

# La garantía de la protección judicial y la jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania\*

## The guarantee of the judicial and protección administrative courts in germany

Dieter Lorenz\*\*

Fecha de recepción: 8 de septiembre de 2009

Fecha de aprobación: 18 de noviembre de 2009

### Resumen

La importancia de la garantía de la protección judicial y de la jurisdicción contenciosa administrativa consiste en proveer al ciudadano de mecanismos de acceso a la justicia y hacer efectiva la realización de sus derechos subjetivos, al igual que la legalidad objetiva de la actuación administrativa. El texto tiene como objetivo analizar el sistema contencioso-administrativo alemán para ello se sumerge en los fines, la estructura y su ubicación en relación con el poder estatal.

**Palabras clave:** derecho administrativo, derecho administrativo alemán, garantía judicial.

### Abstract

The importance of the guarantee of judicial protection and administrative court is to provide mechanisms for citizen access to justice and enforce the realization of their individual rights as the objective legality of administrative action. The text aims to analyze the German administrative-law system for it is immersed in the goals, structure and location in relation to state power.

**Keywords:** administrative law, german administrative law, judicial guarantee.

\* Artículo de investigación de profesor Lorenz, quien es docente investigador de la Universidad de Konstanz, Alemania.

\*\* Profesor emérito de la Universidad de Konstanz. Profesor de la Maestría en Derecho Público de la Universidad Santo Tomás. Correo electrónico: Dieter.lorenz@uni-konstanz.de

## La función de la protección jurídica-administrativa

La función central de la jurisdicción contencioso-administrativa es la protección jurídica administrativa. Ésta se encuentra dirigida a la protección del particular frente a la lesión jurídica subjetiva y, al mismo tiempo, sirve al aseguramiento de la sumisión de la actuación administrativa al derecho objetivo. Aquí nos ocuparán de manera específica dos importantes y, a la vez, álgidas áreas. Por una parte, la relación entre el fin objetivo y el fin subjetivo de la protección jurídica y, por la otra, la influencia, que vinculada al control judicial del Ejecutivo, se verifica para ese mismo fin.

### Instrumentos

En efecto, la protección jurídica administrativa no está ni conceptual ni sustancialmente limitada a la protección jurídica judicial, sino que también existen otros instrumentos. Así, se puede alcanzar la legalidad de la actividad administrativa, [1] desde el punto de vista del personal, a través la formación calificada de los funcionarios administrativos, a fin de que éstos cumplan con el deber de ejecutar sus funciones de manera justa, imparcial y en beneficio de la colectividad (parág. 35, Ley Marco de los Funcionarios Públicos, Decisión Tribunal Constitucional Federal [*Bundesverfassungsgericht* – TCF] 7, 155; 39, 334). [2] En el ámbito procedimental, se puede prescribir un procedimiento administrativo formal, de validez general o particular, en el caso de asuntos que revistan especial significación, como por ejemplo, la construcción de un aeropuerto o de una planta nuclear, en cuya observancia se evitarían lesiones jurídicas (TCF 53, 30). [3] Finalmente, en cuanto a la organización se refiere, pueden ser activados órganos de control

dentro del Ejecutivo, a fin de vigilar la legalidad de la actuación administrativa: una especie de superintendencia, un delegado competente en la totalidad del área administrativa (Ombudsmann, Representante Público, Defensor del Pueblo) o un delegado especial para áreas particulares, como por ejemplo, la protección de los datos o del medio ambiente.

A pesar de su función general de resguardar el derecho, estos instrumentos no ofrecen ninguna garantía definitiva de que la realización de éste no sea obstruida, en el caso particular, por intereses económicos, políticos u otros ajenos al derecho. Por ello, la protección jurídica administrativa significa, en sentido estricto, protección otorgada por una instancia independiente, mediante decisiones estrictamente ajustadas al derecho, es decir, la protección jurídica judicial en asuntos administrativos.

### Evolución histórica

En este sentido se ha desarrollado la protección jurídica administrativa en Alemania a partir de un pasado reciente. Originalmente, fue asumida sobre la base de una separación estricta de poderes bajo la influencia francesa, como una función de autocontrol por la administración de sí misma. Este control podía ser activado por el ciudadano, cuando su propia situación era afectada por alguna medida administrativa; es por ello que los primeros tribunales administrativos que surgieron a partir de 1863 – primero en Baden, luego en Prusia, Baviera y el resto de los Territorios alemanes – no eran tribunales como los conocemos en la actualidad, sino autoridades administrativas especiales, dotadas de cierta autonomía. Este sistema ha sido el característico en los ordenamientos jurídicos derivados del derecho romano hasta la actualidad y se refleja en instituciones como

el Conseil d'État francés o en el Consejo de Estado de la Constitución colombiana.

