

EL DERECHO ADMINISTRATIVO DE JAPÓN

Tadasu WATARI*

SUMARIO: I. *Transformación histórica del derecho administrativo de Japón*. II. *El estado de derecho en Japón*. III. *La doctrina sobre los actos de la administración*. IV. *El control judicial de las acciones administrativas*. V. *La responsabilidad administrativa*.

I. TRANSFORMACIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO DE JAPÓN

La Constitución anterior, la de 1889, instituyó un Tribunal Administrativo en Tokio, que era una jurisdicción administrativa con una instancia única y última y existió hasta el 3 de mayo de 1946, fecha de la aplicación de la Constitución de 1946 que fue establecida justo después de la derrota del Imperio Japonés en la Segunda Guerra Mundial. La nueva constitución de 1946 estableció la independencia del poder judicial y le dio no solamente las competencias jurisdiccionales civiles y penales, sino también le dio la competencia jurisdiccional administrativa. Japón adoptó así el sistema jurisdiccional, en el cual los jueces que pertenecen a la misma organización judicial no se ocupan solamente de asuntos civiles y penales sino también de asuntos administrativos. Al Estado que adopta esta manera de distribuir las competencias jurisdiccionales a menudo se le denomina en el mundo del derecho administrativo japonés, “el régimen jurídico”.

En cuanto al procedimiento contencioso administrativo, la ley de 1962 sobre los asuntos contenciosos administrativos adoptó una serie de recursos contenciosos propios de los asuntos administrativos. De acuerdo con estos recursos contenciosos administrativos, se puede recurrir al juez contencioso

* Profesor en la Facultad de Derecho, Universidad Chuo, Japón.

para cancelar actos administrativos, declararlos nulos, obligar a las autoridades administrativas a realizar actos apropiados y prevenir actos ilegales, etc. Por lo tanto, podríamos decir que el derecho administrativo japonés adopta el régimen jurídico en cuanto a la competencia jurisdiccional, mientras que adopta los recursos y procesos contenciosos propios de los asuntos contencioso-administrativos que son más o menos diferentes del procedimiento contencioso civil. En este sentido, podríamos considerar que el derecho administrativo japonés fue fundado sobre un sistema contencioso-administrativo híbrido.

II. EL ESTADO DE DERECHO EN JAPÓN

1. Los principios de la legalidad administrativa

Para el derecho administrativo japonés, la legalidad administrativa es el más fundamental de los diferentes elementos del estado del derecho. Los conceptos de la legalidad administrativa fueron importados a Japón hace más de 110 años a través de la publicación de la traducción al japonés de la primera edición de derecho administrativo alemán de Otto Mayer en 1903 (Deutches Verwaltungsrecht, ersten Auflage, 1895). Es verdaderamente asombroso que la traducción al japonés haya sido publicada sólo ocho años después de la publicación de la obra original en Alemania. Se considera que la legalidad administrativa está compuesta de tres principios secundarios: el principio del efecto normativo general de la ley, el principio de la necesidad de fundamentar una disposición legal para el ejercicio del poder público y el principio de la primacía del efecto jurídico de la ley sobre todos los demás actos de la administración, incluso los reglamentarios.

2. Reglamentos administrativos basados en la delegación del poder de legislar de la ley

Por otro lado, el legislador podrá delegar una parte de su poder legislativo a la autoridad administrativa a través de una disposición legal explícita mediante la cual el legislador expresa su intención de establecer disposiciones más detalladas determinadas por la autoridad administrativa. De esta forma, hay muchos decretos legislados por el gobierno y muchas órdenes ministeriales legisladas por los ministros que establecen disposiciones más detalladas que se consideran necesarias para implementar las leyes.

En cuanto a la legalidad de este tipo de reglamentos administrativos, debemos hacer dos preguntas. ¿Por una parte, en qué medida el legislador puede delegarle su poder legislativo a la autoridad administrativa y cuáles condiciones debe satisfacer la disposición de la ley para delegar su poder legislativo?

Por otro lado, el gobierno, los ministros y las otras autoridades administrativas deben observar la intención y los límites del objeto de la delegación del poder de legislar. ¿En cuáles situaciones los reglamentos administrativos serán vistos como ilegales con respecto a las disposiciones de las leyes? En cuanto a esta pregunta tenemos algunas decisiones jurisprudenciales de la Corte Suprema de Japón. Trataré el control de la legalidad de los reglamentos en relación a las disposiciones legales citando dos decisiones jurisprudenciales de la Corte Suprema, una juzgó una disposición del reglamento conforme a una disposición de la ley, y por lo tanto, legal; la otra no conforme con una disposición de la ley, y por lo tanto, ilegal.

A. El caso del “El sable japonés y el sable occidental”.

Un ejemplo de una sentencia sobre ilegalidad

En Japón, después de la derrota de la Segunda Guerra Mundial nadie puede poseer un sable o una espada salvo cuando estén autorizados por la Comisión Departamental de Seguridad Pública con tal de que la Comisión Departamental de Educación considere que el sable o la espada tienen un valor artístico o artesanal. Con respecto a la delegación de una disposición de la ley, un reglamento del Ministro de Educación Nacional estableció algunos criterios detallados para estimar el valor artístico de cada sable o espada. De acuerdo con uno de estos criterios detallados, la autorización que una persona puede obtener para poseer sables o espadas está limitada a los, “nihontōs”, sables tradicionales japoneses. De modo que los sables chinos, los sables y espadas occidentales y todos los otros sables y espadas extranjeras estarían excluidos de los objetos que pueden ser autorizados por la Comisión Departamental de la Seguridad Pública. Sin embargo, ¿puede El Ministro de Educación Nacional añadir una nueva condición para estrechar las limitaciones para los sables y espadas que pueden ser objeto de autorización para su posesión, aunque la ley misma no determina limitación alguna sobre los sables o las espadas que pueden ser objeto de esta autorización?

Con respecto a esta cuestión, la Corte Suprema juzgó¹ que la disposición del reglamento esta en conformidad a lo dispuesto en la ley, y por lo

¹ Corte Suprema, 1º de febrero 1990, Minshū, vol. 44-2, pp. 369 *et al.*

tanto es legal, puesto que la disposición del reglamento es apropiada teniendo en cuenta los motivos y el contexto histórico de la legislación. En efecto, la disposición de la ley que permitió poseer los sables y las espadas bajo ciertas condiciones se legisló para darles a los aficionados de los, “nihontōs”, la posibilidad de seguir tendiéndolos incluso después de la derrota de la Segunda Guerra Mundial.

*B. El caso de la prohibición de la venta por Internet y el envío de paquetes con medicamentos por reglamento ministerial.
Un ejemplo de una sentencia sobre legalidad*

Cuando las disposiciones de la ley sobre un caso de medicamentos, la ley que regula la fabricación y venta medicamentos, fueron revisadas en su mayor parte en 2006, algunas disposiciones nuevas obligaban a los propietarios de las farmacias a vender los medicamentos y comunicar la información mediante farmacéuticos o vendedores similares. Bajo la delegación del poder de legislar mediante una disposición de la ley, el Ministro de Asuntos de Salud Pública y de Protección Social añadió mediante un reglamento ministerial algunas disposiciones para obligar a los propietarios de las farmacias a vender los medicamentos mediante farmacéuticos o vendedores similares en una oficina de la farmacia y cara a cara con los compradores y una disposición para prohibir la venta de medicamentos por Internet y el envío de paquetes. Sin embargo, ¿puede el Ministro de Salud Pública y de Protección Social añadir nuevas condiciones para restringir o prohibir la venta de medicamentos por Internet y así restringir la posibilidad de ejercer la libertad de emprendimiento y comercio, aunque la ley misma sólo estableció la venta mediante farmacéuticos o vendedores similares, pero no estableció disposición alguna para vender los medicamentos en una oficina de la farmacia y cara a cara con los compradores, ni disposición alguna para prohibir su venta por Internet y el envío de paquetes?

