

Santiago Muñoz Machado

TRATADO DE DERECHO
ADMINISTRATIVO
Y DERECHO PÚBLICO GENERAL

TOMO III
LOS PRINCIPIOS DE CONSTITUCIONALIDAD Y LEGALIDAD



MINISTERIO
DE LA PRESIDENCIA



Boletín Oficial del Estado

TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO
Y
DERECHO PÚBLICO GENERAL

III

LOS PRINCIPIOS DE CONSTITUCIONALIDAD Y LEGALIDAD

SANTIAGO MUÑOZ MACHADO

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad Complutense de Madrid

**TRATADO
DE DERECHO ADMINISTRATIVO
Y DERECHO PÚBLICO
GENERAL**

III
LOS PRINCIPIOS DE CONSTITUCIONALIDAD
Y LEGALIDAD



AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
MADRID, 2015

Cuarta edición: octubre de 2015
Primera edición con esta estructura y formato



Esta obra está sujeta a licencia Creative Commons de Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Internacional, (CC BY-NC-ND 4.0).

© Santiago Muñoz Machado

© Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado para esta edición

<https://cpage.mpr.gob.es>

NIPO (encuadernación en cartón): 007-15-105-0

NIPO (encuadernación en rústica): 007-15-104-5

ISBN (Tomo III): 978-84-340-2218-8

ISBN (obra completa): 978-84-340-2215-7

Depósito Legal: M-24706-2015

Imprenta Nacional de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado
Avda. de Manoteras, 54. 28050 Madrid

ÍNDICE GENERAL

I.	Del estado legal al Estado constitucional. La reordenación de las relaciones entre los poderes públicos. La significación de la legalidad y la posición de la Administración	13
1.	<i>La construcción teórica del Estado de Derecho legal</i>	13
2.	<i>La significación de la legalidad y las relaciones entre poderes en el Estado constitucional. Rasgos generales</i>	21
II.	El sometimiento de la ley a la Constitución	29
1.	<i>Introducción</i>	29
2.	<i>La emergencia de los sistemas de control de la constitucionalidad de las leyes en Europa y su consolidación</i>	31
A)	<i>La preservación de la superioridad de las leyes federales.</i>	32
B)	<i>De la superioridad de la legislación federal a la supremacía de la Constitución: la labor de los tribunales alemanes.</i>	34
C)	<i>El sistema austríaco. Kelsen y el Tribunal Constitucional</i>	40
D)	<i>Otros casos de vinculación del control de las leyes al reparto territorial del poder</i>	42
E)	<i>El control de la constitucionalidad de las leyes en España. Evolución y configuración final.</i>	42
3.	<i>El problema del ejercicio por el legislador de funciones atribuidas a otros poderes del Estado</i>	47
A)	<i>Los límites materiales de la ley</i>	47
B)	<i>La adopción mediante ley de medidas concretas de carácter administrativo o judicial: límites constitucionales.</i>	52
a)	<i>Generalidad de la ley y decisiones concretas</i>	52
b)	<i>El ejercicio legislativo de funciones judiciales: historia y Derecho comparado.</i>	54
c)	<i>Las leyes que resuelven casos concretos en la doctrina europea</i>	57
d)	<i>En particular, la tesis de C. Schmitt en un caso concreto: expropiaciones legislativas y derecho al juez.</i>	60

e) La noción de medida	63
f) Medidas legislativas concretas, separación de poderes y derecho al juez en la CE	66
C) En especial, los límites de las convalidaciones legislativas de actuaciones de los poderes públicos enjuiciadas o anuladas por los tribunales.	74
4. <i>Reserva de Administración y reserva de jurisdicción en la Constitución de 1978.</i>	85
A) La reserva de Administración: sentido y crítica de la tesis	86
B) La fundamentación constitucional de la reserva de jurisdicción.	90
III. La constitucionalización de la legalidad	99
1. <i>La doctrina clásica de la legalidad y sus modulaciones constitucionales.</i>	99
A) Las concepciones dominantes sobre la relación de la Administración con la ley.	99
B) El principio de juricidad.	101
C) El principio de constitucionalidad de la Administración	103
2. <i>La legalidad sin ley.</i>	106
A) Planteamiento sobre los principios	106
B) Los principios generales en el Derecho Público	108
a) Su significación en la codificación civil y los fundamentos de su creciente aplicación en el Derecho Público	108
b) Las fuentes y el desarrollo de los principios en el Derecho francés	112
C) La positivación de los principios: legalización y constitucionalización	117
a) Los principios en la legalidad administrativa	117
b) Los principios generales en la Constitución.	120
D) Los derechos fundamentales como principios generales.	125
a) Los principios comprendidos en la vertiente objetiva de los derechos	125
b) La incorporación de los derechos como principios generales a la jurisprudencia comunitaria	131

IV. La fragmentación de la legalidad	136
1. <i>Reserva de ley y contribución de la potestad reglamentaria a la definición de la legalidad</i>	137
2. <i>La multiplicación de los legisladores internos</i>	146
3. <i>La contribución de las organizaciones supranacionales a la definición de la legalidad</i>	150
A) <i>La determinación de la legalidad por el detentador de la soberanía: el origen, asentamiento y evolución del principio</i>	150
B) <i>La legalidad supranacional europea</i>	156
C) <i>La globalización jurídica y la legalidad mundializada</i> ..	162
4. <i>La contribución de las normas privadas a la integración de la legalidad. La legalidad blanda</i>	171
V. La contribución de los tribunales a la definición de la legalidad	174
1. <i>El orden constitucional de las relaciones entre la legislación y la jurisdicción</i>	174
A) <i>La posición constitucional de la Justicia</i>	174
B) <i>La matizada subordinación a la ley</i>	177
C) <i>Interpretaciones patológicas de la posición de los tribunales ante la ley</i>	180
D) <i>Las consecuencias de la jurisprudencia principalista para la lex certa</i>	184
2. <i>La creación jurisprudencial de normas integrantes de la legalidad: historia y posibilidades constitucionales</i>	188
A) <i>La progresiva rehabilitación histórica de la jurisprudencia hasta la reforma de 1974 del Código Civil</i>	189
B) <i>Crítica de las tesis que niegan la creación de Derecho por la jurisprudencia</i>	192
3. <i>Los límites de la contribución jurisdiccional a la definición de la legalidad</i>	197
A) <i>Activismo y autorrestricción en la justicia constitucional</i>	198
B) <i>Contribución de la jurisprudencia ordinaria a la certeza y predecibilidad del Derecho</i>	202
C) <i>Los límites a la retroactividad y la prospectividad de la jurisprudencia</i>	205