Por otra parte, la exigencia de asignarle a los tribunales la protección jurídica administrativa, que ya había sido planteado en el proyecto constitucional de 1849 (parág. 182 de la llamada *Paulskirchen-Verfassung*), se pudo cristalizar, apenas después de la Segunda Guerra Mundial. A pesar de ello, los tribunales administrativos independientes, creados a partir de 1946, se ubican en la tradición alemana: la protección jurídica administrativa no se le transfirió a los tribunales ordinarios, como lo establece el modelo anglosajón, sino a una jurisdicción contencioso-administrativa independiente. Además, la actividad previa en la administración se convirtió por mucho tiempo en un requisito para iniciar una carrera judicial. Asimismo, los tribunales administrativos no pertenecían siempre al Ministerio de Justicia, sino que, en algunos casos, estaban adscritos al ámbito del Ministerio de Relaciones Interiores, autoridad competente para la administración.

### La garantía de la vía judicial (art 19, aparte 4° LF)

Este desarrollo de la jurisdicción contencioso-administrativa fue culminado con el artículo 19, aparte 4° de la Ley Fundamental del 23 de mayo de 1949 y puesta sobre una base jurídico-constitucional: “Toda persona cuyos derechos sean vulnerados por el poder público, podrá recurrir a la vía judicial”.

Esta garantía, una novedad jurídico-constitucional, abre la posibilidad de un amplio control judicial de la administración, a fin de proteger al particular. Por ello, fue celebrada por unos como culminación y coronación del Estado de derecho, mientras que otros hacían alusión al

peligro de un desencadenamiento del Tercer Poder, de lo que resultaría su supremacía dentro de los Poderes Públicos.

### Sentido de la protección

El fin de esta regulación fue eliminar la “arbitrariedad” del Poder Ejecutivo (TCF 10, 264), que devino de la ausencia del derecho en la época del nacionalsocialismo, con el objeto de garantizarles a los ciudadanos, a través de tribunales independientes, protección frente a la vulneración del derecho. Por otra parte, el Tribunal Constitucional Federal restringió la definición del Poder Público al ámbito de la administración, al negar una tutela judicial, con fundamento en el art. 19 apart. 4° LF, frente a los actos del Poder Legislativo (TCF 24, 33; 24, 367), lo cual generó variadas críticas. En cambio, hace poco el Tribunal Constitucional admitió una tutela limitada frente al Poder Judicial (TCF 107, 395, pero también ya decisión TCF 70, 35).

### Objeto de protección

Objeto de protección son los derechos públicos subjetivos del particular. Éstos sólo pueden existir sobre la base de una norma del derecho objetivo y, por consiguiente, ser vulnerados cuando la actividad administrativa es objetivamente ilegal. Aun cuando el tribunal debe verificar la ilegalidad de la actuación, la decisión sobre la existencia de una lesión jurídica subjetiva se mantiene como fin del proceso. Si no está presente dicha lesión, no se podrá intentar ninguna acción contra actos o actividades de la administración, aun cuando éstas sean ilegales en sentido objetivo.

Una acción popular, es decir, aquella que se intenta sin que exista un interés propio en el control de la medida administrativa está, en principio, excluida, salvo en las contadas ex-

cepciones en materia de derecho ambiental, en el que se le concede a determinadas organizaciones el derecho de accionar.

Un ejemplo en relación con la falta de capacidad procesal, fue el caso de la construcción de una planta de montaje en Hamburgo para el nuevo Airbus A 380, que debía ser construido en el marco de la cooperación europea. La autoridad competente concedió el permiso para la construcción de la mencionada planta en un área de protección natural, catalogado como único en Europa. Aun cuando la legalidad no estaba fuera de dudas, la demanda interpuesta por una organización de protección ambiental fue declarada improcedente, bajo el argumento de que a la referida organización no le habían sido vulnerados sus propios derechos. La decisión fue tomada sin haber revisado la conformidad de la medida administrativa con la Ley de Protección de la Naturaleza.

La determinación de la capacidad procesal en función de la existencia y vulneración de un derecho público subjetivo ha sido puesta crecientemente en duda, en vista de la presión ejercida por la evolución del derecho europeo. La postura del Tribunal Europeo de Justicia se encuentra aquí influenciada por la concepción francesa, la cual contrasta con la situación actual, pero, se corresponde con la situación de partida en Alemania. En este ámbito, la protección jurídica administrativa está fuertemente impregnada de la idea del control jurídico objetivo. De constituir la demanda del particular, en primera instancia, un impulso para el ejercicio del control, entonces, aparecerá un simple interés subjetivo en el asunto como legitimación suficiente para intentar la impugnación.

