

PANEL 4

COMPETENCIAS FEDERATIVAS EN BRASIL.
DERECHO ADMINISTRATIVO Y
JUSTICIA ADMINISTRATIVA

OBSERVAÇÃO PRAGMÁTICA DOS PROBLEMAS DE COMPETÊNCIAS DOS ENTES FEDERATIVOS NO BRASIL

Janriê Rodrigues Reck

1. INTRODUÇÃO

Esta fala tem por objetivo, ao mesmo tempo, explorar os problemas tanto epistemológicos quanto práticos que emergem do trabalho interpretativo das competências federativas no Brasil. Iniciar-se-á do conceito de decisão para, em seguida, passar-se ao conceito e função da competência, em seguida abordando as questões emergentes da Constituição brasileira para, finalmente, abordar o trato judicial do tema.

2. DECISÃO

Importante caracterizar que a decisão jurídica, em realidade, é uma unidade de múltiplas de decisões. De fato, quando se fala que alguém decidiu juridicamente (emitiu um juízo de correto/incorreto sobre normas, isto é, doutrina, ou sentenciou, ou aconselhou cliente, ou criou norma geral), se fala em decisão no singular. Entretanto, cada decisão é uma unidade de milhares de decisões. De fato, quem, por exemplo, decide dizer que uma determinada norma é inconstitucional, está ao mesmo tempo decidindo o significado de cada termo da norma, do que significa o sintagma

(sucessão de signos), qual é sentido conotativo (emocional da norma), quais são os planos de ação possíveis de serem entabulados a partir da norma, bem como se as repercussões possíveis são aceitáveis ou não. Assim, todas estas decisões são enlaces para que se possa apontar uma decisão. Elas acabam sendo invisíveis, uma vez que expor os fundamentos de cada decisão seria superinformação e impediria a comunicação. Ninguém teria tempo, capacidade de expor e capacidade de compreender todas as decisões que formam uma decisão. Assim, a decisão jurídica, enquanto unidade, é um grande redutor de complexidade.

A complexidade é sempre resgatável, contudo. É possível buscar os fundamentos de cada decisão. Evidentemente que existem meios, tempos e óbices, de modo que esta frase é só uma afirmação genérica. Mas genericamente é possível afirmar que seria possível verificar quais são os acoplamentos operativos em forma de decisão a que se remeteu a decisão jurídica em observação.

A observação de uma decisão jurídica ser uma decisão de decisões é uma condição para que o sistema jurídico exista e opere. Uma vez que só há sistema em movimento, uma decisão sempre é um enlace com milhares de outras, em forma de rede. A unidade em forma de decisão reduz a complexidade. Deste modo, é possível unificar milhares de decisões em uma só, simplificando o processo de tomada de decisões. O Direito consegue, assim, processar muitas informações, mas, ao mesmo tempo, não tem de justificar todas, redundando em grande ganho de eficiência e tempo e, com isto, possibilitando que o sistema jurídico continue decidindo.

A última nota sobre decisão, aqui, é a observação de que não existem decisões não enlaçadas com uma outra decisão. Não só uma decisão jurídica é uma unidade de decisões como também é a continuidade de uma série de redes e cadeias de decisões, e que permitem a densidade do sistema. Estas cadeias de decisões, novamente, são interrompidas dentro da argumentação jurídica, para fins de redução de complexidade e alcance da possibilidade de tomada de decisões. As cadeias de decisão poderiam ser observadas sob diversos aspectos, mas não é o caso, aqui, de retomar esta problemática. Cite-se, por exemplo, uma cadeia de decisões sobre o significado de competência. Poder-se-ia reconstruir as relações com o Direito romano, com a sua recepção pelo Direito francês, influências anglo-saxônicas, notadamente após a independência dos EUA, ou então, ainda sobre o significado, pensar nos livros que foram lidos pelos doutrinadores atuais, ou as representações sociais sobre competência. Enfim, as possibilidades de observação dos acoplamentos são infinitas. O tempo, finito. Daí a necessidade de reduções. Mesmo em um ambiente democrático é necessário dar-se determinadas decisões como fundamentadas de modo tão definitivo que não é possível questioná-las – mas tendo de compatibilizar com a inexistência de dogmas, principalmente científicos. Por outro lado, é necessário não colocar muita atenção em determinadas conexões. Enfim, por um jogo de sobredimensionamento da validade de algumas normas e omissão de

determinadas questões consegue-se decidir. Novamente, em um ambiente democrático e em uma matriz complexa, os caminhos de reconstrução da decisão não estão dogmaticamente interditados (como em Kelsen, por exemplo).

A observação sobre uma cadeia de decisões das mais importantes, releva notar, é a que faz a reconstrução dos enlaces das decisões desde a esfera pública até a decisão mais tópica sobre o Direito.

3. CONCEITO DE COMPETÊNCIA

A competência é uma espécie de comunicação que tem por função estreitar o campo de decisões possíveis de determinados órgãos. A noção de competência leva a uma comunicação cujo enlace é, precisamente, evitar que um determinado órgão tenha de decidir tudo. A competência permite a especialização dos órgãos e, com isso, diminui a hiperinformação. Por outro lado, a competência não elimina os excedentes de informação das justificativas para o exercício da competência: qualquer razão pode ser mobilizada e deve ser objeto de exame. De outra banda, a competência tem uma função de ligação: a comunicação competência opera para formar a ligação entre a decisão tomada e a especialização do órgão. Assim, é um elemento de justificação. Ao se questionar por que determinada decisão foi tomada, a competência vai servir como uma razão, posto que seria uma função daquele órgão em específico. A competência é, ela mesma, uma comunicação do tipo jurídico e é produzida pelo próprio Direito. Neste sentido, trata-se de uma prestação do sistema jurídico ao sistema da organização: empresta-lhe o sentido de condicionantes para a ação. A competência não só seleciona as possibilidades de decisões, mas também o tipo de decisões, isto é, delimita se a competência será exercida por política pública, por serviço público, e assim por diante. Do mesmo modo, a competência serve de legitimação para o tipo de decisão produzida pelo órgão. Se a comunicação/decisão produzida pelo órgão for capaz de se enlaçar com a competência, em princípio ela é passível de estabilização. A competência também tem uma função de dar visibilidade a funcionalidade do órgão para os demais sistemas. Neste sentido, pode-se observar se efetivamente existem decisões sendo tomadas no sentido da competência. Se estas não estão sendo tomadas, abre-se a porta para que outros tipos de medidas jurídicas e políticas sejam tomadas para que efetivamente o órgão produza decisões.

O senso comum construiu para o Direito o mito de sua função social enquanto pacificação. Uma observação mais rigorosa pode se conectar com tal ideário, mas fazer uma observação mais complexa. O Direito assumiu funções –tanto nas expectativas sociais quanto em sua atuação efetual– muito mais abrangentes que a mera solução de conflitos (muito embora este permaneça como função social do Direito na ingenuidade dos manuais de Direito). Estas funções podem ser agrupadas a partir de uma descrição mais abrangente que envolve a noção de integração social. De fato, tanto a teoria dos sistemas quanto a pragmática da ação espantam-se com o mesmo

mistério: como é possível que uma decisão esteja conectada outra decisão? Isto se dá das mais variadas formas, e abrangem desde a transmissão de tradições, a socialização, a formação de padrões de comportamento e o estabelecimento de cadeias de ação.

Quando uma decisão é respeitada enquanto uso da razão, gera, na opinião de Habermas, uma força motivadora. Isto por vários motivos: - necessidade pragmática do humano por interação; - socialização em contextos desde já sempre comunicativos; - compartilhamento de tradições; - pressuposição de liberdade de fala; - suposição de racionalidade e sinceridade dos falantes e finalmente pretensão de universalidade e incondicionalidade nos proferimentos. Quer-se dizer, aqui, que o uso da linguagem está enredado em dados antropológicos e culturais que, após a adesão (ou não) da decisão, é gerada uma força motivacional de cumprimento da promessa estipulada na comunicação. Falando de modo mais simples: por força da condição humana de ser cultural e por força da inevitabilidade e exclusividade do acesso ao mundo pela linguagem, as interações sociais geram motivações. Acredita-se, em princípio, quando alguém diz que está chovendo lá fora, e isto faz com que se pegue um guarda-chuva.