4.	<i>La predecibilidad y estabilidad de la jurisprudencia: la organización del sistema de precedentes y su justificación constitucional</i>	208
VI.	La delimitación por la legalidad de las potestades administrativas y las técnicas de control de su atribución y ejercicio . . .	217
1.	<i>Introducción: separación de poderes, programación normativa y control judicial de las resoluciones administrativas</i> . . .	217
2.	<i>Los grados de determinación legal de las potestades administrativas: lo reglado y lo discrecional</i>	221
	A) Atribución de potestades y definición del interés general.	221
	B) Potestades regladas y potestades discrecionales. Los elementos reglados de lo discrecional	230
	C) En particular, el tiempo en el ejercicio de la potestad y su utilización obligatoria	237
3.	<i>La libertad de elección y los márgenes de apreciación: conceptos jurídicos indeterminados y doctrina unitaria de la discrecionalidad</i>	241
	A) Desarrollo y consolidación de la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados	241
	B) Crisis de la teoría. El problema del margen de apreciación se presenta en términos idénticos en las potestades discrecionales	246
4.	<i>Los límites de las potestades discrecionales y su control judicial</i>	252
	A) Sobre el progresivo perfeccionamiento de las técnicas de control y su utilización por los tribunales.	252
	B) Previsibilidad y concreción de las potestades discrecionales.	257
	C) La determinación de los hechos	266
	D) La desviación de poder. Ciclos en su utilización como técnica de control. Problemas aplicativos. Interpretación jurisprudencial	275
	E) La aplicación de los principios generales del Derecho para el control de la discrecionalidad, razonabilidad, interdicción de la arbitrariedad, igualdad, confianza legítima, enriquecimiento injusto y otros	284
	a) Razonabilidad de la decisión administrativa e interdicción de la arbitrariedad	285
	b) El principio de proporcionalidad	293
	c) El principio de confianza legítima	296

d) Interdicción del enriquecimiento injusto	301
F) En especial, el control de la discrecionalidad de carácter político y técnico	302
a) El análisis tópico de la discrecionalidad	302
b) La doctrina de los actos políticos: contenido y transformaciones	304
c) Los límites de la discrecionalidad de la potestad de planeamiento	313
d) La discrecionalidad técnica: exámenes, concursos y contratos.	316
VII. La decisión ejecutoria y otras posiciones singulares de la Administración ante la Justicia	321
1. <i>Decisión ejecutoria y ejecución forzosa. Fundamentos. Reconsideración de la doctrina de la autotutela.</i>	321
2. <i>La ejecutividad de los actos administrativos y el derecho a la tutela judicial efectiva</i>	332
A) El debate previo en sede judicial cuando la ejecución del acto afecta a los derechos.	332
B) La suspensión jurisdiccional de la ejecución	338
C) El dominio ordinario de la ejecución administrativa	341
3. <i>Reducción progresiva de las demás posiciones privilegiadas de la Administración ante la Justicia. Prerrogativas incompatibles con la Constitución y situación actual</i>	343
A) Expansión de la jurisdicción contencioso-administrativa y el dogma de su carácter revisor.	343
B) El agotamiento de las vías administrativas previas	349
C) <i>Solve et repete</i>	350
D) La asunción por los tribunales del dominio exclusivo de la ejecución de las sentencias	350
VIII. Las mutaciones del viejo sistema de conflictos jurisdiccionales	355
Bibliografía	365
Índice analítico y onomástico	401

I. DEL ESTADO LEGAL AL ESTADO CONSTITUCIONAL. LA REORDENACIÓN DE LAS RELACIONES ENTRE LOS PODERES PÚBLICOS. LA SIGNIFICACIÓN DE LA LEGALIDAD Y LA POSICIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN

1. LA CONSTRUCCIÓN TEÓRICA DEL ESTADO DE DERECHO LEGAL

Las instituciones básicas del Nuevo Régimen, que emergen en Europa en los años finales del siglo XVIII, dominarán desde entonces y hasta la actualidad la concepción entera del Derecho Público. Asentadas en las sucesivas Constituciones aprobadas en los diferentes Estados europeos, en todas ellas se repetirá, con formulaciones similares, la proclamación de los derechos de los ciudadanos, el dogma de la soberanía de la ley, a la que se someten todos los poderes públicos, y el principio del control de las decisiones administrativas por los tribunales ordinarios o por un orden jurisdiccional específico.

Pese a tanta firmeza y convicción en la continuidad de los principios esenciales de relación entre los poderes públicos y de estos con los ciudadanos, aquellos han cambiado extraordinariamente a partir de la mitad del siglo XX y, sobre todo, en los años finales de dicha centuria. No es que hayan sido sustituidos por otros nuevos de significación completamente distinta, sino que han perdido la posición central que tuvieron en otros momentos históricos. Ni es hoy la misma la posición de la ley, ni la significación de los derechos fundamentales, ni la función de los jueces. De modo que, siendo las instituciones básicas las mismas, tienen un significado y una dinámica completamente distintas de la que han tenido durante cerca de dos siglos.

Se pondrán de manifiesto tales cambios a lo largo del presente capítulo en el que trataremos de explicar el funcionamiento de las instituciones centrales del Derecho Público, según resultan de las nuevas relaciones entre los poderes del Estado. Un principio constitucional básico, el de legalidad, sigue siendo la clave de bóveda. Pero ahora, la estructura de la legalidad no es la misma que en épocas constituciona-

les precedentes, y el sometimiento a la legalidad de la Administración Pública y de los Tribunales también presenta características completamente nuevas.

Sorprende que pese a tales cambios en la significación de las instituciones, las grandes sistematizaciones doctrinales sigan atenuadas a la dogmática clásica y no exista una teoría general del Derecho Público que explique de modo sistemático la nueva ordenación. ZAGREBELSKY ha observado que las grandes construcciones jurídicas tienen una gran inercia que imposibilita sustituirlas hasta muchos años después de que hayan perdido capacidad explicativa. Lo que es, sin duda, cierto. Pero hay que contar, además, con la enorme dificultad de corregir las exposiciones clásicas cuando el cambio no ha terminado y su adaptación a una realidad constitucional nueva (global, europea, de fragmentación, incluso interna, de la soberanía y la estatalidad sobre las que se construyó el Derecho Público) está todavía sin concluir.

Añádase, desde luego, a esas dificultades la de precisar y matizar el inconmensurable trabajo intelectual de los grandes constructores de la dogmática del Derecho Público europeo, cuyas obras han proyectado su influencia hasta hoy mismo.

En el punto focal que aquí ha de ocuparnos preferentemente, la posición de la ley y la relación entre poderes jurídicos y con los ciudadanos, los creadores intelectuales del gran edificio dogmático del Derecho Público son un grupo de autores alemanes y franceses que concluyen sus obras en los años finales del siglo XIX y primeros del siglo XX. En Francia son los que contribuyen a alumbrar la que, con buenas razones, M. J. REDOR ha denominado la «*edad de oro*» de la doctrina publicística francesa, que sitúa entre los años 1879 y 1914. En 1887 se conoce la primera edición del *Traité* de LAFERRIÈRE; M. HAURIOU publica su *Précis de Droit Administratif et de Droit Public* en 1892; dos años más tarde se crea la *Revue de Droit Public* que, poco a poco, desplazará a la *Revue General d'Administration*. Los nombres y la obra impresionante de BARTHÉLÉMY, BERTHELEMY, DUGUIT y JÈZE se sumarán después a esa nómina de creadores que puede darse, en lo principal, por cerrada con la aparición de la formidable *Contribution à la théorie general de l'État* que, aunque publica en 1920, CARRÉ tiene ya redactada en 1914.