Hasta ahora, esta concepción no se ha aplicado en Alemania. En la práctica, resultaría signifi-

cativa su implementación, sobre todo, en "acciones de concurrentes". Por ejemplo, es el caso del propietario de un establecimiento comercial que puede sufrir un detrimento económico cuando a un concurrente le es permitido ilegalmente mantener su negocio abierto por un periodo de tiempo más prolongado. Con base en la ley sobre "Horario de cierre de establecimientos comerciales", entonces vigente, el comerciante afectado, pese a su menoscabo económico, no podrá intentar acción alguna, pues a él no le es reconocido un derecho subjetivo en la ley correspondiente, dado que dicha ley protege única y exclusivamente a los trabajadores o empleados (Decisión Tribunal Administrativo, 65, 167).

Por el contrario, se discute la procedencia de una acción de concurrentes en materia ecológica (Proyecto del Código Ambiental, par. 46). Por ejemplo, con su ayuda, un empresario puede acudir a un tribunal, a fin de intentar acción contra la vulneración de normas ambientales (por ejemplo, del derecho de eliminación de residuos) por parte de funcionarios administrativos, cuando de dicha vulneración se originan ventajas económicas para un concurrente, que le permitirían ofrecer sus servicios en el mercado a menor precio.

## **Estructuración de la protección jurídica-administrativa**

### **La Organización de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa**

#### *La vía contencioso-administrativa*

Con la finalidad de garantizar la protección ante lesiones jurídicas ocasionadas por el poder público, el art. 19 aparte 4° de la Ley Fundamental establece la apertura de la vía judicial,

es decir, la posibilidad de intentar acciones ante tribunales independientes. Inicialmente, la consecución de dicha garantía está dirigida al Legislador, lo que se materializó con la promulgación de la cláusula general para la vía contencioso-administrativa (parágrafo 40 Código Contencioso-Administrativo [CodCA]). En principio, dicha fórmula abarca todos los litigios jurídicos de naturaleza pública de rango no constitucional. Con ello, se abre la competencia de los tribunales administrativos no sólo en los casos de lesiones jurídicas del particular ocasionadas por la administración, como lo señala el art. 19 aparte 4° de la Ley Fundamental, sino que también va más allá y abarca los litigios de otra naturaleza, como por ejemplo, entre dos municipalidades o entre una Universidad y el Ministerio de Cultura.

#### *Estructura judicial*

La jurisdicción contencioso-administrativa es estructurada de tres instancias. Los tribunales inferiores son competentes, en principio, para todos los procedimientos. En el ámbito de cada uno de los Länder fue creado un Tribunal Superior Administrativo —o bien una Corte de Justicia Administrativa—; éste decide sobre los recursos; además, en primera instancia, sobre asuntos de gran relevancia —por ejemplo, la construcción de un aeropuerto o de una autopista—, así como sobre la validez de determinados preceptos normativos —control de las normas—. El Tribunal Administrativo Federal (que corresponde al Consejo de Estado) decide como Corte Suprema de Justicia sobre los recursos, así como, entre otras cosas, sobre litigios contencioso-administrativos entre la Federación y los Länder. Nuevamente, en ciertos casos de gran importancia tiene competencia para administrar justicia, en primer instancia, a fin de abreviar la vía judicial.

La composición de los tribunales es diversa. En general, rige el principio del tribunal colegiado, lo cual significa que las decisiones son tomadas, por lo menos, por tres jueces de carrera, es decir, profesionales, en la mayoría de los casos coadyuvados por los jueces ad-honorem. Precisamente, al principio colegiado se le atribuye, en la jurisdicción administrativa, una especial importancia, pues ofrece, primero, una mayor garantía de exactitud y transparencia de las decisiones; y, en segundo lugar, una mayor autoridad del tribunal frente a la administración sometida a control. Desde la óptica de separación de poderes, ambos aspectos son de primordial importancia para la legitimación y eficiencia del control judicial, pues a través de éstos, se puede asegurar, en la medida de lo posible, que la actividad administrativa sea objetada sólo en caso de la ilegalidad y que, por otra parte, la jurisprudencia contencioso-administrativa sea tomada en consideración por la administración en su actuación posterior.

