»). La dogmática de la tutela judicial es el resultado del equilibrio o ponderación de todos los valores y bienes con los que convive. El derecho a la tutela judicial se sitúa en un punto estratégico en el que se dan cita los más importantes principios estructurales (división de poderes, Estado de Derecho...). Hay que proceder, pues, con sumo cuidado para no vaciar de contenido a las restantes piezas con las que guarda relación, sobredimensionando sus efectos como consecuencia de una interpretación asistemática.

Superada una primera etapa de desarrollo y afirmación del precepto (por cuya virtud el artículo 19.IV GG se ha hecho con una sólida dogmática) la jurisprudencia constitucional y la doctrina más reciente vienen distinguiendo con mayor precisión lo que pertenece al plano de lo constitucionalmente indisponible e inmediatamente aplicable (el contenido esencial) y lo que forma parte de la libre esfera del legislador (8), en un contexto, nótese bien, en

desrepublik Deutschland», editado por P. Kirchhof, Tomo VI, Ed. Müller Juristischer, Heidelberg, 1989. Para una sistematización actualizada de la jurisprudencia constitucional, *vid. Grundgesets. Kommentar* (nota 4).

No obstante, la literatura jurídica es abundantísima (se trata, al fin y al cabo, de uno de los temas estelares de la doctrina alemana) y no es posible ofrecer en este breve comentario siquiera una clasificación bibliográfica; baste para ello la relación bibliográfica que se contiene en los citados comentarios.

(7) Entre los nuevos desafíos que señala la doctrina alemana podrían citarse, a título de ejemplo, los siguientes: la creciente interacción de la acción administrativa nacional en

el extranjero; el generalizado uso de la informática en la praxis administrativa; la intervención del Estado en cuestiones de alta tecnología; los frecuentes procedimientos y procesos «de masas» en los que participa un número extraordinario de interesados frente a una única decisión administrativa; los nuevos problemas medioambientales y de planificación territorial; la protección de terceros interesados, etc.

(8) Se impugnan aquellas interpretaciones doctrinales y, en particular, jurisprudenciales que «trabajan» directamente la Constitución —el art. 19.IV GG—, sin atender siquiera a la legislación de desarrollo. La doctrina más autorizada impugna, pues, la interpretación

el que la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa ha secundado con notable generosidad cuanto postula el precitado precepto.

El contenido fundamental del artículo 19.IV GG se sustancia en la garantía de la tutela judicial, de inmediata aplicación —sin más excepciones en su universalidad que las que la propia Constitución disponga (9).

El contenido del artículo 19.IV GG se disecciona en tres planos o niveles fundamentales: la tutela judicial como derecho subjetivo (*subjektives Recht*), como decisión valorativa de carácter objetivo (*objektive Werbentscheidung*) y como garantía institucional (*institutionelle Garantie*).

### 1. El artículo 19.IV como derecho fundamental a la tutela judicial individual

En primer término, lo que prioritariamente contiene el artículo 19.IV GG es el derecho fundamental a la tutela judicial, efectiva e individual. Tal es su objetivo inmediato. Las demás vertientes no tendrán sino un marcado carácter instrumental o complementario al servicio de su dimensión subjetiva.

Dos son los datos capitales que integran el contenido del derecho: la universalidad o complitud de la revisión jurisdiccional, de un lado y la efectividad de la tutela (tanto por el tiempo en que se presta —lo que comprende una eficaz tutela cautelar—, cuanto por el análisis fáctico y jurídico que sobre la medida impugnada se ejerce), de otro.

La tutela judicial —o, si se quiere, la vía jurisdiccional (*Rechtsweg*)— no se ha concebido como un mero instrumento de control de la legalidad objetiva. La razón de su existencia es la tutela individual, la defensa de los derechos e intereses individuales (*Individualrechtsschutz*) (10).

La primacía de la vertiente subjetiva, sin embargo, trae consigo —como la otra cara de la medalla— una mayor responsabilidad personal o, lo que es lo mismo, la idea de la diligencia exigible al justiciable (lo que la doctrina alemana denomina «responsabilidad procesal» *Prozeßverantwortung*) (11).

abusiva del 19.IV GG, con el decidido propósito de que el legislador ocupe el lugar que le corresponde. Además, la misma necesidad de protección de los terceros interesados, por ejemplo, o sus relaciones de vecindad con otros principios constitucionales, entre otros factores, ponen coto a tales tendencias interpretativas.

Esta posición doctrinal moderada —que postula la interpretación ponderada del precepto— advierte que no debe malinterpretarse el término «efectividad» como si de un comodín o fórmula mágica se tratara, que sirviera de apoyo a cualquier deseo o aspiración procesal. En tal sentido, el término «eficaz» parece encarnar mejor la lógica del artículo 19.IV GG. Cfr. SCHMIDT-ASSMANN (nota 6), núm. margs. 4-5.

(9) Tal es el caso de las escuchas telefónicas que pueden practicarse por motivos extraordinarios (protección del régimen fundamental de la democracia y de la libertad; existencia y seguridad de la Federación o de un *Land*) (arts. 19.IV.3 y 10.II.2 GG).

(10) Constituye, en tal sentido, un bastión de la individualidad. Cfr. SCHMIDT-ASSMANN (nota 6), núm. marg. 8.

(11) Lo que se traduce en esencia en la carga de impugnar o litigar y en la regla de la preclusividad. Es obra de la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal (TCF) el énfasis en esa otra cara del artículo 19.IV —la diligencia exigible—, que la dogmática tradicional pocas veces observaba; cfr. BVERGE, 60, 253 (268 y sigs.); 61, 81 (115). Cfr. E. SCHMIDT-ASSMANN (nota 6), págs. 15 y 77.

Naturalmente, no se opone al artículo 19.IV GG la defensa en sede jurisdiccional de la legalidad objetiva, una vez garantizada la tutela subjetiva del individuo (12).

## 2. El artículo 19.IV como decisión valorativa de carácter objetivo

El artículo 19.IV GG, en cuanto principio de carácter valorativo, hace referencia al papel que tienen asignado los jueces y tribunales en el contexto general de las relaciones de los poderes públicos con los ciudadanos, lo que se traduce básicamente en su función de defensa frente a cualquier intervención pública. De ahí se deriva respecto del legislador un doble comportamiento —de abstención, de una parte, y de complitud o desarrollo (de fomento de las posibilidades de la defensa judicial), de otra. La tutela judicial es un derecho de configuración legal. Por consecuencia, el Estado —que ostenta el monopolio de la justicia— debe poner a su servicio los medios personales, materiales y organizativos que sean necesarios para hacerla realmente efectiva (13).

Desde esta perspectiva, el artículo 19.IV GG (14) simboliza y sintetiza la división de poderes cuyo resello y garantía se confía a los jueces y tribunales. Es a la jurisdicción, en efecto, a la que compete asegurar, en última instancia, la efectividad de tal principio. La misión central del poder judicial reside en controlar tanto al legislativo cuanto, sobre todo, al ejecutivo. Representa un instrumento de precisión, un broche de cierre, en el conjunto de los poderes públicos que la Constitución reconoce; la jurisdicción preserva el equilibrio de los tres poderes. Pero para hacerlo realidad es imprescindible que la jurisdicción no se exceda de sus funciones ni olvide el sentido que le dio origen. Al fin y al cabo, los jueces y tribunales no constituyen tampoco las únicas instancias de control, sino que se encuentran flanqueados por el legislativo, el ejecutivo y los controles sociales (15).

(12) En tal sentido, el legislador debe observar tres criterios:

1. Puede descargar de hecho a los tribunales a través de otras vías, pero sin que lleguen a ser sustitutivas de la tutela jurisdiccional; 2. La tutela y el control de la legalidad objetiva no pueden sobrecargar, en términos cuantitativos, a los tribunales encargados de la defensa individual y subjetiva de los ciudadanos (cuyos procesos, en todo caso, deberán tener una tramitación prioritaria); 3. Tampoco pueden los procesos objetivos invadir, en términos cualitativos, a los tribunales. El juez no puede concebirse como un simple controlador; ha de mantenerse como instancia de tutela y defensa judicial.

(13) Cfr. BUERMAYER: *Rechtsschutzgarantie und Gerichtsverfahrensrecht*, Ed. C. Heymanns, Colonia, Berlín, Bonn, Munich, 1976, págs. 5-102.

(14) En conexión con otros preceptos constitucionales, tales como los artículos 14.III GG, 34 GG, 93 GG y 100 GG.

(15) Cfr. E. SCHMIDT-ASSMANN (nota 6), núm. margs. 10-13. En este contexto, afirma el citado autor, ha de retenerse que:

— El artículo 19.IV GG no convierte a los tribunales en instancias de control *universal*. La garantía de la tutela judicial se calca sobre derechos subjetivos e intereses legítimos. Lo que no incida sobre ellos queda fuera de este control. En la medida en que el artículo 19.IV GG garantiza una completa tutela judicial, sin lagunas, de la esfera subjetiva —tutela individual—, es evidente que no puede suponer entonces un completo control de la Administración, puesto que muchas de sus acciones no repercuten sobre los derechos e intereses de las personas.

— El artículo 19.IV GG no atribuye a los

### 3. El artículo 19.IV como garantía institucional (la garantía institucional de una jurisdicción)

El artículo 19.IV GG contiene, en fin, la garantía institucional de una jurisdicción como instrumento idóneo para atender las necesidades de protección judicial. De la condición de garantía institucional que tiene el precepto, se sigue la obligación del Estado de asegurar la efectividad de la sentencia tanto por la profundidad y extensión de la resolución emanada, cuanto por su obtención en el plazo de tiempo adecuado a la naturaleza del litigio.

Nada dice el precepto, sin embargo, acerca de cuál haya de ser la jurisdicción competente (con carácter subsidiario, según sabemos, está abierta la jurisdicción ordinaria).

### III. El contexto constitucional de la tutela judicial efectiva. El artículo 19.IV GG como elemento de la cláusula del Estado de Derecho

En la Ley Fundamental se distingue una tutela judicial general o común de la que participan todas las jurisdicciones, y una tutela específica, especializada en la defensa judicial frente al poder público, que es justamente la residenciada en el artículo 19.IV GG (16). El reconocimiento de la tutela general no se localiza en un concreto precepto sino en la misma noción del Estado de Derecho. El artículo 19.IV GG, por su parte, lejos de ser superfluo o reiterativo respecto del principio del Estado de Derecho, otorga un plus de protección, tiene mayor estatura que la tutela judicial general (17).

tribunales un control *total* de los restantes poderes, sino un control vinculado o condicionado a los *parámetros y métodos jurídicos*. No pertenece, pues, al ámbito de protección de la tutela judicial la perspectiva económica, o las razones de conveniencia o los juicios políticos o de oportunidad. Hay que evitar que se introduzcan clandestinamente, por ejemplo, a través del recurso al principio de proporcionalidad o a la ponderación de intereses. Esta función, como es notorio, corresponde al Parlamento.

— Y no todo está juridificado. El artículo 19.IV GG presume la existencia previa de un ordenamiento jurídico —en cuya base se encuentra la misma Constitución— y en el que se insertan las relaciones jurídicas del individuo con el Estado. El artículo 19.IV GG no contiene un *mandato de juridificación* —esto es, una obligación de crear derechos e intereses— ni tampoco establece por sí mismo una amplia reserva de ley. No se deriva, en efecto, de la tutela judicial el deber de regular determinados sectores o de atribuir derechos o intereses a los ciudadanos. Es más, afirma la doctrina, la tutela judicial en la práctica se ve

más amenazada en ocasiones por una «sobredosis» de normas jurídicas que por la ausencia de criterios o parámetros jurídicos. Ver en el artículo 19.IV GG un mandato de juridificación resultaría, además de superfluo, equívoco, puesto que, con tal sobreprotección, se gana poco y se pierde mucho. Se pierde lo que de específico tiene el artículo 19.IV GG. Una Constitución, al fin y al cabo, vive del juego recíproco de sus instituciones, bienes y derechos. Ninguna de sus piezas puede sintetizar todos los valores.

(16) Téngase en cuenta que el artículo 19.IV GG tiene una menor extensión que nuestro artículo 24.1 CE lo que ha obligado a la dogmática alemana a desarrollar todo un cuadro de garantías que se insertan en la cláusula del Estado de Derecho. Entre los diversos elementos y materiales que componen el principio del Estado de Derecho existe una relación de complementariedad y de mutua interacción —constituyen un todo unitario y armónico.

(17) Vid. K. STERN: *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Tomo I, Beck, Munich, 1984, págs. 838-842.