La doctrina alemana había empezado, en verdad, bastante antes a construir de modo sistemático una explicación de la organización del Estado y de las relaciones con los ciudadanos. Concluirán estos esfuerzos en la formulación del concepto de Estado de Derecho y la explicación técnica de los diversos significados de esta institución.

2.

Inercia de las sistematizaciones clásicas.

3.

Los creadores franceses.

En los publicistas de la primera época es visible la influencia de la filosofía del Derecho de Immanuel KANT o las ideas sobre el Estado de G. VON HUMBOLT. Es de KANT la definición del Estado como una «unión de hombres bajo leyes», leyes que son, en esencia, los principios de la razón. En dicha unión los ciudadanos conservan como atributos «inseparables» la libertad legal, es decir, «la libertad de no obedecer a ninguna otra ley que aquella a la que se ha prestado asentimiento», y, por otro lado, la igualdad ciudadana y la autonomía civil, que sitúan al ciudadano fuera de la dependencia de otros. Las exposiciones de HUMBOLT sobre la limitación del poder del Estado serán otra gran fuente de aprovisionamiento de ideas.

Pero la primera vez que aparece la expresión Estado de Derecho en Alemania, según explica E. W. BÖCKENFÖRDE, es usada por C. Ch. WELCHER en 1813. Luego la retoma Ch. F. VON ARETIN en su *Staatsrecht der Konstitutionellen monarchie* de 1824. Robert VON MOHL la utiliza en su *Das Staatsrecht des Königreich Wüttemberg*, de 1829. La conversión del concepto en pieza esencial de la publicística alemana deberá mucho a las contribuciones de O. BAHR (1864), de R. VON GNEIST (1879) y R. VON MOHL (sobre todo por su posterior *Die Polizeiwissenschaft nach der Grundsätzen des Rechtsstaates*, 1842-1843 acompañado enseguida por el de F. J. STAHL *Die Philosophie des Recht*, 3.ª ed., 1856), son los que ocupan la cabecera de la lista de creadores teóricos del Estado de Derecho. Las consecuencias de estas ideas y su exposición en un orden sistemático que involucrará a todas las instituciones, será el trabajo de otra generación de oro de la publicística europea, a cuyo frente están GERBER, IHERING, LABAND y JELLINEK.

La exposición de VON MOHL sobre el Estado de Derecho es la de un intelectual preocupado por la limitación del poder del Estado frente al ciudadano. El Estado de Derecho, dirá VON MOHL, es un Estado que se contenta con crear el orden social y suplir la actividad de los ciudadanos. El Derecho permite al individuo realizarse desarrollando al máximo todas sus potencialidades. La limitación de las actividades estatales de un modo sustancial y efectivo y el aseguramiento de las posiciones autónomas de los ciudadanos son las preocupaciones del autor. Pero la concepción del Estado de Derecho que se impondrá en Alemania en el siglo XIX será la más conservadora propuesta por STAHL, basada en una orientación mucho más formalista. La descripción del Estado de Derecho, formulada por STAHL, que se ha hecho clásica dice: «El Estado ha de ser un Estado de Derecho; esta es la solución y es también en realidad la tendencia de la época actual. Este Estado de Derecho ha de determinar con precisión, a través de la forma del

4.

KANT y HUMBOLT.

5.

Origen de la doctrina alemana del Estado de Derecho.

6.

El Estado de Derecho según STAHL.

Derecho, tanto la dirección y los límites de su propia acción como el ámbito de libertad de sus ciudadanos, y ha de asegurarlos sin fisuras. Y no debe imponer desde la idea ética del Estado, más que lo que pertenece a la esfera del Estado; esto es, no debe extenderse el Estado más allá de lo necesario. Este es el concepto de Estado de Derecho: no significa, simplemente, por ejemplo, ni que el Estado pueda disponer del ordenamiento jurídico sin objetivos administrativos ni que tenga que proteger por entero los derechos de los individuos. El Estado de Derecho no representa, sin más, la finalidad y el contenido del Estado, se refiere solo al modo y la manera como se realicen estos».

El elemento esencial de la concepción del Estado de Derecho sigue siendo, persistentemente, la limitación del poder para preservar una esfera autónoma de acción y de realización a los ciudadanos. Parte de la primacía del individuo. El Estado no es un hecho político originario sino una creación o prolongación de la nación, producto de un pacto entre los individuos, para defenderse y protegerse, tal y como ROUSSEAU lo expresó en su *Contrato Social*. Esta es también la fuente de la que surge todo el Derecho, integrado por las leyes que aprueban las asambleas de representantes elegidos. La acción de los demás poderes públicos se somete naturalmente a la ley, solo se dirige legítimamente a los objetivos que la ley señala y ha de desenvolverse dentro de los límites que aquella marca. Esta orientación por el legislador de los fines y procedimientos de la acción, prefigurándola o predisponiéndola, sería la que llevaría años después a O. MAYER a afirmar que el Estado de Derecho es «el Estado del Derecho Administrativo bien ordenado».

La restricción de la intervención del Estado y la necesidad de habilitación legal para que la Administración pueda intervenir en la vida económica y social responde, desde luego, a la concepción dominante entonces de las relaciones del Estado con la sociedad. Si se postula una restricción de las actividades económicas públicas y una severa limitación de la dirección e intervención del Estado en las actividades privadas, la concepción del Estado de Derecho que acaba de exponerse, para la que no cuentan las ideas de igualdad y solidaridad, sino solo la formalidad de la ley y los procedimientos, se ajusta exactamente.

Pero la sumisión de los poderes públicos al Derecho no servirá solo para preservar la esfera de acción libre de los ciudadanos, sino para establecer toda una ética nueva del Estado, una nueva ideología también, que desplazará definitivamente al Estado omnipotente en el cual

todas las acciones del poder se justifican por sí mismas (*machtstaat*), y al *polizeistaat*, al Estado de policía, fundado en el *bon plaisir* del príncipe. Surgirá ahora, en cambio, el culto al Derecho, como una fuerza capaz de ordenar las relaciones del Estado con la sociedad y encauzar correctamente los objetivos de los poderes públicos. Todo queda bajo la ordenación de la ley. Ya no más, como en el absolutismo, *rex facit legem*, sino que *lex facit regem*. En el Estado de Derecho no hay sitio para el gobierno de los hombres sino que es «el reino de las normas» (LEISNER), el *government by laws*, de que hablarán los ideólogos de la Revolución americana. Nada parecido, en efecto, al Estado de policía de la última Ilustración, que CARRÉ DE MALBERG caracterizó como «aquél en el que la autoridad administrativa puede, de forma discrecional y con una libertad de decisión más o menos completa, aplicar a los ciudadanos todas las medidas que considere necesarias para hacer frente a las circunstancias y atender en cada momento los fines que ella se proponga».