Por lo anterior, no está desprovisto de problemas el hecho de que el código contencioso-administrativo (parágrafo 6) prevea la posibilidad de que la cámara de un tribunal administrativo transfiera un proceso a un juez singular, a fin de acelerar y simplificar los procedimientos. Esto sólo debe ocurrir en los casos en los que la situación jurídica no manifieste demasiadas dificultades y no revista mayor relevancia. En la actualidad, se deciden aproximadamente el 50% de todos los casos en las instancias inferiores por los jueces singulares.

### **El sistema de la protección jurídica**

Existen tres distintos tipos de procedimientos que persiguen el objetivo de garantizar la protección jurídico-administrativa.

### *Demandas relativas a actos administrativos*

El punto de partida es la función subordinada del derecho procesal. En tal sentido, las formas de la protección jurídica-administrativa están orientadas a la relación jurídica del derecho material que le sirve de base. Claramente, ésta se diferencia de las relaciones jurídicas entre particulares, sobre las cuales deciden los tribunales civiles. El derecho administrativo se caracteriza, típicamente, por la supraordenación del Estado frente al particular. De allí se deriva la competencia de las autoridades administrativas para establecer unilateralmente regulaciones vinculantes. Estas regulaciones soberanas, llamados actos administrativos (Ley de procedimiento administrativo, parágr. 35), deben ser acatadas por el destinatario, aun en los casos en que sean ilegales, desde luego, bajo reserva de una revisión judicial.

Además, el procedimiento contencioso-administrativo sigue a un procedimiento administrativo previo. Al contrario del proceso civil, este proceso no sirve para la consecución aislada de una pretensión o de cualquier otro derecho subjetivo, sino que procura constatar si la actuación de la administración –positiva o negativa– ha sido ilegal y si los derechos subjetivos del demandante han sido vulnerados, sea mediante una actuación, por ejemplo, a través de la emisión ilegal de una liquidación de impuestos, o a través de una omisión, como por ejemplo, la negativa de otorgar un permiso de construcción.

En caso de que exista un gravamen ilegal –por ejemplo, en la liquidación de impuestos–, el tribunal procede a anular el acto administrativo a través de una sentencia constitutiva, por la vía de la acción de anulación (*Anfechtungsklage*).

Por el contrario, al tribunal le está vedado dictar actos administrativos que fueron ilegal-

mente omitidos –un permiso de construcción, por ejemplo–. El Principio de División de Poderes admite en este caso sólo la condena de las autoridades, a fin de que emitan el acto administrativo omitido por acción obligacional (*Verpflichtungsklage*).

### *Otras demandas*

Junto al típico actuar de la administración a través de los actos administrativos, existen otras formas de actuación jurídica pública, por ejemplo, mediante los contratos. También pueden existir relaciones jurídico-públicas entre titulares de la soberanía con base en leyes existentes, como por ejemplo, entre un municipio y el Ejército Federal, en relación con la competencia en la prevención de incendios (DBVI, 1997, p. 954). Para los litigios en este ámbito se dispone de la acción de condena o prestacional (*Allgemeine Leistungsklage*) y de la acción declarativa (*Feststellungsklage*), en las formas que generalmente son conocidas en la doctrina jurídica procesal.

### *Juicio de control de normas*

Una posición destacada ocupa el control contencioso administrativo de las normas. Dicho recurso puede ser intentado contra disposiciones normativas de los Länder de rango inferior a las leyes. Este control conecta el control jurídico objetivo con la protección jurídica subjetiva; su fin es la verificación de la legitimidad objetiva en un llamado “procedimiento de objeción”, que además de servir a la protección del derecho, se encuentra al servicio de la transparencia y de la economía procesal, ya que, de esta forma, se pueden evitar sucesivos procesos sobre la base de la misma norma. Es por esto que uno de los requisitos para que el particular pueda introducir la solicitud consiste en la posibilidad de que la norma viole o vulnere sus derechos. Por ejemplo, el propietario de un inmueble puede alegar

que un plan de urbanización elaborado por una municipalidad y dictado mediante reglamento, viola su derecho de propiedad, debido a que el mencionado plan prevé la construcción de una calle sobre su inmueble; en este caso, la competencia para decidir recae sobre el Tribunal Superior Administrativo.

