

CUADERNOS CONSTITUCIONALES

DE LA CÁTEDRA FADRIQUE FURIÓ CERIOL

22/23

MARTIN IBLER
(Universidad de Göttingen)

*El derecho a la tutela judicial en el Estado
de Derecho de la Ley Fundamental de Bonn
Especial consideración del Derecho de exámenes **

I. El derecho a la tutela judicial como derecho fundamental. II. La garantía de la tutela judicial y la jurisdicción contencioso-administrativa. III. El derecho público subjetivo como objeto de protección de la garantía de la tutela judicial. IV. La intensidad de la tutela judicial garantizada: A) La intensidad de la tutela judicial como tema permanente en el Derecho constitucional y administrativo; B) La tutela judicial en el Derecho de exámenes como ejemplo de la intensidad de la tutela judicial garantizada. V. Conclusión.

I. EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL COMO DERECHO FUNDAMENTAL

El art. 19.4. de la Ley Fundamental de Bonn [en adelante, LF] señala que "toda persona cuyos derechos se vean vulnerados por el poder público podrá recurrir a la vía judicial". Esta garantía constituye un derecho fundamental en la Constitución alemana. Su violación supone que el ciudadano pueda presentar recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional Federal.

El art. 19.4 de la LF garantiza la tutela judicial contra la administración. Por otro lado, el art. 19.4 LF no asegura la protección de los ciudadanos en el proceso civil, quedando esta última garantizada por el principio de Estado de Derecho, consagrado en el art. 20.3 LF. El art. 19.4 LF tampoco garantiza la tutela judicial contra sentencias judiciales, para evitar un interminable número de recursos. Sin embargo, si un juzgado causa la indefensión de una persona (art. 19.4 LF y 20.3 LF), su sentencia vulnera el art. 19.4 LF y puede ser recurrida ante el Tribunal Constitucional Federal a través de un

* El presente trabajo constituye la versión revisada y aumentada de las conclusiones expuestas por el autor el 11 de septiembre de 1998 en el Coloquio hispano-alemán de Derecho Público Europeo sobre "El Estado de Derecho – El principio del Estado de Derecho y su realización" y que se celebró en Germershausen (Baja Sajonia) en el marco de la cooperación entre la Georg-August-Universität Göttingen y la Universitat de València. El autor quiere expresar su agradecimiento a los profesores Mariano García Pechuán (Universitat de València) y Dr. José Martínez Soria (Universität Göttingen) por su ayuda en la traducción de esta contribución.

recurso de amparo¹. Se discute si acaso el art. 19.4 LF garantiza la tutela judicial contra el legislador; la respuesta debe ser afirmativa, dado que los derechos fundamentales también ofrecen protección ante las leyes que los violan (art. 1. 3 LF)².

II. LA GARANTÍA DE LA TUTELA JUDICIAL Y LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Con el término "vía judicial" (*Rechtsweg*) en el sentido de la garantía recogida en el art. 19.4 LF se hace referencia a la vía ante los juzgados y tribunales³; una tutela "judicial" sólo por la administración no basta, pues, para cubrir la exigencia dimanante de la garantía constitucionalmente establecida. Por este motivo, se habla preferiblemente de la "garantía de la protección judicial" o de la "garantía de la tutela judicial". Para la realización de este mandato constitucional el legislador ha creado por mediación de la Ley de Jurisdicción contencioso-administrativa federal (*Verwaltungsgerichtsordnung*, VwGO. En adelante, LJCAF) el cuadro normativo correspondiente. Así, la LJCAF contempla los juzgados contencioso-administrativos, los Tribunales contencioso-administrativos superiores y el Tribunal contencioso-administrativo supremo. También regula sus competencias y los procedimientos respectivos. De esta forma, la garantía de la tutela judicial se realiza por una jurisdicción específica como es la jurisdicción contencioso-administrativa. Únicamente para el supuesto de que en presencia de una lesión originada por los poderes públicos no pudiese entenderse como competente la jurisdicción contencioso-administrativa habría que entender que la Constitución en su art. 19.4.2 dejaría abierto el camino de la protección a través de la jurisdicción civil. Este caso excepcional tiene, sin embargo, únicamente una relevancia teórica, porque la LJCAF garantiza la tutela judicial con una cláusula general de competencia contencioso-administrativa (la así denominada "*verwaltungsgerichtliche Zuständigkeits-Generalklausel*"). Según esta cláusula, el art. 40.1 LJCAF abre la posibilidad de acudir ante los tribunales contencioso-administrativos en casos litigiosos administrativos, siempre que estos casos no sean expresamente reservados al Tribunal Constitucional o a otros juzgados o tribunales.

III. EL DERECHO PÚBLICO SUBJETIVO COMO OBJETO DE PROTECCIÓN DE LA GARANTÍA DE LA TUTELA JUDICIAL

La LJCAF limita la cláusula general de competencia contencioso-administrativa y, con pocas excepciones⁴, toda la tutela judicial administrativa alemana, a la

¹ Eberhard SCHMIDT-ASSMANN, en Theodor MAUNZ y Günter DÜRIG (eds.): *Grundgesetz, Kommentar*, C. H. Beck, Múnich, 1985, Comentario al art. 19.4 de la LF, número marginal 96.

² Cfr., por ejemplo, Hartmut KRÜGER, en Michael SACHS (ed.): *Grundgesetz, Kommentar*, C. H. Beck, Múnich, 1996, art. 19 número marginal 123.

³ Véase, por ejemplo, Walter KREBS, en Ingo V. MÜNCH y Philipp KUNIG (eds.): *Grundgesetzkommentar*, Vol. 1, 4ª ed., C. H. Beck, Múnich, 1992, art. 19, número marginal 63.

⁴ En ese sentido los Tribunales Superiores Administrativos examinan la conformidad objetiva a derecho de la norma en cuestión mediante el procedimiento de control abstracto de

protección de la violación del derecho público subjetivo de los administrados. Por este motivo –esto es, dada la señalada concentración en la protección de la violación de los derechos públicos subjetivos– obtiene la noción de "derecho público subjetivo" una importancia decisiva en el sistema de tutela judicial alemán en general, y para la jurisdicción contencioso-administrativa alemana en específico. Contemplado esto positivamente, significa que el objeto al que prestan protección las previsiones normativas del art. 19.4 LF y la LJCAF es el derecho público subjetivo. Si se contempla negativamente, el término de "derecho público subjetivo" indica una posición específica cualificada o interés en concreto, sin cuya concurrencia el ciudadano se quedaría sin protección ante los tribunales contencioso-administrativos. Todo esto indica que en Alemania la garantía de la tutela judicial y la jurisdicción contencioso-administrativa no tienen por objeto en sí servir a la garantía de la legalidad de la actuación del Estado. Ciertamente, la garantía de la tutela judicial y la jurisdicción contencioso-administrativa aparejan el resultado de asegurar la actuación del Estado acorde con el Derecho, pero ese resultado sólo comparece en los supuestos en que los poderes públicos restrinjan los derechos públicos subjetivos del ciudadano y, además, éste reaccione jurídicamente contra dichas lesiones.