Con respecto a esta cuestión, la Corte Suprema juzgó² que eran ilegales las disposiciones del reglamento ministerial debido a que no se había enunciado ninguna intención de imponer la venta de medicamentos cara a cara con los compradores, ni ninguna intención de prohibir la venta por Internet. Según la Corte Suprema, para restringir regularmente el ejercicio de la libertad de emprendimiento y comercio de las empresas, que ya han estado operando durante algunos años, para vender medicamentos por Internet, el legislador

² Corte Suprema, 11 de enero 2013, Minshū, vol. 67-1, pp. 1 *et al.*

debería haber expresado su intención de hacerlo mediante una disposición explícita en la ley misma, o bien mediante los debates, los documentos y todos los otros hechos que han sido publicados durante el procedimiento legislativo. No obstante, en el caso en cuestión, el Ministro estableció mediante el reglamento obligar a las empresas a vender los medicamentos cara a cara con los compradores, y prohibió la venta de medicamentos por Internet aunque la ley misma no expresaba ninguna intención parecida. Es por esto que la Corte Suprema juzgó ilegales las disposiciones del reglamento ministerial.

3. Derechos fundamentales y los principios generales del derecho

Existe una tendencia de modernización del derecho administrativo debido al aumento y la diversificación de las normas del derecho que rigen las acciones administrativas como al menos una de las causas de esta modernización.

En primer lugar, debemos acudir a las normas del derecho constitucional, en particular la protección de los derechos a la vida del individuo y su personalidad, derechos de propiedad, libertad religiosa y de conciencia, libertad de expresión y otros derechos fundamentales. Los jueces ponen en relieve la superioridad de los efectos de la garantía constitucional de los derechos fundamentales para intensificar el control jurisdiccional del ejercicio del poder discrecional de la administración.

Entonces se puede poner en relieve algunas reglas generales del derecho que se pueden llamar, “principios generales del derecho”. Se puede invocar, como ejemplos de los principios generales del derecho, el principio de igualdad, el principio de proporcionalidad, la defensa de los abusos de los derechos y la regla de la buena fe, que provienen del derecho constitucional, del derecho civil y de otros dominios del derecho.

4. La descentralización territorial garantizada por la Constitución y el poder legislativo de las entidades locales

La Constitución de 1946 garantiza a las entidades territoriales locales poderes autónomos. El territorio japonés se divide en 47 prefecturas y 1,078 entidades fundamentales (791 ciudades grandes y medianas, 744 pueblos y 173 villas). Tokio es al mismo tiempo la ciudad capital de Japón y una prefectura que se compone de 23 distritos, 26 ciudades medianas, 5 pueblos y 8 villas. La autoridad de cada prefectura se compone de un gobernador y de

una asamblea de la prefectura, ambos elegidos por elección popular directa de todos los habitantes mayores de 18 años de edad. La autoridad de cada una de las entidades locales básicas está compuesta de un alcalde y de una asamblea municipal, ambos elegidos en la misma elección.

Todas las prefecturas y todas las entidades locales básicas (ciudades grandes y medianas, pueblos y villas) pueden legislar leyes locales mediante la deliberación de la asamblea de la prefectura o la municipal. De acuerdo a las disposiciones de la Constitución de 1946, los asuntos relacionados con la organización y gobierno de las entidades territoriales serían determinados por la ley, por una parte, de acuerdo a las propias ideas de la autonomía local, y por la otra (art. 92 de la Constitución), las entidades territoriales podrían legislar las leyes locales dentro de los límites de las leyes (art. 94 de la Constitución). La ley de autonomía local de 1947, la cual es la ley fundamental sobre la organización y el gobierno de las entidades territoriales, se estableció bajo la dirección de la disposición del artículo 92 de la Constitución arriba mencionado. Según el párrafo 2 del artículo 14 de esta ley, las prefecturas y las entidades locales básicas pueden establecer leyes locales con tal de que sus disposiciones no sean contrarias a las disposiciones de las leyes. De esta forma, resulta que las entidades territoriales pueden establecer leyes locales sobre todos los temas relacionados con los asuntos locales de cada entidad local.

III. LA DOCTRINA SOBRE LOS ACTOS DE LA ADMINISTRACIÓN

1. *Actos del poder público y actos sin el poder público*

De acuerdo con la teoría general del derecho administrativo de Japón, los actos de la administración se dividen en los actos del poder público, en otras palabras, los actos de autoridad, y los actos sin el poder público. Los actos administrativos unilaterales y las ejecuciones forzadas por los órganos administrativos son considerados como típicos del poder público, mientras que los contratos administrativos y los actos de consulta son considerados como típicos de los actos sin el poder público.

2. *Los actos unilaterales y los contratos administrativos*

En Japón, la doctrina de la teoría de los actos administrativos se desarrolló, y todavía se articula, alrededor de los actos administrativos unilate-

rales. Pero no se ha desarrollado suficientemente la teoría de los contratos administrativos, con la excepción de los contratos públicos y los convenios, que se celebran entre las entidades locales y las empresas para evitar la producción de contaminación, por una parte

*3. Las acciones administrativas informales:
acciones normativas sin poder público*

Por otra parte, el análisis teórico de las acciones administrativas informales se desarrolló y profundizó debido a los actos de negociación, actos de consulta y otras acciones normativas sin poder público que fueron puestas en vigor por las autoridades administrativas en los años 1960 y 1970 para acelerar el rápido desarrollo de la economía japonesa. Para evitar y controlar la intervención excesivas de las autoridades administrativas en las actividades económicas o civiles por medio de las acciones normativas sin poder público, la jurisprudencia administrativa de los años 1980 y la ley de 1993 sobre el procedimiento administrativo no contencioso establecieron muchas de las normas procesales sustantivas y del procedimiento previo que se aplican a estas acciones administrativas informales.

A. El control judicial de las acciones administrativas

a. Condiciones preestablecidas. Supresión de la Jurisdicción administrativa y garantía del derecho de recurrir a la justicia sobre el contencioso administrativo

Como ya señale al principio de este capítulo, en Japón las disputas administrativas en este momento pertenecen a la jurisdicción de los tribunales judiciales, que son al mismo tiempo tribunales para casos civiles y penales. Pero por otro lado, en Japón las disputas administrativas se llevan a cabo según las formas de la acción contenciosa y los procedimientos de litigio propios de los asuntos administrativos.

A causa de esta característica híbrida del contencioso administrativo, los jueces que son responsables de la implementación del contencioso administrativo están siempre expuestos a dos fundamentos opuestos entre sí —por un lado, para ampliar y fortalecer las funciones efectivas de la revisión judicial sobre las actividades administrativas, y por el otro, para moderar y restringir la capacidad efectiva de la revisión judicial sobre las actividades

administrativas—. En cuanto a los temas típicos alrededor de los cuales estos dos fundamentos se oponen entre sí, consideraremos primero la cuestión de saber cuáles son los actos administrativos cuya anulación puede ser solicitada mediante el ejercicio de la acción contenciosa administrativa; después, el interés de actuar en los contenciosos administrativos; y finalmente, las situaciones actual de la revisión judicial sobre el ejercicio del poder discrecional de las autoridades administrativas.

b. ¿Cuáles son los actos administrativos cuya anulación puede ser solicitada mediante la acción contenciosa administrativa?

De acuerdo a la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema, los actos administrativos cuya anulación puede ser demandada ante los tribunales por los demandantes en el ejercicio de la acción contenciosa deben de ser actos realizados por las autoridades administrativas del estado o de entidades públicas como titulares del poder público y que tienen el fin directo y concreto de crear o modificar los vínculos o las situaciones jurídicos de los administrados o de determinar el contenido de las situaciones jurídicas de los administrados. Es decir, las tres condiciones deben satisfacerse para que un acto administrativo pueda ser atacado por la acción contenciosa de anulación:

- En primer lugar, el acto administrativo del que se trata debe ser hecho como un ejercicio del poder público;
- En segundo lugar, debe producir una creación o una modificación de los relaciones o situaciones jurídicas o una determinación del contenido de las relaciones o situaciones jurídicos;
- En tercer lugar, debe de tener la característica directa y concreta de crear o modificar las relaciones o situaciones jurídicas o de determinar el contenido de las relaciones o situaciones jurídicas.