### **La tutela judicial cautelar**

La verdadera defensa jurídica debe estar dirigida a evitar que realmente se produzcan lesiones jurídicas y no sencillamente a una compensación monetaria por la pérdida del derecho. A esto se debe que el artículo 19, aparte 4° LF, sea interpretado en los términos de una garantía de protección jurídica efectiva. Por ejemplo, cuando se prohíbe la realización de una asamblea o reunión pública y, pasado año, en vista de la interposición de un recurso contra dicha prohibición, el tribunal determina que ésta fue ilegal, se observa que bajo estas circunstancias, el derecho de reunión (un derecho fundamental), efectivamente, no pudo materializarse; la protección de este derecho quedó vacía, vale decir, no fue efectiva.

Por tanto, la tutela jurídica efectiva está vinculada, ante todo, a la protección jurídica preventiva. Dicha protección debe impedir que se creen hechos consumados como consecuencia de procesos que a menudo tienen extensa duración, en algunos casos varios años, y de esta manera, se frustra, se haga fracasar, un derecho que en efecto estaba motivado. Por otra parte, a menudo, el interés general imposibilita que se suspenda la ejecución de una decisión administrativa, hasta tanto su legalidad no esté definitivamente aclarada en sede judicial, por ejemplo, en el caso de la existencia de situaciones graves de peligro.

Estos conflictos de intereses son tomados en consideración por el derecho alemán, para lo cual se han introducido instrumentos altamente diferenciados, que no pueden ser tratados en sus particularidades en el marco de esta exposición (Lorenz, 2003, pp. 123 y ss.). Por ello, sólo quisiera abordar las dos constelaciones fundamentales.

En el caso de una demanda contra un acto administrativo de gravamen (acción de anulación), por ejemplo, en la acción ejercida por una empresa, contra la cual fue dictada por la autoridad administrativa una prohibición de arrojar desechos químicos a vías fluviales, a fin de evitar su contaminación, se aplica por el mandato de la ley, es decir, en forma automática, el efecto suspensivo frente al acto administrativo (CodCA, par. 80). Este efecto significa que, al menos, provisionalmente, la obediencia de la orden administrativa no es imperativa. Sin embargo, cuando se trata de proteger a la colectividad, la autoridad puede excluir el efecto suspensivo. En caso de conflictos, la decisión recae en el tribunal.

Si el demandante exige una prestación por parte de las autoridades, por ejemplo, la asignación de una plaza de estudio en una universidad para el semestre venidero, el tribunal puede emitir una orden provisional (CodCA, par. 123), a fin de impedir la pérdida del derecho, lo cual, en nuestro ejemplo, correspondería a la admisión provisional del demandante en la universidad. En la práctica, este tipo de resoluciones provisionales adquieren muy a menudo un carácter definitivo; es por ello que el tribunal está obligado a verificar minuciosamente la situación jurídica, como lo haría en el caso de la decisión definitiva de la demanda. Sólo cuando el examen detallado de la situación jurídica no es posible por el tiempo

po disponible, el juez puede tomar su decisión sobre la base de la ponderación del interés de protección jurídica del particular, por una parte, y los intereses de la colectividad o de otros intervinientes, por la otra.

### La posición de la jurisdicción contencioso-administrativa en el sistema de separación de poderes

La posición del poder judicial, en general, es objeto de discusión, sobre todo, en relación con la legislación. La problemática derivada del sometimiento al derecho, del desarrollo del derecho y del derecho de creación judicial, así como del control incidental de las normas no constituyen una particularidad de la jurisdicción contencioso-administrativa, por lo cual no va a ser abordado en esta exposición. Lo que aquí sí representa un problema en el marco de la división de poderes es el control que ejercen los tribunales administrativos sobre la administración. Como tal, dicho control es un componente del principio de la división de poderes en la forma establecida en la Constitución; sin embargo, su alcance e intensidad constituyen aspectos controversiales. En este punto tendré que limitarme a algunas indicaciones generales.

### Administración y jurisdicción contencioso-administrativa

La jurisdicción contencioso-administrativa garantiza la protección jurídica mediante el control de la legalidad. Así, no resuelve de forma autónoma sobre el fondo o contenido material de la decisión administrativa. A pesar de ello, por esta vía influye de manera forzosa en la realización de las funciones ejecutivas: de manera directa, a través del carácter obligatorio de la decisión en el caso concreto (CodCA,

parág. 121), de una manera indirecta, debido a que la jurisprudencia es tomada en cuenta en las sucesivas actuaciones de la administración como un precedente fáctico. Esta influencia se hace más evidente en la medida en que el poder judicial ejerce de una manera más amplia su competencia en materia de control.

### Aumento de la determinación legal

Los tribunales han entendido el margen de acción del Ejecutivo como un área determinada, de manera creciente por normas de derecho, y por ello, sujeta, en la misma medida, a la verificación judicial.