La misma fórmula de sometimiento general a las leyes como característica del Estado de Derecho es lo que, en línea de continuidad con STAHL, utiliza R. VON GNEIST en su obra. Pero con el matiz de que el Estado de Derecho implica un «gobierno según las leyes»; es decir, que estas no son su fundamento, sino el marco y el límite de la acción del ejecutivo, que ha de desenvolverse con gran capacidad de autoorganización, pero sometido finalmente a una jurisdicción administrativa.

En este último aspecto del control jurisdiccional pondrán, en fin, mucho más énfasis las obras de Otto BAHR y de Otto VON GIERKE. Asentadas ambas en una concepción corporativa del Estado, detraen de ella la consecuencia de que, como todas las demás asociaciones humanas, el Estado debe situarse dentro del Derecho y no por encima de él. Para asegurar tal sometimiento, el control de la Administración por los tribunales se eleva a condición indispensable para la realización del imperio del Derecho.

No pretenderemos apurar la exposición de los sucesivos estrechamientos y vaivenes que la noción de Estado de Derecho conoce en las exposiciones ulteriores de la doctrina alemana de los años sucesivos, una vez que ha quedado fijado el contenido esencial, que perdurará, del concepto. Con este contenido, la concepción del Estado de Derecho se expandió exitosa por toda Europa gracias, sobre todo, a las aportaciones de la doctrina francesa.

8.

Culto al Derecho.

9.

Estado de policía.

10.

Control por los tribunales.

11.

*La doctrina clásica
francesa del
Derecho Público.*

El interés francés por esta construcción teórica es, como ya se ha dicho, más tardío. Hay referencias a la misma en los manuales de L. DUGUIT y de A. ESMEIN. Pero la figura clave será CARRÉ DE MALBERG. Como ha recordado J. CHEVALLIER, CARRÉ está muy fuertemente influenciado por el pensamiento jurídico alemán y, especialmente, por la obra de P. LABAND, a quien sucedería en la cátedra de Derecho Público de la Universidad de Estrasburgo después de la Primera Guerra Mundial. Pero CARRÉ DE MALBERG no se limita a incorporar la doctrina alemana, sino que la matiza y la adapta a la tradición francesa.

El núcleo central de la idea es el mismo. CARRÉ entiende que se trata de un Estado que «en sus relaciones con los sujetos y para la garantía de su estatuto individual, se somete él mismo a un régimen de Derecho». Pero siendo, en esto, su concepción exactamente parangonable con la alemana, la acomoda política y técnicamente sobre la base de probar que muchos elementos de la doctrina del *Rechtstaat* formaban parte de la tradición constitucional francesa y estaban consolidadas en la práctica del Derecho francés.

12.

*Estructuras
jerarquizadas del
ordenamiento.*

En particular, la construcción del orden jurídico sobre bases jerarquizadas. Ya durante el Antiguo Régimen se puede seguir la idea de que el rey debe actuar sometido a las leyes fundamentales del reino, lo que se considera que es la verdadera Constitución de la monarquía. Pero esa idea de ordenación jerarquizada del Derecho es la que se impone, sobre fórmulas mucho más racionales, después de la Revolución de 1789. Lo primero en el orden de primacía serán, desde entonces, los derechos «naturales, inalienables y sagrados del hombre», que la Asamblea Nacional «reconoce y declara» (no crea ni establece, sino que constata su existencia previa como valores superiores de la vida en colectividad). Esta prioridad será, en el caso de los revolucionarios franceses, incluso temporal, porque concluyen con toda urgencia la Declaración de Derechos el mismo año de inicio de la Revolución y pocos meses después de comenzada (1789), mientras que sitúan en segundo lugar de urgencia la aprobación de una Constitución que organice los poderes del Estado y fije su régimen jurídico (1791). Por debajo de los derechos, pues, la Constitución. Tanto en la Declaración como en la Constitución se reconocerá un papel central a la ley (el legicentrismo a que aludió, con tanta fortuna expresiva, S. RIALS) que, en la práctica, le serviría para sobreponerse a cualquier otra fuente de Derecho, pero que en el sistema jerarquizado del orden jurídico se situaba debajo de los derechos ciudadanos y de la Constitución. Seguía la escala jerárquica, y concluía, con los actos del ejecutivo (los del judicial quedan fuera de este orden porque no son sino aplicacio-

13.

*Negación original
de la potestad
reglamentaria.*

nes, no innovaciones, de lo que las leyes establecen; los jueces no son sino *la bouche qui prononce les paroles de la loi*, como pretendió MONTESQUIEU). Inicialmente, además, como hemos estudiado detenidamente en el capítulo anterior, aquellos actos de la Administración no tienen nunca valor normativo, condición que las primeras Constituciones francesas les niegan atribuyendo el monopolio de la creación de normas al legislador. Un resto de poder reglamentario quedará, sin embargo, encubierto en la fórmula de las «*proclamations*». Pero el desarrollo de aquel poder será una realidad expresamente admitida en la Constitución del año VIII y, después de la Restauración, definitivamente. Cuando tal poder reglamentario cobra toda su inmensa pujanza, el ajuste que la concepción jerarquizada del ordenamiento jurídico precisará, será determinar la posición que la norma administrativa tiene que ocupar en relación con la ley. CARRÉ DE MALBERG estudiará, con más firmeza técnica que ningún otro autor del período, este problema. El dominio de la ley, explicará, es ilimitado e indefinido, mientras que el reglamento es una fuente subordinada e inferior en la jerarquía de las normas, cuyo dominio o ámbito material siempre resulta determinado por la ley. Solo en materia de organización de los servicios (*arrêt Babin* de 1906) y de policía administrativa (*arrêt Labonne* de 1919) se admitirá la posibilidad de que la Administración pueda dictar reglamentos con independencia de la ley, no ejecutivos simplemente.

La explicación del alcance con que los poderes del Estado se someten al Derecho es, como queda dicho, semejante en la doctrina alemana y en la francesa, aunque esta, naturalmente, se esfuerce por adaptarla a su propia tradición constitucional.

Más diferentes son, sin embargo, las exposiciones sobre los fundamentos de dicha sumisión.