### 1. La garantía general de la justicia (la tutela judicial general)

La tutela judicial general postula que todos los conflictos jurídicos se ventilen ante un órgano jurisdiccional. Tal garantía constituye, en efecto, el corolario del principio de heterotutela (18). No existiría el Estado de Derecho sin garantía judicial efectiva.

La densidad y alcance de tal garantía, sin embargo, aunque resulte análoga, no es tan rigurosa como la que se deriva del artículo 19.IV GG (19).

### 2. Nivel de protección o de tutela judicial

La tutela judicial efectiva del artículo 19.IV GG, o tutela específica, no condensa o sintetiza todas las prescripciones constitucionales sobre la justicia, sino que, como hemos notado, se limita a regular un concreto y capital aspecto: la justiciabilidad de la intervención pública que incide en la esfera subjetiva de los ciudadanos.

La denominada tutela general por su parte, garantiza toda una suerte de elementos indisponibles, que son aplicables —como común denominador— a cualquier orden jurisdiccional: independencia (art. 97 GG); el derecho a ser oído (art. 103.I GG); el derecho al juez predeterminado por la ley y la prohibición de los tribunales de excepción (art. 101.I GG); etc.

Señaladamente, el derecho a ser oído ante los tribunales, o derecho a la defensa, que se localiza en el artículo 103.I GG, es otra de las piezas fundamentales del sistema (20). La tutela judicial efectiva (19.IV GG) y el derecho a ser oído (103.I GG) tienen, desde luego, vida propia —no están fundidos en un único precepto—. De un lado, el artículo 19.IV GG impone la apertura del proceso o acceso a la jurisdicción. Sin embargo, es el artículo 103.I GG —el derecho a la defensa— el que garantiza un nivel mínimo en lo que al modo de ser del proceso se refiere, puesto que asegura a los interesados unas amplias posibilidades de influir en la definición de la litis. Se residen en la esfera del artículo 103.I GG cuestiones tales como la personación de los interesados; la obtención y valoración de los hechos alegados; la vista o audiencia; la preclusividad de los plazos procesales; o la fundamentación de la sentencia. Al artículo 19.IV GG, por su parte, le competen la extensión y densidad del enjuiciamiento jurisdiccional —técnicas de control— así como las consecuencias y efectos de la sentencia; el procedimiento administrativo que precede al recurso contencioso; el acceso a la jurisdicción y los requisi-

(18) No es más que una consecuencia necesaria del Estado de Derecho y de la proscripción de la autotutela que su proclamación entraña. Cfr. BVerfGE 54, 277 (291) así como la bibliografía citada por H. J. PAPIER (nota 6), p. 1239, nota 29.

(19) La garantía general, en efecto, carece

de la condición de derecho fundamental, con las consecuencias que ello entraña.

(20) Nótese que nuestra Constitución ha configurado en un solo derecho —unión asumida y refrendada por la jurisprudencia— el derecho a la tutela judicial efectiva y la interdicción de la indefensión (derecho a la defensa), *vid. infra*, núm. IX.

tos de procedibilidad; la tutela cautelar y la preventiva; el restablecimiento o subsanación de los plazos.

La frontera entre el artículo 19.IV GG y el 103.I GG, sin embargo, no es meridiana, como tampoco lo es en nuestro ordenamiento constitucional. Se trata de dos piezas esenciales del Estado de Derecho —íntimamente relacionadas— que, en la argumentación de la jurisprudencia se solapan con frecuencia, invocándose conjunta y secuencialmente.

Entre los ingredientes constitutivos de la tutela judicial general o común pueden también destacarse: la obligación del órgano jurisdiccional de proporcionar claridad y certidumbre en los argumentos jurídicos empleados para la resolución del conflicto; el principio de buena fe, de lealtad, y de igualdad en las posibilidades de defensa (señaladamente, cuando la relación procesal es multilateral); los artículos 2.I GG (todos tienen derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad) y 3.I GG (todos son iguales ante la ley), en conexión con aquellos elementos no escritos inherentes al Estado de Derecho que sirven para desarrollar y colmar las lagunas que eventualmente pueda presentar el Derecho procesal vigente; las cláusulas de recepción o integración de las experiencias procesales de otros ordenamientos (anglo-americano y, sobre todo, europeo-continental) (21).

### 3. El artículo 19.IV GG y los derechos fundamentales

El artículo 19.IV GG guarda una relación de complementariedad con los restantes derechos fundamentales, por cuanto les brinda una cualificada tutela (especialmente de carácter judicial) en aquellos frentes en los que la secular experiencia demuestra que la amenaza es más insidiosa y de difícil contención, esto es, ante la intervención pública (22). Esta recíproca interacción se traduce en un sistema de garantías que se articulan o despliegan en torno a los siguientes puntos:

1. Por su parte, los derechos fundamentales materiales constituyen, en primer término, una importante fuente de derechos subjetivos e intereses legítimos, cuya defensa compete al artículo 19.IV GG.

2. Los derechos fundamentales proporcionan importantes parámetros para el control judicial con los que contrastar la acción de los poderes públicos que se somete a su consideración (piénsese por ejemplo en el derecho a la igualdad, que opera como criterio o canon que permite un mejor examen de las potestades discrecionales de la Administración). Los parámetros más sólidos residen en los derechos de libertad. Con frecuencia, su influjo se sintetiza en el principio de proporcionalidad, de una extraordinaria fer-

(21) Cfr. SCHMIDT-ASSMANN (nota 6), núm. margs. 18-20.

(22) En tal sentido se le ha calificado de «derecho fundamental capital, de carácter formal» (F. KLEIN) *Apud* SCHMIDT-ASSMANN (nota

6) núm. marg. 21. Para una sucinta visión panorámica respecto de la rica dogmática de los derechos fundamentales, *vid.* v. gr., JARASS-PIEROTH (nota 6), págs. 8-12.

tilidad a este propósito, tanto por la ductilidad de la que goza cuanto por su resistencia a la estandarización del legislativo y del ejecutivo, como correctivo individualizador, en suma. Sin el criterio de la proporcionalidad, no podría comprenderse el enorme influjo de los Tribunales sobre la vida pública (pese a los riesgos que su uso —o abuso— entraña, como más arriba notábamos).

3. Los derechos fundamentales proporcionan el norte, los fines al derecho a la tutela (23). Abierta la vía jurisdiccional, el ciudadano tiene el derecho fundamental a una efectiva protección judicial de sus derechos fundamentales materiales; el tribunal debe hacerlos efectivos en el seno del respectivo proceso, lo que significa no sólo una obligación de respeto, sino un deber positivo. Las normas procesales deben ser interpretadas y aplicadas a la luz del derecho fundamental en cuestión. Y entre las diversas posibilidades de interpretación habrá de elegirse la más favorable a la efectividad del derecho fundamental. El proceso no tiene exclusivamente un mero fin ordenador, sino que sirve de medio o instrumento al servicio del derecho fundamental (24).

#### 4. La ubicación sistemática del artículo 19.IV GG

A resultas de cuanto antecede, no es difícil concluir que el artículo 19.IV GG es uno de los preceptos más emblemáticos de la Constitución y que mayores efectos irradia sobre el entero ordenamiento. Elemento capital, sin embargo, que debe insertarse en su contexto constitucional, habida cuenta de que se localiza en un punto neurálgico del sistema, en el epicentro mismo del principio de división de poderes, como hemos observado.

A modo de síntesis, podría subrayarse el alcance de la tutela judicial en el marco de las siguientes reflexiones ya apuntadas:

- No cabe extraer una reserva absoluta de ley para el desarrollo del precepto.
- El legislador ordinario goza de una amplia libertad en la configuración del control judicial.
- El artículo 19.IV GG no genera, por sí mismo, derecho subjetivo o interés legítimo de carácter material; los presupone.
- El artículo 19.IV GG no se opone a la discrecionalidad administrativa.
- El derecho a la tutela judicial exige mucho más que una simple optimización de la defensa jurisdiccional.

(23) Cfr. SCHMIDT-ASSMANN (nota 6),  
núm. marg. 22 y sigs.

(24) Cfr. la jurisprudencia constitucional

sobre el artículo 19.IV en *Grundgesetz. Kommentar* (nota 4), núm. marg. 448.

#### IV. Los elementos de la tutela judicial efectiva

La doctrina acostumbra a diseccionar los presupuestos de ejercicio de la tutela judicial en torno a los tres elementos que se describen en el precepto: «toda persona cuyos derechos sean vulnerados por el poder público podrá recurrir a la vía judicial», es decir, «toda persona» (sujeto); ejercicio del poder público (elemento causal); y, finalmente, la «lesión jurídica de derechos subjetivos» (elemento objetivo).

##### 1. «Cualquier persona»

Toda persona que sea titular de un derecho subjetivo —en sentido amplio— es sujeto de la tutela judicial efectiva. Lo que incluye a toda persona natural (incluso el *nasciturus*) aunque carezca de capacidad de obrar, y las personas jurídicas de Derecho Privado —nacionales y extranjeras—, pese a que no gocen de personalidad jurídica plena (25). La tutela judicial es, en efecto, un derecho humano, no un derecho civil de los alemanes (26).

Aunque resulte un tema debatido entre la doctrina, puede concluirse que las personas jurídicas de Derecho público, por el contrario, no son titulares de derechos fundamentales y, en consecuencia, tampoco lo son del derecho a la tutela judicial (27). Interpretación tan restrictiva se desvanece, por excepción, en aquellos supuestos en que la persona jurídica persiga la inmediata satisfacción o ejercicio de derechos fundamentales de los ciudadanos y su existencia sea independiente de la del Estado. Tales requisitos sólo se cumplen en el caso de las Universidades y de la Radiotelevisión. Por contra, las Corporaciones locales no son titulares del derecho, ni siquiera en el ejercicio de sus funciones propias (28).

##### 2. Ejercicio del poder público

La específica tutela judicial que dispensa el artículo 19.IV GG se anuda exclusivamente a la acción lesiva del *poder público*. De ahí la trascendencia de precisar qué se entiende por tal.

El artículo 19.IV GG ha asumido un concepto propio de «poder público»,

(25) Cfr. SCHMIDT-ASSMANN (nota 6), núm. marg. 38 y sigs. H. J. PAPIER (nota 6), págs. 1242-43.

(26) Dentro del término «toda persona» al que se refiere el precepto se incluyen los nacionales del país, los extranjeros y los apátridas, e incluso los extranjeros que no tengan su residencia en Alemania, en la medida en que puedan verse afectados por los poderes públicos alemanes (por ejemplo daños medioambientales causados a otro país). El único requisito exigible es que sean lesionados sus de-

rechos o intereses por un poder público alemán (sin que siquiera esté sometido a condición de reciprocidad).

(27) Cfr. BVerfGE 21, 362; 45, 63; 61, 82, *Apud* H. J. PAPIER (nota 6), pág. 1243. SCHMIDT-ASSMANN (nota 6), núm. marg. 42-43. En contra, DÜRIG, BETTERMANN o HENDRICHs, entre otros (*ibid*).

(28) Cfr. SCHMIDT-ASSMANN (nota 6), núm. marg. 43; H. J. PAPIER (nota 6), págs. 1243-44.

el más amplio posible, en el que se incluye toda relación de dependencia o subordinación entre el Estado y el individuo, cualesquiera que sean las formas de que aquél se revista, aunque, eso sí, tendencialmente circunscrito u orientado al poder ejecutivo, genuino «destinatario» de la tutela judicial. Así, por ejemplo, guardan tal posición de supremacía las Administraciones territoriales; las personas jurídico-públicas; las personas —naturales o jurídicas— de Derecho privado a las que por ley, o en virtud de una ley, —a través de un acto o contrato administrativo—, se les confieren funciones de autoridad —como en caso del concesionario— (29); etc.

El «poder público» debe estar sujeto a la Constitución para que entre en juego el derecho a la tutela judicial efectiva. No puede invocarse el artículo 19.IV GG frente a los poderes públicos extranjeros o instancias internacionales (incluidas las Comunidades Europeas). En cambio, los actos de ejecución del Derecho comunitario resultan imputables a los poderes públicos alemanes, así como los actos dictados en ejecución de tratados o convenios internacionales en los que Alemania sea parte (v.gr.: la extradición concedida por las autoridades alemanas se incluye igualmente en el concepto del poder público). Examinemos en qué medida alberga al ejecutivo, legislativo y judicial.