Esto es válido, primero para los presupuestos de hecho de la decisión. Con el objeto de garantizar en forma efectiva la protección jurídica, el tribunal debe indagar de oficio los hechos relevantes. Por ejemplo, cuando se trata de situaciones de hecho complejas, cuando se debe determinar el grado de seguridad de una central nuclear, se producen colisiones entre los poderes. En nuestro ejemplo, la evaluación del caso se tendría que basar en un informe científico que valore la situación de peligro fundamentado en pronósticos sobre el posible desarrollo de la central nuclear en el futuro. El tribunal no puede juzgar el contenido del pronóstico efectuado, quedándole tan sólo la posibilidad de examinar la exactitud en los aspectos metodológicos.

En la aplicación del derecho (segundo término) existe un control judicial limitado en relación con las actuaciones o actos discrecionales. Éstos se fundamentan en una libertad de decisión de la administración establecida y delimitada en la ley, por lo que están sometidas al derecho tan sólo en cuanto a los límites de su discrecionalidad y, por consiguiente, pueden ser controladas judicialmente en estos parámetros. De esta for-

ma, el tribunal no puede objetar la alternativa de actuación escogida por la administración, sino el defecto o error en el ejercicio de la potestad discrecional, como por ejemplo, la violación del fundamento legal o del principio de la igualdad de trato, la llamada arbitrariedad.

Por otra parte, conceptos jurídicos indeterminados —por ejemplo: interés general, fiabilidad de un comerciante o industrial—, los cuales, de acuerdo con la doctrina alemana dominante, están marcadamente diferenciados de la potestad discrecional, pueden ser verificados judicialmente sin límite alguno. Sólo se reconoce una excepción, y es cuando la ley concede un margen de discrecionalidad a la administración, es decir, se le faculta legalmente para determinar el contenido del concepto. Una competencia de este orden, es decir, para decidir administrativamente en última instancia es aceptada, por ejemplo, en las verificaciones vinculadas a la constatación de una aptitud.

Igual que para las decisiones administrativas de carácter discrecional, el tribunal se ve limitado aquí sólo a verificar si los límites jurídicos fueron observados; sin embargo, dichos límites jurídicos han sido establecidos en términos bastante amplios por el Tribunal Constitucional Federal (TCF 83, 130; 84, 34; 84, 59; decisión Tribunal Administrativo Federal 129, 47, divergente de 94, 307). Lo anterior no significa que estos ámbitos que escapan del control judicial no estén sujetos al derecho. La administración, informada por los postulados de Estado de derecho, siempre queda sometida a las leyes y al derecho. No obstante, la protección jurídica es limitada a los instrumentos no judiciales antes mencionados, en particular, al cumplimiento de un procedimiento determinado y a la vigilancia a través de los propios órganos de control.

### Ampliación de la legitimación para recurrir

Para comprender la influencia creciente de la jurisprudencia, es preciso agregar la ampliación de la legitimación para recurrir. Como ya fue mencionado, para acceder a la jurisdicción contencioso-administrativa, el demandante debe alegar la lesión de un derecho subjetivo y no un simple interés. Para ello, es suficiente la existencia de perjuicios indirectos y exclusivamente fácticos, aún cuando éste no manifieste mayor intensidad. Ejemplo de ello, es el caso de un agricultor que intenta una acción contra una planificación vial, pues, en el caso de su realización, el agricultor será afectado al verse obligado a hacer un desvío para arribar a los terrenos de su propiedad. En este contexto se ubica igualmente el derecho de accionar del llamado tercero afectado, es decir, de aquellos que, sin ser destinatarios de la medida son alcanzados por sus efectos. Como ejemplo, se podría mencionar el caso, ya ilustrado, del competidor o el caso de una secta que se opone a que el Estado apoye financieramente a una organización privada cuya labor fundamental es la evaluación de los peligros subyacentes a las actividades de las sectas, en general (Decisión Tribunal Administrativo Federal 90, 112).

### Problemas actuales

Finalmente, en este punto, trataremos los problemas fundamentales de la jurisdicción contencioso-administrativa, en la actualidad.