La doctrina alemana, usando criterios que están explícitos en HOBES (el Estado, como consecuencia del pacto del que nace, no está limitado por ninguna clase de Derecho, pero su poder absoluto debe dirigirse, de modo no arbitrario, a asegurar a los súbditos seguridad y protección), o en SPINOZA (si el Estado no observa sus leyes y se desvía de la razón compromete su propia existencia), encontrará en la filosofía del Derecho de HEGEL una explicación con la que se conformará y que servirá para desarrollar técnicamente la justificación de dicha sumisión del Estado al Derecho. El Estado, según HEGEL, no puede ser sometido a límites externos. Su limitación por el Derecho tiene que ser, por tanto, consecuencia de una decisión propia por la que el

14.

*El reglamento
fuente subordinada.*

15.

*Autolimitación del
Estado.*

Estado acepte someterse a aquel. Se trata de que el Estado, que crea el Derecho, también asume atenerse a sus reglas. Es esta una operación de *autolimitación*.

Los juristas constructores de la dogmática del Estado de Derecho seguirán en Alemania esa idea mayoritariamente. También influyó la teoría de la autolimitación en la doctrina francesa. CARRÉ DE MALBERG, muy señaladamente, se adherirá a la misma al comprobar, en su construcción, que todos los intentos de buscar un fundamento al Derecho exterior al Estado habían fracasado, fuesen las ideas del Derecho natural o la apelación a la idea de solidaridad. CARRÉ, después de esta constatación, se rinde a la evidencia de que «solo el Estado posee el poder de conferir a las reglas destinadas a regir la conducta y las relaciones humanas esa fuerza ejecutoria especial que caracteriza al Derecho. El Estado es el creador del Derecho. No existe por encima del Estado ningún poder soberano capaz de limitarlo jurídicamente». Es el propio Estado, por tanto, la fuente de su propia limitación, tal y como habían explicado los cultivadores alemanes del Derecho Público.

Sin embargo, la mayor parte de los demás componentes de la «edad de oro» del Derecho Público francés, habían mostrado sus reticencias, cuando no su oposición abierta, a la teoría de la autolimitación. MICHAUD, DUGUIT, HAURIUO, JÈZE o BERTHELEMY, se oponen a la idea de un Estado omnipotente del que emanan todas las reglas del Derecho. Todos ellos sitúan ese momento creativo en un principio anterior o superior, sea Dios, la naturaleza, el hombre, la sociedad... Y ello, aun en un período en que toda referencia al Derecho natural estaba completamente desacreditada.

Es L. DUGUIT, entre todos aquellos autores franceses, el que ofrece la construcción teórica más acabada.

La soberanía, según DUGUIT, no existe. El Estado es una entidad abstracta que sirve para justificar el ejercicio del poder que ostentan los gobernantes. Este poder no tiene fundamento en ninguna idea metafísica sino en el Derecho objetivo. Surge este de la realidad social, concebida como «el estado de conciencia» de la masa de individuos que componen un grupo social dado; esta es la «fuente creadora del Derecho». Cuando la masa de los individuos comprende que la creación del Derecho puede ser organizada socialmente, es esta decisión la que transforma la norma social, surgida de la solidaridad entre los individuos, en norma jurídica. El Derecho no sería, para DUGUIT, una creación del Estado, sino un «hecho social», derivado «espontánea-

16.

La autolimitación
de CARRÉ DE
MALBERG.

17.

El origen del
Derecho según
DUGUIT.

mente en los espíritus de los hombres». La norma social, en fin, se transforma en norma jurídica por transmutación espontánea y antes de que el Estado lo acuerde.

Aunque situado a buena distancia de las posiciones duguitianas, también M. HAURIUO admitirá que el Estado reposa, como toda institución, sobre el consentimiento consuetudinario. Admite, en este contexto, un Derecho nacido de la «sociabilidad humana». Surgido, por tanto, con independencia del Estado y situado como límite a sus potestades, ideas estas que separan a HAURIUO de la teoría de la autolimitación.

Concluiremos ahora la exposición sobre la construcción doctrinal del Estado de Derecho con una aclaración fundamental en la que los autores que vengo citando coinciden pero que es, de nuevo, CARRÉ DE MALBERG quien la expresa con una fuerza especial: el Estado de Derecho que se desarrolla en Europa a partir de la Revolución de 1789 es un Estado de Derecho *legal*. La ley es, en él, el centro, la norma superior e irresistible. Sus reglas sirven para definir y delimitar los derechos de los ciudadanos. La dominación de la ley afecta a todos los poderes del Estado que han de someterse a sus dictados. Y, por contraste, la ley no tiene freno alguno. Ni las Declaraciones de Derechos ni la Constitución son preservadas por ningún tribunal frente a los abusos, los excesos, o las contradicciones con sus postulados en los que la ley puede incurrir.

No existe, en definitiva, ningún sistema de control de la constitucionalidad de las leyes; en ellas queda depositada la soberanía y concentrada la creación del Derecho.

2. LA SIGNIFICACIÓN DE LA LEGALIDAD Y LAS RELACIONES ENTRE PODERES EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL. RASGOS GENERALES

Afirmar que la legalidad sigue siendo una noción clave en el Estado constitucional apenas requiere justificaciones. En nuestro caso, el artículo 9.3 de la Constitución consagra el «principio de legalidad», subraya el «sometimiento pleno a la ley y el Derecho» de la Administración (artículo 103.1), y confía a los tribunales el control «de la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa» (artículo 106.1), lo que han de hacer «sometidos únicamente al imperio de la ley» (artículo 117.1).

18.
Posición de
HAURIUO.

19.
Estado de Derecho
legal: significación.

Pero la significación de los conceptos es ahora completamente distinta de la que tenían en el marco del Estado legal.

La primera y grandísima innovación ha sido el establecimiento de un sistema de control de la constitucionalidad de las leyes que ha terminado con el legicentrismo, con el absolutismo del legislador también y ha repuesto en el vértice del ordenamiento a la Constitución, como norma primera y fundante, como justificación de todas las demás normas. Pero, con ser capital esta extraordinaria innovación, no es el único signo de los cambios que el Estado constitucional ha impuesto en la creación del Derecho, las relaciones entre poderes y las garantías de los derechos de los ciudadanos.

A lo largo de este capítulo expondremos nuestra visión de toda esta significativa renovación institucional que afecta al Derecho Público, no porque se haya desprendido definitivamente del acervo del Estado de Derecho legal, sino porque ha impuesto en él numerosas innovaciones.

Nos limitaremos ahora a formular una breve exposición comparativa de los rasgos generales de esta mutación de la idea de legalidad, que sigue siendo central en la arquitectura actual del Derecho Público.

A) Ninguna renovación hubiera sido posible, en relación con las construcciones teóricas de las doctrinas alemana y francesa que se han expuesto, sin el establecimiento de un sistema de control de la constitucionalidad de las leyes.