Si no existe lesión del derecho subjetivo del ciudadano o éste no actúa interponiendo una demanda judicial, entonces el Estado asegura la legalidad de su actuación de otra forma, esto es, no a través de la garantía de la tutela judicial y de la jurisdicción contencioso-administrativa sino desde la obligación del poder del Estado que es intrínseca al principio del Estado de Derecho y que exige la actuación de todos los poderes del Estado de acuerdo con el Derecho, así como por mediación de instrumentos de control externos distintos de la jurisdicción contencioso-administrativa como, por ejemplo, los mecanismos de supervisión entre y dentro de los diversos sujetos en que se organiza la administración del Estado.

Los derechos públicos subjetivos protegidos por la tutela judicial y la jurisdicción contencioso-administrativa son *par excellence* los derechos fundamentales, pero también se encuentran integrados en dicha categoría un conjunto de derechos públicos subjetivos no pertenecientes a la Constitución⁵. Dichos derechos subjetivos "sencillos" o bien los crea el legislador o bien pueden surgir también del derecho consuetudinario. En concreto, el legislador genera dichos derechos subjetivos cuando establece normas jurídicas que no sirven únicamente al interés de la comunidad sino que –al menos también– sirven al interés de concretos individuos⁶. La determinación de si la norma jurídica tiene como finalidad la generalidad o el individuo, resulta de un proceso de interpretación. Así, la interpretación adquiere la dimensión de una función de primera relevancia en la jurisdicción contencioso-administrativa, siendo que pertenece en último

normas que se aplica a los preceptos de rango inferior a la ley de acuerdo con lo establecido por el § 47 LJCAF.

⁵ Y ello en cuanto que el art. 19.4 LF en su calidad de artículo de cierre del catálogo de derechos fundamentales se refiere sistemáticamente a los mismos, pero, desde su tenor literal, al emplear el término "derechos" (*Rechten*) y no "derechos fundamentales" (*Grundrechten*), no se limita a éstos últimos, sino que extiende su garantía a otros derechos, esto es, también a los derechos públicos subjetivos no provistos de rango constitucional. Véase, a título de ejemplo, Volkmar GÖTZ: *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 4ª ed., C. H. Beck, Múnich, 1997, pág. 51.

⁶ Así, por ejemplo, Hartmut MAURER: *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 11ª ed., C. H. Beck, Múnich, 1997, § 8 número marginal 8.

término y con carácter vinculante a los jueces (en relación con la administración controlada que, asimismo, debe interpretar las leyes para poder desenvolver su actuación). Para poder interpretar si una ley ofrece a los ciudadanos, a nivel individual, un derecho público subjetivo, hay que tener en cuenta que el art. 19.4 LF parte de la existencia de estos derechos y de que su intención es protegerlos. Esta finalidad de protección no debe quedar vaciada de contenido, como resultaría de una interpretación que abarcara un número limitado de derechos como susceptibles de incardinarse en la noción en que se sustenta el precepto constitucional. Por esto, y aunque en ocasiones se niegue, se deriva necesariamente un principio de interpretación: si alguien es favorecido por una ley, se considerará este favorecimiento en caso de duda no como un "reflejo de derecho" sin protección, sino como un derecho cuya protección queda garantizada por el art. 19.4 LF⁷.

IV. LA INTENSIDAD DE LA TUTELA JUDICIAL GARANTIZADA

A) La intensidad de la tutela judicial como tema permanente en el Derecho constitucional y administrativo

La cuestión sobre si cabe una tutela judicial frente a los poderes públicos ya no se plantea de forma abierta, dadas las determinaciones constitucionales y legales de los arts. 19.4 LF y 40.1 LJCAF. Sin embargo, el cómo articular la tutela judicial exigida por la garantía constitucional de la protección jurisdiccional efectiva constituye uno de los grandes temas de debate permanente en el Derecho constitucional y administrativo⁸.

⁷ Tribunal Constitucional Federal [en adelante BVerfG]. Sentencia de 5 de febrero de 1963 -2 BvR 21/60- *Amtliche Entscheidungssammlung* [en adelante BVerfGE] tomo 15, pag. 275 (281 f.). La posición del legislativo en relación con el poder judicial queda en cualquier caso salvaguardada en cuanto que queda en manos de éste determinar la orientación de la interpretación de la ley mediante la elección de una determinada formulación del precepto normativo, evitando dudas o precisando el precepto interpretado, de modo que para lo futuro quede excluida la interpretación no deseada por él.

⁸ Por ejemplo, Fritz OSSENBÜHL: "Gedanken zur Kontrolldichte in der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung", en BENDER/BREUER/OSSENBÜHL/SEDLER (eds.): *Festschrift für Redeker*, C. H. Beck, Múnich, 1993, pág. 55 (56) y, del mismo, "Die richterliche Kontrolle von Prognoseentscheidungen der Verwaltung", en ERICHSEN/HOPPE/V. MUTINS (eds.): *Festschrift für Menger*, Carl Heymanns, Berlín, 1985, pág. 731; Rainer WAHL: "Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit", *Verwaltungsblätter Baden-Württemberg* (1988), pág. 387 (387) y "Risikobewertung der Exekutive und richterliche Kontrolldichte - Auswirkungen auf das Verwaltungs- und das gerichtliche Verfahren", *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* (1991), pág. 409 (409); Rupert SCHOLZ: "Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit", en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, tomo 34, Walter de Gruyter, Berlín, 1976, págs. 145 y ss. (146); Wolfram HÖFLING: "Die Prüfungsentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts und die Dogmatik des exekutiven Beurteilungsspielraums", *Recht der Jugend und des Bildungswesens* (1995), págs. 387 y ss. (396); Hans Heinrich RUPP: "Ermessen", "unbestimmter Rechtsbegriff" und kein Ende", en FÜRST/HERZOG/UMBACH (eds.): *Festschrift für Zeidler*, Walter de Gruyter, Berlín, 1987, tomo I, pág. 455 (457); Helmuth SCHULZE-FIELTIZ: "Neue Kriterien für die verwaltungsgerichtliche Kontrolldichte bei der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe", en *Juristenzeitung* (1993), págs. 772 y ss. (776).

Si se tiene en consideración la diferencia entre el si y y cómo de la tutela judicial, se hace preciso advertir que aquí se está ante una diferenciación imprecisa, en particular en sus zonas limítrofes. Así, a la cuestión sobre el cómo no le corresponde únicamente la cuestión sobre el si, sino que también se le contrapone la cuestión del cómo no, describiendo dicho cómo no un ámbito sin tutela judicial, de forma que -en último análisis- también aquí se plantea la cuestión sobre el si de una tutela judicial en este ámbito. La cuestión, por tanto, sobre el cómo de la tutela garantizada por el art. 19.4 LF implica un amplio número de subcuestiones diversas pero interrelacionadas como, por ejemplo, la de la relación entre ciudadano y Estado y la que atañe a las interrelaciones de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial en el Estado. Ya nos hemos dedicado a una de estas preguntas anteriormente: ¿Cuándo garantiza una norma al individuo un derecho público subjetivo, que al mismo tiempo le posibilite y delimite su tutela judicial? Otra de estas cuestiones es la relativa a la intensidad de control de las actuaciones administrativas por los juzgados contencioso-administrativos. A este respecto se habla de la "densidad de control" ("*Kontrolldichte*"). Este término se utiliza frecuentemente cuando se trata de conceptos jurídicos indeterminados, del ejercicio de operaciones de ponderación o del poder discrecional por parte de la administración. Especialmente diáfana aparece la conexión de la cuestión acerca de los derechos públicos subjetivos y la relativa a la densidad de control a la hora de verificar la tutela judicial frente a decisiones discrecionales de la administración, cuando hay que dilucidar si el ciudadano posee un derecho público subjetivo a obtener una decisión de la administración libre de errores en la apreciación discrecional y, en su caso, si se ha visto tal derecho lesionado.