#### A) PODER EJECUTIVO

En efecto, es el ejecutivo, como hemos notado, el que mejor encarna el «ejercicio del poder público» a los propósitos del artículo 19.IV GG. La garantía de la tutela judicial se proyecta, en primer término, sobre toda acción administrativa —revestida de *imperium*—, capaz de vulnerar los derechos subjetivos e intereses legítimos, cualquiera que sea su forma de expresión (30). Cuatro aspectos interesa retener en esta sede:

1. Es «poder público» la Administración —en cualquiera de sus especies u organizaciones— cuando se somete al Derecho Público.
2. Algunas de las estructuras organizativas y acciones de la Administración sujetas al Derecho Privado también son imputables al «poder público» (así las que tienen por objeto la satisfacción inmediata de intereses o fines de carácter público) (31).

(29) Las Iglesias constituyen Corporaciones de Derecho público (art. 140 GG) y, por consiguiente, son titulares de poder público. Sin embargo, y en virtud de la autonomía eclesiástica constitucionalmente garantizada (art. 140 GG), los tribunales estatales no pueden enjuiciar sus actos internos (es decir, los que caen bajo su misión espiritual y pastoral; se incluyen también las cuestiones relativas a quienes las desempeñan). Los conflictos que surjan en este ámbito se remiten a los tribunales eclesiásticos. La tutela, en fin, no se fun-

damenta en el artículo 19.IV GG sino en la cláusula de la garantía general de la justicia cfr. H. J. PAPIER (nota 6), pág. 1245; con mayor amplitud, SCHMIDT-ASSMANN (nota 6), núm. marg. 115.

(30) Cfr. el apretado resumen de H. J. PAPIER (nota 6), 1246-49.

(31) Respecto de la actividad de la Administración sometida al Derecho Privado, puede verse J. BARNÉS, *La doctrina alemana del «Derecho Privado Administrativo»*, en «Libro-

3. La tutela judicial efectiva opera con independencia de la forma jurídica que sirva de vehículo a la lesión administrativa (acto administrativo, mera inactividad, simple ejecución de la ley, actuaciones sometidas al Derecho privado, etc.). La forma jurídica en que se exprese o manifieste la acción pública no produce inflexión alguna en el artículo 19.IV GG, puesto que su contenido y efectos no se detienen, ni se hacen depender del modo en que se exprese la intervención administrativa (32).

4. No existen actos del ejecutivo (dotados de autoridad), sea cual fuere su calificación —políticos o de gobierno; de política exterior, o de gracia—, exentos del control jurisdiccional (33). Cuestión distinta, desde luego, es determinar el remedio judicial oportuno y las potestades o técnicas de control que el órgano jurisdiccional ostenta, en cada caso.

#### B) PODER LEGISLATIVO

El legislador puede vulnerar los derechos y libertades constitucionalmente reconocidos con su intervención normativa. La cuestión reside entonces en determinar si el derecho a la tutela judicial propugna la impugnabilidad de la ley por los particulares. Si el legislador, en efecto, entra dentro del concepto de poder público, es evidente que toda persona podría recabar la tutela jurisdiccional frente a cualquier ley que afectara a su esfera subjetiva.

¿Cabe, pues, ejercer el derecho a la tutela judicial contra las lesiones que genere el legislador en el patrimonio jurídico del ciudadano? Para la doctrina dominante, la respuesta afirmativa se impone de modo terminante: «poder público» en el sentido del artículo 19.IV GG, también lo es el legislador (formal o parlamentario) (34). La jurisprudencia constitucional, sin embargo, lo niega (35).

La exclusión jurisprudencial no convence a la literatura científica, para quien el propio tenor literal del artículo 19.IV GG parece abogar por una amplia inteligencia del concepto comprensiva de las violaciones legislativas. Una interpretación restrictiva o excluyente sólo podría admitirse, se argumenta, si así se desprendiera de la propia Constitución, de la mano de una lectura sistemática del entero texto constitucional. Nada de ello sucede, sin

Homenaje al Prof. M. F. Clavero Arévalo», Ed. Civitas (en prensa).

(32) La *forma* de actuación administrativa es determinante, no para la apertura o el acceso a la jurisdicción, sino para la ulterior sustanciación del concreto proceso, puesto que de ella dependerá la deducción de un tipo u otro de demanda, o la solicitud de una u otra medida cautelar, diferentes requisitos de procedibilidad, etc. *Ibid.* núm. margs. 66-67.

(33) Las únicas exenciones que la propia Constitución ha establecido son: el artículo 10.II GG ya citado; las resoluciones de las comisiones investigadoras del Parlamento Fe-

deral (art. 44.IV GG); y, en fin, el artículo 139 GG (a tenor del cual la GG no afecta a las disposiciones dictadas para la «liberación del pueblo alemán del nacionalsocialismo y del militarismo»).

(34) Militan en esta opinión autores significados: DÜRIG, HESSE, LORENZ, SCHENKE, SCHMIDT-ASSMANN, PAPIER, BETTERMANN, ERICHSEN, etc. *Vid.* v. gr., nota a pie de página núm. 102 de SCHMIDT-ASSMANN (nota 6).

(35) Son clásicos los siguientes pronunciamientos: BVerfGE 24, 33 (49); 24, 367 (401); 25, 352 (365); 45, 297 (334).

embargo. Ni lo impide materialmente la vinculación del juez a la ley (arts. 20.III GG y 97.I GG), ni tampoco el control abstracto de las normas (art. 93.I.2 GG). No hay elemento o dato constitucional, en suma, que prohíba a los jueces ejercer su control frente a las leyes para satisfacer la tutela individual de todas las personas, tal como postula el artículo 19.IV GG (36).

El escollo básico que opone la jurisprudencia radica en el monopolio del Tribunal Constitucional para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, según parece desprenderse de los artículos 93 (recurso de inconstitucionalidad) y 100.I GG (cuestión de inconstitucionalidad).

La solución ecléctica podría sintetizarse en los siguientes términos: sólo en aquellos casos en que, por su peculiar estructura normativa, no sea posible el proceso indirecto contra la ley (a través de la cuestión de inconstitucionalidad), impondría el artículo 19.IV GG un recurso judicial inmediato frente a la ley (37). Y el recurso de amparo constitucional satisface de ordinario en un caso tal los requerimientos del artículo 19.IV GG al tiempo que respeta la concepción organizativa y procedimental del artículo 100.I GG (38).

Por otra parte, en fin, los actos parlamentarios que carecen de naturaleza legislativa constituyen, desde luego, actos del poder público (simples acuerdos parlamentarios, informes y resoluciones de las comisiones y de los órganos auxiliares; los actos de administración interna —*interna corporis*—; etc.) (39).

### C) PODER JUDICIAL

Los jueces y tribunales no son en realidad el «poder público» al que hace referencia el artículo 19.IV GG, según parece desprenderse de una interpretación finalista. La jurisdicción, por contra, tiene la «última palabra» en el control de los demás poderes del Estado. Por ello, carecería de sentido duplicar la vía judicial con una tutela adicional o ulterior contra las resoluciones jurisdiccionales. El artículo 19.IV GG garantiza la tutela a través del juez, no contra él (DÜRIG) (40). La jurisdicción actúa como broche de cierre del sistema; es a quien compete velar, en última instancia, por que el legislativo y el ejecutivo respeten los derechos y libertades de los ciudadanos.

(36) Cfr. SCHMIDT-ASSMANN (nota 6), núm. marg. 93.

(37) Por ejemplo, en caso de una inactividad del legislador contraria a Derecho. Algunos derechos constitucionales comportan y exigen la acción de legislador, de forma que su inactividad deviene ilegítima. Y en tal hipótesis, la tutela judicial no se podría otorgar de otro modo, si no es instando su intervención. A tal efecto, de ordinario se consideran suficientes, para obtener la tutela judicial exi-

gida por el artículo 19.IV GG, los recursos de amparo.

(38) Cfr. SCHMIDT-ASSMANN (nota 6), núm. marg. 96 y sigs.

(39) Cfr. SCHMIDT-ASSMANN (nota 6), núm. margs. 91-92.

(40) Jurisprudencia constante: BVerfGE 11, 263/265; 15, 275 (280); 22, 106 (110); 25, 352 (375); 49, 329 (340); etc. Conclusión que también se hace extensiva al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (BVerfGE 73, 339/372).

Ello no empece, sin embargo, a la existencia del recurso de amparo frente a aquellas infracciones jurisdiccionales con trascendencia constitucional.

Las resoluciones jurisdiccionales de los jueces y tribunales, pues, no constituyen ejercicio de «poder público» a los efectos del artículo 19.IV GG; de lo contrario, habría que concluir que la Constitución ha garantizado —e impuesto— el derecho al recurso o a la instancia<sup>41</sup>. Como ha reiterado con insistencia la jurisprudencia constitucional, el legislador tiene libertad para establecer una única instancia.

Los actos típicamente jurisdiccionales, pues, no entran dentro del ámbito del artículo 19.IV GG: las resoluciones o actuaciones estrictamente judiciales, caracterizadas por la nota de la independencia; las resoluciones que ponen fin al proceso (también las de impulso y dirección); las relativas a las costas y al beneficio de pobreza; las medidas de ejecución; los actos de la jurisdicción voluntaria; etc. Por el contrario, son imputables al «poder público» a los efectos del artículo 19.IV GG los actos de la administración de justicia: presupuesto y tesorería; cuestiones de personal; administración de los inmuebles; reparto de asuntos; actividades de inspección; etc. (que deberán, en consecuencia, enjuiciarse en la forma más amplia posible y desde un punto de vista fáctico y jurídico) (41).

### 3. La lesión jurídica

#### A) DERECHOS SUBJETIVOS EN EL SENTIDO DEL ARTÍCULO 19.IV GG

La vulneración de algún derecho subjetivo, la lesión en el patrimonio del sujeto, es presupuesto elemental para impetrar la tutela judicial. Tal es la causa y el fin de la tutela que postula el artículo 19.IV GG, al tiempo que la medida de la misma protección jurisdiccional (puesto que la tutela se calca sobre la «herida»). La figura del derecho subjetivo constituye no sólo el punto de partida del artículo 19.IV GG, sino la piedra angular del entero sistema del Derecho Público (42).

Basta, pues, la lesión en cualquiera de sus derechos para impetrar la tutela judicial. Ahora bien ¿qué entiende el artículo 19.IV GG por «derecho subjetivo»?

El concepto de «derecho subjetivo» se ha interpretado, a este propósito, en su sentido más amplio posible, en beneficio de la universalidad de la jurisdicción. Por ello, comprende no sólo los derechos subjetivos en sentido estricto (sean fundamentales o no, tengan carácter jurídico-privado o público y cualquiera que sea su origen, constitucional, legal o convencional), sino

(41) Cfr. BVerfGE 28, 10/14; 49, 220/240.

(42) La dogmática del derecho subjetivo ha sabido introducir en el Derecho Administrativo notas tan vitales como la individuali-

dad y la personalidad y, con ellas, las ideas de responsabilidad personal. Cfr. SCHMIDT-ASSMANN (nota 6), núm. margs. 116-117.

además los intereses legítimos. Lo decisivo es, por consiguiente, la vulneración de la situación o posición *jurídica* del recurrente.

Ello entraña, de otra parte, la no justiciabilidad de los meros intereses de carácter político, económico o social (43). Tampoco se ha consagrado la acción popular, como se deduce del propio tenor literal del precepto, que circunscribe la tutela judicial a la lesión de los derechos e intereses del actor (44). De ahí la importancia de detectar la existencia de situaciones jurídicas subjetivas.

En tal sentido, hay que advertir que el reconocimiento de un interés jurídico no se obtiene por vía fortuita o accidental. Los simples efectos reflejos de signo favorable que irradian de las normas no legitiman, por sí mismos, para invocar la tutela judicial (45). Por el contrario, las situaciones de ventaja que las normas, aunque en forma indirecta, atribuyan conscientemente a los ciudadanos caen bajo la protección del derecho a la tutela judicial (p. ej. cuando la norma, sin otorgar derecho alguno, obliga a la Administración a llevar a cabo determinada actividad prestacional en favor del ciudadano).

Es la *legalidad ordinaria* la principal *fuerza* de situaciones de ventaja y de posiciones jurídicas subjetivas. El ordenamiento jurídico reconoce derechos de defensa, de prestación, de participación, etc. En ocasiones, sin embargo, se expresa en clave y, para su determinación, es preciso recurrir a la doctrina de las normas de protección o de atribución de posiciones subjetivas (*Schutznormlehre*). Con ella se designa —o sintetiza— el conjunto de criterios, métodos o pautas que contribuyen a constatar la dimensión o contenido jurídico-subjetivo de un precepto cualquiera. Se trata, pues, de una operación dialéctica, de una labor de estricta interpretación jurídica —que se sustrae del presupuesto de hecho—. Tres son los puntos esenciales en los que descansa la moderna formulación de esta doctrina: 1) el alcance protector —o de atribución de posiciones subjetivas— de la norma no se mide prioritaria ni exclusivamente por la *voluntas legislatoris*, 2) sólo de la mano de una interpretación sistemática del entero contexto normativo puede inducirse su alcance; y 3) los derechos fundamentales juegan un papel primordial para arrojar luz en la labor interpretativa (46).