Entretanto, o risco do dissenso é constante. Mal-entendidos, mentiras, mudanças de rumo, e assim por diante, colocam em risco os programas de ação e, via de consequência, as expectativas geradas a partir dos atos de fala. Quem tem contato com uma pessoa que constantemente está se comportando de forma jocosa, mais cedo ou mais tarde perderá a expectativa de credibilidade, e não o levará a sério quando for o caso.

Precisamente aí já se encontram dois dados fundamentais do Direito enquanto gerador de integração social. Ele permite a integração e a coordenação de ações, justamente por ser linguagem, e, por outro lado, dado a sua estrutura positiva (ser fruto de decisão, escrito e institucionalizado), também alivia os dissensos. Esta função de alívio dos dissensos é delicada nos tempos contemporâneos, dada a pluralidade de visões de vida e a inexistência de garantias metassociais. Então novamente outro paradoxo se coloca, na pergunta de Habermas: como é possível conectar-se a decisões que são arbitrárias e que a todo momento podem ser modificadas? A resposta liga-se com o exposto anteriormente no tópico sobre a decisão jurídica. Somente se o Direito for Democrático produzirá força motivacional suficiente para coordenar ação.

De fato, apenas a linguagem jurídica possui certa capacidade de integração social pela sua positividade. Habermas fala do caráter paradoxal da positividade do Direito: comunicações postas por decisão, sem garantias metassociais, modificáveis a qualquer instante e garantidas por sanção. Para Habermas, o Direito, quando entendido deste modo, só gera motivação para o seu seguimento se conectado com a Democracia. Entretanto, sua força motivacional não é suficiente nem para enfrentar a decepção ante a vagueza do Direito, e, muito menos, como substituto dos tabus. Não só a Democracia encontra boas razões filosóficas e sociológicas, mas também ela mesma é

inevitável: fora do diálogo, a única forma possível de interação é através da violência, seja real ou simbólica.

O processo de formação do Direito induz integração social justamente pelo procedimento. Não só o procedimento democrático é ele mesmo indutor de legitimidade, mas também o próprio fato de que, dentro do Direito, necessariamente uma decisão tem de ser tomada. Dentro dos processos espontâneos de coordenação de ações na sociedade, a ausência de procedimentos determinados de uma produção de uma decisão torna difícil que algo seja feito. É mais provável a anemia decisiva. O procedimento dentro do Direito facilita (por regras tais como prazos, quóruns, etc.) e, mesmo, obriga que uma decisão seja tomada. A mera existência de uma decisão já é melhor do que a inexistência de uma decisão positiva, de modo que esta já é uma razão suficiente para a motivação para ação.

Assim, a coordenação da ação vai ser possível por uma combinação de exercício da autonomia em conjugação com a positividade do Direito. Com isto, é possível mesclar motivação da ação com estruturas artificialmente criadas. Explica-se, deste modo, o surpreendente de fenômeno de se criar uma política pública a partir do zero. O Direito permite a adesão pela liberdade de motivação para ação: alguém adere ao Direito tanto pela legitimidade da norma, como pela sanção. Assim, a coordenação de ações torna-se possível devido à motivação que o Direito gera à integração social, seja pelo enlace do Direito com a Democracia, seja pela característica sancionatória da positividade do Direito.

O Direito, enquanto aberto democraticamente, e ainda enquanto umas das últimas alternativas não-violentas de interação, socializa e transmite tradições. De fato, dada a pluralidade de fontes de normas do agir, a maior parte delas desautorizadas, a formação dos conceitos de certo e errado, utilizados na prática cotidiana – assim como os projetos de vida felicidade individual e coletiva – acaba passando por uma vivência do Direito. O Direito, neste sentido, socializa, isto é, estimula o encontro do indivíduo com o outro.

A mesma abertura do Direito permite que a cultura seja inserida dentro dos seus processos democráticos de formação. De fato, para os grupos com diferentes opiniões, existem diferentes razões que sustentam um ou outro comportamento. O processo democrático, ao resultar em uma decisão em que houve a possibilidade de participação, permite a inserção das concepções culturais e éticas dos grupos fragmentários da sociedade. Com isto, o Direito é de ser modo um reproduzidor das tradições culturais. Assim, há mais um motivo para aderir ao Direito.

Retomando, são as razões pela qual o Direito ainda consegue coordenar a ação:

- por ser criado por decisão, que pode ser modificado a qualquer momento;
- por se expressar em linguagem, que é a forma possível de se conectar uma decisão com outra;

- pela liberdade de comunicação que o Direito permite, ao superar o tabu;
- pela artificialidade do Direito, ao criar estruturas novas de comportamento;
- pelo procedimento de geração de decisões dentro do Direito, onde usualmente obriga-se a tomada de uma decisão por quoruns, prazos e procedimentos;
- pelo fato da decisão estar conectada a organizações administrativas;
- pela maior precisão da linguagem jurídica, usualmente escrita;
- diante da ameaça de sanção;
- pela motivação da ação que a unidade entre Direito e Democracia garante;
- pela inexistência de alternativas viáveis diversas não-violentas e não-dogmáticas;
- pela função subsidiária do Direito de socializar e transmitir tradições.

Por coordenação da ação, novamente, entenda-se, a decisão inserida no contexto de provocação deliberada de comportamentos do tipo programas e a geração de expectativas. Estes programas e expectativas são estruturadas na forma de decisões conectadas com outras decisões.

4. PROBLEMAS DE INTERPRETAÇÃO DAS COMPETÊNCIAS FEDERATIVAS NO BRASIL

As competências estão presentes, no Brasil, dentro da Constituição e das leis. Entende-se que as competências são uma questão de reserva legal. Além dos problemas de vaguedade de qualquer lei, as competências federativas encontram problemas de interpretação bem específicos dentro da Constituição Federal brasileira.

Em breves palavras, pode-se dizer que, na Constituição Federal, há um critério vago para a definição das competências em geral, e alguns esquemas de classificação também problemáticos.

À União caberia o interesse nacional, aos Estados o interesse regional e aos Municípios o interesse local. Cada ente federativo teria autonomia para criar leis para si no que toca à sua administração, exceto quando a Constituição reserva para a União poder de criar leis para todos os entes federativos em matéria administrativa.

A União possui um feixe de competências que entram na classificação de enumeradas, isto é: há, no texto legal, um rol de competências explícito. No caso dos Estados e Municípios, existem apenas cláusulas muito gerais. A Constituição diz que cabe aos Municípios competências relacionadas ao interesse local. Já aos Estados, qualquer competência que não caiba à União e aos Municípios.

Assim, a primeira pergunta é: pode tudo ser competência do poder público? Em princípio, a competência demarca aquilo que é atribuição do Poder Público daquilo que é reservado à iniciativa privada. Além disso, a competência obrigaria o Poder Público a decidir sobre aquela matéria.

Pode-se imaginar, contudo, que, a medida que o mundo evolui, vão surgindo novos problemas. Estes novos problemas estarão à parte das competências públi-

cas? Se, em princípio, não for competência enumerada da União, seria reservada do Estado-membro. Ocorre que, se tal matéria for de interesse nacional, não poderia ser atribuída ao Estado-membro.

Este problema, contudo, é apenas um problema teórico, uma vez que as palavras da Constituição Brasileira são vagas a ponto de qualquer problema conseguir se enlaçar a elas.