Por lo tanto, algunas de las categorías de actos administrativos que figuran a continuación se encuentran fuera de los límites de los actos que podrían ser atacados por una acción contenciosa de anulación;

- Los actos administrativos que no tienen ningún efecto jurídico, dicho de otro modo, los actos de facto de la administración;
- Las instrucciones, comunicados y otras medidas cuyo destino son los órganos subordinados al interior de la organización administrativa;

- Los consejos, comunicación de pretensiones, sugerencias, persuasiones, recomendaciones y otras medidas de coordinación o de concertación;
- Los contratos o convenios administrativos y todos los actos que se realizan en el proceso de conclusión o de ejecución de contratos o de convenios administrativos;
- Los decretos del gobierno, órdenes del Gabinete del Primer Ministro, órdenes ministeriales y todos los otros reglamentos administrativos;
- Las leyes locales deliberadas por las asambleas de las entidades locales y promulgadas por los gobernadores o los alcaldes;
- Los documentos de planificación urbana que tienen el propósito de determinar la zonificación y de restringir la utilización de terrenos en cada zona urbana.

c. Interés de actuar en acciones contenciosas administrativas

De acuerdo a la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema, el demandante debe ser titular de un derecho subjetivo o de un interés personal que está protegido por la disposición legal sobre cuyo fundamento se hizo el acto administrativo cuya anulación es solicitada al juez. Si el demandante subraya la pertinencia de un interés que es sólo parte de un interés público o de un interés general y que sería absorbido y disuelto en el interés público o general, sería considerado como una persona que no tiene un interés protegido por la ley. De esta forma, su recurso sería denegado sin realizar ningún examen de los meritos de la ley.

IV. EL CONTROL JUDICIAL DE LAS ACCIONES ADMINISTRATIVAS

De acuerdo con la disposición del artículo 30 de la ley sobre los procesos contenciosos de casos administrativos, cuando se hayan producido los actos administrativos unilaterales mediante el ejercicio del poder discrecional, los jueces sólo podrán anularlos si se considera que las autoridades administrativas que las hayan realizado han excedido los límites del ejercicio del poder discrecional o incluso abusado de su poder discrecional. Cuando las autoridades administrativas ejercen este poder discrecional, los jueces tienden a restringir su control judicial al mínimo de la ley. Los jueces además reconocen el poder discrecional ampliamente cuando no existen disposiciones definidas de mane-

ra precisa, y en particular cuando las actividades administrativas en cuestión pertenecen a los ámbitos administrativos que requieren de conocimientos especializados o políticos.

Mostraremos a continuación un caso contencioso célebre que a menudo se llama caso “*Odakyū*”.

Control judicial de la utilidad pública en Japón³

*A. El caso Compañía privada de ferrocarriles “*Odakyū*” a Tókio*

En Japón, el control judicial de la utilidad pública puede enfrentarse con dos grandes problemáticas del contencioso administrativo: la de la admisibilidad de los recursos judiciales de terceros y la de la intensidad del control del juez administrativo sobre la legalidad interna de la decisión para adoptar el proyecto de desarrollo.⁴

En lo que respecta a la admisibilidad de los recursos de terceros, hasta la fecha la jurisprudencia se había negado a reconocer el interés de actuar de las personas cuyos hogares estaban ubicados alrededor de la infraestructura pública proyectada, por ejemplo, una autopista o una vía de ferrocarril, y esto, a pesar de los perjuicios que esta futura infraestructura podrían causar en el vecindario. Por el contrario, se admitió el interés de actuar de los propietarios y de otros titulares de derechos reales sobre los terrenos reservados para la ubicación de la infraestructura proyectada. Esta concepción jurisprudencial clásica fue recientemente cuestionada en el caso llamado “*Odakyū*”.

En cuanto a la legalidad interna de la decisión para aprobar un proyecto de desarrollo, surge la pregunta de si un juez puede tomar en cuenta los daños ambientales que probablemente sean ocasionados por la infraestructura pública proyectada —ruido, vibración y atmosféricas— para cuestionar la utilidad pública de un proyecto. También, se trata de determinar si los resultados del estudio de impacto, que debe realizarse antes de la apro-

³ Las líneas que siguen fueron tomadas de una parte importante de mi artículo titulado, “L’Étude d’impact et le contrôle juridictionnel de l’utilité publique au Japon” (“El estudio del impacto y el control judicial de la utilidad pública en Japón”), que fue publicado en “Études offertes à professeur René Hostiou” (Estudios ofrecidos al profesor René Hostiou). Litec, 2008, pp. 547 à 556.

⁴ Ver Tadasu WATARI, “Définition de l’utilité publique, la «théorie du bilan» au Japon” (Definición de utilidad pública, la «teoría del balance» en Japón)” Études foncières, No. 117, 2005, pp. 34 *et al.*

bación de un proyecto por el planificador público o privado en asociación con las autoridades administrativas correspondientes —el gobernador de la prefectura, los alcaldes de las entidades— así como de todas las personas interesadas en la protección del medio ambiente, sólo pueden legitimar el proyecto —reduciendo de esta forma la intensidad del control del juez sobre la utilidad pública— o si por el contrario, el juez también puede examinar y controlar él mismo la legalidad interna del proyecto y, por lo tanto, suplir sus propias apreciaciones sobre los resultados del estudio de impacto que se realizó. Estas interrogantes sobre la intensidad del control judicial sobre la utilidad pública, que se refieren al problema clásico de la frontera entre la legalidad interna y la legalidad externa, también debe de replantearse hoy. El caso “*Odakyū*” nuevamente nos brinda la oportunidad de reflexionar una vez más sobre esta problemática.

B. El resultado del caso Compañía privada de ferrocarriles “Odakyū” en Tokio

En este caso el gobernador de la provincia-ciudad de Tokio⁵ había adoptado un plan de desarrollo urbano y de renovación. Éste debía ser implementado por la compañía “*Odakyū*” una empresa privada de ferrocarriles, para triplicar las vías férreas existentes y crear una red ferroviaria aérea. El expediente de las obras que se llevarían a cabo en el marco de la realización de este proyecto de desarrollo urbano y de renovación fue elaborado por la provincia-ciudad de Tokio, y después presentado al ministro de infraestructura pública, quien lo aprobó.

Aquí, el proyecto de renovación del ferrocarril urbano tenía el objetivo de, por una parte, responder al aumento predecible de pasajeros en la línea y, por otra parte, resolver los problemas planteados por los numerosos e importantes embotellamientos en las calles situadas alrededor de un paso a nivel.

Cuando este proyecto de renovación se decidió, en el marco del plan local de desarrollo urbano, esta línea, que atravesaba colonias residenciales metropolitanas de Tokio, ya provocaba importantes perjuicios sonoros a los vecinos.

Llamado a emitir un fallo sobre la legalidad del acto que declara la utilidad pública del proyecto impugnado, el Tribunal de Tokio, tribunal de

⁵ La ciudad de Tokio tiene la función de una metrópolis como la capital de Japón y al mismo tiempo la función de una provincia. Como en una provincia, en los suburbios existen muchos municipios muy diversos en población y superficie próximos al centro de la ciudad, en la cual hay veintitrés distritos que se consideran a sí mismos como entidades locales semi-autónomas en las cuales los alcaldes y las asambleas son elegidos por votación popular directa, aunque sus atribuciones son un poco limitadas.

primera instancia, estimó en el fallo del 3 de octubre de 2001, que la compañía “*Odakyū*” y la ciudad de Tokio no habían tomado en cuenta de manera suficiente los perjuicios sonoros y acústicos en el transcurso de la elaboración y adopción del proyecto. El tribunal de primera instancia se apoyó en estas razones para anular la decisión que autorizaba el proyecto.⁶ Esta sentencia es muy importante, no solamente porque, por primera vez, un juez censuró, por falta de utilidad pública, una decisión administrativa que autoriza un proyecto de construcción ferroviaria, pero también porque el juez, en este caso, demandó incidentalmente a la administración a tomar en cuenta, en primer lugar, los perjuicios sonoros que serían generados por el futuro desarrollo urbano.