#### B) ACTO PÚBLICO ILEGAL

La ilegalidad o antijuridicidad de la intervención pública es otro de los presupuestos esenciales del derecho a la tutela. No basta, pues, la mera pro-

(43) Cfr. BVerfGE 31, 33 (39).

(44) Cfr. BVerfGE 13, 132, 51; 27, 297, 305: Quien con la acción no pretende la defensa de ningún derecho propio, no podrá invocar el artículo 19.IV GG. No basta que la conducta del poder público afecte a la colectividad; es ne-

cesario que interfiera en el ámbito vital jurídicamente reconocido del ciudadano.

(45) BVerfGE 31, 33 (39 y sigs.). Principio que, sin embargo, se circunscribe a los efectos laterales, no pretendidos por la norma.

(46) Cfr. BVerfGE 60, 253 (266). *Apud* HENDRICHS (nota 6), pág. 793.

ducción de perjuicios fácticos; si la acción del poder público es conforme a Derecho no cabe hablar de violación de situación subjetiva alguna a los efectos del artículo 19.IV GG. La ilegalidad puede fundarse tanto en razones de Derecho material como procesal (en cuyo caso, la ulterior subsanación de la infracción o su carácter de mera irregularidad no invalidante podría hacer improcedente su impugnación) (47).

## V. La vía judicial del artículo 19.IV GG

Por vía judicial se entiende la posibilidad de someter el litigio ante un tribunal independiente. La tutela judicial *general* determina los elementos organizativos, procedimentales y de método comunes a todas las jurisdicciones. El artículo 19.IV GG, por su parte, otorga un *plus* de protección judicial que se resuelve, por convención, en tres direcciones (48): ciertos elementos organizativos; un control o examen judicial de cualificada intensidad (técnicas de control judicial sobre la acción administrativa); y, en fin, determinadas garantías diseñadas para hacer efectiva la defensa judicial (49).

### 1. Elementos organizativos

Cabe sintetizar los elementos organizativos de la vía jurisdiccional en la que ha de satisfacerse cuanto dispone el 19.IV GG en las siguientes notas (50).

— La vía judicial está integrada exclusivamente por los tribunales alemanes sometidos a la Constitución. La tutela jurisdiccional que dispensan los tribunales extranjeros e internacionales queda fuera de su ámbito o alcance (51).

— La vía jurisdiccional está integrada por tribunales estatales y públicos cuyos principios generales recoge la propia Constitución (arts. 92 a 97 GG) (52).

— Los Tribunales Constitucionales (Federal y de los *Länder*) también integran la vía judicial del artículo 19.IV GG, en cuanto otorgan una tutela judicial individual.

(47) Cfr. H. J. PAPIER (nota 6), pág. 1253 y sigs.

(48) Cfr. SCHMIDT-ASSMANN (nota 6), núm. marg. 174 y sigs.

(49) *Vid. infra*, núm. VI.

(50) Cfr. H. J. PAPIER (nota 6), pág. 1254 y sigs.; SCHMIDT-ASSMANN (nota 6), págs. 91-95; WASSERMANN (nota 6), pág. 1242 y sigs. etc. 173-179.

(51) Siempre, claro está, que no se haya

producido una transferencia de poderes soberanos que incluya a la jurisdicción, en el marco del artículo 24 GG (que tiene un alcance análogo a nuestro 93 CE).

(52) Nada propugna el artículo 19.IV GG sobre la provisión de los tribunales (jueces individuales o magistrados) o acerca de su composición (jueces profesionales o jueces legos; la presencia de expertos).

— No se desprende primacía alguna de la jurisdicción contencioso-administrativa.

— Ni el artículo 19.IV GG ni el principio del Estado de Derecho garantizan el derecho a la segunda instancia o al recurso.

## 2. Técnicas de control judicial de la acción administrativa

La dogmática alemana, como es sabido, se ha ocupado con especial ahinco, en un esfuerzo casi artesanal, por avanzar en lo que ha venido en llamar la densidad del control judicial sobre la acción administrativa (*Kontrolldichte*), esto es, las técnicas de control judicial. A su sombra se ha cultivado la conocida doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados y de la discrecionalidad administrativa, apurándola hasta sus extremos según el sector material de que se trate, siempre al servicio de un examen jurisdiccional más cualificado. Con todo, la literatura científica y la jurisprudencia no se han limitado a tal esfuerzo; han sabido anudar este tema con el derecho a la tutela judicial efectiva, subrayando la dimensión constitucional de las técnicas de control judicial. De ahí, su ubicación sistemática al hilo del análisis del artículo 19.IV GG.

Desde esta perspectiva, interesa destacar en primer término que es la propia Constitución (art. 19.IV GG) la que impone que, desde la misma apertura del proceso, el órgano jurisdiccional examine y revise todas las cuestiones de hecho que el caso plantea, sin limitarse a la dimensión jurídica. Es importante notarlo porque la discrecionalidad administrativa no afecta, en absoluto, al presupuesto de hecho, que es ajeno a todo poder de disposición (así, un nombramiento discrecional habría de sujetarse a los presupuestos de hechos previstos en la ley, como pudieran ser la nacionalidad o la mayoría de edad, p. ej., datos que, en consecuencia, no escapan al examen jurisdiccional). La legitimidad de la resolución administrativa está anudada a la existencia de los hechos que cada norma presupone. Los tribunales anularán aquellos actos administrativos que traigan su origen de hechos inciertos o inexactos.

Tampoco el órgano jurisdiccional es enteramente libre en el sentido de que ha de emitir un juicio estrictamente jurídico, basado en los *medios y en los métodos propios del Derecho*.

### A) LA HABILITACIÓN PARA QUE LA ADMINISTRACIÓN DICTE RESOLUCIONES DEFINITIVAS. DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA Y CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

La doctrina de la discrecionalidad administrativa y de los conceptos jurídicos indeterminados y, en general, las técnicas para su control judicial, hunde sus raíces en el principio de división de poderes, del que hay que partir para su construcción conceptual. Es necesario registrar cuándo se le concede a un poder público cualquiera (legislativo, ejecutivo o judicial) la po-

viación de poder y la interdicción de la arbitrariedad, los principios generales del Derecho, etc. Habrá que estar a las peculiaridades que cada materia presenta (55).

c) *Prerrogativas de evaluación («Einschätzungsprerogativen»)*

Se trata de una figura muy próxima a la anterior (que para muchos autores no es más que una subespecie del «margen de apreciación», concebido en sentido amplio). Hay conceptos legales, en efecto, cuya aplicación práctica requiere una previa labor de integración y valoración técnica; es necesario emitir un juicio cualificado para la correcta aplicación del término legal (así, en el campo del Derecho público de la economía).

Estas prerrogativas pueden localizarse también en conceptos jurídicos con un marcado componente político (tales como los que se contienen en las leyes de planificación). Con frecuencia, es al propio Gobierno el que compete resolver su aplicación. La jurisprudencia, por ejemplo, ha reconocido la existencia de tal prerrogativa en supuestos como los siguientes: para valorar la «situación económica general» en materia de defensa de la competencia, para resolver sobre las «cuotas de importación»; o determinar los «intereses generales» del tráfico en la concesión de nuevas licencias de taxis, etc.

d) *La habilitación para la prognosis («Prognoseermächtigung»)*

La Administración realiza, en efecto, pronósticos o previsiones de carácter técnico acerca de la producción de un resultado o del desarrollo de un acontecimiento, para un concreto período de tiempo. La aplicación del concepto jurídico indeterminado requiere en tal caso un juicio de futuro, una previsión técnica (v. gr.: sobre el comportamiento futuro de los agentes económicos, para elaborar una adecuada planificación económica).

No es sólo la ley (planificadora o de presupuestos, v. gr.) la que realiza previsiones de esta naturaleza, es la propia Administración la que, por virtud de una habilitación legal, interviene en ciertos sectores jugando con cálculos o pronósticos de futuro. Baste pensar en los complejos y enjundiosos análisis de prospectiva que exigen la ordenación del territorio, la protección del medio ambiente atmosférico o el gobierno de la vida económica (prestación de actividades o bienes, v. gr.). Pero también pertenecen a esta categoría supuestos más sencillos como los simples juicios o previsiones que formula la policía respecto de la producción de ciertos riesgos. No se ha ela-

(55) La doctrina se ha ocupado de desentrañar el alcance y la existencia de estas facultades de apreciación en los campos donde más se cultivan los conceptos de experiencia. Vid. la bibliografía citada por SCHMIDT-

ASSMANN (nota 6), núm. marg. 193 y sigs.; H. J. PAPIER (nota 6), págs. 1260-62, y H. MAURER: *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., págs. 122-123.

borado, pues, hasta el momento un concepto preciso de lo que haya de entenderse por prognosis.

Cuando el tribunal se encuentra con una resolución administrativa amparada en tal habilitación, su revisión —desde luego, limitada— se ejerce conforme a unos parámetros particulares. Para las previsiones y pronósticos más simples, resultan aplicables los criterios de control de los «márgenes de apreciación». Cuando se trata, por contra, de previsiones más cualificadas, como las que se producen en el seno de la ordenación del territorio, habrán de desglosarse los criterios, según la estructura de la previsión misma. El tribunal revisará los datos que han servido de base a la Administración (la base del pronóstico); si el método elegido para hacer el estudio de futuro es científicamente razonable; así como la razonabilidad de la previsión (control sobre el procedimiento final). El resultado del pronóstico por contra, no puede enjuiciarse en su interior. La previsión será, pues, ilegal sólo en la hipótesis de que no responda a los indicados parámetros.

e) *La recepción de reglas técnicas. Los llamados conceptos recepticios («Rezeptionsbegriffe»)*

Se trata de conceptos jurídicos indeterminados que se integran o completan mediante la remisión a ciertos elementos. Se utilizan con mayor profusión en los sectores del ordenamiento más tecnificados, sujetos a una constante evolución científica (ordenación del territorio; urbanismo; industria; etc.). Así, ciertas leyes sectoriales establecen «cláusulas de recepción» por cuya virtud se produce una recepción de datos o de juicios externos a la norma misma, anudándole determinadas consecuencias jurídicas (otorgamiento de licencias o autorizaciones; prohibiciones; etc.): «según el estado de la ciencia y de la técnica»; «de acuerdo con las reglas técnicas generalmente reconocidas»; etc.

Con la remisión al «nivel en que se encuentre la ciencia en cada momento», por ejemplo, se pretende «descargar» no sólo a la ley de contenidos mudables y difícilmente normativizables, sino también a la propia Administración y a los Tribunales. La cláusula de recepción que se remite, v. gr., a «las reglas técnicas generalmente admitidas» asume, en su vertiente *subjetiva*, la opinión dominante entre los expertos; mientras que la mayor parte de las restantes fórmulas o cláusulas como las que aluden al «nivel de la técnica» o al «nivel de la ciencia y de la técnica», por ejemplo se remiten *objetivamente* al grado de desarrollo de la ciencia o de la técnica.

Naturalmente, los jueces y tribunales no tienen que resolver según sus propios conocimientos científicos. Pero deberán indagar el grado de aceptación de una determinada opinión científica al objeto de verificar si se trata o no de la concepción dominante. Respecto del contenido, únicamente ejercerán un control o juicio de evidencia cuando se encuentren con una manifiesta irregularidad.

Tal restricción del control judicial es compatible con la Constitución, según tiene declarado la jurisprudencia constitucional mientras la resolución administrativa se dicte bajo los presupuestos normativos que la legitiman y no sea arbitraria (56). La limitación del control judicial, sin embargo, debe compensarse poniendo el acento en los aspectos procedimentales.

f) *La discrecionalidad administrativa en el ámbito del planeamiento*

El ordenamiento jurídico le atribuye un amplio margen de libertad a la Administración pública en la labor de asignación de usos al suelo —urbanismo, ordenación del territorio— a través del planeamiento, habida cuenta de la complejidad de intereses en juego, en cada tiempo y lugar. La Ley, caracterizada por las notas de generalidad, abstracción y vocación de permanencia, renuncia a una regulación previa y uniforme, defiriendo el estatuto de cada porción del espacio físico al plan territorial. La Administración goza, por consecuencia, de una intensa discrecionalidad.