Las concepciones clásicas de la legalidad, desglosaban sus exigencias en un conjunto de reglas que aseguraban la primacía de la ley y su dominio sobre todos los poderes del Estado. En las primeras exposiciones del Estado de Derecho, el sometimiento del Estado al Derecho lo es a la ley exclusivamente, de modo que la teoría sirve, sobre todo, para organizar el ejercicio del poder legislativo y explicar su régimen. El imperio de la ley se expresa en la primacía y en la omnipotencia del legislador. No hay ningún ámbito material que no pueda ser regulado mediante leyes. Como la Administración requiere habilitaciones específicas de la ley para poder actuar, el margen de intervención y de decisión que queda al ejecutivo está absolutamente condicionado.

Los juristas alemanes del último tercio del siglo XIX que son perfectamente conscientes de las dificultades operativas que arrastra esta configuración ilimitada del poder legislativo, idean la noción de ley material, a la que nos referiremos detalladamente un poco más adelante, para tratar de reconducir los dominios del legislador a un ámbito

20.

Imperio de la ley.

21.

Ley material.

más concreto, concerniente sobre todo a las relaciones del poder público con los ciudadanos.

Pero esa extraordinaria creación intelectual, unida sobre todo a los nombres de P. LABAND y G. JELLINEK, no resolverá la cuestión clave de colocar a la Constitución y, con ella, a los derechos de los ciudadanos, en la posición clave en que pretendieron situarlos los primeros constituyentes. La idea de la Constitución como norma suprema y la consagración de los derechos de los ciudadanos como innatos, inalienables y previos a la creación del Estado y el Derecho, había fracasado en Europa, frente a lo acontecido en Estados Unidos.

El control de la constitucionalidad de las leyes, aunque apuntado en algunas propuestas que se llevan a la Asamblea Constituyente francesa (el *Jury de Siéyès*), no prospera hasta el siglo xx. Hay, desde luego, algunos antecedentes dignos de ser tenidos en cuenta en el marco de las prácticas constitucionales que se desarrollan en el marco de la Constitución alemana de 1871, o de la Constitución suiza de 1874. Pero será necesario esperar a la Constitución de Weimar de 1919, y a la Constitución austríaca de 1920 y a la española de 1931, para que los sistemas de control de constitucionalidad de las leyes se consoliden. Tardía y, aun así, muy débilmente. No solo porque las guerras del siglo pulverizan estos progresos constitucionales, sino porque los sistemas jurisdiccionales de control se piensan de otra manera que como se había hecho en Norteamérica: con gran deferencia hacia el legislador, cuya obra solo se somete de forma concentrada al enjuiciamiento de un tribunal especializado y no de cualquier tribunal. Este es un privilegio del legislador europeo que ha mantenido hasta ahora.

Cuando los sistemas de control de la constitucionalidad de las leyes se perfeccionan, quedará restablecido en el punto más elevado del ordenamiento jurídico no la ley, como había ocurrido siempre, sino la Constitución.

B) Esta recuperación de la posición central de la Constitución en el nuevo Estado de Derecho es la gran corrección que las Constituciones europeas vigentes aportan al constitucionalismo decimonónico.

Pero el reconocimiento de esta circunstancia debe completarse con la constatación de otras mutaciones importantísimas en la posición de la legalidad y la creación del Derecho.

El Derecho Público decimonónico, cuyas exposiciones sistemáticas aún no han sido del todo adaptadas, y sustituidas en lo preciso, se construyó partiendo de la idea de soberanía del Estado. El Estado es

22.

La formación de los sistemas de control de la constitucionalidad.

el dueño del Derecho. La creación del Derecho se concibe a partir de concepciones fuertemente estatalizadoras.

Estos principios capitales han dejado de tener la misma fuerza que tuvieron en el siglo XIX y durante prácticamente todo el siglo XX. Hoy puede sostenerse que el *legislador ha dejado de ser el señor del Derecho*. El ordenamiento jurídico se ha alimentado siempre de otras fuentes, además de la ley. Esta es una realidad de la que sigue dando cuenta el artículo 1.6 del Código Civil, al reconocer el papel complementario de los principios generales del Derecho y de la costumbre. Pero no es, sin embargo, a esta reconocida y consolidada diversificación del sistema de fuentes a la que nos referimos ahora, sino a otro fenómeno de más trascendencia y más reciente que llamaremos la *fragmentación del soberano*. Frente a la idea de la soberanía concentrada en el Estado, que decide, a partir de su poder irresistible, cómo ordena el sistema jurídico y sus fuentes, se han formado otros centros de poder alternativos, unos supranacionales o internacionales y otros internos.

Examinaremos un poco más adelante el alcance y la significación de esta quiebra de la dominación estatal sobre la formación del Derecho. Sus consecuencias sobre la significación de la legalidad se explican fácilmente. Primero, la multiplicación de los legisladores en el seno del Estado, produce una verdadera conmoción de las concepciones clásicas de la legalidad. ¿Qué queda en efecto de la ley general y única, redactada con claridad para que pueda ser comprendida y manejada con seguridad por los ciudadanos? ¿Qué del ideal del Derecho codificado? La estructura jerarquizada de todo el ordenamiento general del Estado ha desaparecido en los sistemas federales y regionales.

Segundo, en la creación del Derecho participan ahora también las instituciones comunitarias europeas de una manera decisiva. Sus normas gozan de efecto directo y primacía (características mantenidas desde las formulaciones iniciales de las Sentencias del Tribunal de Justicia *Van Gend en Loos*, de 1963, y *Costa/ENEL*, de 1964) sobre las internas originadas por cualquier poder del Estado. Aunque en este caso también tiene justificación constitucional (artículo 93) la aparición de esta impresionante organización de creadores de Derecho, la medida de sus poderes y, sobre todo, de las consecuencias de su ejercicio son realmente impredecibles con suficiente seguridad. Pero parece claro que la integración europea ha producido una mutación constitucional, como hemos destacado en otra ocasión, y, además, ha contribuido a que la legalidad se deba entender ahora considerando

23.

La fragmentación del soberano.

24.

Multiplicación de centros de creación del Derecho.

25.

Europeización del Derecho.

principios y pautas interpretativas que, en ocasiones, resultan señaladamente innovadoras en relación con las tradiciones estatales.

Tercero, el fenómeno de la globalización económica lleva también aparejada una globalización jurídica cuya previsión no se sitúa, en contra de lo que ocurre con los fenómenos antes referidos, en la Constitución. Son las circunstancias económicas, el poder de las grandes corporaciones con implantación mundial, las respuestas parciales que se tratan de poner en pie en el marco de acuerdos multilaterales, los elementos explicativos de otra quiebra de la soberanía de los Estados y, desde luego, del dominio pleno que estos tenían sobre el Derecho.