Entretanto, a vagueza das normas constituições faz com que a tradição constitucional adquira um peso muito grande. É extremamente problemática a interpretação do que é local, nacional e regional. Basta ver, por exemplo, a questão de horário de comércio. O STF entende que é uma competência local. Entretanto, trata-se também, de certo modo, de uma questão nacional, uma vez que, em uma realidade de fácil deslocamento, seria bom para todos os brasileiros uma padronização de horário. Além disto, esta questão se entrelaça com questões trabalhistas, cuja competência é claramente da União.

Assim, boa parte das atribuições dos Estados e Municípios o são por que sempre foram, e não por que estão previstas na Constituição. Por outro lado, a Constituição não modificou expressamente a tradição, de modo que, por um lado, há uma decisão de se manter o que sempre foi.

Para fins de distribuição de competências, a Constituição adota vários critérios. Um dos critérios é a divisão competência legislativa versus administrativa. Cada ente federativo teria uma série de competências legislativas e uma série de competências administrativas. A competência legislativa seria para criar leis sobre determinado assunto. Já a administrativa seria para administrar determinado assunto.

Ocorre que existe uma interdependência entre os dois tipos de competência.

Por exemplo, cabe a União legislar sobre direito civil. Dentro do Direito civil há a especificação do direito de propriedade. Entretanto, o Direito de propriedade só existe por que há um serviço público de registro, um serviço público judiciário e um serviço público policial. Assim, a existência de leis pressupõe medidas administrativas, e não é clara a ligação da competência legal à medida administrativa a ser tomada.

Mais gritante ainda é a questão relacionada com as competências administrativas. Ocorre que, no Direito administrativo brasileiro, para se materializar uma determinada competência administrativa, vai ser necessário, no mínimo, a existência de órgãos, orçamento e servidores. Assim, toda competência administrativa no Brasil não é só administrativa, mas também legislativa, por que as matérias de orçamento, criação de órgãos e criação de cargos são matérias reservadas à lei.

Ressalve-se que a competência administrativa é deveras ampla. A Constituição não especifica a forma de materialização das competências administrativas. Assim, em princípio, o legislador teria liberdade de realizar as competências mediante políticas públicas, poder de polícia, regulação, serviços públicos, e assim por diante.

A vagueza no modo de operar também contribui para a confusão de atribuições entre União, Estados, Municípios e Distrito Federal no campo das competências comuns. É competência comum, por exemplo, de todos os entes federativos, fazer cumprir as leis em geral e, por exemplo, educação e ambiente. A Constituição estabelece que será a lei complementar o veículo normativo para dispor acerca da divisão de tarefas entre os entes federativos. Isto significa que a Constituição passou um cheque em branco, pelo menos em termos sintáticos, ao legislador. Ocorre que, das várias competências comuns a Estados e Municípios, há apenas uma lei complementar a regular as atribuições comuns, dividindo tarefas, cujo conteúdo é matéria ambiental. Todas as demais matérias restam desregulamentadas a despeito de passar mais de 20 anos da aprovação da Constituição Federal. E algumas estão regulamentadas em lei ordinária, como é o caso da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional.

Ressalva notar que, em alguns momentos, a própria Constituição traz absurdos. Por exemplo, atribui a União a competência para legislar sobre seguridade social. A seguridade social, é sabido, é composta de previdência social, saúde e assistência social. Logo em seguida, diz que é competência concorrente da União saúde e assistência social. Ou seja, a Constituição, para dificultar, ainda traz normas contraditórias.

5. RESOLUÇÃO JUDICIAL DE COMPETÊNCIAS

Salvo por duas ações previstas na Constituição, não há uma ação específica para a resolução de problemas de conflitos de competência administrativos e legislativos. É interessante constatar que tanto a competência legislativa e a competência administrativa são passíveis de controle em nível abstrato quanto concreto.

Uma legislação editada por um ente federativo incompetente pode ser atacada por uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, seja no STF, seja no Tribunal de Justiça. Do mesmo modo, uma medida administrativa ou judicial tomada com base nesta lei poderá ser questionada a partir das ações usualmente manejadas, tais como mandado de segurança, ações civis públicas, habeas corpus e por aí vai. E, se um particular se vale desta mesma lei inconstitucional com motivo em fundamento, as ações ordinárias darão conta do problema.

O mesmo vale para as competências administrativas. Se, por exemplo, um ente público cria um órgão, ou uma política pública, para dar conta de uma matéria ao qual ele é administrativamente incompetente, ela lei poderá ser declarada inconstitucional. Do mesmo modo, se alguma medida for tomada por um ente administrativo com base na referida lei, poderá esta medida ser atacada mediante as ações de praxe, como uma ação ordinária, um mandado de segurança e uma ação civil pública.

Há duas ações específicas voltadas para a resolução de problemas de competências. Uma se encontra no STJ, e está relacionada a conflitos de competência entre autoridades judiciárias e administrativas. Esta ação está evidentemente mal colocada na Constituição. Durante busca no site do STJ, não foi encontrada nenhuma ação que

tenha tido seu mérito julgado. Isto ocorre por que, no sistema brasileiro, não há jurisdição administrativa no sentido estrito do termo. Então isto quer dizer que a decisão do juiz, quando for competente para decidir determinada matéria, terá prevalência sobre a decisão administrativa, não sendo necessária uma ação específica para tanto. Se o juiz for incompetente, não prevalecerá. E isto é decidido dentro do processo original que gerou o conflito, através do sistema recursal, uma vez que não há no sistema processual brasileiro a figura de uma ação incidente para o STJ neste caso.

Com mais aplicabilidade é a ação ordinária constitucional de definição de competência administrativa, de competência do STF, que é a que se dá entre um Estado e outro, ou entre Estados e a União. Como não há possibilidade de um Estado impor juridicamente a sua decisão administrativa a outro que resiste, e vice-versa – o mesmo valendo para a União – dada a autonomia federativa, então a ação ordinária constitucional tem boa aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro. Um Estado ou a União ajuizará uma ação, tendo por base uma situação concreta de conflito de competência administrativa (e não um processo), e o STF decidirá quem tem a competência administrativa.

Finalmente, o problema mais tormentoso é o da omissão da Administração Pública. Existem problemas de resolução de omissões em termos de competência no campo das competências legislativas, administrativas e administrativas *stritu sensu*, isto é, previstas em lei.

Uma determinada competência pode estar prevista em lei, e, deste modo, será mais precisa. Por exemplo, a competência de um guarda de trânsito para multar. O problema, aqui, é o tipo de providência que é possível tomar em sede de controle. Pode ocorrer, em alguns momentos, de o próprio poder judiciário realizar a competência, como, por exemplo, ao determinar a internação em um hospital. Na maior parte das vezes, contudo, não poderá o poder judiciário impor multas administrativas, ou outras medidas administrativas. Assim, o que resta ao Judiciário é compelir o Administrador mediante multas e ameaçá-lo de destituição do cargo.

Quando se trata de competência legislativa, o tema também se torna delicado. Ao mesmo tempo que não faria sentido a Constituição atribuir competências legislativas aos entes – e, conseqüentemente, desautorizada a tese que é facultativo ao legislador realizar a competência legislativa, por outro lado um provimento judicial que resolvesse o problema da omissão legislativa é impossível. O máximo que é possível fazer é se valer de uma Ação Direta por Omissão. O STF comunicará ao órgão competente para que legisle. Entretanto, ele pode realizar a competência legislativa.

A alternativa seria a utilização de mandado de injunção. Este instrumento permite que o poder Judiciário possa efetivar direitos do cidadão. Entretanto, é necessário pensar a amplitude do que significa efetivar Direitos. Será que fazer com que a União legisle, por exemplo, sobre sistema de pesos e medidas é efetivar Direito fundamental? Então o problema está conectado com a extensão da interpretação sobre o que é direito fundamental. De todo modo, a solução do mandado de injunção

nunca é erga omnes, de modo que não há solução judicial efetiva para o problema da não-realização de competência legislativa.