La revisión jurisdiccional del planeamiento es, por consiguiente, limitada. De un lado, porque no toda infracción procedimental resulta impugnabile de modo inmediato (p. ej., piénsese en los trámites que carecen de eficacia externa). De otro, porque el contenido mismo del plan, en las determinaciones finales que contenga es fruto de la discrecionalidad administrativa. Su fundamento último, la razón de su existencia, radica en la denominada cláusula de ponderación de intereses, a cuya virtud la Administración ha de sopesar, evaluar y tener en cuenta el abigarrado conjunto de cuestiones que allí se dan cita.

El hecho de que la discrecionalidad adquiera en esta sede una particular coloración o intensidad no quiere decir, claro está, que carezca de límites o de controles. Al planeamiento le es esencial la sujeción a la ley, como a los principios generales del Derecho. La jurisprudencia ha sabido inducir —de los preceptos legales atinentes a la discrecionalidad (57)— toda una suerte de criterios que densifican el parámetro jurisdiccional con el que enjuiciar la aplicación administrativa de la cláusula de ponderación de intereses, según el tipo de planeamiento de que se trate. No obstante, con carácter general, la jurisdicción revisa además de las cuestiones de procedimiento, la eventual arbitrariedad; la sujeción al fin o al objetivo marcado por el ordenamiento; su idoneidad, necesidad y proporcionalidad (principio de proporcionalidad).

(56) *Apud* SCHMIDT-ASSMANN (nota 6), núm. marg. 204.

(57) *Supra* apartado a) de este epígrafe.

g) *La discrecionalidad en la producción normativa*

Las leyes contienen frecuentes habilitaciones para que la Administración emane normas. En tal hipótesis, la discrecionalidad administrativa es igualmente de una marcada intensidad, puesto que la producción normativa de la Administración no consiste en una mera reproducción de cuanto ha dispuesto la ley.

La esfera de libertad de la Administración para la producción normativa es siempre notablemente inferior a la del legislador; sin embargo, ha de notarse que el grado de discrecionalidad que posee la Administración en esta sede es superior al ordinario. El enjuiciamiento del órgano jurisdiccional se centrará en las cuestiones de competencia y de procedimiento; además, revisará la justificación misma de la norma conforme a los términos de la habilitación de que fue objeto; si la Administración ha recabado los datos y elementos de juicio necesarios para regular el ámbito de que se trate, etc. No obstante, la revisión judicial no puede entrar al núcleo mismo de la discrecionalidad. Al fin y al cabo, la producción normativa presupone la existencia de una potestad discrecional y, en consecuencia, la ponderación de los intereses en juego, lo cual sólo en forma limitada es posible controlar judicialmente. En todo caso, habrá que estar a los términos de la habilitación legal.

VI. *La apertura del proceso y la efectividad de la tutela judicial (58)*

La tutela judicial, en efecto, comprende el derecho a una defensa jurisdiccional *efectiva y real* (59). De ahí se siguen toda una suerte de consecuencias constitucionales respecto del acceso a la justicia, la configuración del proceso mismo, la eficacia de la sentencia y el propio procedimiento administrativo que le precede.

Para mejor medir el impacto que produce la tutela judicial en la configuración legislativa del proceso, señaladamente en lo que hace al acceso a la jurisdicción, conviene retener que la libertad del legislador tiene su contrapunto en el artículo 19.IV GG. El punto de partida reside en determinar en qué medida la regla o precepto legal de que se trate en cada caso hacen posible una tutela completa y efectiva. De ahí que —primera consecuencia— el legislador no encuentre límite en el artículo 19.IV GG cuando pretende re-

(58) Hasta el momento hemos apuntado cuál es la *naturaleza jurídica* de la tutela judicial (cfr. núm. II); el *contexto constitucional* en el que se inserta (cfr. núm. III); los *elementos* que la integran (cfr. nn. IV); y, en fin, las *notas esenciales de la vía judicial* a la que se accede —y que se condensan en la idea de un examen judicial lo más amplio y completo posible, desde el punto de vista fáctico y jurídico— (cfr. núm. V). Nos resta abordar, sin em-

bargo, dos aspectos instrumentales —en cuanto sirven a la defensa judicial de los derechos e intereses de todas las personas— aunque de primera magnitud: cómo garantiza el artículo 19.IV GG el *acceso* al proceso y en qué *directivas* se sustancia y concreta la *efectividad* de la tutela judicial.

(59) Cfr. BVerfGE 35, 263 (274); 35, 382 (401); 61, 82 (110 y sigs.).

gular aspectos procesales que no dicen relación directa con el derecho (p. ej. cuando crea una jurisdicción u organiza su competencia). Por el contrario, la libertad del legislador tiene importantes límites a la hora de regular los obstáculos o reglas procesales que restrinjan el acceso a la justicia o tengan como consecuencia su exclusión (60).

### 1. El acceso a la vía judicial

La apertura del proceso se traduce en la libre entrada a los tribunales para la defensa de los derechos e intereses frente al poder público, aun cuando la legalidad ordinaria no haya reconocido un recurso o acción concretos (61). Para atender cuanto dispone el artículo 19.IV GG, el acceso a la jurisdicción ha de ser real y efectivo. La posibilidad de acceder al proceso no es, pues, sólo teórica, sino que ha de ser reconocible en la práctica. El análisis jurídico se completa con el examen de la realidad (62). La razonabilidad de las condiciones de procedibilidad termina allí donde efectivamente se impida el acceso a la jurisdicción (63).

(60) Para su análisis, condensa BUERMEYER los criterios que sirven para determinar de la compatibilidad constitucional de los obstáculos para acceder a la jurisdicción; en tres supuestos:

1. El legislador ostenta un amplio margen de libertad para regular aquellos requisitos que se refieren exclusivamente al modo en que ha de recorrerse el proceso (responden al cómo se alcanza la tutela judicial. Ej.: la organización de una jurisdicción).

2. La libertad del legislador, por contra, resulta más estrecha cuando sus normas repercuten sobre las posibilidades de ejercicio del derecho (v. gr.: presupuestos de procedibilidad). Tienen distinto tratamiento los requisitos subjetivos —aquéllos cuyo cumplimiento está en manos del actor— y los de carácter objetivo —frente a los cuales carece el interesado de toda influencia—. Los presupuestos de procedibilidad de carácter subjetivo son compatibles con el artículo 19.IV GG, siempre que sirvan adecuada y proporcionalmente a la protección de otros bienes constitucionales (el cumplimiento de un plazo para la presentación de la demanda, p. ej.). Los presupuestos de carácter objetivo han de aprobar, sin embargo, un juicio más severo para su admisibilidad constitucional: su establecimiento debe ser determinante para la protección de otro bien constitucional.

3. Ha de notarse que, en el seno de tal subdivisión, pueden existir diferencias entre la valoración jurídica de la norma procesal en

cuestión y la repercusión que de hecho tiene sobre el actor. En otras palabras, una condición o requisito de carácter objetivo podría producir los efectos de un presupuesto subjetivo. En un caso tal, el parámetro o criterio se determina de acuerdo con el grado de repercusión real y efectiva que ejerza sobre el recurrente. Cfr. *ob. cit.* (nota 13), págs. 101-102.

(61) Vid. *Grundgesetz Kommentar* (nota 4) núm. marg. 217 y, en particular, BVerfGE 27, 308; 57, 9.2. Hay que conectar esta doctrina con el artículo 40 de la Ley Jurisdiccional (VwGO) que sienta el principio general de que la jurisdicción administrativa conoce de todos los asuntos de Derecho público que no tengan naturaleza constitucional, y del que se desprende que el ya rico sistema de acciones que la Ley contempla no está tasado. Ni hay *numerus clausus* en los tipos de recursos o acciones ni, nótese bien, ha de existir previamente un acto administrativo para acceder a la jurisdicción contencioso-administrativa.

(62) Cfr. WASSERMANN (nota 6), pág. 1242.

(63) Cfr. H. J. PAPIER (nota 6) 1256.

El mismo criterio se predica tanto de la norma reguladora de los requisitos o presupuestos de procedibilidad cuanto de la aplicación e interpretación que de la misma haga el juez. En caso de duda, habrá de seguirse la interpretación que atribuya al ciudadano un derecho o pretensión. Cfr. la jurisprudencia constitucional en *Grundgesetz, Kommentar* (nota 4) núms. margs. 468 y 236.

A) EL PRINCIPIO O MANDATO DE CLARIDAD Y CERTIDUMBRE RESPECTO DE LA JURISDICCIÓN COMPETENTE

Al artículo 19.IV GG no le importa qué jurisdicción sea la que entienda de los asuntos que enfrentan al poder público con el ciudadano. Sólo se ha pronunciado en favor de la jurisdicción ordinaria para la hipótesis en que nada dispusiera la ley procesal.

Pero el problema reside en ocasiones en determinar cuál es la jurisdicción competente para conocer de un concreto litigio, habida cuenta la complejidad que encierra su regulación. Tal dificultad puede inducir, desde luego, fácilmente a error. Por ello, el artículo 19.IV GG se preocupa por imponer un principio, que podríamos llamar de certidumbre o de claridad, en virtud del cual, como una intensa expresión del principio *pro actione*, deberá facilitarse el conocimiento de los preceptos procesales y de la jurisdicción que en cada caso sea competente. Son éstas también cualidades inexcusables de las normas procesales de un Estado de Derecho. De ahí que por su virtud la jurisprudencia haya de extremar las posibilidades de interpretación en el sentido más favorable al acceso a la jurisdicción (64).

B) LIMITACIONES AL ACCESO

Los extremos en que se enmarca la resolución del problema resultan claros: ilicitud de cualquier prohibición de acceso a la jurisdicción o al recurso, de un lado; y legitimidad de los requisitos o límites legales en tanto que estén justificados en razones materiales, de otro (65). Los presupuestos de procedibilidad tradicionales no son, pues, incompatibles con el derecho a la tutela judicial efectiva; por el contrario, obedecen al principio de seguridad jurídica o a la adecuada ordenación del proceso, por lo que, en sentido amplio, protegen al propio actor. La dificultad radica, sin embargo, en determinar el delicado punto medio.

(64) Con todo, la jurisprudencia no ha considerado inconstitucionales complejos y confusos juegos de remisiones procesales. El artículo 19.IV GG, por su parte, no exige la forma de acceso más simple posible, ni le exonera al actor de su deber de asesoramiento. No obstante, es cierto que algunas simplificaciones son exigibles constitucionalmente para evitar que la tutela judicial se convierta en un desagradable juego de confusiones. En la práctica, la jurisprudencia utiliza esta máxima de claridad que se desprende del artículo 19.IV GG como una especie de fórmula compensatoria, por cuya virtud habrá que liberar al actor de los posibles perjuicios tanto más cuanto mayores sean las dificultades de

delimitación de las jurisdicciones competentes; en tal hipótesis, será más importante el deber de información. Cfr. SCHMIDT-ASSMANN (nota 6) núm. marg. 231.

Sin embargo, tiene declarado la jurisprudencia, no se vulnera el derecho a la tutela judicial por el mero hecho de que un tribunal inadmita por error un recurso en una concreta jurisdicción, sino sólo cuando no estime procedente ninguno de los remedios procesales que permite el ordenamiento jurídico, incluida la jurisdicción ordinaria a la que se refiere al propio artículo 19.IV GG.

(65) Jurisprudencia constante, *vid. Grundgesetz. Kommentar* (nota 4) núm. marg. 376.

a) *Pérdida del derecho a recurrir («Verwirkung prozessualer Befugnisse»)*

Nadie puede perder el derecho a la tutela judicial efectiva, en el sentido que contempla el artículo 18 GG (pérdida de algunos derechos fundamentales por su abusivo ejercicio en contra del orden constitucional).

Sin embargo, el ordenamiento jurídico ha previsto algunos supuestos de acuerdo con los cuales se puede producir la pérdida del derecho a la jurisdicción en beneficio del principio de buena fe y de seguridad jurídica (66) (si se dejan transcurrir los plazos para ejercer la acción, p. ej.).

Su regulación debe sujetarse al mismo criterio general que rige la apertura del proceso: son incompatibles con la Constitución las restricciones o limitaciones que no superen el juicio de razonabilidad por carecer de justificación material (67). Es imprescindible, en términos constitucionales, que el plazo otorgado no sea en exceso breve y que las condiciones o presupuestos sean tales que su presencia en plazo ante el tribunal sea posible, razonable y haya podido esperarse razonablemente (68). Compete a los jueces y tribunales, no al Tribunal Constitucional, examinar si se ha producido o no en el caso concreto la pérdida de un derecho (69).

b) *Plazos preclusivos («Prozessuale Ausschlußfristen»)*

La preclusividad de los plazos impugnatorios no responde sólo al principio de seguridad jurídica o a la protección de terceros, sino también a la idea de eficacia de la Administración (la cual debe conocer el período de tiempo en que sus actos son impugnables y las consecuencias que de ello pudieran derivarse).