Mediante la selección a título de ejemplo de un ámbito jurídico comparativamente más reducido dentro de este círculo de problemas -aquí esbozado sólo en sus líneas maestras- se va a mostrar en lo que sigue con qué especial fuerza se ha desplegado en el sistema jurídico alemán la garantía constitucional de la tutela judicial efectiva. En la selección de este ámbito jurídico, el Derecho de exámenes, ha sido decisiva no solo el interés que el tema puede suscitar en el lector especializado en que concurra la condición de profesor universitario, sino la sobresaliente dimensión que ha adquirido en los últimos años en Alemania y que todavía en España no encuentra un grado de protección jurisdiccional comparable.

B) La tutela judicial en el derecho de exámenes como ejemplo de la intensidad de la tutela judicial garantizada

Hasta después de la II Guerra Mundial el Derecho de exámenes permaneció como un ámbito cerrado a la realización efectiva de una tutela judicial por los tribunales contencioso-administrativos y sólo se abrió la vía a la misma con la aparición del mandato incorporado en el art. 19.4 de la LF y la consolidación de la cláusula general de competencia contencioso-administrativa. Aunque en un principio el Derecho de exámenes no constituyó una específica disciplina jurídica sino, todo lo más, una "materia transversal" en cuanto que en muchos ámbitos se prevé la realización de exámenes (en el derecho relativo a la enseñanza primaria y secundaria, en el Derecho universitario, el de formación de profesionales del Derecho, Derecho de funcionarios o de artesanos, entre otros), la proyección que el art. 19.4 de la Ley Fundamental tuvo para la tutela judicial efectiva en el ámbito de los exámenes se ha hecho cada vez más evidente.

Así, en un principio tímidamente, y no sin contar con una intensa oposición, ha venido creciendo hasta el presente el control judicial en esta esfera de la actividad de la administración⁹.

1.- Evolución de la protección jurisdiccional contra decisiones de examinadores hasta las resoluciones del Tribunal Constitucional de la Federación de 1991

Cuando en 1950 se plantearon ante los tribunales los primeros procedimientos contra exámenes¹⁰ en el marco de estudios de Derecho, los ministerios contra los que se procedió trataron de eludir la hasta entonces inhabitual —y para algunos indeseada¹¹— consecuencia de la garantía constitucional de la protección judicial efectiva y la cláusula general de competencia contencioso-administrativa de la Administración. Consecuentemente, aquéllos trataron en un principio de sostener la tesis de que las comisiones examinadoras debían ser en sí mismas consideradas como "tribunal" y sus decisiones calificatorias, en consonancia con lo anterior, asimismo "jurisprudencia".

Caso de ser así, ni el art. 19.4. LF ni la cláusula general de competencia contencioso-administrativa serían decisivas para la resolución de los casos. En este contexto se acudió adicionalmente a la apreciación del hecho de la independencia del examinador. Así, no se habría dado nunca el caso de que un presidente del Negociado de exámenes hubiera podido impartir a los examinadores instrucciones y, además, en cada examinador para la prueba del Examen de Estado para los estudios de Derecho concurre la capacitación para el ejercicio de la jurisdicción como juez o magistrado.

La formulación en los años cincuenta de la así denominada "Juez-tesis" es comprensible en el marco de la subsistencia de una concepción de la noción de la jurisdicción contencioso-administrativa propia de la época del *Kaiserreich* y de la República de Weimar, en la que no existían aún los hoy más estrictos parámetros exigibles a la garantía de la independencia de los jueces y magistrados. En cualquier

⁹ Hoy se encuentra reconocido en Alemania el Derecho de exámenes como una disciplina jurídica específica. Véase a título de ejemplo las contribuciones con el mismo título ("Prüfungsrecht") de Peter BECKER, Nomos, Baden-Baden, 1988, así como las de Norbert NIEHUES: *Schul- und Prüfungsrecht*, Vol. II: *Prüfungsrecht*, 3ª ed., C. H. Beck, Múnich, 1994; Wolfgang ZIMMERLING y Robert BREHM: *Prüfungsrecht*, Carl Heymanns, Berlín, 1998 y, en el ámbito de la distribución de asuntos en el orden judicial, la competencia de la Sala sexta del Tribunal Supremo Administrativo Federal para los asuntos de "Prüfungsrecht" ("Derecho de exámenes").

¹⁰ La realización de dicho examen es una competencia que corresponde en el sistema alemán a órganos administrativos de los diferentes *Länder* (los así denominados "Prüfungsstämter" o "Negociados de exámenes") y no a las Universidades. En ese sentido se habla de "Examen de Estado" ("Staatsexamen"). Los examinadores que integran las comisiones evaluadoras en el seno de los referidos Negociados de exámenes son tanto catedráticos universitarios como jueces y magistrados, funcionarios de la Administración y/o abogados. Para los exámenes universitarios (por ejemplo, los conducentes a la colación del grado de doctor) valen, sin embargo, las observaciones hechas arriba.

¹¹ Explicito en ese sentido, por ejemplo, Fritz WERNER: "Anmerkung", *Deutsches Verwaltungsblatt* (1952), pág. 342; Hans SCHNEIDER: "Anmerkung", *Deutsches Verwaltungsblatt* (1953), pág. 82 (82).

caso, los tribunales de la República Federal de Alemania no adoptaron la tesis de que "los exámenes son jurisdicción emanada por jueces"¹².

No obstante, destacados representantes de la doctrina constitucional y administrativa como BACHOF, o el presidente del Tribunal Federal Administrativo WERNER, continuaron expresando sus dudas sobre si la acción de examinar pudiera subsumirse en la "Administración" susceptible de control¹³. La facultad de examinar no encajaría en el esquema clásico del principio de división de los tres poderes, sustrayéndose "sustancialmente del concepto de Administración".

Una segunda fundamentación, que se arguyó al objeto de prolongar la exclusión de la protección jurídica contra exámenes trató de sustentarse en el hecho de que no toda decisión adoptada por el evaluador habría de poseer efectos jurídicos inmediatos de por sí y, en el caso de que se produjese en el contexto de una relación de especial sujeción (esto es, por ejemplo, en la relación funcional, en el ámbito escolar o universitario), cabría, asimismo, sobre esta base excluirla del control judicial¹⁴.

Ante todo, contaría como argumento decisivo la ausencia de parámetros de control jurídicos para las decisiones evaluadoras en el marco de exámenes. Siendo que los examinadores obtienen sus criterios de decisión a partir de la comparación, la experiencia y la orientación hacia una representación ideal preestablecida, no habría consecuentemente lugar para ningún tipo de control judicial *a posteriori*. De lo contrario, nos encontraríamos ante una transferencia en bloque de la responsabilidad de la instancia administrativa competente en materia de exámenes a los jueces, y ante una exigencia al poder judicial que sobrepasaría sus capacidades.