A competência administrativa prevista na Constituição é igualmente problemática. Uma vez que para se tomar providências administrativas é necessário lei, então seria possível a utilização da Ação Direta por omissão para a criação destas leis. Ocorre que, no campo das competências legislativas, sabe-se que a competência é realizada mediante. Mas no campo das competências administrativas, há um espaço muito grande de opções: a competência administrativa pode ser realizada políticas públicas, fomento, serviços públicos, poder de polícia e por aí vai. Fica muito difícil saber quando o dispositivo da sentença foi cumprido.

6. CONCLUSÃO

Notou-se, afinal, a incapacidade das doutrinas convencionais de detectar os problemas de interpretação das competências. É possível notar que há ainda muito trabalho a se fazer neste campo.

LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA EN TIEMPOS DE CRISIS. UNA APUESTA POR EL ARBITRAJE¹

Marta García Pérez

1. INTRODUCCIÓN

Del último tercio del siglo XX a esta parte, el fenómeno del arbitraje ha adquirido la “popularidad” propia de un producto de moda. Arropado por el éxito de las *Alternative Dispute Resolution* (ADR) en Estados Unidos, el arbitraje, junto con la mediación, se ha presentado como, si no la única, sí la mejor de las alternativas ante la ineficiente justicia ordinaria.

Entre las principales causas de la atracción de las ADR, la inconfesable, pero tristemente constatable, la ha puesto de manifiesto MICHELE TARUFFO: el éxito de las ADR es directamente proporcional –es más, es su consecuencia inmediata– a la ineficiencia de la justicia del Estado. Bajo esta perspectiva, que evidentemente no es la única, la utilización de las ADR no parece de por sí un fenómeno positivo, sino, más bien, el reflejo de un fenómeno “dramáticamente negativo” representado por el mal funcionamiento de la Justicia del Estado. No le falta razón. Sin distinguir órdenes jurisdiccionales ni instancias judiciales, los números revelan de modo implacable

1. Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación fundamental no orientada “El Derecho Administrativo bajo el prisma del principio de buena Administración”, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, Plan Nacional I+D+i 2008-2011 (ref.: DER2010-18993).

el agotamiento del sistema judicial español para hacer frente a la tarea que le corresponde en un Estado de Derecho.

Sería un atajo innecesario y poco realista afirmar que la crisis de la justicia tiene sus raíces en la crisis económica global por la que atravesamos. Sin duda habrá sido un factor detonante o multiplicador, pero ha trabajado o ha incidido sobre una realidad preexistente, que trae causa de mucho tiempo atrás. Son significativas las palabras pronunciadas por prestigiosos administrativistas en tiempos diferentes: "... la justicia no funciona bien en nuestro país y la contencioso-administrativa sería mejor, o al menos más barato, suprimirla, y eso que sus protagonistas son por lo general gente preparada, honesta y trabajadora" (MARTIN MATEO, 1989); "La Administración de Justicia ... se ha hundido en un estado comatoso en el que ya no reacciona ante nada, nadie se siente culpable y todo resbala sobre la resignación y la indiferencia" (A. NIETO, 2008). El propio órgano de gobierno de los Jueces en España, el Consejo General del Poder Judicial, editaba en el año 1997 el *Libro Blanco de la Justicia*, en el que podía leerse meses antes de la entrada en vigor de la Ley Jurisdiccional de 1998 que "existe en la sociedad un extendido estado de opinión que refleja una profunda insatisfacción con el funcionamiento de la Administración de Justicia y que afecta, o puede afectar muy negativamente a la confianza del pueblo español en ella".

Desde hace décadas, la doctrina española viene reclamando una revisión profunda del sistema contencioso que, más allá de mejoras procedimentales sin duda alcanzadas por la vigente Ley Jurisdiccional, ponga freno a la "crisis de la eficacia social de la justicia administrativa". Con esta expresión, ROSA MORENO iniciaba en 1998 un ensayo monográfico sobre el arbitraje administrativo al que le han precedido y seguido otras notables contribuciones pero escasos si no nulos instrumentos de derecho positivo. Común a todas aquellas contribuciones es la idea central de que la justicia administrativa se encuentra en crisis, y que tras ella aflora una crisis mucho más profunda que afecta al propio Estado de Derecho y social.

Los esfuerzos llevados a cabo por el legislador con la aprobación de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, resultaron infructuosos e insuficientes para solventar una situación difícilmente reversible. El procedimiento abreviado, el proceso-testigo, la extensión de los efectos de las sentencias o la terminación pactada del proceso no han logrado invertir las inercias creadas. Incluso el producto estrella, la creación de los juzgados unipersonales de lo contencioso-administrativo, se saldó con una decepcionante constatación: la saturación de asuntos contenciosos pendientes de resolución en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo no ha mejorado. Se han conseguido objetivos en la rapidez con que los asuntos están siendo resueltos en la primera instancia cuando se produce ante los juzgados, pero la rapidez en resolver se convierte en nueva paralización en la apelación. La reforma tampoco ha aliviado sustancialmente el funcionamiento de los demás órganos colegiados ni del Tribunal Supremo cuando actúa en casación.

La situación descrita se aviene mal con dos preceptos de gran impacto en el ordenamiento jurídico español. Me refiero al artículo 24 de la Constitución española de 1978 y al artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En virtud del primero, todos tienen derecho a la tutela judicial efectiva (apartado 1) y a un proceso sin dilaciones indebidas (apartado 2). El no menos expresivo artículo 47 de la Carta dispone que toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley. ¿Qué puede decirse de la virtualidad de estos derechos si los contemplamos bajo el rasero de las estadísticas que maneja el Consejo General del Poder Judicial?

2. LOS DATOS

El análisis de algunos datos contenidos en los Informes del Consejo General del Poder Judicial, *La Justicia dato a dato* (años 2003 a 2010), exige algún tipo de reflexión.

Esta estadística tiene en consideración tres elementos esenciales:

- a.** La tasa de resolución (T_r): Es el cociente entre los asuntos resueltos y los ingresados en un determinado periodo. Pone en relación el volumen de ingreso con la capacidad resolutive. Un órgano, territorio o jurisdicción está en mejor situación cuanto mayor sea su tasa de resolución. Si es mayor que 1 indica que está resolviendo más de lo que ingresa.
- b.** La tasa de pendencia (T_p): Es el cociente entre los asuntos en trámite (pendencia) al final del periodo y los resueltos en ese periodo. Su principal finalidad es permitir la comparación de la pendencia de órganos, territorios o jurisdicciones, o de estos a lo largo del tiempo. Un órgano, territorio o jurisdicción está en mejor situación cuanto menor sea su tasa de pendencia.
- c.** La tasa de congestión (T_c): Es el cociente donde el numerador está formado por la suma de los asuntos pendientes al inicio del periodo y los registrados en ese periodo y donde el denominador son los asuntos resueltos en dicho periodo. Un órgano, territorio o jurisdicción está en mejor situación cuanto menor sea su tasa de congestión.

Pues bien, un “Resumen de todas las jurisdicciones (años 2003-2010)” arroja los siguientes datos:

	Tr	Tp	Tc
2003	0,99	0,29	1,29
2004	1,00	0,28	1,28
2005	0,99	0,29	1,29
2006	0,98	0,30	1,30
2007	0,99	0,29	1,29
2008	0,96	0,32	1,32
2009	0,96	0,34	1,35
2010	0,99	0,35	1,35

Y, en particular, por lo que respecta al “Resumen de la Jurisdicción contencioso-administrativa (años 2003-2010)”:

	Tr	Tp	Tc
2003	1,00	1,46	2,48
2004	0,99	1,38	2,38
2005	1,01	1,35	2,35
2006	0,87	1,47	2,51
2007	0,97	1,28	2,29
2008	0,90	1,32	2,32
2009	0,92	1,33	2,32
2010	1,04	1,26	2,26

Como puede observarse, la tasa de congestión (Tc) de la Jurisdicción contencioso-administrativa ha mejorado paulatinamente desde el año 2003 hasta el 2010 (de 2,48 a 2,26) pero todavía está muy lejos de alcanzar la tasa de congestión media de las restantes jurisdicciones.