Cuarto, la fragmentación del soberano tiene, en fin, otras manifestaciones extraordinariamente relevantes, en el interior del Estado. En los años finales del siglo xx empezó a manifestarse cada vez con más extensión un fenómeno de retraimiento del legislador. Por razones económicas, tecnológicas o de eficacia, el legislador se ha retirado, no ha regulado problemas sociales o de mercado remitiéndose a la iniciativa de los propios grupos o sectores interesados. Es el fenómeno emergente de la autorregulación. La nueva legalidad se forma a veces, también, sin intervención del Estado, en comunidades de individuos que no tienen al formarse la limitación del territorio del Estado, sino que ocupan un espacio universal en el que pueden estar establecidos los miembros de tales comunidades. Las redes y las nuevas tecnologías permiten ahora incluso que dichas comunidades sean virtuales.

C) La posición que han venido a ocupar los derechos fundamentales añade otra significativa característica a la legalidad, desconocida mientras se mantuvo el Estado de Derecho legal. En verdad, los derechos y libertades recogidos en las Declaraciones de Derechos y en las Constituciones, no alcanzaron la consideración de verdaderos derechos fundamentales hasta que no se hicieron resistentes a la acción del legislador y, además, exigibles y protegidos jurisdiccionalmente.

De esta manera los derechos se han convertido también en un componente de la legalidad. Los derechos fundamentales se presentan, a veces, en las Constituciones garantizados en base a formulaciones generales. O se protegen con la cobertura de valores y principios que se consagran utilizando al expresarlos conceptos jurídicos indeterminados. Todo ello repercute en las operaciones de concreción y aplicación del Derecho. Estas tienen ahora poco que ver, en la mayoría de las ocasiones, con una sencilla operación de subsunción de los hechos en las previsiones contenidas en una norma clara y concreta. La regla legal, por el contrario, debe ser completada, matizada, con el con-

26.

Globalización jurídica.

27.

Retraimiento del legislador y autoorganización.

28.

Influencia de los derechos en la legalidad.

curso de los valores, los principios y los derechos constitucionales. Todo lo cual concluye en una mayor inconcreción de la regla legal de referencia y en un mayor protagonismo de los jueces y tribunales, cuya contribución a la determinación de la regla de Derecho es mucho más importante, habida cuenta de la estructura más compleja, vaga e incompleta de la legalidad.

Como ha explicado ZAGREBELSKY, muy exactamente, *tanto los derechos como la Justicia se han separado de la ley*. En el Estado legal los derechos dependían de las definiciones del legislador y eran exigibles en la medida en que el legislador lo permitía. La Justicia también se ha desentendido parcialmente de la ley porque ya no resuelve solamente conforme a las reglas establecidas en la misma, sino según imponen los derechos constitucionales y también los valores y principios que la Constitución consagra. Aunque el recurso a los principios no sea algo completamente nuevo, su concurso actual para la formación de la legalidad es mucho más destacable que lo haya sido nunca en el constitucionalismo europeo.

Además, una de las consecuencias de la superposición de otros ordenamientos supranacionales al general del Estado, es que los jueces internos han de resolver teniendo en cuenta la significación que los valores, los principios y los derechos tienen en aquellos. De manera que al tener que atenerse a estándares supranacionales, no solo el juez se separa de la ley, sino que, en alguna medida tiene obligación de considerar la aplicación de reglas de Derecho que se crean y desarrollan fuera de la propia Constitución.

D) La nueva estructura de la legalidad otorga a los jueces y tribunales responsabilidades que nunca habían tenido en el mismo grado en los sistemas jurídicos continentales europeos. La comparación con los sistemas de *common law* ha permitido, hasta ahora, establecer las diferencias sobre la posición de los tribunales en uno y otro ámbito. Frente a la formación de las reglas de Derecho sobre todo mediante leyes, que es lo propio del constitucionalismo continental, el *common law* entrega el mayor protagonismo a las reglas de Derecho que se forman en la jurisprudencia de los tribunales con ocasión de resolver casos concretos. El Derecho estatutario o legal ha cobrado una importancia creciente a lo largo del siglo, pero la posición dominante del *common law* no se ha perdido en los sistemas que han seguido la tradición británica.

En el continente, la evolución que ha experimentado la estructura de la legalidad, en los términos que estamos exponiendo sucinta-

mente y que desarrollaremos a lo largo de este capítulo, da mucha más importancia a la tarea de búsqueda o determinación de la regla de Derecho por parte de los jueces y tribunales. Sin necesidad de tener que decidir ahora si el gran margen que la legalidad deja ahora a la jurisdicción para definir el Derecho, permite a los tribunales crear verdaderas normas o, por el contrario, su tarea consiste en identificarlas en el ordenamiento y concretarlas, lo que no cabe duda es de que su tarea se ha hecho mucho más esencial para interpretar y completar la legalidad estableciendo un cuerpo de reglas claras.

Las exigencias de seguridad y claridad, antes referidas solo a las leyes, se extienden en el Estado constitucional, por las razones expresadas, a la jurisprudencia. Lo cual impone someter a los tribunales a una cierta disciplina, atinente a la formación y cambio de la jurisprudencia, de la que, en la tradición continental europea, y desde luego española, se han sentido bastante exentos hasta ahora.

E) Por último, está el problema de las relaciones entre la legalidad, los tribunales y la Administración.

La dinámica del principio de legalidad, tal y como fue explicado por la doctrina y la jurisprudencia dominantes en el momento del más acabado desarrollo de las técnicas e instituciones jurídicas del Estado de Derecho legal, era la siguiente:

La ley, que es la norma máxima del ordenamiento, habilita positivamente a la Administración Pública, a la que dota de los poderes necesarios para actuar, definiendo al mismo tiempo las circunstancias de hecho que permitirán ejercerlos y los fines que habrán de perseguir las decisiones administrativas.

Esta función habilitante, reservada inicialmente a la ley formal, hubo de compartirse con los reglamentos aprobados por la propia Administración, tan pronto como se consolidó el reconocimiento de la potestad que también tenía aquella de dictar normas generales. La legalidad, integrada inicialmente solo por la ley, se estructuró luego en forma de «bloque de la legalidad», para dar cabida también a los reglamentos en la función de atribuir potestades y definir los fines a que debía tender su utilización. La constitucionalización de la legalidad ensanchó más tarde la base normativa de aquella para que su contenido pudiera ser definido por el «bloque de la constitucionalidad», donde, según acaba de exponerse, también pasaron a integrarse, junto con las reglas de la Constitución, los valores, principios y derechos en ella proclamados.

30.

La dinámica de la legalidad: doctrina tradicional.

La dinámica de la legalidad, lógicamente perfecta, se cierra con la atribución a los tribunales de la facultad de controlar las decisiones que la Administración adopta en base a las atribuciones que les confían las normas. Los tribunales, como dice el artículo 106.1 de la Constitución, se ocupan del control «de la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa».

El engranaje de todas estas piezas constituye una magnífica construcción, modelo de la racionalidad y simplicidad con la que, a veces, es posible utilizar las categorías y las técnicas jurídicas.