Al legislador le está vedado establecer plazos que sean excesivamente breves. El actor tiene que disponer del tiempo suficiente para poder organizar su defensa de forma efectiva (para la reflexión, asesoramiento, articulación técnica, etc.). El artículo 19.IV GG, sin embargo, no concreta más. Como regla general, el plazo mínimo no podría ser inferior a una semana (70). La adecuación del plazo depende, en última instancia, de las particulares circunstancias del caso concreto. El efecto preclusivo no está anudado necesariamente a la indicación del recurso procedente. Pero, si así se ha dispuesto

(66) La idea de la seguridad jurídica es profusamente utilizada por la jurisprudencia constitucional para justificar los presupuestos de procedibilidad, particularmente en lo que los plazos se refiere. Vid. Cfr. la jurisprudencia constitucional en *Grundgesetz. Kommentar* (nota 4), núms. mág. 377 y sigs.

(67) Cfr. la jurisprudencia constitucional en *Grundgesetz. Kommentar* (nota 4) núm. marg. 426. Conforme a la doctrina dominante puede producirse la pérdida del derecho material y de las facultades procesales cuando su

ejercicio tardío afecte al principio de buena fe. En el Derecho Público, hay además otros intereses generales que justifican tal pérdida, tales como la paz jurídica (*ibid.* núms. 427-428).

(68) Cfr. la jurisprudencia constitucional en *Grundgesetz. Kommentar* (nota 4), núm. marg. 430.

(69) *Ibid.* núm. 431.

(70) Cfr. BVerfGE 36, 298 (302 y sigs.); 40, 237 (257 y sigs.); 41, 323 (326 y sigs.); 42, 128 (131). *Apud* SCHMIDT-ASSMANN (nota 6), núms. margs. 235-6.

legalmente, es claro que su observancia será determinante para el cómputo del plazo.

Por regla general, se deriva del artículo 19.IV GG el derecho a que se restablezcan los plazos, cuando la pérdida no le sea imputable al recurrente (71). En todo caso, tendrá que acordarse su restablecimiento cuando la omisión obedezca a causas de fuerza mayor.

c) *La inimpugnabilidad de los actos administrativos firmes*

Los actos administrativos no impugnados en tiempo y forma son inatacables (72). Habida cuenta de las severas consecuencias que trae consigo esta doctrina, tendrán que observarse siempre con particular escrúpulo los requisitos que la legitiman. En tal sentido, la falta de impugnación debe ser en todo caso imputable al actor. Tal es la condición que permite justificar los perjuicios derivados de la no interposición del recurso dentro del plazo establecido. El criterio del conocimiento de la existencia del acto resulta, por consiguiente, decisivo para determinar si la pérdida del plazo le es o no imputable al actor.

d) *Costas. Representación*

El artículo 19.IV GG no ha consagrado el derecho a una justicia gratuita. En principio, la Constitución permite imponer costas procesales también en la primera instancia así como su cobro anticipado (73). No cabe, por tanto, formular reparo constitucional alguno a la imposición de costas ni a la tradicional forma de regular el beneficio de pobreza del ordenamiento alemán—cuya concesión se hace depender de las probabilidades o perspectivas de

(71) Cfr. BVerGE 38, 35 (38); 43, 95 (98); 54, 80 (83 y sigs.). *Ibidem*.

(72) Tal consecuencia, una de las instituciones más importantes del Derecho Administrativo alemán, obedece, en primer término, al incumplimiento de la carga de impugnar, ínsita en la idea la diligencia exigible al justiciable. La responsabilidad y la diligencia se traducen efectivamente en la carga de impugnar.

Es igualmente la seguridad jurídica la que justifica los mismos plazos del recurso administrativo y del contencioso-administrativo [La jurisprudencia constitucional en *Grundgesetz. Kommentar* (nota 4), núm. marg. 378] y, con mayor razón, cuando concurren toda una constelación de intereses encontrados de terceras personas, en relaciones multilaterales. El propio TCF ha tenido ocasión de poner de relieve, en jurisprudencia reciente, el interés constitucional por que gane firmeza el acto

administrativo. Cfr. BVerfGE 58, 300 (324); BVerfGE 60, 253 (270). *Ibidem*. Vid. P. BADURA en ERICHSEN: *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., págs. 410-412.

La idea de la celeridad del proceso, por último, es otro de los argumentos empleados por la jurisprudencia para justificar instituciones como la de la firmeza y, en general, la importancia de los plazos [La jurisprudencia constitucional en *Grundgesetz. Kommentar* (nota 4), núm. marg. 379].

(73) No obstante, en caso de incumplimiento el único efecto que puede derivarse es el de la paralización del proceso. Cfr. BUERMAYER (nota 13), pág. 148 y sigs. Tampoco es incompatible con la Constitución el criterio objetivo del vencimiento, que es el que preside la materia en la ley jurisdiccional (art. 116 VwGO en relación con el art. 114 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

triunfo del litigante (*Erfolgsaussichten*). La regulación de las costas puede tener por objeto además impedir el recurso temerario o abusivo (mediante tasas mínimas o condena en costas por temeridad o mala fe; etc.). Ahora bien, ninguna norma podrá impedir de hecho el acceso como consecuencia de la capacidad económica de litigante (74).

La ley debe fijar la cuantía de las costas para que puedan conocerse antes de la interposición del recurso. En la imposición de las costas, se atenderá al principio de la justicia material. La cuantía de las costas será en todo caso razonable. En su cálculo tienen que aplicarse los principios de equivalencia o proporcionalidad y de cobertura del gasto, de modo que no se supere el montante real.

El legislador goza de un amplio margen de libertad para configurar la representación procesal en los términos que tenga por conveniente. Pero debe ponderar las ventajas que de ello se derivan con los costes económicos que trae consigo. Al actor le asiste el derecho a hacerse representar por un procurador de su elección (75). La Ley puede también disponer la obligatoriedad de la asistencia letrada.

#### C) LA NECESIDAD DE IMPETRAR JUSTICIA

La necesidad de impetrar justicia, de acudir a los tribunales (*Rechtsschutzbedürfnis*), a la que la legalidad ordinaria condiciona el ejercicio del propio recurso, es un requisito de procedibilidad que responde al principio de buena fe. El proceso judicial es el último remedio que conoce el Derecho. De ahí que sólo pueda deducirse el recurso en caso de que no haya otra solución mejor (más rápida, económica y eficaz). No cumpliría tal presupuesto una acción inútil, incapaz de surtir efectos prácticos, o la que tan sólo persiguiera fines teóricos (76). Con todo, no es un requisito que la jurisprudencia exija con especial rigor (se convertiría fácilmente en el talón de Aquiles de la jurisdicción). El artículo 19.IV GG no modifica en nada tal principio.

#### D) RENUNCIA

El interesado puede renunciar a la tutela judicial. El demandante podrá desistir del recurso, una vez abierta la vía judicial. Se condiciona a que el interesado sea consciente de las consecuencias y de los efectos que la renuncia trae consigo. Requisito que, de ordinario, no se da hasta que el acto ya se ha dictado y se ha dado a conocer a los interesados. La renuncia previa es lícita si el acto se dicta finalmente en los términos previstos.

(74) Cfr. la jurisprudencia constitucional en *Grundgesetz. Kommentar* (nota 4), núms. margs. 411-412.

(75) *Vid.* BUERMAYER (nota 13), págs. 119-130.

(76) Cfr. K. STERN: *Verwaltungsprozessuale Probleme in der öffentlich-rechtlichen Arbeit*, 6.ª edición, Beck, Munich, 1987, págs. 136-148.

Es posible renunciar a la acción desde el momento en que haya nacido el derecho del afectado a acceder a los tribunales. No sería válida una renuncia general y *a priori*, en blanco, es decir, antes de que el poder público haya vulnerado algún derecho o interés legítimo y, por consiguiente, antes de que haya nacido el derecho a la tutela judicial (77).

#### E) TUTELA JUDICIAL Y PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

El proceso judicial y el procedimiento administrativo guardan una estrecha y equilibrada relación, como ya hemos notado. Constituyen un complejo entramado con efectos recíprocos. Corresponde al legislador ordinario su concreta articulación.

##### a) *Vía administrativa de recurso («Vorverfahren»)*

La causación de estado, el agotamiento de la vía administrativa para acceder a la justicia, no es un obstáculo incompatible con la Constitución (78).

Sin embargo, la tutela judicial ejerce su influjo también sobre el procedimiento administrativo previo cuya concreta configuración no puede impedir o establecer límites irrazonables para acceder a los tribunales. La resolución administrativa que ponga fin al procedimiento nunca podría excluir el ulterior recurso jurisdiccional. Si el recurso administrativo no proporciona tutela alguna —por no ser posible su estimación, v.gr.—, no es necesaria su interposición puesto que, de lo contrario, constituiría un retraso incompatible con el artículo 19.IV GG (79). Tampoco impone el artículo 19.IV GG, obvio es decirlo, la existencia de un procedimiento administrativo previo en el que se ventile la legalidad y la oportunidad del acto impugnado (80).

Naturalmente, la apertura de la justicia no puede condicionarse a la resolución del recurso administrativo. Consumado el plazo pertinente sin que llegue a producirse resolución expresa, el interesado podrá interponer la llamada acción de inactividad (81). Las circunstancias del caso concreto po-

(77) H. J. PAPIER (nota 6), pág. 1257.

(78) El recurso administrativo obedece, básicamente, a los siguientes fines: la protección del ciudadano (como instrumento que garantiza la legalidad y la oportunidad del acto impugnado); la defensa de los intereses de la Administración (por cuanto permite el autocontrol de sus propios actos); y la descongestión de los tribunales (a través de su eventual estimación y consiguiente arreglo extrajudicial). No obstante, su función primordial es la de servir de instrumento de control de la legalidad y oportunidad del acto administrati-

vo, por lo que lejos de vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva lo fortalece.

(79) Así sucede en procedimientos interadministrativos de mero autocontrol. BVerfGE 40, 237 (256).

(80) Cfr. BVerfGE 35, 65 (73); 60, 253 (291); 69, 1, 48. SCHMIDT-ASSMANN (nota 6), núm. marg. 20, SCHRAMM (nota 6), pág. 289.

(81) El artículo 75 de la Ley de lo contencioso-administrativo (VwGO), se refiere a este punto, en los siguientes términos: Cuando no se haya resuelto materialmente el recurso administrativo o la solicitud instando que se dicte un acto administrativo dentro de un plazo

## 2. La efectividad de la tutela judicial

El artículo 19.IV GG garantiza no sólo el teórico acceso a la jurisdicción sino la efectividad del control judicial, tanto desde un punto de vista jurídico como fáctico (87). Los ciudadanos tienen el derecho sustancial a una tutela efectiva y real en todos los procesos e instancias que el legislador haya puesto a su disposición (88). La vulneración de sus derechos e intereses debe repararse igualmente en forma efectiva. La sentencia habrá de gozar del valor de cosa juzgada. Compete al legislador la concreción y complitud de este contenido esquemático que la Constitución salvaguarda. Veamos con mayor detalle los aspectos que encierra la «efectividad».

### A) DURACIÓN DEL PROCESO

Tal es, sin duda, el problema capital que tiene planteada la justicia de nuestro tiempo. Constituye la mayor amenaza para la efectividad de la tutela judicial. El Tribunal Constitucional Federal ha reiterado la necesidad de obtener justicia en el plazo adecuado, como elemento esencial del artículo 19.IV GG. «Tutela judicial efectiva significa sobre todo una justicia a tiempo» (89), en sintonía con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y otros Tribunales Constitucionales, como el nuestro.

Sin embargo, ¿por qué subsiste entonces la excesiva duración de los procesos? Para la doctrina (90), las causas son estructurales y residen en los propios fundamentos del sistema. El problema no se resuelve con una simple apelación a los presupuestos generales o a una sutil construcción doctrinal. La jurisdicción —y con ella, el artículo 19.IV GG— es víctima de su propia solidez, de su peculiar fisiología. Los jueces y tribunales, en efecto, tienen que resolver los asuntos de que conozcan con profundidad y perfección. Y ello exige tiempo. Al fin y al cabo, representan para el ciudadano el último baluarte frente a la acción del poder público. La resolución de los conflictos se difiere a los tribunales y a su específico modo de arreglo. Nótese, en tal sentido, que la decisión jurisdiccional no es «acción», sino «pensamiento» o «reflexión». Es ésta una de las notas que caracterizan al poder judicial y a su forma de trabajar por contraste con la que es inherente a los otros poderes públicos: su producto típico, en efecto, es un sistema argumental, un conjunto de pensamientos.