Con esto ya disponemos de una relación sumaria de los argumentos que, alguno de ellos desde muy temprano, se han venido barajando y han ejercido hasta la actualidad influencia en la polémica acerca de la protección jurídica en el marco de la actividad examinadora, bien que algunos de entre los mismos fueron debilitándose progresivamente y acabaron siendo rechazados.

El Tribunal Supremo Administrativo Federal [en adelante BVerwG] determinó tempranamente —esto es, ya en el año 1955— con claridad que las comisiones examinadoras son jurídicamente autoridad administrativa; que la actividad examinadora es Administración; y que las decisiones evaluadoras son actos administrativos recurribles¹⁵. La LF no conoce sino tres poderes sin cabida, por tanto, para un cuarto "Poder

¹² En dicho sentido, expresamente, el *Landesverwaltungsgericht* (Tribunal Administrativo territorial) de Renania-Palatinado, Sentencia de 22 de abril de 1952 -2C2/52- citada según texto recogido en *Deutsches Verwaltungsblatt* (1953), págs. 78 y ss. (79). En general, acerca de la independencia del examinador, véase Jost PIETZCKER: *Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Ausgestaltung staatlicher Prüfungen*, Duncker & Humblot, Berlín, 1975, págs. 105 y ss., en especial págs. 118 y ss.

¹³ Otto BACHOF: "Anmerkung", *Neue Juristische Wochenschrift* (1953), págs. 317 y ss. (318 con remisión a Fritz WERNER: "Anmerkung", *Deutsches Verwaltungsblatt* [1952], pág. 342).

¹⁴ Hans SCHNEIDER: "Anmerkung", *Deutsches Verwaltungsblatt* (1953), pág. 82. Cfr. en ese mismo sentido, Carl-Hermann ULE: "Das besonderes Gewaltverhältnis", en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, tomo. 15, Walter de Gruyter, Berlín, 1957, págs. 133 y ss. (161).

¹⁵ BVerwG, Sentencia de 21 de enero de 1955 -II C 177. 54- *Neue Juristische Wochenschrift* (1955), págs. 1.609 y ss. (1.610).

examinador", y es voluntad de la misma ofrecer la protección jurídica más amplia posible.

Esta resolución del BVerwG significó, sin embargo, únicamente una victoria a medias para la protección judicial efectiva en el ámbito del Derecho de exámenes, en cuanto que en su argumentación el alto tribunal no pudo llegar a una conclusión clara sobre el modo en que se puede realizar un control de la decisión evaluadora. Esta circunstancia le proporcionó nueva fuerza a la tesis de la limitada capacidad de examen judicial en relación con determinadas medidas adoptadas por la Administración.

En ese sentido, se allanaba el camino tanto para la teoría del "ámbito de libre apreciación" de BACHOF, como para la teoría de la "sostenibilidad de la argumentación" de ULE.

BACHOF sostuvo desde 1948 la tesis de que el control judicial de la administración debía entenderse limitado cuando ésta opere en el ámbito de la "apreciación" y en aplicación de determinados "conceptos jurídicos indeterminados"¹⁶. En un conocido artículo publicado en el año 1955¹⁷ bautizó dicho autor a la libertad de decisión del Ejecutivo sometida a un control limitado con el término "*Beurteilungsspielraum*" (ámbito de juego para la apreciación) y le atribuyó a dicho concepto la tarea de la subsunción de un determinado elemento material dentro de un concepto jurídicamente indeterminado, en tanto en cuanto el legislador haya admitido dicha limitación del control¹⁸.

Según ULE, en el proceso judicial administrativo el tribunal debe seguir, en caso de duda, la interpretación de la Administración siempre y cuando la misma pueda entenderse como sostenible sobre la base de la consideración del supuesto material asentado, debiendo tener en consideración el tribunal en este contexto que en el proceso judicial administrativo una de las partes, la Administración, normalmente es en sí misma sujeto dotado de experiencia cualificada¹⁹. En ese contexto debería aceptarse como razonable que el tribunal administrativo se entienda sometido a una autolimitación en relación con los conceptos jurídicos indeterminados²⁰.

El BVerwG tomó postura —bien que en un *obiter dictum*²¹— en relación con las tesis de BACHOF y ULE, y señaló que bajo presupuestos delimitados —que, sin embargo, el tribunal no nombraba— pudiera entenderse como constitucionalmente sostenible y ajustado a los fines perseguidos el reconocimiento de un margen de apreciación libre de control jurisdiccional a la Administración. Precisamente, en relación con conceptos jurídicos indeterminados de contenido valorativo —como, por ejemplo, el de "aptitud"— se encontraría la capacidad de comprensión humana sometida en casos extremos a limitaciones naturales. A las exigencias derivadas de esa realidad vendrían a dar respuesta

¹⁶ Otto BACHOF: "Die verwaltungsgerichtliche Ermessenskontrolle", *Süddeutsche Juristenzeitung* (1948), Columna 742; acerca de los conceptos jurídicos indeterminados véase especialmente Columna 744.

¹⁷ Otto BACHOF: "Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht", *Juristenzeitung* (1955), pág. 97.

¹⁸ Otto BACHOF: "Beurteilungsspielraum...", cit., págs. 100 y ss.

¹⁹ Carl-Hermann ULE: "Zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht", en BACHOF/DRATH/GÖNNENWEIN/WALZ (eds.): *Gedächtnisschrift für Walter Jellinek*, Isar, Múnich, 1955, pág. 309 (326).

²⁰ Carl-Hermann ULE: "Zur Anwendung...", cit., págs. 328 y ss.

²¹ BVerwG, Sentencia de 29. 6. 1957 - II C 105.56 - *BVerwGE* 5, 153 (162 f.) con un comentario de Otto BACHOF, en *Juristenzeitung* (1958), pág. 288.

adecuada las teorías del margen de apreciación y de la sostenibilidad. Con esto, el BVerwG habría venido, en último término, a dar vía libre a ambas teorías en lo concerniente a su aplicación a las decisiones evaluadoras en exámenes²².

El año 1959 se planteó ante el BVerwG un caso sobre una escolar que no había sido promovida al curso inmediatamente superior en la habitual progresión escolar²³. La instancia anterior, el Tribunal Superior de Münster²⁴, aplicó el planteamiento de BACHOF. Así, y en relación con la decisión de promoción a la clase superior siguiente, habría que contar con la existencia de un margen de apreciación a favor de la escuela que representaría un límite a la competencia de control posterior jurisdiccional. Y ello sobre la base de que la decisión valoraba una aptitud —esto es, una prestación intelectual de la examinando— con criterios científico-pedagógicos, siendo que dicha apreciación, de acuerdo con su esencia, no podría ser determinada mediante la aplicación de criterios generales y estrictos.

Si el juez intentase en estos supuestos sustituir con su propia apreciación la realizada por la escuela, entonces habría que asumir el riesgo de que, para todas las apreciaciones evaluativas negativas, en cuanto aparecieran en algún grado como dudosas, hubiera que edificar un "sistema de superevaluación" en el seno del orden judicial, conduciendo ello, en perjuicio del Estado de Derecho, a un caos para todo el sistema educativo y científico.