La introducción de una amplia protección jurídica administrativa en los años posteriores a 1949, estuvo acompañada por la advertencia relacionada con una posible posición dominante de la justicia, es decir, un "Estado [no sólo de derecho, sino] de Jueces" y por la inamovilidad de la administración. Aún cuando esos temores no se llegaron a materializar,

sí se ha producido una situación en la cual la actividad judicial de control ha adquirido excesiva preponderancia y, por tanto, se ha hecho problemática. Debido a que la realización de prácticamente cada una de las decisiones administrativas de cierta importancia (planificación vial, permisos industriales, etc.) depende de la resolución del Tribunal Administrativo ante el cual fue sometido el asunto, no sólo se evita de esta manera la existencia de medidas viciadas de ilegalidad, sino que también, a menudo, esta vía servirá de vehículo para bloquear ilegalmente proyectos que cumplen con las exigencias de la ley.

Ciertamente, esta situación genera severos perjuicios a la colectividad. Basta pensar en el retraso en la construcción de una vía interurbana requerida con urgencia o de un tramo ferroviario; este retraso conduce, no en pocas ocasiones, a la imposibilidad total de realización de éstas, ya que, en el ínterin, por lo general, surgen nuevas objeciones y, finalmente, un aumento de los costos de tales proporciones, que hacen el proyecto inviable. Si existe un trasfondo político en contra de la construcción de una carretera o de un aeropuerto, la labor de la jurisdicción contencioso-administrativa no puede consistir en posibilitar, bajo el manto de la protección jurídica, la realización de intereses políticos de minorías —en oposición a lo que plantea la reciente interpretación de una jurisdicción contencioso-administrativa emancipadora.

El Parlamento ha reaccionado diligentemente ante estos casos, mediante la promulgación de leyes que regulaban directamente la planificación de importantes proyectos de vialidad, lo que se encontraba en correspondencia con los retos del reordenamiento de Alemania. Ya que contra una ley está negado, en principio, el acceso a la vía judicial, en estos casos existe una

reducción de la protección jurídica, lo que es admitido sólo cuando razones de peso lo justifican (decisión TCF 95, 1).

Una solución general al problema planteado consiste en declarar como jurídica y materialmente irrelevantes errores del procedimiento administrativo, siempre que éstos no hayan incidido en el contenido de fondo de las decisiones o actuaciones (parág. 45, 47 Ley de Procedimientos Administrativos). Por otro lado, la legislación reciente ha ampliado bastante este instrumento y, en especial, también lo ha aplicado a decisiones de planificación (planificación urbanística [*Bauleitplanung*]; planificación vial [*Straßenplanung*]) lo cual suscita dudas considerables con respecto al Estado de derecho, comoquiera que tales decisiones son marcadas por un gran margen de discrecionalidad, lo más importante parece ser la observancia del procedimiento formal, legalmente prescrito, para garantizar la legalidad material de la decisión. Por lo demás aquí —más que de ordinario— es difícil diferenciar entre faltas materiales y procedimentales.

Otro problema que resulta de la amplia actividad de control, radica en el tiempo de resolución de los juicios. Así pues, la protección jurídica ya no es efectiva si no se garantiza en el corto plazo. Sin embargo, dicha condición no es asegurada en la primera instancia, en la cual los procedimientos se alargan en promedio por un año y medio. Es por ello que a lo largo de las diversas modificaciones del derecho procesal administrativo se han incorporado una serie de regulaciones con el propósito de descongestionar los tribunales y acelerar los procesos. Entre estas regulaciones se encuentran:

- Racionalización del proceso a través de la concentración de la causa y preclusión de los alegatos extemporáneos.

- Reducción de las instancias, por una parte, mediante la atribución de la competencia en primera instancia al Tribunal Superior Administrativo en caso de litigios sobre proyectos de gran escala y, por la otra, mediante la dependencia de todos los recursos a una admisión judicial.
- Adicionalmente, la ya mencionada introducción de una competencia del juez singular en los tribunales administrativos.

Los retrasos registrados en los procedimientos, debido a demandas intentadas por un gran número de personas en contra de determinados proyectos de mayor orden —como el caso de la reconstrucción del aeropuerto de Munich, en contra del cual fueron intentadas más de 5.700 demandas [Decisión TCF 54, 39] (los llamados procesos colectivos)— fueron confrontados a través de diversos medios procesales, entre otros, a través del nombramiento de un representante común para cada uno de los grupos (CodCA, parág. 67a) o a través de la tramitación de un proceso modelo.

## Conclusión

Dándose cuenta del desarrollo y de la situación actual de la jurisdicción contencioso-administrativa, sin duda, el equilibrio de Estado de derecho aparece observado. La jurisprudencia contencioso-administrativa le garantiza al ciudadano la protección efectiva de sus derechos subjetivos al igual que la legalidad objetiva de la actuación administrativa. Sin embargo,

no se ve puesto en peligro el cumplimiento necesario de las funciones estatales, especialmente administrativas: retrasos causados por el procedimiento judicial se presentan como consecuencia inevitable de la realización del derecho. Por ende, la jurisdicción contencioso-administrativa no aparece como un cuerpo extraño, dentro del sistema constitucional democrático, sino que se demuestra más bien un sillar orgánico e irrenunciable del edificio de un Estado constitucional.