Con todo, del artículo 19.IV GG se infiere un mandato o principio de celeridad. No obstante, el legislador es libre de establecer un recurso judicial frente a su incumplimiento. El artículo 19.IV GG no garantiza un recurso

(87) Así, si el juez o tribunal aceptara los hechos determinantes de la resolución administrativa, sin revisarlos, estaría vulnerando el artículo 19.IV GG. Cfr. la jurisprudencia constitucional en *Grundgesetz. Kommentar* (nota 4), núm. marg. 466.

(88) Cfr. *Grundgesetz. Kommentar* (nota 4), núm. marg. 446.

(89) BVerfGE 35, 382 (405); 40, 237 (257), etc.

(90) *Vid.*, por todos, SCHMIDT-ASSMANN (nota 6), núm. margs. 262-263.

Derecho impone también el deber de motivar los actos administrativos de gravamen. Es el legislador, en primer término, el que debe concretar los términos en que se sustancia la obligación que tiene la Administración de motivar sus actos (86).

Por su parte, el artículo 19.IV GG demanda que, en el seno del proceso, la Administración ponga de manifiesto los motivos o razones que le llevaron a dictar el acto administrativo ahora impugnado. No es posible restringir este elemental postulado más allá de los supuestos excepcionales de materias especialmente reservadas o protegidas por el secreto. El tribunal puede estimar el recurso por el mero hecho de que la Administración se niegue a manifestar los motivos que le indujeron a dictar el acto impugnado.

d) *Registro administrativo y vista y examen del expediente*

La Administración ha de registrar y archivar aquellos documentos y expedientes que dicen relación con los ciudadanos. Tal exigencia se fundamenta no sólo en la racionalidad y eficacia del trabajo interno de la administración, sino en el derecho del recurrente a examinar el expediente administrativo.

e) *La preclusión procedimental («Verfahrenspräklusion»)*

La preclusión en el seno del procedimiento administrativo, a resultas del incumplimiento de los trámites previstos o de la no formulación de alegaciones dentro del plazo establecido, es una institución de capital importancia, tradicional en el proceso judicial. Hay procedimientos administrativos complejos —tales como los de elaboración de planes urbanísticos— en los que, con frecuencia, su práctica resulta imprescindible. La preclusión (en unión con la doctrina del acto firme) conecta de nuevo con la idea de la diligencia exigible al interesado y con la posible pérdida de sus derechos en caso de incumplimiento. Por lo demás, se trata de una institución autónoma por cuanto no incide sobre el acto administrativo, sino que se mueve en la fase previa del procedimiento, antes de que se adopte acto alguno. Por su carácter restrictivo o de gravamen, su establecimiento está reservado a la ley.

La existencia de plazos preclusivos es compatible con el derecho a la tutela judicial, siempre que permitan realmente la oportuna defensa y el interesado sea restablecido en sus plazos cuando la pérdida no le sea imputable.

(86) La motivación no tiene que hacerse siempre por escrito. Cfr BVerfGE 40, 272 (286).

propio o independiente a tal efecto. En los supuestos de manifiesta dilación, le asiste al interesado la posibilidad de interponer el recurso de amparo (piénsese, por ejemplo, en el incumplimiento de los medios legalmente previstos para hacer efectiva la celeridad del proceso) (91).

La profusa utilización de la tutela cautelar en Alemania (bien sea mediante la suspensión del acto impugnado; o mediante la adopción de medidas positivas) mitiga la excesiva duración de los procesos (92).

#### B) LA TUTELA CAUTELAR (*VORLÄUFIGER RECHTSSCHUTZ*) Y LA TUTELA PREVENTIVA (*VOBEUGENDER RECHTSSCHUTZ*)

La efectividad de la tutela impone asimismo, en términos constitucionales, la adopción de cuantas medidas cautelares sean necesarias para asegurar la eficacia de la resolución final (93). Las exigencias del artículo 19.IV GG son superiores en este terreno a las que dimanarían de la cláusula de la garantía general de justicia que deriva de la noción del Estado de Derecho.

La tutela judicial efectiva debe garantizar el objeto litigioso mientras pende la sentencia. Es éste, desde luego, uno de los postulados más elementales que emana del artículo 19.IV GG. En nada quedaría convertido el citado precepto, con todo lo que ello implica, si no fuera siquiera capaz de asegurar la pervivencia y conservación del objeto litigioso en tanto se sustancia

(91) Cfr. SCHMIDT-ASSMANN (nota 6), núm. marg. 263; H. J. PAPIER (nota 6), pág. 1267, etc. La GG no ha establecido un derecho —autónomo— a un proceso sin dilaciones indebidas, como es nuestro caso. Extrae el mandato, como hemos visto, de la efectividad de la tutela.

(92) Vid. J. BARNÉS: *La tutela cautelar y la celeridad en la justicia administrativa alemana. Crónica de las nuevas tendencias legislativas*, «Revista Andaluza de Administración Pública», núm. 3 (1990).

(93) La cuestión de la tutela cautelar ha merecido enjundiosos estudios. Por todos, baste citar a FINKELNBURG-JANK: *Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren*. Ed. Beck, 3.ª ed., Munich, 1986; y a la extensa obra de F. SCHOCH: *Vorläufiger Rechtsschutz und Risikoverteilung im Verwaltungsrecht*. Ed. R.v. Decker's, 1988. (Una panorámica de la institución en todos los procesos alemanes, en la obra colectiva: *Handbuch des vorläufigen Rechtsschutzes. Einsweiliger Rechtsschutz in allen wichtigen Verfahrensarten*. Ed. Rehr, Munich, 1988).

Una visión más sintética puede verse en O. KOPP: *Verwaltungsgerichtsordnung*. Ed. Beck, Munich, 1989 (comentario al art. 80, págs. 915-1019, y art. 123, págs. 1477-1504), y H. ULE: *Verwaltungsprozessrecht*. Ed. Beck,

Munich, 1987, pág. 364-387); o, más recientemente, F. SCHOCH: *Grundfragen der verwaltungsgerichtlichen vorläufigen rechtsschutzes*, «Verwaltungs-Archiv», núm. 2, 1991.

En cualquier caso, abundan los estudios monográficos en los que se abordan con todo detalle la práctica de la tutela cautelar en diversos sectores materiales. Así, por ejemplo, pueden verse: J. LIMBERGER: *Probleme des vorläufigen Rechtsschutzes bei Großprojekten*. Ed. Duncker-Humblot, Berlín, 1985; R. MÜLLER-GLÖSE: *Die Verwaltungsgerichtliche Kontrolle administrativer Immisionsprognosen*. Ed. O. Schwart-Göttingen, 1982; W. R. SCHENKE: *Rechtsschutz bei normativen Unrecht*. Ed. Duncker-Humblot, Berlín, 1979.

Por lo demás, para conocer el sistema de tutela cautelar que dispensa la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa general, pueden consultarse: J. BARNÉS (nota 92); y, más recientemente, K. REDEKER: *Die Neugestaltung des vorläufigen Rechtsschutzes in der Verwaltungsgerichtsordnung*. «NVwZ», núm. 6, 1991. Y para el contexto y significado general de la reforma parcial habida en lo contencioso alemán, vid. P. STELKENS: *Das Gesetz zur Neuordnung des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens (4. VwGOändG)-Des Ende einer Reform?* «NZfVw», núm. 3, 1991.

su arreglo. La tutela cautelar es, pues, uno de los temas nucleares de la dogmática del artículo 19.IV GG. Precepto que, por demás, no es indiferente a las posibles medidas provisionales que puedan adoptarse, puesto que lo que garantiza es la eficacia real de las técnicas de protección cautelar. En términos constitucionales lo determinante no es sino la efectividad de la medida provisional.

Con todo, la doctrina ha sabido advertir al mismo tiempo de los riesgos que la tutela cautelar también presenta: el peligro de prejuzgar el fondo del asunto; la mayor duración del proceso hasta obtener una sentencia definitiva; su difícil aplicación en los procesos multilaterales. La garantía constitucional de la tutela cautelar decae cuando el proceso principal no pretende más que la defensa objetiva de la legalidad (94).

El efecto suspensivo automático de que goza, en términos generales, el recurso administrativo y jurisdiccional (de carácter impugnatorio) (95) plantea algunos interrogantes a la doctrina. El más elemental en esta sede reside en determinar hasta qué punto se deriva el sistema instaurado por la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa (VwGO) —la suspensión automática como regla general— del propio artículo 19.IV GG. Se trata, desde luego, de una cuestión debatida, de no fácil resolución. En términos constitucionales, cuando menos, no es posible garantizar siempre el efecto suspensivo, puesto que el interés general puede exigir en ocasiones la inmediata ejecución del acto impugnado (96). La Constitución, por su parte, no impone un sistema unívoco de protección cautelar. Sin embargo, sería inconstitucional establecer un *numerus clausus* de medidas cautelares (97). La jurisprudencia ha puesto de relieve la capital importancia que, bajo el perfil constitucional, posee la suspensión como instrumento determinante y decisivo para hacer efectiva la tutela judicial (98). En cualquier caso, a la Constitu-

(94) Cfr. SCHMIDT-ASSMANN (nota 6), núms. marg. 273 y sigs.

(95) Para una sintética exposición del sistema de medidas cautelares, *vid.* BARNÉS (nota 92).

(96) Cfr. la jurisprudencia constitucional en *Grundgesetz. Kommentar* (nota 4). Asimismo, SCHMIDT-ASSMANN (nota 6, núm. marg. 274).

FINKELNBURG-JANK subrayan que la suspensión automática a la que se refiere la Ley jurisdiccional es expresión de la tutela judicial efectiva. El efecto suspensivo, recuerdan con palabras de la propia jurisprudencia, constituye un «principio esencial del proceso en el que se resuelve un litigio jurídico-público» y «pertenece a unos de los elementos esenciales de la tutela judicial».

Sin embargo, afirman, el legislador no está obligado a mantener el sistema del efecto suspensivo automático. En cualquier caso, habría de garantizarse que el tribunal pudiera conocer acerca del efecto suspensivo antes de su ejecución, de modo que confirmara la preva-

lencia del interés general. Para obtener el aprobado constitucional la decisión judicial habría de producirse a tiempo. Sería incompatible con el artículo 19.IV GG cualquier medida que a tal propósito dificultara el acceso al tribunal.

(97) El TCF consideró incluso conveniente aplicar otras medidas y órdenes cautelares —diversas de la suspensión— que no estaban expresamente previstas en la ley jurisdiccional. Cfr. BVerfGE 46, 166 y sigs. Inspirándose en el artículo 123 de la VwGO, dispuso su aplicación analógica a la jurisdicción social.

(98) Cfr. BVerfGE 35, 263 (274); 35, 382 (401); 46, 166 (178), etc. El efecto suspensivo del recurso contencioso-administrativo, en efecto, resulta decisivo en términos constitucionales, habida cuenta de la larga duración de todo proceso, sin cuya existencia no podría haber una verdadera tutela judicial frente a la Administración. Y también: el efecto suspensivo del recurso administrativo y del contencioso-administrativo constituye una adecuada expresión de la garantía constitucional de la

ción no le importa tanto la técnica de la que se haga uso, cuanto el resultado efectivo (99).

En principio, el derecho a la tutela judicial efectiva no exige, en esta sede, más que un examen general y sumario de las posibilidades de éxito o de triunfo del asunto de fondo (*Erfolgsaussichten*) (100). Un juicio más detenido requeriría del juez un tiempo adicional que haría peligrar la eficacia misma de la medida provisoria (101).

La denominada tutela preventiva o *ex ante* es otra de las consecuencias de la efectividad de la tutela judicial: se proyecta sobre el acto administrativo antes de que emane de la propia Administración, cuando el procedimiento está todavía abierto, tanto para evitar un daño irreparable cuanto para obtener la tutela en el plazo oportuno.

La efectividad de la tutela judicial, en efecto, no se circunscribe a las lesiones presentes o consumadas. Hay hipótesis en las que la violación de los derechos subjetivos es inminente, aunque no se haya producido todavía (p. ej., porque la norma requiere de un acto de ejecución: en el planeamiento territorial; etc.). El artículo 19.IV GG puede imponer, en su caso, una tutela preventiva o *ex ante* (102). Ello implica la intervención del órgano jurisdiccional en el seno de un procedimiento no cerrado de otro poder público. Habida cuenta de que las denominadas «reservas judiciales» tienen en la Constitución un carácter excepcional y tasado (art. 13.II, para el registro domiciliario; 104, para la puesta a disposición judicial del detenido), la tutela preventiva no forma parte del contenido o estándar normal de protección que dispensa el artículo 19.IV GG y requiere, en consecuencia una especial justificación material que la legitime.

tutela judicial efectiva. Cfr. la jurisprudencia constitucional del artículo 19.IV GG en *Grundgesetz. Kommentar* (nota 4), núms. margs. 449, 450 y 452.