El Tribunal Superior Administrativo de Münster contempló en el supuesto abordado una excepción del principio consagrado en el art. 19.4 LF de la tutela judicial plena²⁵, a lo que el BVerwG se adhirió posteriormente. Para este último, tanto los profesores como examinadores que juzgan el aprovechamiento del escolar o del examinando deben poder incluir en sus evaluaciones una apreciación general que no se dejaría con posterioridad controlar por ningún experto. La evaluación tendría lugar, además, en comparación con otros candidatos, pues sólo así surgiría un "promedio", cuyo empleo haría posible la concesión de notas por encima o por debajo del promedio²⁶. Este criterio lo obtendría el examinador a través de su experiencia, al igual que a través de otros exámenes. En consecuencia, estaría en concordancia con el sentido de un examen que el examinando únicamente demostrase su cualificación ante el examinador competente para su prueba, pero no ante un experto en el marco de un posterior proceso judicial. En el mismo, el órgano judicial únicamente podría controlar si el examinador hubiera podido, eventualmente, partir de supuestos materiales falsos, desatender principios de evaluación generales o dejarse guiar en su evaluación por consideraciones ajenas a la objetividad profesional. Únicamente éstos serían los criterios jurídicos; con el reexamen (de su concurrencia en la decisión evaluadora) se daría satisfacción a las exigencias derivadas del principio consagrado en el art. 19.4 LF pero, dentro de dicho marco jurídico, decidirían el profesor y el examinador no de acuerdo con criterios

²² Cfr. Otto BACHOF, en *Juristenzeitung* (1958), pág. 288 (289); Con posterioridad, también, expresamente, el BVerwG, en su Sentencia de 27 de septiembre de 1962 - II C 164.61- *BVerwGE* 15, 39 (42).

²³ BVerwG, Sentencia de 24 de abril de 1959 - VII C 104.58- *BVerwGE* 8, 272.

²⁴ OVG de Münster, Sentencia de 22 de septiembre de 1958 - VA 1568/57 - *Deutsches Verwaltungsblatt* (1959), pág. 72, con una nota de Hans Julius WOLFF en pág. 75.

²⁵ Cfr. E. WITTEN: "Die Zulässigkeit des Verwaltungsrechtswegs in die Praktikabilität des Grundgesetzes", *Neue Juristische Wochenschrift* (1961), 753 (756 li.).

²⁶ BVerwG, Sentencia de 24 de abril de 1959 - VII C 104.58- en *BVerwGE* 8, 272 (273).

jurídicos sino, como resultaría plenamente admisible, conforme a su leal saber y entender²⁷.

De dichos principios extrajo posteriormente el BVerwG la conclusión de que no existiría sobre la comisión examinadora ninguna obligación de extender una detallada acta del examen²⁸, así como la exclusión de la posibilidad de que el órgano jurisdiccional examinase con posterioridad si la respuesta del examinado hubiese sido correcta o falsa²⁹.

La aplicación de las teorías de BACHOF y ULE por los tribunales condujo, por lo tanto, en el ámbito del Derecho de exámenes, en contraste con otros ámbitos del Derecho, a una situación de control judicial menos intenso, quedando éste incluso por detrás de la limitación de la capacidad de control en el ámbito del ejercicio de la discrecionalidad en relación con las consecuencias de derecho si se atiende a la circunstancia de que el BVerwG ya había limitado el alcance de la indagación de los hechos cuando, por ejemplo, declaró los expedientes protocolizadores de los exámenes como secretos³⁰, consideró como prescindible la extensión de una detallada protocolización del acto del examen, y admitió sin más que un examinador pudiese valorar como falsa una contestación del examinando aún siendo la misma susceptible de comprobarse *a posteriori* como correcta.

Pese a algunas críticas provenientes de la doctrina³¹, durante más de treinta años el Tribunal se mantuvo fiel a la tesis de una muy amplia libertad del examinador en relación con el control judicial. Sólo como consecuencia de casos muy evidentes puso límites expresos al margen de apreciación del examinador con una ligera mejora del grado de protección jurídica.

Así, en la conocida como "Sentencia Mali"³² rechazó que un examinador en un examen de Estado para estudiantes de Derecho y en la especialidad de Derecho público examinase durante diez minutos sobre el Estado de Mali inquiriendo sobre cuestiones tales como dónde se localiza geográficamente dicho país, cómo se denomina su capital, qué ciudad legendaria se encuentra en la ribera de su principal río y quién gobierna el país. La selección de la materia objeto del examen habría contradicho en el caso las

²⁷ BVerwG, Sentencia de 24 de abril de 1959 -VII C 104.58- en *BVerwGE* 8, 272 (274).

²⁸ BVerwG, Sentencia de 1 de octubre de 1971 -VII C 5.71- en *BVerwGE* 38, 322; Sentencia de 7 de mayo de 1971 -VII V 51.79- en *BVerwGE* 38, 105 (116 f.); en la misma línea Walter SCHICK: "Wichtige Entscheidungen oberster Gerichte", *Zeitschrift für Beamtenrecht* (1972), págs. 300 y ss. (304 li.); una postura crítica muestra, en cambio, Jutta SEMLER: "Die Kontrolle von Prüfungsentscheidungen", *Neue Juristische Wochenschrift* (1973), págs. 1.774 y ss., (1.775).

²⁹ BVerwG, Sentencia de 1 de octubre de 1971 -VII C 5.71- en *BVerwGE* 38, 322 (325). Dicha argumentación sólo ha sido —y ello únicamente de forma parcial— abandonada por el BVerwG en su Sentencia de 31 de marzo de 1994 como consecuencia de la nueva jurisprudencia del BVerfG (*BVerfGE* 84, 34 [55]).

³⁰ Así, por ejemplo, BVerwG, Sentencia de 23 de febrero de 1962 -VII B 21.61- en *BVerwGE* 14, 31 (34); Sentencia de 10 de junio de 1964 -VII C 124.63- en *BVerwGE* 19, 128 (130).

³¹ Así, Ruprecht BOECK: *Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit bei staatlichen Prüfungen*, tesis doctoral inédita, Universidad de Würzburg, 1974, págs. 42 y ss. (47).

³² BVerwG, Sentencia de 17 de julio de 1987 -7 C 118.56- en *Entscheidungssammlung Buchholz* 421.0 n° 242.

exigencias del principio de proporcionalidad y el derecho de la libre elección y ejercicio de profesión y oficio del art. 12.1 LF.

2.- *Las decisiones en materia de Derecho de exámenes del Tribunal Constitucional de la Federación de 1991*

Para la asentada jurisprudencia del BVerwG sobre la limitación de la protección jurisdiccional en el ámbito del Derecho de exámenes supuso una conmoción el que el Tribunal Constitucional de la Federación [en adelante, BVerfG] declarase en el año 1991 que dicha jurisprudencia era incompatible con la garantía de la protección judicial efectiva del art. 19.4 y con el derecho fundamental a la libre elección y ejercicio de profesión y oficio del art. 12 de la LF³³.