Además, comparativamente, en el año 2010 la Jurisdicción contencioso-administrativa se encuentra en peor situación respecto a congestión, pese a que tiene la mejor tasa de resolución, por detrás de la jurisdicción militar:

2010	Tr	Tp	Tc
Militar	1,09	0,35	1,35
C-a	1,04	1,26	2,26
Penal	1,00	0,18	1,18
Civil	0,96	0,73	1,74
Salas especiales TS	0,96	0,63	1,63
Social	0,91	0,69	1,76

La tasa de resolución (Tr) en la Jurisdicción contencioso-administrativa es de 1,04, lo que indica que se resolvieron prácticamente el mismo número de asuntos que entraron a lo largo del año, incluso alguno más. Sin embargo, al añadir los asuntos registrados en el 2010 a los acumulados de años anteriores, la tasa de congestión (Tc) se dispara (2,26), alcanzando cotas muy superiores al resto de las jurisdicciones.

Otro dato muy revelador del funcionamiento de la Justicia es la duración media estimada de los procedimientos judiciales, sobre todo si se analiza dentro de cada jurisdicción el tiempo de tardanza de cada uno de sus órganos jurisdiccionales.

En el documento de *La Justicia dato a dato, 2010* se señala que “el tiempo que los asuntos están en los órganos judiciales es otro indicador de la calidad de la Justicia”. Se ofrecen estimaciones de las duraciones medias (expresadas en meses) de los asuntos terminados en cada periodo respecto a cada una de las jurisdicciones.

Por lo que se refiere a la Jurisdicción contencioso-administrativa:

	2010	2009	2008	2007	2006
Juzg. Contencioso	12,0	11,1	10,6	10,2	8,9
TSJ (única instancia)	25,7	26,2	29,0	31,6	32,3
Juzg. Central	16,0	14,8	11,8	9,2	7,4
AN (única instancia)	17,1	17,6	18,1	18,2	19,3
TS (Sala 3ª)	17,2	18,8	19,7	21,3	22,4

Los datos revelan, en general, una excesiva duración de los procedimientos. Pero, sobre todo, destacan los 25,7 meses de media (aun con su tendencia al descenso desde 2006, con 32,3) asignados a los asuntos que conocen en única instancia los Tribunales Superiores de Justicia.

La comparación con otras Jurisdicciones debe hacerse con cautela, porque la organización jurisdiccional y el reparto de asuntos es muy diferente, pero puede dar una idea de la diferencia de tiempos existente en el año 2010 en los Juzgados y en los Tribunales Superiores de Justicia, por ejemplo:

Juzgados	2010
Juzg. Contencioso	12,0
Juzg. Social	7,7
Juzg. 1ª Instancia	7,7
Juzg. Familia	4,0
Juzg. 1ª Inst. e Instrucción	9,3
Juzg. Mercantil (solo concursos)	23,8
Juzg. 1ª Inst. e Instr. y Juzg. Instrucción (Penal)	1,9
Juzg. Menores	7,5
Juzg. Vigilancia Penitenciaria	1,3
Juzg. De lo Penal	9,3
TSJ	2010
TSJ Sala C-a	25,7
TSJ Sala Social	6,8
TSJ Sala Civil y Penal (Civil)	3,3
TSJ Sala Civil y Penal (Penal)	2,1

TS	2010
TS C-a (Sala 3ª)	17,2
TS Social (Sala 4ª)	10,1
TS Civil (Sala 1ª)	13,6
TS Penal (Sala 2ª)	5,8

A excepción de los Juzgados de lo Mercantil (sobre los que ha ejercido una fuerte influencia la crisis económica y la multiplicación de los procedimientos concursales), en todos los demás órganos unipersonales y colegiados la duración estimada de los asuntos más larga corresponde a los asuntos contenciosos, con cifras además muy llamativas en determinados órganos.

Centrándonos en la Jurisdicción contencioso-administrativa, la duración de los procedimientos varía notablemente en función de la materia sobre la que recaiga. Se exponen a continuación algunos datos interesantes:

Materia	Órgano	2010
Expropiación Forzosa	Juzg. C-a	15,8
	TSJ Sala C-a	38,2
Urbanismo	Juzg. C-a	16,8
	TSJ Sala C-a	24,6
Actividad administrativa y sancionadora	Juzg. C-a	13,1
	TSJ Sala C-a	23,7
Función Pública	Juzg. C-a	12,0
	TSJ Sala C-a	22,0
Extranjería	Juzg. C-a	9,2
	TSJ Sala C-a	17,7

Los datos nos ponen sobre la pista de un típico caso de “muerte por éxito”. Cualquiera que sea la lectura que quiera darse a la estadística, los números ponen en entredicho la funcionalidad de la Justicia y convierten en papel mojado la declaración constitucional que se recoge en el artículo 24 de la Constitución, no sólo en su apartado 2, que reconoce el derecho “a un proceso sin dilaciones indebidas”, sino también en el apartado 1, “a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales”, intrínsecamente relacionado con el anterior.

El Tribunal Constitucional ha reconocido esta íntima conexión y, sobre todo, la posibilidad de lesión simultánea de ambos derechos. “Desde el punto de vista sociológico y práctico –dice el TC– puede seguramente afirmarse que una justicia tardíamente concedida equivale a una falta de tutela judicial efectiva” (STC 26/1983, de 13 de abril) y, a la inversa, una denegación de tutela no es sino un presupuesto extremo de dilación.

Seguramente un sistema estrictamente judicialista es la panacea del Estado de Derecho, y la justicia dispensada por Jueces y Magistrados especializados, bien formados y asistidos debidamente, no tenga parangón con ninguna otra técnica de resolución de controversias. La misma saturación que nos preocupa es la señal irrefutable de que la sociedad confía en el sistema judicial y que es éste el mecanismo por excelencia para resolver los conflictos. Pero el salto cuantitativo que ha experimentado la Justicia en cuanto al número de asuntos recibidos no ha sido en este caso acompañado de su vertiente cualitativa.

No es, por razones obvias, tiempo propicio para repensar la planta judicial y dotar de medios extraordinarios humanos y materiales a la Judicatura. Sí puede serlo para abrir nuevos horizontes y buscar fórmulas distintas a las que ofrece el proceso judicial.

De entre las propuestas planteadas para hacer frente al colapso de la Justicia, una es común a todo foro de reflexión sobre el contencioso-administrativo: es preciso

reducir el flujo de asuntos contenciosos y hacer que lleguen a la sede judicial los que indeclinablemente deben ser resueltos por los jueces. La medida debería pasar por un descenso de la litigiosidad. Pero este empeño puede resultar inalcanzable si se atiende a la complejidad exponencial de los asuntos jurídico-públicos y a la democratización de la justicia, en el sentido de un mayor y más fácil acceso de la ciudadanía al justiciable. De renunciar a dicho propósito, no cabe otra alternativa realista que la de crear cauces de solución de conflictos ajenos al sistema judicial.

La propia Exposición de Motivos de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa se manifiesta en términos parecidos: "... es cierto que el control de la legalidad de las actividades administrativas *puede y debe ejercerse* asimismo por otras vías complementarias de la judicial, que sería necesario perfeccionar para evitar la proliferación de recursos innecesarios y para ofrecer fórmulas poco costosas y rápidas de resolución de numerosos conflictos".

Las páginas que siguen pretenden abordar el estudio de otras fórmulas de evitación/resolución de conflictos, con especial referencia al arbitraje. Una idea planeará sobre todas las reflexiones y que anticipo: el arbitraje no debe entenderse como la "alternativa" a la jurisdicción, porque será ésta, la contencioso-administrativa, la que seguirá sobrellevando el peso del control de la legalidad administrativa. Pero existe un espacio en el que la técnica arbitral puede representar un interesante papel, porque no sólo aligerará —este es un efecto colateral que no puede convertirse en objetivo— la sobrecargada justicia administrativa, sino que permitirá —he aquí la razón de ser de la técnica— proteger los derechos de la ciudadanía en un tiempo razonable y de modo eficiente.