No obstante, esta sentencia fue anulada por el Tribunal de Apelaciones de Tokio. En un sentencia, con fecha del 18 de diciembre de 2003, el Tribunal censuró de esta forma la decisión de primera instancia, debido a que los vecinos de la futura línea a renovar, el origen del recurso, no tenían aquí un interés protegido por la ley y, en consecuencia, no tenían autoridad para interponer un recurso judicial contra el acto impugnado.⁷ Por lo tanto, esta decisión se refiere a la cuestión del interés de actuar de terceros, es decir, en el caso estudiado, de los futuros vecinos de la línea renovada. Y, en consecuencia, no tenían legitimidad para ejercer un recurso judicial contra el acto impugnado. Por lo tanto, esta decisión se refiere a la cuestión del interés de terceros, es decir, en el caso estudiado, a los futuros residentes de la línea renovada.⁸

Sin embargo, esta sentencia del Tribunal de Apelaciones de Tokio posteriormente fue anulada por una decisión del 7 de diciembre del 2005 de la Corte Suprema.⁹ Esta jurisdicción, en sesión plenaria, en efecto reconoció, el interés de actuar de los futuros vecinos de la línea ferroviaria renovada y, como resultado, declaró su petición admisible.

No obstante, con respecto a la cuestión jurídica, la primera cámara de la Corte Suprema, con una sentencia con fecha del 2 de noviembre del 2006, rechazó la demanda de los vecinos de la línea, al considerar que la

⁶ Tribunal de primera instancia de Tokio, 3 de octubre del 2001, Hannrei-Jiho, No 1764, pp. 3 *et al.* Sobre esta sentencia sobre el caso “*Odakyū*” y otras sentencias adversas en Japón, véase Tadasu WATARI, *ob. cit.* *Études foncières*, No 117, 2005, pp. 36 a 38.

⁷ Tribunal de Apelaciones de Tokio, 18 diciembre de 2003, Minnshu, Vol. 59-10, pp. 2758 *et al.*

⁸ Tribunal de Apelaciones de Tokio, 18 diciembre de 2003, Minnshu, Vol. 59-10, pp. 2758 *et al.*

⁹ Corte Suprema, sesión plenaria, 7 de diciembre del 2005, Minnshu, Vol. 59-10, pp. 2645 *et al.*

decisión del gobernador de Tokio y la del ministro que aprobó las obras del proyecto eran correctas.¹⁰ En otras palabras, si bien la Corte Suprema falló a favor de los vecinos de la línea que presentaron la demanda, en lo que se refiere a la admisibilidad de su demanda, ésta por el contrario, rechazó las conclusiones de los demandantes encaminada a la anulación, por falta de utilidad pública, del proyecto en litigio.

Ahora es necesario analizar, para cada uno de los temas en litigio, el fundamento de las soluciones adoptadas por los tribunales que fueron llamados a emitir un fallo sobre este caso. Con este propósito, llamaré a la primera sentencia de la Corte Suprema, “fallo A,” y a la segunda sentencia de la Corte Suprema, “fallo B”.

C. Admisibilidad los de recursos de los habitantes vecinos de la línea ferroviaria renovada

Hasta la fecha, durante la aplicación de la jurisprudencia tradicional de la Corte Suprema, a los vecinos propietarios de terrenos situados alrededor de una nueva línea o de una nueva vía de carreteras no se les reconocían el interés para ejercer acciones legales contra un acto que declara de utilidad pública estos proyectos de desarrollo. La Corte Suprema, en una sentencia del 25 de noviembre del 1999 sobre el caso del la “Autopista Periférica Metropolitana n° 6” rechazó por lo tanto la demanda de los futuros vecinos de la nueva autopista, debido a que ellos no tenían el interés para ejercer acciones legales en contra del proyecto.¹¹

El caso “*Odakyū*” marca una evolución de esta jurisprudencia. De hecho, de entre los demandantes que originaron la sentencia, “*Odakyū*”, ninguno era propietario de los terrenos reservados al desarrollo de la nueva línea ferroviaria. También, aplicando las reglas de la jurisprudencia tradicional, el Tribunal de Tokio y el Tribunal de Apelaciones de Tokio desestimaron los argumentos de los demandantes, según los cuales ellos tenían el interés de actuar en este caso, porque ellos corrían el peligro de sufrir los perjuicios sonoros provocados por la línea renovada. No obstante, el juez de primera instancia reconoció el interés de actuar de los demandantes, puesto que éstos últimos eran los propietarios de los sitios reservados para la construcción de las calles laterales de la línea ferroviaria. En este caso, el juez consideró que en efecto existía una relación

¹⁰ Corte Suprema, primera cámara, 2 de noviembre del 2006, Minnshu, Vol. 60-9, pp. 3249 *et al.*

¹¹ Corte Suprema, primera cámara, 25 noviembre del 1999, Hannrei-Jiho, No. 1698, pp. 66 *et al.*

muy estrecha entre, el proyecto principal para renovar la línea ferroviaria por una parte, y el proyecto de construcción de calles anexas por la otra y, como resultado reconoció a los propietarios de estos emplazamientos el derecho de impugnar en los tribunales el proyecto de desarrollo principal. Después, este razonamiento le permitió censurar la decisión de aprobar el proyecto.

El Tribunal de Apelación, tomó una posición diferente, éste desestimó el recurso por falta del interés de actuar de los demandantes, incluyendo a aquellos que eran propietarios de los emplazamientos de las calles anexas. Por una parte, el Tribunal de Apelación negó el interés de actuar de los vecinos que podían ser víctimas del ruido. Por otra parte, se negó de reconocer una “inseparabilidad jurídica” entre el proyecto principal y el proyecto anexo.

Finalmente, la Corte Suprema, en su sentencia A, emprendió una tercera vía, diferente de las tomadas por el Tribunal de Tokio y por el Tribunal de Apelaciones de Tokio. La Corte Suprema, en efecto, afirmó el interés de actuar y, por lo tanto, reconoció el derecho a demandar de los vecinos del proyecto, vecinos que podían ser víctimas de cantidades importantes de ruido.

Los motivos de esta solución son de dos órdenes.

En primer lugar, se precisa que las personas que residen alrededor de los emplazamientos del proyecto pueden sufrir daños sensibles en lo que concierne a su salud o sus condiciones de vida como consecuencia de los ruidos, vibraciones y otros perjuicios que resultarán de la ejecución de la construcción en litigio. Por ese motivo, según la Corte Suprema, debe de ser reconocido el derecho del demandante. En otras palabras, estos vecinos, como consecuencia de estos perjuicios que pueden sufrir, tienen el interés legal de anular la decisión que aprobó el proyecto, y esto, para impedir la ejecución de los trabajos contemplados.

Entonces, se decidió que los habitantes de las zonas circundantes a los emplazamientos del proyecto deben tener igualmente el derecho de actuar contra la decisión que aprobó el proyecto a condición de que estos últimos residan en las zonas delimitadas por el gobernador de Tokio como circunscripciones en las cuales dicho proyecto será objeto del estudio de impacto, en aplicación de la legislación autónoma de la provincia-ciudad de Tokio. En otras palabras, cuando el gobernador delimitó y tomó en consideración las zonas en las cuales la construcción proyectada puede provocar repercusiones ambientales importantes, los habitantes de estas zonas recibieron el interés de actuar contra la decisión que aprobó el proyecto.