Para el BVerfG el derecho a la libre elección de profesión u oficio únicamente puede verse limitado por el Estado en el supuesto y en la medida en que así se vea justificado sobre la base de bienes jurídicamente protegidos de superior rango. En ese sentido los exámenes de Estado representan unas barreras a superar por el candidato antes de poder ejercer la profesión de su elección.

La nueva jurisprudencia del BVerfG supuso en este contexto tanto una revolución como una confirmación respecto de la jurisprudencia anterior. El BVerfG operó un desmembramiento del ámbito de libre apreciación del examinador hasta entonces inaccesible al examen judicial en dos subaspectos, y procedió a la reducción de aquél suprimiendo uno de éstos. Así, mientras que, de ahora en adelante, el órgano jurisdiccional puede entrar a examinar las cuestiones propias de la especialidad objeto de examen y que son materia de disputa entre examinador y examinado (dimensión "revolucionaria" de la nueva jurisprudencia)³⁴, únicamente podrán entenderse cubiertas por el margen de apreciación —esto es, continuarán estando amparadas, como en la jurisprudencia precedente, por el margen de apreciación— las denominadas por el propio BVerfG "valoraciones específicas del proceso examinador".

a) Las "valoraciones específicas del proceso examinador" como ámbito exento de protección jurisdiccional

Qué sean "valoraciones específicas del proceso examinador" no es objeto de una concluyente definición por parte del BVerfG. Antes bien, éste procede a delimitarlas, en

³³ BVerfG, Sentencia de 17 de abril de 1991 -1 BvR 419/81 y 213/83- en *BVerfGE* 84, 34; Sentencia de 17 de abril de 1991 -1 BvR 1529/84 y 138/87- en *BVerfGE* 84, 59. Para el desarrollo en España véase José MARTÍNEZ SORIA: *Die Garantie des Rechtsschutzes gegen die öffentliche Gewalt in Spanien*, Duncker & Humblot, Berlín, 1997, pág. 270 y ss. En Alemania el derecho a la libre elección y ejercicio de profesión y oficio también se cuenta entre los derechos fundamentales dotados de mayor grado de protección jurisdiccional.

³⁴ Lo cual ya venía siendo exigido largo tiempo por la doctrina. Así por Ruprecht BOECK: *Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit...*, cit., pág. 42 y ss.; Además el BVerfG exige ahora, y de modo complementario, un procedimiento de control extrajudicial por la administración al objeto de que el examinado pueda obtener protección antes de que la memoria de los testigos sobre lo acontecido en el examen se vea debilitada por el transcurso del tiempo. Véase sobre el particular, por ejemplo, el pronunciamiento del BVerwG en la Sentencia de 16 de abril de 1997 - 6 C9/95 - en *Neue Juristische Wochenschrift* (1998), págs. 323 y ss. (327).

primer lugar, de forma negativa, es decir, señalando que respecto de las mismas no se trata de las cuestiones características de la especialidad que constituyen la materia del examen³⁵. Tampoco constituye una "valoración específica de examen" –y por tanto se estará ante elemento susceptible de control– la cuestión acerca de si el examinando ha contestado una cuestión de forma correcta o falsa³⁶. En su argumentación, el BVerfG pasa en este punto a mencionar algunos ejemplos de lo que ha de estimarse que –positivamente ahora– corresponde al ámbito de la valoración específica de examen y, en consecuencia, no es accesible al control jurisdiccional.

En primer lugar la "estricta cuestión de la calificación", esto es, si el rendimiento del examinando que ha contestado correctamente todas las cuestiones es "plenamente satisfactorio" o "bueno"³⁷. En segundo lugar, la apreciación del examinador sobre el grado de dificultad que para el examinando encierra el cuestionario o tarea planteada por escrito; en tercer lugar, la evaluación por parte del examinador sobre la forma de presentación por parte del examinando³⁸.

b) La "igualdad de oportunidades" como nuevo argumento para la limitación de la garantía de la tutela jurisdiccional

De la no susceptibilidad de control de las "valoraciones específicas del proceso examinador" se sigue que para el ámbito cubierto por las mismas se ve limitada la garantía de la tutela judicial. En cuanto que con ello se está ante una injerencia en el ámbito de un derecho fundamental, la misma debe encontrarse constitucionalmente justificada pues, de lo contrario, se estaría ante un quebranto de la norma constitucional. Justificación que, a su vez, debe participar también del rango constitucional o, al menos, debe poder derivarse de un mandato constitucional. Las argumentaciones que tradicionalmente habían venido intentando justificar el margen de apreciación del examinador no observaron, sin embargo, suficientemente dicha exigencia impuesta por el principio del superior rango de la Constitución en su proyección sobre el examen de la admisibilidad de la limitación de derechos fundamentales.

En contraste con este déficit, el BVerfG reconoció claramente la exigencia de la aplicación del referido imperativo de justificación constitucional de la limitación, en tanto en cuanto hace mención explícita de una nueva fundamentación para la limitación del derecho de tutela judicial, consistiendo ésta en la apreciación por el alto tribunal de que el ámbito de apreciación exento de control en el contexto de las valoraciones específicas del proceso examinador se ve justificado ante todo por el principio de igualdad de oportunidades del art. 3.1 LF³⁹ en su proyección como principio de igualdad

³⁵ BVerfG, Sentencia de 17 de abril de 1991 -I BvR 419/81 y 213/83- en *BVerfGE* 84, 34 (50).

³⁶ BVerfG, Sentencia de 17 de abril de 1991 -I BvR 419/81 y 213/83- en *BVerfGE* 84, 34 (54 f.).

³⁷ BVerfG, Sentencia de 17 de abril de 1991 -I BvR 419/81 y 213/83- en *BVerfGE* 84, 34 (57).

³⁸ La nueva jurisprudencia del BVerwG concibe el así definido ámbito libre de control de modo muy respringido; así, por ejemplo BVerwG, Sentencia de 17 de diciembre de 1997 -6 B 55/97- en *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* (1998), pág. 738.

³⁹ Sentencia del BVerfG de 6 de diciembre de 1988 -1Bv15,6/85- en *BVerfGE* 79, 212 (218 y ss.).

de oportunidades de los examinandos⁴⁰. Un examinando que, eventualmente, pudiese ver mejorada la específica evaluación de su examen de resultados de un proceso ante la jurisdicción administrativa conseguiría con ello, y en relación con los otros examinandos, una nueva posibilidad de evaluación en contradicción con el principio de igualdad.

3.- Toma de postura propia

En nuestra opinión, la revolución jurisprudencial operada por el BVerfG resulta en su conjunto demasiado débil y el elemento de confirmación de la línea jurisprudencial antigua demasiado acentuado. La garantía de protección judicial efectiva del art. 19.4 LF reclama una protección jurisdiccional en el ámbito del Derecho de exámenes más efectiva. Con el objeto de preparar adecuadamente la discusión que ha de seguir a esta ponencia, procederemos en lo que sigue a un examen crítico de la postura del BVerfG, al que anudaremos una propuesta de mejora propia.

a) Crítica de la nueva jurisprudencia sobre Derecho de exámenes

En primer lugar, a nuestro juicio, el ámbito de apreciación en Derecho de exámenes no representa un instrumento destinado a garantizar la igualdad de oportunidades sino, antes al contrario, una excepción al principio de igualdad, en el que se tiene que garantizar una igualdad de trato comprobable.