3. EL DESCENSO DE LA LITIGIOSIDAD COMO ASPIRACIÓN

Nadie pondrá en duda que la mejor forma de evitar el colapso que actualmente sufre la Justicia consiste en reducir el número de asuntos contenciosos. La idea, con ser obvia, no es fácil de poner en práctica. Por un lado, decíamos, las relaciones jurídico-administrativas son cada vez más complejas, y ayuda más bien poco la creciente y cambiante normatividad y su elevado carácter técnico. Por otro lado, el ciudadano "ha perdido el respeto" al poder, dicha sea la expresión en su sentido más bondadoso, es decir, está informado, atento y dispuesto a defender sus derechos e intereses legítimos.

Sin embargo, y pese a las dificultades que puede plantear el objetivo del descenso de la litigiosidad, existen algunas medidas y acciones que podrían ponerse en práctica sin necesidad de desplegar grandes programas ni esfuerzos inversores, porque derivan más de la actitud, el compromiso y la propia concepción de lo que supone "servir al interés general".

En primer lugar, es preciso poner en valor el procedimiento administrativo como lo que realmente es: un cauce orientado a que la Administración adopte una decisión acertada. El acierto de la decisión administrativa no solo debe medirse en términos

de estricta legalidad, sino que debe garantizar que la decisión es tomada en atención al interés general y teniendo en consideración los intereses particulares implicados.

Recuperar la funcionalidad del procedimiento conlleva, en sí mismo, ciertas ventajas que pueden reducir las controversias. Por un lado, un procedimiento adecuado deberá favorecer la participación de todas las personas legitimadas (tener la posibilidad de hacer las alegaciones que se estimen convenientes en cualquier momento, disponer de un trámite de audiencia efectivo y recibir información cumplida y precisa del instructor puede facilitar la comprensión de las decisiones que tome la Administración y permitirá reorientar las resoluciones a un punto adecuado de aceptación por parte de los afectados). Por otro lado, el procedimiento debe ser sencillo, sin trámites y duplicaciones innecesarias o cargas y gravámenes al ciudadano que excedan de lo razonable y necesario (la facilidad y la sencillez favorecerán que los interesados cumplimenten con corrección la documentación, cumplan los trámites y comprendan las decisiones que se adopten). Por último, el procedimiento debe finalizar con una resolución expresa, que permita a los interesados conocer sucintamente las razones que han motivado la decisión.

En segundo lugar, y retomando la idea que acabo de enunciar, es exigible una motivación clara y suficiente de todas las decisiones que adopte la Administración. Desde luego, el afectado por un acto administrativo no dudará en acudir a los tribunales si lo considera manifiestamente injusto o contrario a Derecho; si, además, la decisión parece arbitraria, injustificada o carente de motivación, entonces el conflicto resultará inevitable. De ahí que debemos plantearnos si es adecuada la regulación que existe en nuestros respectivos ordenamientos jurídicos de la exigencia de motivar los actos administrativos.

En España, por ejemplo, la Ley que regula el procedimiento administrativo exige motivar determinados actos administrativos (artículo 54), aunque nuestro sistema jurídico rechaza de plano cualquier arbitrariedad de los poderes públicos (artículo 9 CE). ¿Sería conveniente revisar la regla de la motivación y generalizar la exigencia para todos los actos administrativos? Un ejemplo puede ilustrar la cuestión: la norma establece que es necesario motivar los actos desfavorables, entendiéndose *a contrario sensu* que no es precisa tal motivación cuando el acto es favorable (por ejemplo, el otorgamiento de una licencia, permiso o autorización). Ahora bien, lo favorable para uno puede resultar desfavorable para un tercero, que tal vez no tomó parte en el procedimiento y conoce del acto por las consecuencias de su ejecución (por ejemplo, la colocación de andamios de obra tras la concesión de una licencia a un vecino). ¿No debería poder exigir el tercero que el acto de otorgamiento de la licencia, que con toda seguridad le será exhibida, dé cuenta de las razones que han llevado a la Administración a su otorgamiento? Tal vez si las conociese, desistiese de plantear una controversia que carece de toda posibilidad de resultar a la postre exitosa.

En tercer lugar, debemos revisar la actual funcionalidad de los recursos administrativos. Como es común a muchos ordenamientos, en España existe la llamada

“vía administrativa”, que debe agotarse antes de ir al contencioso, pero que se ha convertido en un obstáculo, necesario pero inservible, de tipo procesal. El interesado que desee plantear un contencioso, debe haber agotado la vía administrativa. En el fondo de esta cuestión hay una idea espléndida que, por alguna razón, no ha llegado a cuajar: que la Administración tenga la oportunidad de revisar sus actos antes de que intervenga el poder judicial. Qué interesante sería que esta vía previa al contencioso pudiese funcionar correctamente, de tal forma que evitase que muchos asuntos llegasen al contencioso, bien porque la Administración aprovecha la oportunidad que se le brinda para revisar su decisión, bien para justificar la decisión ya tomada, pero con una argumentación que desanime definitivamente al afectado a impugnar el acto.

Bajo esta perspectiva, se defiende con frecuencia la creación de órganos de resolución de estos recursos que no tengan una relación de jerarquía con el autor del acto; incluso se propugna la creación de entidades independientes encargadas de resolver los recursos, como se ha hecho hace poco tiempo para algún sector de la actividad.

Las ideas expuestas están orientadas a provocar un descenso de la litigiosidad, pero no comparten fundamento ni razón de ser con algunas otras, de signo muy diverso, que están poniéndose en funcionamiento en algunos ordenamientos jurídicos a propósito o bajo el pretexto de la crisis. Entre ellas se encuentra el aumento de las tasas judiciales y de las cuantías mínimas para pleitear en apelación o en casación, dirigidas más bien a hacer inalcanzable el proceso más que a prescindir del mismo por convencimiento.

4. UNA APUESTA POR EL ARBITRAJE

La consideración del arbitraje como fórmula de resolución de conflictos *inter privatos* ajena a la función jurisdiccional ha ido superando las trabas y los interrogantes planteados por la doctrina, que alcanzaban a su naturaleza jurídica e incluso a su constitucionalidad. En estas situaciones, la autonomía de la voluntad y el principio de libertad fueron un refuerzo notable ante las tesis de quienes veían en el laudo arbitral una quiebra del monopolio jurisdiccional del Estado garantizado en la Constitución.

Trasladado el debate doctrinal al ámbito jurídico-público, fue preciso arropar cualquier consideración del arbitraje en nuevos argumentos, a la vista de la dudosa presencia de autonomía de la voluntad y al peso del interés general, que sirve de elemento modulador de las técnicas administrativas.

En España, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado abiertamente sobre “*qué sea el arbitraje desde la perspectiva constitucional*” (ATC 259/1993, de 20 de julio), sentando las bases de su adecuado entendimiento. De la lectura de sus pronunciamientos puede extraerse una idea clave: la valoración de la adecuación de la técnica arbitral a la Constitución debe hacerse desde una correcta comprensión de su verdadera naturaleza jurídica. Y adelanto la conclusión: el arbitraje es, en términos generales, compatible con la Constitución –“sin duda lo es”, puede leerse en la STC 174/1995,

de 23 de noviembre-; ni el artículo 24 ni el 117 de la Constitución son obstáculo para la utilización de la técnica arbitral, *siempre y cuando* sea valorada en su justa medida la figura del árbitro –frente al juez– y el laudo arbitral –frente a la sentencia.