Sin embargo, las razones para la sentencia de la Corte Suprema no están exentas de ambigüedades. Esto se debe a que esta jurisdicción parece restringir el interés de actuar sólo los habitantes de las circunscripciones que entran en el ámbito del estudio de impacto, cuando en realidad, como primer paso, la Corte había declarado que debía de reconocerse este interés de actuar a todas las personas que viven alrededor del emplazamiento del proyecto, ya que es probable que estos últimos fueran susceptibles de sufrir importantes daños a causa de ruidos, vibraciones y otros perjuicios que pueden producirse una vez que la construcción haya sido realizada.

Aquí encontramos, entonces, dos vectores en el razonamiento del juez. Uno tiende a extender el interés de ejercer acciones legales desde un punto de vista material, es decir, de los intereses lesionados. En cuanto al otro, tiende a considerar el interés de actuar desde un punto de vista “procesal”, el del alcance geográfico cubierto por el estudio de impacto.

D. La Legalidad del proyecto de renovación de la línea ferroviaria

El enfoque adoptado por el tribunal de primera instancia para evaluar la legalidad interna de las decisiones que aprobaron el proyecto de renovación de la línea ferroviaria, y los trabajos de ejecución de esta línea, difieren también del que adoptó la Corte Suprema.

En cuanto al tribunal de primera instancia, mismo que juzgó de ilegal la decisión del gobernador de Tokio, la cual adopta el proyecto de desarrollo urbano, sobre la base de que la compañía “*Odakyū*” y la provincia-ciudad de Tokio no habían tomado bajo suficiente consideración los perjuicios debidos al ruido y las molestas acústicos durante la elaboración y la adopción del proyecto de desarrollo urbano. Sin embargo, se demostró que los perjuicios provocados por la línea existente ya superaban, de una manera significativa, el umbral de tolerancia. Por lo tanto, este fallo está basado, en mi opinión, en la idea de que la protección de la vida y la salud de los habitantes representa un valor esencial que el poder público debe tomar bajo consideración, cuando contempla establecer o modificar un proyecto de desarrollo urbano. De todas maneras, en mi opinión, esta idea, que podría llamarse, “idea anti-contaminación,” en Japón tiene su origen en las numerosas decisiones de la jurisprudencia que han otorgado el pago de daños y perjuicios a las víctimas de contaminaciones atmosférica, contaminaciones del agua y de medios acuáticos, o aún de perjuicios acústicos provocados por fábricas.

cas, carreteras, o trenes de alta velocidad.¹² Esta misma jurisprudencia ha impuesto también, pero más raramente, restricciones al funcionamiento de estas instalaciones.¹³ Me parece que la decisión del Tribunal de Tokio demuestra así una característica particularmente japonesa del control judicial de la utilidad pública.

Con respecto a la Corte Suprema, en su sentencia B, ésta, a diferencia del Tribunal de Tokio, consideró que la evaluación realizada por el gobernador sobre el proyecto, no había excedido los límites del ejercicio del poder discrecional, que él disponía, sobre la evaluación de la utilidad pública del proyecto cuando tomó la decisión de aprobar el proyecto de renovación de la línea ferroviaria por una red aérea. También, esta jurisdicción consideró legal la decisión del gobernador de autorizar este proyecto.

Existen a las menos cuatro grandes diferencias entre los motivos de la sentencia del tribunal de primera instancia de Tokio y los de la Corte Suprema. La primera concierne al problema de los perjuicios debidos al ruido.

La sentencia de primera instancia, en el presente caso, dio mucha importancia al hecho de que, ya, al momento de la elaboración y adopción del proyecto de desarrollo urbano, los perjuicios sonoros provocados por la línea ferroviaria existente eran muy graves: estos superaban el umbral de tolerancia, más allá del cual, el emisor de dicho ruido ambiental esta, en principio, obligado a indemnizar a las víctimas de dichos perjuicios. Por lo tanto, el sentido común requería que el gobernador de Tokio tomara en cuenta el hecho de que la operación de la nueva línea de “*Odakyū*” provocaría per-

¹² En comparación con muchas sentencias sobre responsabilidad civil de los años 1960 y 1970 en las cuales los jueces condenaron a las empresas privadas a indemnizar a los víctimas de los perjuicios provocados por la contaminación extremadamente grave, existen algunas sentencias sobre la responsabilidad administrativa a partir de los años 1980 en las cuales los jueces condenaron al Estado a indemnizar a las víctimas de la contaminación atmosférica, y de perjuicios debidos al ruido, que fueron provocados por la puesta en marcha del servicio de carreteras o de trenes de alta velocidad. En particular, como la sentencia de la Corte Suprema que reconoció la petición de daños y perjuicios de los habitantes vecinos de la carretera nacional y la autopista, ob. cit. Corte Suprema, segunda cámara, 7 de julio de 1995, Minnshu, Vol. 49-7, pp. 1870 *et al.*

¹³ Hasta la fecha, sólo hay dos sentencias de tribunales de primera instancia que no sólo condenaron a personas públicas —el Estado encargado de la puesta en servicio de una carretera nacional nociva y un establecimiento público encargado de la puesta en servicio de una autopista nociva— a indemnizar por daños a las víctimas, pero que también mandaron a que reduzcan, en la puesta en servicio de una carretera nacional o de una autopista, la emisión de ciertos contaminantes atmosféricos hasta al menos un cierto nivel de contaminación. Ver Tribunal de Primera Instancia de Kobé, 31 de enero de 2000, Hannrei-Jiho, No. 1726, pp. 20 *et al.*, y Tribunal de Primera Instancia de Nagoya, 27 de noviembre de 2000, Hannrei-Jiho, No 1746, pp. 3 *et al.*

juicios adicionales que superarían, una vez más, el umbral de tolerancia admitido, en una superficie muy extensa. De acuerdo con esta jurisdicción, correspondía al gobernador, entonces, tomar en consideración estos perjuicios como un problema prioritario a resolver, cuando decidió adoptar el proyecto de desarrollo urbano impugnado. Correspondía igualmente al gobernador definir la naturaleza de las medidas para reducir los perjuicios sonoros y, si éstas fueran insuficientes, de elaborar un nuevo proyecto de desarrollo urbano y de renovación que no provocara tales perjuicios. No obstante, no se tomó en consideración estos riesgos de perjuicios sonoros ni la necesidad de reducirlos. Absteniéndose así de tomar en cuenta de manera suficiente los problemas ambientales, el gobernador, según la sentencia de primera instancia, cometió un error de evaluación durante la elaboración y adopción del nuevo proyecto de desarrollo urbano.

En cuanto a la primera cámara de la Corte Suprema, para rechazar el recurso de los demandantes, se basó en el hecho de que los perjuicios sonoros no aumentan, sino que más bien disminuyen parcialmente, a la altura de 120 cm. del suelo, debido a las nuevas medidas promulgadas para prevenir este problema. Según el juez de la Corte Suprema, la existencia de estos perjuicios que superaban el umbral de tolerancia no era, por lo tanto, de tal índole que ponga en cuestión la utilidad pública y por tanto, la legalidad del nuevo proyecto de desarrollo urbano y de renovación de la línea ferroviaria.

La segunda diferencia se refiere al punto de referencia del estudio de los perjuicios debidos al ruido. La sentencia de primera instancia escogió, como punto de referencia, una altura de 650 cm. del suelo, la altura total de las vías ferroviarias y de las barreras anti-ruidos. Concluyó al respecto, que los perjuicios sonoros continuarían superando el umbral de tolerancia después de la puesta en servicio de la línea ferroviaria renovada. Por otra parte, la Corte Suprema escogió la altura de 120 cm del suelo, ya que esta altura era el punto de referencia oficial en la fecha de adopción del proyecto. Concluyó al respecto, que los perjuicios sonoros previsibles, después de la puesta en marcha del servicio renovado, serían casi de la misma intensidad e incluso inferiores.