## Referencias

Ley Fundamental del 23 de mayo de 1949

Ley Marco de los Funcionarios Públicos en Alemania.

Ley de procedimiento administrativo.

Decisión Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht* – TCF) 7, 155; 39, 334.

Decisión TCF 107, 395, pero también ya decisión TCF 70, 35

Decisión Tribunal Administrativo Federal (*Bundesverwaltungsgericht*) 65, 167.

Decisión Tribunal Administrativo Federal, *Deutsches Verwaltungsblatt* (DVBl) 1997, p. 954.

Decisión TCF 83, 130; 84, 34; 84, 59; decisión Tribunal Administrativo Federal 129, 47, divergente de 94, 307.

# RES PUBLICA N° 2

RESPUBLICA	Bogotá, D.C. Colombia	No. 2	pp. 1 - 114	Ene. - dic.	2010	ISSN 2145-9185
------------	--------------------------	-------	-------------	-------------	------	-------------------

República No 2

### CONSEJO EDITORIAL

P. José Antonio Balaguera Cepeda, O.P.

*Rector General*

P. Pedro José Díaz Camacho, O.P.

*Vicerrector Académico General*

P. Luis Francisco Sastoque Poveda, O.P.

*Vicerrector Administrativo*

P. Carlos Mario Alzate, O.P.

*Vicerrector de la VUAD*

Omar Parra Rozo

*Director de la Unidad de Investigación*

F. Javier Antonio Hincapié Ardila, O.P.

*Director Departamento de Publicaciones*

María Andrea López Guzmán

*Editora*

### COMITÉ EDITORIAL

P. Diego Orlando Serna Salazar O.P.

*Decano de División Facultad de Ciencias Humanas*

Álvaro Echeverri Uruburu

*Decano Facultad de Derecho*

Mario Federico Pinedo Méndez

*Secretaria de División de Ciencias Humanas*

Elisa Urbina Sánchez

*Directora Centro de Investigaciones Sociojurídicas*

*"Francisco de Vitoria"*

Jhon Fisher Muñoz

*Representante de los Profesores*

Jorge Enrique Carvajal Martínez

*Coordinador de Publicaciones Facultad de Derecho*

### EDITOR DE LA REVISTA

Álvaro Echeverri Uruburu

### COMITÉ CIENTÍFICO

Hartmut Maurer

*Profesor Emérito Universidad de Konstanz.*

Martin Ibler

*Profesor Universidad de Konstanz.*

Dieter Lorenz

*Profesor Universidad de Konstanz.*

Rodrigo Uprimny

*Profesor Facultad de Derecho Universidad Nacional de Colombia*

Diego Eduardo López Medina

*Profesor Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes*

Nuestra portada: las "faces" llevadas por doce lictores que marchaban delante de los cónsules en la Roma Republicana y que significaba el poder (el hacha) limitado (amarrado) por varias varas que representa al pueblo Romano.

ISBN: 2145-9185

©Derechos Reservados

Universidad Santo Tomás

Corrección de estilo:

María Elvira Mejía

Diagramación:

Claudia P. Rodríguez Ávila

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

Departamento de Publicaciones

Carrera 13 No. 54-39

Teléfono: 235 1975

Http://www.usta.edu.co

Diseño e impresión

Departamento de Publicaciones

Bogotá, D.C., Colombia - 2010

## Contenido

### Editorial

La garantía de la protección judicial y la jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania  
*The guarantee of the judicial and protección administrative courts in germany*  
Dieter Lorenz

Rasgos generales del derecho municipal en Alemania  
*General features of municipal law in Germany*  
Hartmut Maurer

Derecho Administrativo como Derecho Constitucional concretizado  
*Administrative Law and Constitutional Law*  
Martin Ibler

Entre originalidad e imitación: el debate sobre los trasplantes en el derecho  
*Between originality and imitation: the debate on transplantation at the right*  
Andrés Abel Rodríguez Villabona

¿Cuáles serían las implicaciones de introducir en nuestro ordenamiento el principio de protección a la confianza del derecho alemán?  
*What are the implications of introducing into our law the principle of trust protección to German law*  
Miguel Ángel Díaz

5

9 X 3

21 X

35 X

49

73