En este sentido y en primer lugar, *los árbitros no pueden ser calificados como Jueces*, en la acepción que a tal figura se adscribe en la Constitución. El Juez es titular único de la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado que emana del pueblo (artículo 117 CE) y actúa revestido, por tanto, de *imperium*. El árbitro, sin embargo, “está desprovisto de tal carisma o cualidad” porque su mandato tiene su origen en la voluntad de los interesados, dentro de una concreta contienda o controversia (ATC 259/1993). El árbitro es “un particular que ejerce una función pública”. Es cierto que se afirma que su función es *para-jurisdiccional* o *cuasi-jurisdiccional* pero en ese “casi”, precisamente, está el *quid* de la cuestión. Efectivamente –dice el TC–, la inexistencia de jurisdicción en sentido propio se traduce en la carencia de *potestas* o poder. Precisamente por esto el árbitro “necesita el brazo secular del Juez para dotar de eficacia al laudo, mediante la adición o estrambote de una decisión judicial que ordene su cumplimiento, en una fase netamente procesal, en un proceso de ejecución, porque sólo a los Jueces corresponde hacer ejecutar lo juzgado” (ATC 259/1993, de 20 de julio, F.J.1).

En segundo lugar, *el laudo y la sentencia* son semejantes desde una perspectiva material pero entre ambos existen importantes diferencias. En cuanto a *las semejanzas*, señala el Tribunal Constitucional que “uno y otra son decisiones reflexivas de jurisconsultos o jurisprudentes sobre un conflicto de intereses, cuya vocación es la justicia, conseguir una respuesta justa y cuya función consiste en garantizar la paz social a través de una solución para eso que hemos dado en llamar la seguridad jurídica”. En ambas –indica el Tribunal– se utiliza el Derecho, ese *ars* o esa técnica, como medio para alcanzar la finalidad y cumplir la misión antedicha, ambas consagradas constitucionalmente (artículos 1 y 9 CE). Sin embargo, *las diferencias son también nítidas*. Desde una *perspectiva objetiva*, el laudo está limitado, porque el arbitraje sólo llega hasta donde alcanza la libertad, que es su fundamento y motor. Por ello, quedan extramuros de su ámbito aquellas cuestiones sobre las cuales los interesados carezcan de poder de disposición. Desde una *perspectiva subjetiva*, y dada la función del árbitro y sus limitaciones respecto al Juez, precisa de la asistencia de éste último para su ejecución forzosa.

La distinción entre árbitro-juez y laudo-sentencia permite echar por tierra las objeciones a la técnica arbitral basadas en una supuesta vulneración del artículo 117.3 de la Constitución española, que atribuye exclusivamente a *Jueces y Magistrados* la función de *juzgar y hacer ejecutar lo juzgado*. El árbitro no ejerce funciones jurisdiccionales, aunque el laudo sea cuasi-jurisdiccional, ni puede hacer ejecutar lo juzgado, porque carece de *imperium*.

Resuelto el escollo del artículo 117 de la Constitución, el Tribunal Constitucional se ha referido a la compatibilidad de la técnica arbitral con el artículo 24.1 del texto constitucional, que consagra el derecho a la tutela judicial efectiva, echando por

tierra los argumentos de quienes sostienen que el arbitraje supone una renuncia a un derecho fundamental no admisible en el esquema constitucional. En esta ocasión el principio de libertad es el eje de la argumentación jurídica y, otra vez, la naturaleza jurídica del arbitraje condiciona el resultado final.

El *principio de libertad* es, en palabras del Tribunal Constitucional, fundamento y motor del arbitraje. Al propio tiempo, es la razón de su constitucionalidad. Que las partes contendientes *decidan* resolver sus conflictos al margen de los Tribunales de Justicia no menoscaba el derecho constitucional de la tutela judicial efectiva:

“Tal planteamiento, sin embargo, no puede ser compartido, ya que supondría privar al arbitraje, cuya licitud constitucional hemos declarado reiteradamente (SSTC 43/1988, 233/1988, 15/1989, 288/1993 y 174/1995), de su función como medio heterogéneo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados; lo que constitucionalmente le vincula con la libertad como valor superior del ordenamiento (art. 1.1 CE). De manera que no cabe entender que, por el hecho de someter voluntariamente determinada cuestión litigiosa al arbitraje de un tercero, quede menoscabado y padezca el derecho a la tutela judicial efectiva que la Constitución reconoce a todos” (STC 176/1996, de 11 de noviembre, F.J. 4).

La doctrina constitucional permite dar un paso más en el estudio del arbitraje, una vez comprobada la solidez de la afirmación con la que se iniciaba este análisis: el arbitraje es, en términos generales, compatible con la Constitución; ni el artículo 24 ni el 117 de la Constitución son obstáculo para la utilización de la técnica arbitral. Es el momento de poner aquella doctrina a prueba sobre el arbitraje en las relaciones jurídico-públicas. Habrá que añadir a todas las reflexiones ya hechas la incidencia de otros dos preceptos constitucionales íntimamente vinculados al Derecho administrativo: los artículos 103 y 106 de la Constitución.

La doctrina administrativista no ha obviado las dificultades que plantea la utilización de la técnica arbitral cuando se contempla bajo el rasero de constitucionalidad del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1) y el principio de reserva de jurisdicción (artículo 117.3) y no ha dudado en extender las consideraciones realizadas por los expertos *ius privatistas* y el propio Tribunal Constitucional al ámbito jurídico-público.

A mayores, la proyección de la técnica arbitral sobre las relaciones jurídico-públicas trae consigo nuevos dilemas constitucionales y obliga a plantearse la viabilidad de la técnica en un terreno diferente. Será preciso contrastar los argumentos vertidos por el Tribunal Constitucional sobre el arbitraje *inter privatos* con las peculiaridades de las relaciones jurídico-públicas en las que la presencia del interés general introduce elementos nuevos para la reflexión.

La singularidad del arbitraje en las controversias jurídico-públicas radica en las dificultades que pueda plantear su aceptación a la vista de lo dispuesto en los artículos 103.1 y 106.1 CE. El primero, 103.1, establece que la Administración sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con varios principios (entre los que está el de eficacia) y con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho. El segundo, 106.1, declara que los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican.

¿Son los artículos 103.1 y 106.1 de la Constitución un obstáculo a la utilización del arbitraje en el terreno jurídico-público? La cuestión ha sido abordada por la doctrina administrativista, que se divide no solo al contestar afirmativa y negativamente a la cuestión, sino también en la argumentación de las respectivas posiciones.

En la posición más crítica con el arbitraje pesa con singular fuerza la “presencia del interés público” encomendado a la Administración, que parece resistirse a la idea de un arbitraje de Derecho público. El arbitraje –argumenta HUERGO LORA– supone que la potestad de “decir el Derecho”, esto es, de controlar la legalidad de la actuación administrativa, se traslada de los órganos jurisdiccionales a unos sujetos elegidos libremente por las partes, sin que reste otra posibilidad de control judicial que el que se lleva a cabo a través del recurso de anulación contra el laudo. Esa posibilidad de que la Administración, que maneja fondos ajenos, encomiende la resolución de sus pleitos a un órgano codesignado por ella (y que además actúa respecto a procesos concretos, frente a la objetividad y generalidad del Poder Judicial), es vista con desconfianza por el legislador en todo caso. Pero esas cautelas se transforman en exclusión pura y simple cuando lo que está en juego no son únicamente intereses particulares (el de la Administración frente al de otro sujeto, como ocurre en los pleitos de Derecho privado), sino también el interés público en sentido objetivo, como interés colectivo encomendado a la Administración (frente al simple interés fiscal o interés subjetivo de ésta). Si la presencia del interés público y la tutela del mismo mediante un régimen normativo especial (el Derecho administrativo) es lo que transforma una cuestión en administrativa y justifica que su conocimiento no corresponda al orden jurisdiccional civil, sino a uno especializado (el contencioso-administrativo), mal se puede admitir que las partes (que no son titulares del interés público) desplacen a los Tribunales de lo contencioso-administrativo para sustituirlos por unos árbitros designados por ellas, especialmente cuando la Ley de Arbitraje no deja el menor resquicio para llegar a esta conclusión.