La tercera diferencia concierne a la consideración de los resultados del estudio de impacto realizado por la provincia-ciudad de Tokio en aplicación de la legislación de la provincia.

La sentencia del tribunal de primera instancia tomó en cuenta los resultados de este estudio de impacto solo marginalmente, a saber, cuando los elementos contenidos en este estudio le permitían reforzar su razonamiento sobre los perjuicios sonoros susceptibles de producirse en el transcurso de la puesta en marcha de la nueva línea. Al contrario, la Corte Suprema se

apoyó casi completamente en los resultados de este estudio y, de esta forma, constató que estos perjuicios no aumentarían después de la puesta en servicio de la línea renovada e incluso eran susceptibles a disminuir parcialmente a una altura de 120 cm del suelo. Para descartar los argumentos de los demandantes, la Corte Suprema también argumentó que el proyecto de desarrollo urbano decidido por el gobernador de Tokio había tomado en cuenta los resultados del estudio de impacto y que el proyecto impugnado cumplía con el plan local “anti-contaminación,” de la provincia-ciudad de Tokio.

La cuarta diferencia se refiere a la consideración de los proyectos alternativos propuestos por los demandantes. En el presente caso, para limitar los problemas ambientales, se trataba de sustituir la red aérea propuesta por un túnel subterráneo.

Aun cuando esta propuesta había sido rechazada por el gobernador de Tokio, ya que este último se había negado a adoptarla, puesto que la construcción del túnel subterráneo costaría más de una y media veces más que la red aérea, el tribunal de primera instancia, por su parte, aceptó el argumento de los demandantes, y, de esta forma, recalcó que el proyecto alternativo era más apropiado que el proyecto de la red aérea desde el punto de vista de la protección contra los perjuicios. Esta sentencia, además, confirmó que el gobernador de Tokio no había considerado suficientemente los efectos favorables del proyecto alternativo y que había exagerado los costos de construcción del túnel subterráneo.

Por el contrario, la Corte Suprema se limitó a valorar la legalidad del proyecto de la red ferroviaria aérea, en sí misma, sin verificar la existencia de soluciones alternativas con respecto al proyecto declarado de utilidad pública.

V. LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

Hasta antes del establecimiento y la implementación de la Constitución actual después de la derrota cruel y trágica de la Segunda Guerra Mundial, no se reconocía la responsabilidad administrativa del Estado y de las entidades públicas cuando se consideraba que habían ejercido sus poderes de autoridad pública. Este principio de la no-responsabilidad del Estado en calidad de titular del poder público era considerado una expresión de la soberanía del Emperador japonés.

La Constitución actual de 1946 establece en el artículo 17 que cualquier persona que haya sufrido daños por las actividades ilegales de los funcionarios o de los servidores públicos puede reclamar daños y perjuicios al Estado o a las entidades públicas de conformidad con las disposiciones

de la ley. Se estableció una ley sobre la responsabilidad administrativa del Estado o de las entidades públicas, y a la par, entró en vigor en el mes de octubre de 1947, poco más de cinco meses después de que entrara en vigor la Constitución.

En consecuencia esta ley determina el principio de la responsabilidad administrativa por los daños causados mediante el ejercicio ilegal del poder público por los funcionarios o los servidores públicos mediante las disposiciones siguientes:

- Cuando funcionarios o servidores públicos hayan causado ilegalmente y con intención o por un error daños a terceros durante el ejercicio de su función pública, el Estado y las entidades públicas están obligados a indemnizarlos (art. 1, primer párrafo).
- El Estado o las entidades públicas pueden pedirle a los funcionarios o servidores públicos que reembolsen los daños y perjuicios si se considera que han causado los daños con intención o por un error grave (art. 1, segundo párrafo).

La misma ley también establece el principio de la responsabilidad administrativa por los daños causados por una falta o un defecto en la construcción o la gestión de la infraestructura pública mediante las disposiciones siguientes:

- Cuando los daños a terceros se produjeron a causa de una falta o un defecto en el construcción o la gestión de vías públicas, ríos, u otra infraestructura o algo público, el Estado y las entidades públicos están obligados a indemnizarlos (art. 2, primer párrafo).
- Si existen otras personas responsables de la producción de los daños, el Estados o las entidades públicas pueden hacer el reembolso de los daños y perjuicios por ellas (art. 2, segundo párrafo).

(1) *Una nueva corriente del derecho administrativo japonés-Socavar la distinción entre los intereses públicos y los intereses privados*

Desde 1980, se han producido muchos cambios en la situación social, económica e internacional que rodean el derecho administrativo. El derecho administrativo también se encuentra como todos los otros dominios jurídicos frente a transformaciones muy variadas. Por una parte, está la privatización de la compañía nacional de ferrocarriles, la privatización de carreteras, la privatización de guarderías públicas, de hospicios públicos, de teatros públicos y las otras privatizaciones de servicios públicos o de in-

fraestructura pública. Ha habido una tendencia hacia la diversificación de aquellos que se ocupan de implementar los servicios de interés público. Por otra parte, hay empresas privadas que quieren hacerse cargo de la implementación de los servicios públicos y la mejora de la infraestructura pública. De esta forma, los límites de la distinción entre los intereses públicos y los intereses privados tienen una tendencia de desaparecer. Las autoridades administrativas, las empresas privadas y los ciudadanos que se encuentran frente a los cambios de la sociedad civil están contribuyendo a la transformación del derecho administrativo y a la formación de un nuevo tipo de derecho administrativo el cual se describirá abajo.

Sobre las problemáticas de la alianza pública-privada en Japón¹⁴

A. Algunas leyes han sido establecidas bajo la influencia de la teoría del PPP

Bajo los enormes déficits de las finanzas del Estado y la depresión económica que se prolongó durante la década de 1990 después del estallido de la burbuja económica de la segunda mitad de la década de 1980, el gobierno adoptó muchas leyes para desregular las acciones económicas por una parte y, por otra parte, para ampliar las oportunidades de negocio de las empresas privadas. En nombre de una parte fundamental de este tipo de medidas legislativas, el gobierno propuso y adoptó varias leyes que pretenden, al mismo tiempo, mejorar la calidad de los servicios públicos, asegurar la eficacia de las acciones administrativas y procurar nuevas oportunidades de negocio para las empresas. Entre este tipo de leyes, mencionaré aquí las tres siguientes: la Ley de Asistencia Social para la Tercera Edad de 1997, la Ley de la IFP (Iniciativa de Financiamiento Privado) de 1999 en su versión japonesa y la ley de 2006 que tiene el propósito de someter los servicios públicos a la prueba del mercado competitivo.

a. Ley de Asistencia Social para la Tercera Edad de 1997

El gobierno japonés inició, desde la segunda mitad de la década de 1990, algunas reformas serias del sistema jurídico de seguridad social y en

¹⁴ Las líneas que siguen fueron tomadas de una parte importante de mi artículo titulado «Les problématiques du partenariat public-privé au Japon dans la perspective de la métamorphose de l'intérêt général», que fue publicado en “L'intérêt général au Japon et en France”, Dalloz, 2008, pp. 61-72.

1997 introdujo una ley sobre el seguros social para las personas de la tercera edad. Esta ley sustituyó la entrega de dinero en efectivo para el pago de los beneficios en especie para cuidar a las personas de la tercera edad por parte de empresas privadas e introdujo, para garantizar la calidad de las empresas proveedoras de los servicios para la atención de las personas de tercera edad, el régimen jurídico de aprobación por parte de la autoridad administrativa. De acuerdo con la ley de 1997, la relación jurídica entre las empresas proveedoras de servicios y los usuarios de la tercera edad serían considerados como una relación contractual de derecho privado con respecto al consumo de los servicios.

b. La Ley de la IFP (Iniciativa de Financiamiento Privado) de 1999 en su versión japonesa

La ley de la IFP en su versión japonesa de 1999 tiene por objeto encomendar a empresas del sector privado la planificación y gestión de la infraestructura pública y la prestación de servicios públicos utilizando la infraestructura pública en cuestión. La IFP provee de características mucho más variadas que otras formas más tradicionales para la privatización de la infraestructura pública o servicio público. Destacaré cuatro características del sistema japonés de la IFP.