La suposición de que en protección de los otros candidatos se hace preciso limitar la tutela judicial del examinando recurrente parte de la premisa de la existencia de una necesidad de protección de los otros candidatos que no existe.

Un Estado que se dota a sí mismo preferentemente de un sistema de tutela de los derechos con carácter posterior, en el que la protección se despliega a instancia del recurrente concernido, es un Estado en el que se opta precisamente por una segunda oportunidad (únicamente) del recurrente.

El órgano jurisdiccional debe entrar a examinar todos los criterios empleados por el examinador. De otra forma se colocaría el control jurisdiccional en materia de Derecho de exámenes incluso por detrás del control –ya bastante limitado– con el que los tribunales examinan el margen de discrecionalidad de la Administración. El órgano jurisdiccional debe también en el ámbito de la realización de exámenes poner al descubierto los criterios empleados por la autoridad administrativa dotada de facultad discrecional. De lo contrario, no sería posible comprobar en el caso si se han respetado los límites al ejercicio de la potestad discrecional.

En el caso de renunciar al ejercicio del control en relación con los criterios empleados, no abordando la tarea de ponerlos al descubierto para su examen, la tutela judicial retrocedería a una posición aún más limitada que la que posee aquella tutela que los tribunales administrativos aún están en condiciones de prestar cuando la administración decide de acuerdo con órdenes administrativas. Éstas se encuentran siempre documentadas y pueden servir de base para un examen de comparación y de discrecionalidad. En cambio, criterios del examinador que permanezcan sin ser revelados no pueden ser objeto de lo mismo.

⁴⁰ Véase Sentencia del BVerfG de 17 de abril de 1991 -I BvR 419/81 y 218/83- en *BVerfGE* 84, 34 (52).

Tampoco los restantes argumentos del BVerfG son suficientes para justificar un ámbito de libre configuración para el examinador. El temor del BVerfG de que sin ese margen a favor del examinador pudiera producirse una "distorsión de los criterios de valoración" ("*Verzerrung der Bewertungsmaßstäbe*") como consecuencia de que el tribunal administrativo, de producirse un control total, desarrollara criterios propios de valoración en sustitución de los propios del examinador no se encuentra justificado⁴¹. No cabe hablar de una distorsión cuando los criterios que presuntamente han de verse distorsionados permanecen desconocidos, siendo además que el juez no declara el examen por sí mismo como superado ni con qué calificación. En su caso, anulan la decisión del examinador, procediendo únicamente a sancionar la ausencia de criterios demostrables.

La específica complejidad y dinámica que serían propias del sistema de exámenes tampoco están en condiciones de servir de apoyo a la teoría de la necesidad de la existencia de un ámbito específico de la actividad examinadora exento de control⁴². Las decisiones de los entes examinadores resultan, en buen análisis, mucho menos complejas que otros actos de sujetos provistos de poder público de los que tradicionalmente se ha venido reconociendo su absoluta controlabilidad, como es el caso —a título de ejemplo— de la presunción de la existencia de peligro en el ámbito del Derecho de policía en su concreto desarrollo en el ordenamiento jurídico alemán.

Por su parte, el recurso que algunos autores⁴³ hacen a concepciones funcionales de la división de poderes resulta demasiado vago como para fundamentar la existencia de un margen de actuación del examinador exento de control. La división de poderes no puede tomarse como criterio en tanto en cuanto los propios propugnadores de un margen de actuación del examinador exento de control también quieren ver reconocido éste dentro mismo de la Administración (esto es, entre el examinador y el negociado de exámenes). Las tesis "funcionales" que pretenden fundamentar la limitación del control partiendo de la noción de división de funciones entre Administración y jurisdicción administrativa resultan, en conclusión, incompatibles con el imperativo del art. 19.4 LF.

Finalmente, el derecho fundamental de los profesores y de la universidad a la libertad de investigación y docencia del art. 5.3 LF no constituye un base para defender la existencia de un margen de actuación del examinador libre de control jurisdiccional. En uno y otro caso se trata de derechos de dimensión defensiva que corresponden a los profesores universitarios y a las universidades frente a posibles injerencias ilegítimas del Estado, pero no de un apoderamiento por el art. 5.3 LF para que aquéllos o ésta en su condición de sujetos que, como examinadores, ejercen poder público incidan sobre el ámbito protegido contenido del derecho fundamental del examinando a la libre elección de profesión.

⁴¹ BVerfG, Sentencia de 17 de abril de 1991 -I BvR 419/81 y 213/83- en *BVerfGE* 84, 34 (52); Sentencia de 17 de abril de 1991 -I BvR 1529/84 y 138/87- en *BVerfGE* 84, 59 (77).

⁴² En cualquier caso el BVerfG emplea dicha argumentación como consideración auxiliar en su línea argumental propia. *Cfr.* BVerfG Sentencia de 17 de abril de 1991 -I BvR 419/81 y 213/83- en *BVerfGE* 84, 34 (50).

⁴³ Así Christian KOENIG: "Zur gerichtlichen Kontrolle sogenannter Beurteilungsspielräume im Prüfungsrecht", *Verwaltungsarchiv* tomo 83 (1992), págs. 351 y ss. (364).

b) Propuesta de mejora

Ciertamente, hay que admitir la existencia de un margen de apreciación del examinador, en tanto en cuanto el Estado no puede preestablecer en abstracto los criterios requeribles para cada situación en que se produzca el acto examinatorio. El examinador debe poder estar, por tanto, en condiciones de examinar de acuerdo con criterios propios sobre la base de su experiencia. Pero ese margen de apreciación no implica el trazado de barreras infranqueables al control jurisdiccional. El examinador debe colocarse a sí mismo en condiciones de poder exponer sus criterios en el proceso judicial. La carga de la prueba en este contexto le corresponde al Negociado de exámenes como exigencia derivada del art. 12.1 LF.

Decisivo resultará aquí, por lo tanto, de qué forma pueda enjuiciar el órgano judicial si el criterio de valoración empleado por el examinador y que ha sido objeto de reconocimiento en el curso del proceso es conforme o contrario a derecho. Si no se puede hallar una clara proposición jurídica que cubra el empleo del criterio aplicado por el examinador, o aquélla no puede reconstruirse jurisprudencialmente, entonces habrá que concluir necesariamente que el criterio aplicado por el examinador no puede constituirse en un límite al derecho fundamental de libre elección y ejercicio de profesión u oficio. Esta solución, que atiende a la necesidad de conformidad con las exigencias derivadas de los derechos fundamentales, exige del Estado —también del juez— que proceda a poner al descubierto los criterios procedentes de la experiencia práctica examinadora del examinador y a indagar acerca de su adecuación para, en caso de comprobarse ésta, reconocerlos como criterios jurídicos rectores.