Desde una posición más favorable al arbitraje se afirma que si la Administración Pública accede a someter una controversia a arbitraje, podría parecer, al menos en una primera aproximación, que burla el artículo 103.1, puesto que renuncia a tomar una decisión o a mantener la inicialmente tomada, remitiendo tal responsabilidad a un tercero no jurisdiccional, el árbitro. Sin embargo, el árbitro no sustituye con su actividad a la Administración, que ya ha actuado, sino al órgano judicial (BUSTILLO BOLADO). En consecuencia, la legitimidad constitucional del arbitraje, en

lo que al artículo 103.1 se refiere, queda reducida a una cuestión de legalidad. Por tanto, el arbitraje sería perfectamente posible siempre y cuando se encontrara entre los medios legalmente dispuestos al alcance de la Administración.

La posible vulneración del artículo 106.1 plantea más dificultades. Intrínsecamente relacionado con los demás de la Constitución que hacen referencia diferenciada a los dos Poderes, Ejecutivo y Judicial, este precepto debe analizarse con perspectiva histórica. La separación de poderes en sus orígenes revolucionarios franceses trajo como consecuencia la independencia de los jueces respecto al Poder Legislativo y al monarca, pero el control de la actividad de la Administración siguió en manos de órganos administrativos, bajo la premisa de que juzgar a la Administración era también administrar. Desde entonces y durante dos siglos, el Derecho Administrativo irrumpe y se desarrolla en el país vecino a golpe de la jurisprudencia del Consejo de Estado, con justicia retenida al principio, delegada, después, hasta llegar a alcanzar su completa jurisdiccionalización.

En España, el contencioso no llegó a liberarse en ninguna de sus etapas de la herencia francesa, ni siquiera cuando la Ley de lo contencioso-administrativo de 13 de septiembre de 1888 estableció las bases definitivas de la judicialización del contencioso-administrativo. El resultado ha sido casi un siglo de debilitamiento de las formas de control jurisdiccional de la Administración Pública y la progresiva consolidación de privilegios que la situaron ante los Tribunales en un plano distinto del de los particulares.

El artículo 106.1 de la Constitución persiguió desde su gestación, por un lado, garantizar un sistema de control de la Administración ajeno al propio Poder Ejecutivo –la referencia, pues a los “tribunales” reivindica un sistema judicialista pleno - y, por otro lado, sentar una premisa de máximo control de la actuación de aquel Poder –como reacción a los privilegios que impedían el conocimiento por los tribunales de decisiones administrativas de diversa naturaleza-.

No se trata tanto de que todas y cada una de las controversias en las que está implicada la Administración deban ser sometidas a los tribunales, como de evitar que los conflictos se resuelvan en el seno de la propia Administración o, simplemente, sean ajenos a cualquier tipo de control. Por eso, no chocaría con el art. 106 que personas, entes o instituciones ajenas a la Administración controlen su modo de actuar si lo hacen de acuerdo con lo establecido en el ordenamiento jurídico. Se habría cumplido el principal objetivo del precepto constitucional: la separación de poderes y el pleno control. No podría argumentarse, respecto al arbitraje, que se sustrae del acceso a la Justicia determinados asuntos administrativos porque, siempre y en todo caso, quedará abierta la vía judicial para plantear, si fuese procedente, el recurso de anulación contra el laudo.

En cualquier caso, las dificultades expuestas no pueden ser argumentos definitivos para erradicar del Derecho público una técnica que, al menos *a priori*, encuentra en su seno un campo casi virgen muy propicio para su ensayo. La primera afirmación

–campo casi virgen– es fácilmente constatable; no hay más que repasar la normativa vigente para detectar la escasa implantación del arbitraje en el Derecho público. La segunda afirmación –campo muy propicio– debe aclararse: propicio por su efecto “descongestionante” de la Jurisdicción contencioso-administrativa; propicio también, y esta es la verdadera razón de ser de la técnica en su proyección jurídico-pública, porque permitirá proteger los derechos de la ciudadanía en un tiempo razonable y de modo eficiente, haciendo posible la realización del Estado de Derecho y la superación de una crisis en la que tiene mucho que ver la *desgobernanza*, si se me permite la expresión.

5. RECAPITULACIÓN

PÉREZ MORENO decía en 2003 que había que recordar el cuento del rey desnudo para ilustrar la situación carencial en la que se encuentra el Estado de Derecho a consecuencia del desarreglo del Poder Judicial. Las cosas han cambiado sustancialmente desde entonces. La voz tímida e inocente que un día sugirió la desnudez del monarca ha dado paso a un clamor generalizado del que no se desmarcan ni los directamente responsables de la Administración de Justicia, rendidos como están a la evidencia de que la situación ha llegado a un grado de deterioro si no irreversible, sí difícilmente recuperable. Si el primer paso para lograr la curación es reconocer que se está enfermo, estamos en el camino correcto.

Las fórmulas extrajudiciales de resolución de los conflictos pueden ayudar a descongestionar la Justicia. Sin ser este su objetivo, probablemente como efecto colateral es “resultón” y puede animar a los Poderes públicos a tomar cartas en el asunto. Tímidamente, el arbitraje se ha colado en la esfera pública, casi siempre rodeado de confusión en sus planteamientos y con muy pocas perspectivas de consolidarse como alternativa a la vía judicial. En España, no tuvieron la decisión necesaria para ensayar una fórmula que tenía muy buena prensa en ordenamientos bien considerados.

No sería justo cargar la responsabilidad de la situación actual exclusivamente sobre el legislador. La doctrina especializada ha contribuido en gran medida a frenar los avances de la técnica arbitral en el Derecho administrativo. A una actitud de desconfianza que atañe a la constitucionalidad, se añade un notable escepticismo en torno a la virtualidad de la técnica arbitral para contribuir eficazmente a aligerar la carga de los órganos judiciales.

Las ventajas del procedimiento arbitral por contraposición al proceso judicial han sido reiteradamente expuestas por la doctrina. Pero no han dejado de alzarse algunas voces que elevan a la categoría de “tópico” alguna de las ideas fuerza sobre las que se ha sustentado tradicionalmente esta técnica extrajudicial de resolución de controversias. Sin embargo, todas esas críticas no pueden ser un freno excesivo que impida buscar fórmulas novedosas e imaginativas que no plantean dificultades insalvables en el Derecho público. En cualquier caso, la apuesta definitiva por la técnica arbitral

en las relaciones jurídico-públicas exige un esfuerzo conjunto de todos los poderes públicos, copartícipes necesarios de una imprescindible iniciativa legislativa, de una iniciativa institucional encaminada a crear un cuerpo de árbitros especializados y, sin duda, una iniciativa formativa, porque la cultura del arbitraje no se implanta con la simple aprobación de un cuerpo normativo, aunque se acompañe en la práctica de un colectivo formado y prestigioso de árbitros. En este sentido, es necesario enviar un mensaje claro a los operadores jurídicos, a los ciudadanos e incluso a la magistratura de que el arbitraje es, no sólo posible en términos de constitucionalidad, sino conveniente ante la situación actual de la justicia y muy beneficioso para la satisfacción de los intereses públicos y privados. DELGADO PIQUERAS nos ha hecho llegar una buena muestra del empeño de los creadores de la *Administrative Dispute Resolution Act* en los EEUU por promover el uso de los medios alternativos de resolución de conflictos, haciendo llegar a las agencias, los jueces y el público en general un mensaje positivo: *“ADR is OK”*.

La toma de conciencia debe llegar con la participación de la doctrina administrativista. Es preciso favorecer los foros de debate, los encuentros con técnicos y especialistas, los proyectos de investigación básica sobre la materia... En definitiva, hay que poner el conocimiento y la ciencia al servicio de los intereses generales, y en esta faceta los universitarios debemos jugar un importante papel. Porque probablemente sea entre nuestros estudiantes de Derecho donde pueda comenzar a germinar la cultura arbitral.