1) Amplia gama de proyectos que pueden ser objeto del esquema de la IFP

De acuerdo con la ley de 1999, muchos tipos de proyectos de infraestructura pública puede ser objeto del esquema de la IFP. Entre estas infraestructuras están las vías públicas, puertos, agua potable, alcantarillas, estacionamientos públicos, locales de escuelas públicas y otras infraestructuras públicas, encontramos algunas que nunca podrían ser objeto de la privatización tradicional (art. 2, párr.1).

2) Característica global de la privatización de la infraestructura pública

El esquema de la IFP puede asignarle a una empresa del sector privado todo el proceso con relación a una infraestructura pública, a partir de la concepción y desarrollo del proyecto de construcción hasta la gestión y operación después de la puesta en servicio de la infraestructura construida (art.

2, párr. 2). En este sentido, el esquema de la IFP pretende la privatización de toda la operación de una infraestructura pública.

3) Aclaración de las relaciones jurídicas mediante la adopción del enfoque contractual

Mediante la adopción del enfoque contractual, la ley de 1999 busca acordar de la manera más precisa posible los derechos y las obligaciones de las dos partes en el contrato, la autoridad administrativa y la empresa privada, y establecer de la manera más clara posible los límites de riesgos y las responsabilidades que asumirá cada parte en el contrato. La originalidad del IFP consiste en garantizar la objetividad y la caridad de la relación jurídica entre la administración y la empresa.

4) Desarrollo del carácter del derecho privado de las relaciones contractuales entre la empresa privada y los usuarios

Las empresas privadas, que se encargan de la gestión de la infraestructura pública bajo el esquema de la IFP, operarían la infraestructura con mucha más autonomía, en comparación con otros sistemas de privatización, que han sido utilizados desde hace mucho tiempo en Japón como son los contratos de empresas de obras públicas, las empresas privadas de economía mixta, etc. Especialmente ahora, que aumenta la autonomía de las empresas en su calidad de gestoras y operadoras de infraestructura pública, se desarrollaría alguna relación jurídica entre las empresas privadas y los usuarios de la infraestructura, mucho más inmediata que bajo otros sistemas de privatización. Y esta relación jurídica es tratada como una relación contractual del derecho privado.

Las características que acabo de mencionar aquí sobre la IFP establecidas por la ley de 1999, se resaltarán más explícitamente en la ley de 2006.

c. La Ley de 2006 tiene como objetivo someter los servicios públicos a la prueba de la competencia del mercado (es decir, la Ley para la reforma de los servicios públicos)

La ley de 2006, llamada, “Ley para someter los servicios públicos a la prueba del mercado” (en otras palabras la Ley para la reforma de los servicios públicos), fue establecida para valorar los espíritus creativos e inventivos de las empresas privadas al elegir servicios en bloque para someterlos a

licitación competitiva entre los sujetos públicos y privados o entre los sujetos privados, para que el gobierno pueda poner en práctica una reforma de los servicios públicos para mantener y mejorar su calidad, al mismo tiempo que pueda reducir los gastos (art. 1). Bajo esta meta legislativa, la ley de 2006 adoptó un tipo de privatización de la cual resumiré las ideas principales:

- 1) Privatización global, es decir la delegación en bloque de los negocios de un servicio público

La ley de 2006 tiene como objetivo confiar a una empresa del sector privado, todos “los negocios en bloque” (art. 1) de un servicio público, a partir de su concepción hasta su ejecución y operación. Esto se considera como una condición indispensable para asegurar una operación eficiente y rentable debido a la naturaleza global de los negocios cuya gestión y operación deben ser confiadas a una empresa privada.

- 2) La revisión continua de del servicio público y la reserva de la supresión del servicio público

La ley de 2006 exige que las autoridades administrativas y las entidades locales retomen siempre en su totalidad los servicios públicos de los que son responsables de su operación. Cuando un servicio público, según esta revisión, resulta ser demasiado inútil o superfluo para ser prestado por el Estado o la entidad local, éste debe ser suprimido (art. 3). De acuerdo a esta idea fundamental, cada servicio público debería ser objeto de una selección entre la supresión y la licitación para determinar el sujeto de ejecución.

- 3) El desarrollo de la competencia, en otras palabras dos tipos de licitación pública competitiva

Cuando la autoridad administrativa decide no suprimir un servicio público, sino de mantenerlo, ésta debe recurrir a un proceso de licitación, el cual debe de ser seleccionado de entre dos tipos de licitación: la licitación competitiva entre la autoridad administrativa y las empresas privadas y la de competencia solamente entre las empresas privadas, con la exclusión de la autoridad administrativa (art. 1, art. 2, arts. 6 y 7, art. 4). Encuentro que este sistema de selección del sujeto de ejecución de un servicio público expresa claramente la concepción del legislador, que trata de acelerar la com-

petencia para incrementar la eficiencia del servicio público al mismo tiempo que aumenta las oportunidades de negocios para las empresas privadas.

4) Restricción al mínimo de las intervenciones administrativas

En cuanto a las intervenciones de la autoridad administrativa sobre las actividades de una empresa del sector privado que se encuentra encargada de una infraestructura pública o de un servicio público, la ley de 2006 trata de obligarla a restringir al mínimo el ejercicio de control. De esta manera exige, de acuerdo con el artículo 4 párrafo 1 y el artículo 5, que las autoridades administrativas y de las entidades locales “restrinjan sus intervenciones y otras regulaciones al mínimo necesario de tal manera que el espíritu creativo e inventivo de una empresa privada puedan manifestarse en las ejecuciones del servicio público del cual dicha empresa es responsable.

5) Adopción del enfoque contractual

De acuerdo al plan de ejecución del servicio público, por parte de una empresa privada que fue seleccionada por licitación pública, la ley de 2006 da la primacía al enfoque contractual. El adjudicatario está obligado a ejecutar el servicio público según el contrato celebrado entre él y la autoridad administrativa (arts. 20 y 24).

d. ¿Se puede garantizar la calidad del servicio público?

Desde la perspectiva del conjunto de leyes que acabo de presentar, hay que destacar de nuevo que para sus fines legislativos la ley de 1999 invoca explícitamente, de acuerdo con su primer artículo, “garantizar la prestación de servicios baratos y de buena calidad”, al mismo tiempo que, “desarrolla infraestructura social de manera eficaz y productiva”. Sobre las metas legislativas, la ley de 2006 menciona también, en su primer artículo, el mantenimiento y la mejora de la calidad de los servicios públicos y la reducción de los gastos. Es decir, las dos leyes invocan los dos valores primordiales paralelos, la calidad y la eficacia del servicio público.

Y entonces, de acuerdo con las leyes de 1999 y de 2006, ¿cómo se realizarían estos dos objetivos? Con respecto a los medios para alcanzar la eficacia del servicio público, la concepción de la ley de 2006 es totalmente clara. Debido a que para lograr la eficacia como un objetivo legislativo, la ley de

2006 organiza las licitaciones públicas y otros sistemas concretos que solicitan y acentúan la competencia entre el sector público y el sector privado o la competencia entre sí de las empresas del sector privado.

En cambio, respecto a las medidas para lograr la calidad del servicio público, la Ley de 2006 no determina suficientemente las disposiciones. La Ley no establece la posibilidad de modificar y rescindir el contrato de delegación del servicio público (arts. 21 y 22) y establece algunas facultades de supervisión por la autoridad administrativa como, por ejemplo, la exigencia del reporte de la empresa, la visita y la revisión de los archivos pertinentes *in situ*, las instrucciones de las medidas necesarias para garantizar la correcta ejecución del servicio público, etc. (arts. 26 a 28). Y, sin embargo, faltan sistemas jurídicos para permitir a los usuarios demandar a la autoridad administrativa el ejercicio de sus poderes de supervisión para proteger los derechos de los usuarios.