Los intereses justificados del Estado en el ámbito del Derecho de exámenes se ven suficientemente satisfechos con la asunción por el mismo de las así denominadas "cargas de substantivización" ("*Substantiierungslast*") en el ámbito del derecho procesal administrativo alemán. "Substantivización" es el medio del que una de las partes en el proceso tendrá que hacer uso para aproximar la convicción del juez a la verdad objetiva. La carga de substantivización consiste en el riesgo que sobre la parte pesa, de que el juez considere en el caso que es razonable exigir de la misma una ulterior substantivización. En consecuencia, la "carga de substantivización" permite al órgano jurisdiccional —con independencia de la obligación de investigación que se deriva del deber de investigación de oficio— decidir en perjuicio de aquella parte en el proceso que en el mismo no colabora como debería en principio esperarse, de acuerdo con lo que se considera como razonable⁴⁴. Llegado a este punto, el juez opera un juicio de ponderación entre el interés del examinando amparado por el art. 12 LF y los intereses del Negociado de exámenes.

⁴⁴ Porque, pese al principio de investigación de oficio, el órgano jurisdiccional precisa de la colaboración de las partes en cuanto que sólo por esta vía puede evitarse que aquél llegue de forma demasiado precipitada a la convicción sobre la existencia o no existencia de unos determinados hechos o que llegue a la convicción de que no puede encontrar ningún elemento más decisivo para adoptar la resolución, teniendo que basar su operación de enjuiciamiento únicamente sobre la base de la carga de la prueba. Por lo tanto, si las partes no prestan auxilio, corren el riesgo de que el órgano juzgador se decida demasiado pronto por alguna de las posibilidades mencionadas y, con ello, quede excesivamente alejado de los hechos enjuiciables objetivamente verdaderos en perjuicio del demandante o del demandado. Precisamente, la carga de substantivización puede concebirse como una descripción de ese riesgo: éste puede verse reducido en cuanto que demandante y demandado aporten ulteriores

En el proceso relativo a los exámenes, las referidas "cargas de sustantivización" pueden pesar tanto sobre el examinando como sobre el Negociado de exámenes, pudiendo durante el litigio transferirse de una a otra de las partes, según lo estime conveniente el juez. Normalmente, pesa al comienzo sobre el examinando que recurre, actuando así –en principio– a favor de la Administración sobre la que pesa la carga material de la prueba. De esa forma permanece su carga material de la prueba dentro de unos límites soportables para la Administración.

La decisión sobre si una reclamación se halla sustantivizada pertenece al proceso de la obtención por el juez del grado preciso de convicción. En consecuencia, de la carga de sustantivización no se puede derivar ningún margen de apreciación del examinador que interponga barreras al examen judicial.

La carga de sustantivización también se proyecta, limitándola, sobre la tutela de los derechos del examinando, si bien resulta aquí comparativamente menor. Si se parte de la tesis del margen de apreciación limitado en cuanto a las posibilidades de control, cualquier reclamación del examinando relativa a valoraciones específicas del proceso examinador resultará a la postre carente de sentido. En cambio, la simple imposición al examinando de una carga de sustantivización no implica que la reclamación del mismo haya de considerarse por anticipado como falta de perspectivas de éxito en el proceso. Las formalidades inherentes a un proceso específico, en el que la tutela jurídica y el cuidado del Derecho ocupan un lugar primordial –características éstas propias de la jurisdicción administrativa desde sus orígenes– se despliegan aquí con todas las garantías de la tutela judicial efectiva de los derechos.

La cuestión acerca de la justificación de la limitación derivada de la carga de sustantivización hay que ponerla en conexión, para una respuesta positiva, con la existencia del interés tanto de la administración examinadora como de los tribunales de no verse desbordadas con el planteamiento de reclamaciones manifiestamente faltas de fundamentación. Así, la imposición a un examinando de la carga de sustantivización aparecerá como especialmente justificada cuando éste resulte ser la única persona que objetivamente puede dar una determinada información, por ejemplo, porque ha redactado el trabajo objeto de examen o por que el alumno oyente durante la realización de la prueba oral del examinado, y que eventualmente hubiera de actuar como testigo en el proceso, resulte que sea conocido del examinando y pueda, por ello, haber recibido instrucciones sobre lo que el tribunal habrá de preguntarle acerca de los hechos.

hechos, medios de prueba y preceptos aplicables. Por ello, es de su interés aportar de la forma más "sustantivizada" posible todo aquello que pueda mover al órgano jurisdiccional que conoce del caso a seguir indagando durante el proceso. Sólo así puede aproximarse la convicción subjetiva del juzgador a la verdad objetiva del modo más efectivo posible, sin que el órgano jurisdiccional corra el riesgo de verse sobrecargado con medidas instructorias demasiado prolongadas en el tiempo. Acerca del papel de la carga de sustantivización en el ámbito del Derecho de exámenes véase la Sentencia del BVerwG de 11. de mayo de 1992 -6b 10.92- en *Entscheidungssammlung Buchholz*, 421.0 *Prüfungswesen* n° 297 (para la carga de sustantivización sobre el negociado de exámenes) y Sentencias de 22 de julio de 1992 -6 B 43.92- en *Entscheidungssammlung Buchholz* 421.0 *Prüfungswesen* n° 297, págs. 202 y ss. y de 9 de agosto de 1996 -6C3.95- en *Deutsches Verwaltungsblatt* (1996), págs. 1.381 y ss. (en especial, pág. 1.382). En estos dos últimos casos, decisión de carga de sustantivización sobre el examinando.

V. CONCLUSIÓN

Ejemplificado con su proyección sobre el Derecho de exámenes, hemos tratado de mostrar en esta nuestra exposición en qué grado el art. 19.4 LF está en condiciones de reforzar sensiblemente la exigencia constitucional de una protección judicial efectiva de los derechos fundamentales. Es evidente que los exámenes, en cuanto limitaciones de la libertad de profesión, encuentran su justificación en que con su misma existencia se protege a la ciudadanía frente a los imprevisibles perjuicios que pudieran derivarse del ingreso en determinadas profesiones de personas en las que no concurren los conocimientos específicos indispensables a las mismas. Pero igualmente preciso resulta, desde nuestro enfoque, que en los casos conflictivos se arbitren mecanismos para que ante la jurisdicción se pueda comprobar que el Estado en la realización de un examen ha trazado correctamente la frontera que discurre entre la protección del interés de la generalidad de los ciudadanos y el derecho a la libre elección y ejercicio de su profesión que corresponde al examinando.

Precisamente, es en esta sede en donde se hace manifiesta la relevancia del art. 19.4 LF, siendo consecuente que el control jurisdiccional en protección del derecho fundamental a la libre elección y ejercicio de profesión se extienda también a los exámenes, ganando progresivamente en intensidad. Progresión que en absoluto hay que contemplar como un proceso cerrado. Aún se puede seguir constatando la permanencia de lagunas en la protección jurídica, algunas de las cuales, sin embargo, se podrían hacer desaparecer sin dificultades significativas, como –por ejemplo– arbitrando una posibilidad de comprobación de los hechos más segura mediante mejores mecanismos de protocolización de los exámenes. A este respecto, la administración y los tribunales contencioso-administrativos todavía mantienen una postura contraria a la introducción de la exigencia de la protocolización de exámenes mediante el empleo de grabaciones sonoras o la captación de imagen por vídeo, no cupiendo por ahora sino observar si en futuro, sobre la base de la proyección en este ámbito de la garantía de la tutela judicial efectiva, habrán de cambiar tanto la administración como los tribunales su perspectiva restrictiva.

(Traducción del alemán de
MARIANO GARCÍA PECHUÁN y JOSÉ MARTÍNEZ SORIA)