(99) Cfr. BVerfGE 51, 268 (285). *Apud* SCHMIDT-ASSMANN (nota 6), núm. marg. 274; asimismo, H. J. PAPIER (nota 6), pág. 1272.

Basta al artículo 19.IV GG que el efecto suspensivo del acto impugnado se mantenga en tanto el órgano jurisdiccional se pronuncia sobre la adopción de la medida cautelar. También podría el legislador fijar, en lugar de un sistema casi automático (como el vigente), un modelo judicial que remitiera la solución de cada caso a la resolución jurisdiccional.

Cabría igualmente mantener la suspensión hasta la primera instancia y, en caso de obtener una sentencia desestimatoria, concluir el efecto suspensivo, que podría volver a acordarse por el tribunal de instancia en atención a las circunstancias del caso concreto. No obstante, en la reciente reforma de la Ley de lo

contencioso de 1960, se ha desechado expresamente tal posibilidad. El efecto suspensivo perdura hasta que la sentencia sea firme.

En todo caso, la tutela cautelar habrá de ser tanto más eficaz cuanto mayor sea la carga que se le impone al ciudadano y más perdurable sean sus efectos (como por ejemplo, en el caso del derecho de asilo). Cfr. la jurisprudencia constitucional en *Grundgesetz. Kommentar*, núm. marg. (nota 4), 450.

(100) Cfr. SCHMIDT-ASSMANN (nota 6), núm. marg. 276. Cuando el recurso resulta manifiestamente infundado podrá acordarse la ejecución inmediata del acto impugnado.

(101) Cfr. SCHMIDT-ASSMANN (nota 6), núm. marg. 227.

(102) Consecuencia generalmente admitida, tanto por la jurisprudencia cuanto por la doctrina mayoritaria; cfr. BVerfGE 14, 323 (328); *vid.* la doctrina citada por SCHMIDT-ASSMANN, *ob. cit.*, pág. 152, nota núm. 160.

## C) LA SENTENCIA

El artículo 19.IV GG no sólo garantiza una amplia revisión desde el punto de vista fáctico y jurídico, sino la obtención de una resolución judicial que por sus efectos y alcance repare la lesión sufrida (103). La apertura del proceso tiene un mero carácter instrumental, como resulta evidente: no pretende más que la obtención de una efectiva resolución sobre el fondo del asunto. El artículo 19.IV GG no concreta las clases o los efectos de las sentencias o de acciones procesales. El contenido mínimo que ha de tener la sentencia es el declarativo (pronunciándose sobre la existencia o no de una lesión jurídica). Para constatar qué otros efectos pueden derivarse de la lesión producida, hay que remitirse al propio Derecho material.

Para la resolución de tal interrogante, han de combinarse criterios materiales y procesales. En tal sentido, el legislador —que goza de un evidente margen de actuación— debe ponderar los diversos intereses constitucionales en juego —v.gr.: la protección de la confianza y de la seguridad jurídica; la firmeza de los actos; la eficacia administrativa; etc.—. Por ello, podría centrarse en el carácter declarativo de la sentencia como regla general, pues el artículo 19.IV GG contiene sólo una garantía para la defensa judicial; no impone en todo caso la anulación del acto impugnado. Del artículo 19.IV GG sólo cabe derivar la nulidad del acto administrativo —en términos de obligatoriedad— para los supuestos de especial gravedad.

En cambio, para las normas jurídicas, la nulidad habrá de ser la regla general. Tal reacción del ordenamiento es la que mejor se compagina con los efectos generales que se desprenden de las normas jurídicas. Naturalmente, no todos los vicios desembocan en la nulidad. En esta sede, sólo de forma excepcional, podría el legislador atribuirle prioridad a la seguridad o a la confianza jurídicas para conservar la norma.

El artículo 19.IV GG postula la armonización del Derecho material con el procesal. La acción declarativa que tiene por objeto la declaración de que el acto impugnado es contrario a Derecho puede ser suficiente de cara a la reparación del derecho lesionado. En cierto modo, la sentencia declarativa confía o difiere la efectividad de la tutela a la buena voluntad del poder público contra el que se dicta. Sin embargo, ello no empece a lo dispuesto por el artículo 19.IV GG. De ordinario, pues, la garantía de la tutela judicial se satisface sin tener que recurrir a una sentencia anulatoria o a los medios de ejecución forzosa. Sólo en la medida en que no quedara suficientemente garantizado que el poder público va a extraer todas las consecuencias necesarias de la declaración, podrá imponer el artículo 19.IV GG una fórmula más severa.

En principio, la fuerza de cosa juzgada impide que los efectos de la sentencia se circunscriban al proceso singular. Sin embargo, cuanto mayor sea

(103) Cfr. la jurisprudencia constitucional en *Grundgesetz. Kommentar* (nota 4), núm. marg. 296.

la amplitud de sus efectos más problemática resulta, puesto que el derecho a la defensa exigiría dar audiencia a todos los interesados (art. 103.I GG). La fuerza de cosa juzgada no sólo afecta a la Administración demandada, sino a todas aquellas Administraciones que puedan dictar iguales resoluciones. La ejecución de las sentencias condenatorias de la Administración no plantea, ni en la dogmática ni en su aplicación práctica, problema específico alguno.

### VII. La vía judicial ordinaria del artículo 19.IV.2 GG

El artículo 19.IV GG, como ya hemos notado, contiene una cláusula supletoria, en virtud de la cual la jurisdicción ordinaria conocerá de los litigios que enfrenten al ciudadano con el poder público, cuando las normas procesales nada dispongan sobre la jurisdicción competente.

En tal sentido, el artículo 19.IV GG no ha querido plantear dudas sobre su aplicabilidad y eficacia. Su significado práctico, sin embargo, resulta escaso, puesto que el ámbito de que conoce la justicia administrativa es de tal amplitud que apenas deja espacio a la supletoriedad de la jurisdicción ordinaria. La existencia del recurso de amparo constitucional disminuye aún más las posibilidades de la jurisdicción ordinaria (104). A nuestros efectos, se entiende por jurisdicción ordinaria, la civil, la penal y la jurisdicción voluntaria.

### VIII. El artículo 19.IV GG y la modificación de la Constitución

El artículo 79.3 GG, atinente a la modificación de la Ley Fundamental, sustrae ciertas materias a la reforma constitucional (división de la Federación en *Länder*, principio de cooperación; los principios de los arts. 1 y 20 GG). El artículo 19.IV GG, por su parte, no está excluido de la reforma y, por consiguiente, puede modificarse, en los términos y en las condiciones que dispone el citado precepto. No obstante, el principio del Estado de Derecho pertenece a las materias indisponibles; de ahí que no sea posible renunciar por completo a la garantía del acceso a la jurisdicción que en aquél hunde sus raíces. Con todo, la reforma de la Constitución podría sustituir el control judicial de ciertas materias por otro tipo de controles siempre, claro está, que lo legitimara un especial interés general (105).

(104) Cfr. H. J. PAPIER (nota 6), pág. 1268; SCHMIDT-ASSMANN (nota 6), núm. margs. 294-295.

(105) Podría reformarse la Constitución, en efecto, en el sentido de permitir que el con-

trol de ciertas intervenciones —p. ej., sobre el secreto de correspondencia y de las comunicaciones— se confiara, bajo determinados requisitos, a órganos parlamentarios, sustrayéndolo del control judicial.

### IX. El artículo 103.I GG: el derecho de audiencia o derecho a la defensa

El artículo 103.I GG, según sabemos, afirma que todos tienen derecho a ser oídos legalmente ante los tribunales. Se trata de un derecho fundamental, conceptual y normativamente autónomo del derecho a la tutela judicial efectiva (cfr. núm. III.2).

El derecho de audiencia o de defensa consiste básicamente en la posibilidad que le asiste al justiciable de alegar cuanto tenga por conveniente, tanto desde un punto de vista fáctico como jurídico, antes de que se dicte la oportuna resolución (106).

Como ya hemos notado, constituye también una genuina expresión del principio del Estado de Derecho y se encuentra estrechamente relacionado con el artículo 19.IV GG. Son numerosas las instituciones y reglas procesales que se apoyan en uno y otro, de modo que su infracción —sea legislativa o en su aplicación— termina por lesionar ambos derechos.

Naturalmente, no toda infracción procesal en esta materia tiene relevancia constitucional. Según la jurisprudencia, se lesionará el derecho a la defensa, básicamente, en los siguientes supuestos: 1) cuando la interpretación practicada por el órgano jurisdiccional conduzca a un resultado que, de estar expresamente previsto en la norma, habría de tacharse de inconstitucional (107); 2) cuando la aplicación que haga de la legalidad sea manifiestamente injusta (108), o, 3) abusiva (109).

Por lo demás, es inmediatamente aplicable aunque las leyes procesales hubieren omitido su regulación.

El derecho a la defensa comprende las siguientes facultades:

1) Derecho a ser informado. Las partes, en efecto, tienen derecho a una completa información acerca de los asuntos del proceso. La interpretación que de este derecho ha hecho la jurisprudencia es lo más extensa y amplia posible. Comprende el conocimiento de las alegaciones de la parte contraria (incluyendo los anexos documentales); la información de aquellos hechos que, aunque fueren manifiestos, pudieran ser desconocidos a una de las partes; los hechos y los medios de prueba admitidos por el tribunal; el atestado policial; los hechos constatados que tengan su origen en otro proceso; etc. Corresponde al tribunal hacerlo efectivo, sin que sea necesaria instar la información. La vista y examen del expediente se localiza igualmente en el marco de este derecho. La notificación y entrega de la información tiene por objeto hacer viable el derecho a la defensa.

(106) Las tres cuartas partes de los recursos de amparo constitucional alegan la violación del derecho a la defensa —o a ser oído legalmente, en la expresión más estrecha y literal, que contiene el artículo 103.I GG—. Ocupa el primer lugar entre los motivos de recursos estimados por el Tribunal Constitucional Federal. Cfr. PIEROTH, *ob. cit.*, pág. 641.

(107) Cfr. BVerfGE 74, 228/233 y sigs.

(108) Cfr. BVerfGE 69, 145/149.

(109) Cfr. BVerfGE 69, 126/139; 75, 302/306 y sigs. *Ibidem*, pág. 642.

Ocasionalmente, el TCF ha apelado al requisito de que la aplicación de la legalidad ordinaria sea arbitraria: BVerfGE 69, 126/139 y sigs.; 74, 228/234.

2) El derecho a hacer alegaciones. Las partes tienen la facultad de alegar cuanto estimen conveniente a su defensa —tanto desde un punto de vista fáctico como jurídico—, en relación con el objeto del litigio. Cuando menos, las alegaciones habrán de vertirse por escrito (no existe, en términos constitucionales, el derecho a una audiencia oral). La idea de la diligencia exigible al justiciable emerge de nuevo en esta sede, y por su virtud el ejercicio del derecho es una cuestión que incumbe al interesado (el cual deberá hacer uso de las posibilidades que le ofrezca el proceso de que se trate). Pierde su derecho de no hacerlo valer en su momento oportuno (ello no quiere decir, claro está, que el artículo 103.I GG permita resoluciones sorpresivas).

Los plazos que el tribunal establece para presentar las alegaciones de las partes deben ser suficientes y proporcionados a la defensa del justiciable, en términos objetivos al fin que persiguen (p. ej. no satisface tales condiciones un plazo de tres días laborales, o de 6 días, incluyendo un fin de semana; ni tampoco cabe un día respecto del proceso sobre medidas cautelares). Y para restituir los plazos que se han dejado transcurrir tampoco pueden exagerarse los requisitos (así, en caso de ausencia por vacaciones no es necesario exigir condición alguna; tampoco le son imputables los retrasos del correo).

3) El derecho a que se tengan en cuenta cuantas manifestaciones se produzcan en el seno del proceso. El artículo 103.I GG postula que el tribunal tome en consideración y pondere todas las alegaciones que las partes hayan formulado. No quiere ello decir, sin embargo, que la sentencia tenga que hacer referencia expresa a cada uno de los puntos de manifiesto (las alegaciones fundamentales, por contra, deben tener un tratamiento específico en la argumentación de la resolución judicial).