B. *¿Cómo reconstruir el interés general en la época del PPP?*

a. El retroceso de la idea del interés general

Pienso que desde hace mucho tiempo el interés general es una idea fundadora de todas las instituciones públicas al mismo tiempo que una idea técnica para resolver cada problema del derecho público al asociarse con la idea del servicio público. Esta idea clave del derecho público, en particular del derecho administrativo, está actualmente en crisis bajo los efectos de dos tipos de presiones.¹⁵

Primero, la idea del interés general está evolucionando de una idea monista a una pluralista. Originariamente, lo que es de interés general podía ser determinado por el Estado de manera autoritaria y unilateral excluyendo la intervención de otros intereses públicos y privados. Pero, el contenido de lo que es de interés general y la manera de determinarlo está transformándose. De acuerdo al plan básico, la cuestión de saber cuál decisión estaría de acuerdo con al interés general, a menudo puede resolverse teniendo en cuenta los diferentes intereses públicos, sociales y privados que casi siempre se oponen entre sí. También, en términos de procedimiento, que es del interés general, éste a menudo no puede ser determinado sin garantizar la

¹⁵ Ver Tadasu WATARI, Kôshi kinô buntan no henyô to gyôsei hô no riron (La metamorfosis del reparto de las funciones públicas y privadas y la teoría del derecho administrativo), *Kôhô kenkyû* (Revista del derecho público), No. 65, 2003, pp. 188 *et al.*

participación por parte de los usuarios, habitantes, consumidores y otros administrados. Efectivamente, la utilidad pública del proyecto de expropiación debe ser determinada actualmente con la consideración y coordinación de los muy variados intereses públicos, sociales y privados, como lo demuestra la doctrina jurisprudencial del balance costo-beneficio en Francia y Japón. En cuanto al procedimiento, la utilidad pública debe ser determinada mediante el diálogo, consulta pública, y otros procesos de participación de los particulares y de las asociaciones.

Entonces, el ámbito de los objetos de interés general se está reduciendo por la privatización de las empresas públicas y por la delegación de los servicios públicos. Estos fenómenos pueden generar la reducción y erosión de la esfera del interés general. Pero, por otra parte, para explicar y valorar este retroceso de la idea del interés general, a menudo se invoca actualmente la idea de la alianza pública-privada. Al nivel de la técnica administrativa, la idea de la alianza pública-privada con frecuencia se sirve del contrato. De esta manera, la idea de la alianza pública-privada y el enfoque contractual suelen ir de la mano.

b. Una estrategia propuesta por P. Rosenvallon para superar la crisis del Estado de bienestar

Sin embargo, según Pierre Rosenvallon, “El Estado de bienestar debe primero ser entendido como una radicalización, es decir, un extensión y una profundización del Estado-protector, *clásico*”,¹⁶ y la crisis del Estado de bienestar significa, por lo tanto, la crisis del Estado-protector, el protector de la sociedad. ¿Qué implica esta duda sobre el Estado de bienestar? De acuerdo a P. Rosenvallon, “No es solamente la extensión del Estado o el peso de los gastos sociales”, sino, “esta duda manifiesta una sacudida mucho más profunda: éstas son las relaciones de la sociedad con el Estado las que son objeto de cuestionamientos. Si es que hay una crisis, es en este sentido”.¹⁷ Para volver al Estado de bienestar y para buscar su alternativa, entonces, hay que hacerse la pregunta: ¿qué nuevas relaciones de la sociedad con el Estado deberían sustituir al Estado-protector? ¿Cuál receta propone P. Rosenvallon? “Hacer lo social más legible, la sociedad más visible a sí misma, es... permitir la formación de relaciones más reales de la solidaridad, incluso si los procesos que las regulan deben ser más conflictivos”.¹⁸ Es decir, podríamos

¹⁶ P. Rosenvallon, *La crise de l’État-providence (La crisis del Estado de bienestar)*, p. 23.

¹⁷ *Ibid.*, p. 31.

¹⁸ *Ibid.*, pp. 125 y 126.

recuperar la solidaridad social por medio del restablecimiento de una sociedad más visible y más conflictiva. Esta propuesta más o menos paradójica pretende reconstruir la solidaridad social que, “no solo puede basarse en reglas y procedimientos”, sino que, “también debe tener una dimensión voluntaria”, y profundizar la democracia mediante el desarrollo de la solidaridad de, “algunas redes de «gente cercana»”. Según P. Rosenvallon, “decir conflicto y decir que la sociedad es la misma cosa” e, “incrementar la visibilidad social y desarrollar la democracia van de la mano en este sentido”.¹⁹

La estrategia propuesta por P. Rosenvallon, que pretende reconstruir la solidaridad social y desarrollar la democracia mediante el establecimiento de una sociedad más visible y más conflictiva, es sugestiva e inspiradora cuando consideramos reconstruir, “el interés general,” en esta época donde la privatización de la infraestructura pública y la delegación del servicio público a nombre del PPP se generaliza y se acelera con un alcance mucho más grande que nunca.

c. Los puntos débiles del derecho japonés

Para recobrar la solidaridad y la socialdemocracia, que creo que constituyen por sí mismas las bases del interés general, inspirado en las ideas de P. Resenvallon, creo que habría que garantizar la visibilidad y la contestabilidad del proceso de ejecución de cualquier servicio público. Por lo tanto, cuando una infraestructura pública o un servicio público es confiado a una empresa del sector privado, hay que garantizar la visibilidad y la contestabilidad en todos los aspectos de las relaciones del triángulo formado entre estos tres personajes, la autoridad administrativa, las empresas privadas y los usuarios. Sin embargo, en Japón, hasta ahora no está suficientemente garantizada ni la visibilidad ni la contestabilidad, para las relaciones de estos tres personajes.²⁰

En primer lugar, en el aspecto de la celebración del contrato o convenio, las empresas distintas al adjudicatario, no pueden impugnar, mediante el recurso contencioso, la decisión de terminar el contrato entre la autoridad administrativa y la empresa adjudicataria.

En segundo lugar, en lo que respecta a la utilización de la infraestructura pública o de la prestación del servicio público, todas las relaciones entre

¹⁹ *Ibid.*, pp. 127 y 128.

²⁰ Ver Tadasu WATARI, *Gyōseijō no meirei, kyōsei, shidō : shakaiteki gōi ron no shiten karano tenbō* (Órden, coerción e incitación de la administración), *Kōza Gendai no hō* (Serie El derecho contemporáneo), Vol. 4: *Seisaku to hō* (La política y el derecho), Librairie Iwanami Shoten, 1998, pp. 245 *et al.*

la empresa y los usuarios se determinan y regulan conforme a las normas contractuales del derecho privado.

En tercer lugar, sobre el aspecto del ejercicio del poder de supervisión de la autoridad administrativa sobre las actividades de la empresa del sector privado, los usuarios del servicio no pueden abordar un error u omisión por parte de la empresa para ejercer los derechos de supervisión por parte de la autoridad administrativa. Porque, de acuerdo con las presuposiciones doctrinales del derecho administrativo japonés, en principio, se considera limitada a estas dos partes la relación jurídica de supervisión de la autoridad administrativa sobre la empresa del sector privado, y por lo tanto, no tiene ninguna importancia jurídica con respecto a los usuarios.

Pienso que con esta construcción doctrinal no pueden protegerse el derecho a utilizar la infraestructura pública o de disfrutar los servicios públicos por parte de los usuarios. Y el interés general no puede tampoco garantizarse en estos ámbitos del derecho administrativo. Estos puntos débiles del derecho japonés se expresan también en las leyes recientes, de las cuales ya di un panorama y describí algunas de sus características.