Pero esta explicación tradicional del principio de legalidad había dejado bastantes cosas por resolver, que la nueva estructura de la legalidad y de las relaciones entre poderes en el Estado constitucional no ha hecho más que complicar.

La sustancia jurídica del principio de legalidad toca de cerca el problema esencial de la articulación entre los tres poderes del Estado. Es preciso mantenerlos en equilibrio y preservar para cada uno de ellos la función que más se le acomoda. No es bueno que el legislador estreche demasiado el campo propio de la actuación administrativa, ni tampoco que los tribunales, con el pretexto de mantener la legalidad, sustituyan las decisiones de la Administración por las suyas propias, sobre todo cuando aquellas se adoptan dentro de los márgenes de oportunidad que la Administración deja al legislador y que ella maneja, por lo general, con mejor criterio y medios.

Esta última cuestión de la medida del control de las decisiones administrativas por los tribunales ha sido ampliamente disputada por la doctrina durante toda la segunda mitad del siglo XX, y aún hoy sigue en ello. En España hubo un debate en avalancha hace años (L. PAREJO, M. SÁNCHEZ MORÓN, T. R. FERNÁNDEZ, J. LEGUINA, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, entre los alimentadores iniciales del mismo, luego secundados por otros muchos). El núcleo del problema era decidir si corresponde a la Administración un ámbito de actuación reservado que no puede ser interferido, ni menos sustituido por los tribunales.

El otro polo del debate, menos atendido por nuestra doctrina, es el de los límites que afectan constitucionalmente al legislador cuando configura las potestades de la Administración o delimita su contenido. En el sentido, por ejemplo, de si cuenta con plena libertad, como parece derivarse del principio de primacía de la ley, esencial en el Estado de Derecho legal, para atribuir a la Administración potestades administrativas de carácter discrecional.

31.

Legalidad y relaciones entre poderes del Estado.

Cuando hace esto último el legislador siempre está aceptando que su decisión sea completada por la acción de la Administración. Formula aquel, en tal caso, regulaciones con poca densidad normativa que requieren un complemento —normativo o directamente ejecutivo— de la propia Administración.

Mientras mayor sea la densidad normativa de la norma atributiva de potestades a la Administración, menores posibilidades le restarán a esta para completarla y mayor será la facultad de los tribunales para valorar la decisión de la Administración, anularla o, incluso, sustituirla si no se acomoda a los criterios establecidos en la propia norma habilitante. Por el contrario, mientras menor sea dicha densidad normativa, mayor la libertad dispositiva de la Administración y menores las posibilidades de sustituirla por los tribunales.

Bien se percibirá que estas opciones describen variantes que atañen a las relaciones entre poderes. Es este problema, justamente, el que está en juego cuando se trata de la anchura que deja la ley al cauce de la discrecionalidad administrativa o cuando se dimensiona el control jurisdiccional de la actuación de la Administración.

Los nuevos perfiles de la legalidad en el Estado de Derecho constitucional complican mucho el esquematismo que sirvió para describir su dinámica casi durante todo el siglo xx. La estructura de la legalidad no es ya la misma y la posición de la Administración y los tribunales tampoco. Sobre todo, la explicación actual del principio de legalidad hay que situarla en el contexto de la Constitución y enmarcar su operativa, central en cualquier Estado de Derecho, en el núcleo del problema permanente de las relaciones entre poderes y su equilibrio. No de otra cosa estaremos hablando cuando de la legalidad tratamos.

32.
*Regulación
legal y
discrecionalidad.*

II. EL SOMETIMIENTO DE LA LEY A LA CONSTITUCIÓN

1. INTRODUCCIÓN

El quicio sobre el que gira la transformación del Estado de Derecho legal en Estado constitucional de Derecho está construido técnicamente con materiales perfectamente definidos: la reducción de la omnipotencia de la ley, sometiendo sus determinaciones a la Constitución y reponiendo a esta en el vértice jerárquico del ordenamiento general. La verificación de que las leyes no contradicen las previsiones constitucionales se encomienda, bien, de modo difuso, a todos los

jueces y tribunales, bien, de forma concentrada, a un tribunal especializado.

La emergencia de la justicia constitucional en Europa no se produce en firme hasta el siglo xx. Incluso el alumbramiento del sistema no fue general en los Estados europeos, y, además, tuvo que enfrentarse a las limitaciones impuestas por las guerras sostenidas intermitentemente casi toda la primera mitad del siglo. Solo a partir de las Constituciones de la segunda posguerra la Justicia constitucional se generalizará. Y a países como Francia o España llega cuando se estaba acabando prácticamente el siglo. Es importante recordarlo para subrayar lo largo que ha sido el proceso de reducción del dominio del legislador sobre la totalidad del Derecho del Estado. *Se incluía en tal dominio, como ya hemos dicho, la Constitución misma, que no era oponible a la ley; los derechos de los ciudadanos, que se definían o delimitaban por el legislador, sin contestación posible; las potestades de la Administración, que se habilitaban exclusivamente desde la ley o en base a una ley; y la justicia, cuya función era aplicar la ley.*

Una de las consecuencias más visibles de tal descomunal depósito de poder en manos del legislador fue, hasta que la Constitución se impuso sobre el mismo, que la ley pudiera disponer sobre cualquier materia, con independencia de su relevancia; que pudiera hacerlo, igualmente, mediante regulaciones generales o particulares; podían materialmente sus decisiones ser de carácter administrativo o constituir verdaderas resoluciones judiciales. Todo quedaba bajo la disponibilidad del legislador, incluido, como resulta de lo dicho, el equilibrio entre los poderes. A él tocaba decidir la esfera de autonomía o de libre disposición que quedaba a la Administración o a la Justicia, dependiendo de la densidad normativa que las leyes reguladoras de cada materia tuvieran y el grado en que preconditionarían la actuación ulterior de aquellos otros poderes del Estado.

La necesidad de asegurar un cierto equilibrio entre los poderes del Estado fue históricamente uno de los primeros activos utilizados para reducir la preeminencia absoluta del legislador y reconducir sus regulaciones a objetivos o materias concretas, de manera que dejara espacio libre, fuera de las mismas, para la acción de la Administración. Al servicio de este objetivo aparecerá la primera técnica de limitación de los excesos del principio de primacía de la ley, que fue la doctrina de la ley material.

Sometida la ley a la Constitución, el Derecho Público europeo aún quedará enfrentado a un serio problema de delimitación de las esferas

de actuación que la Constitución reserva a cada uno de los poderes del Estado.

El sometimiento de la ley a la Constitución se refiere, en la normalidad de los casos, a la necesidad de que respete los principios, valores y derechos en ella consagrados. Pero la protección frente a los abusos del legislador no lo ha extendido habitualmente la jurisprudencia a la preservación de la esfera de atribuciones de los demás poderes del Estado frente a las actuaciones del legislador.

En toda Europa se ha mantenido vigente la doctrina de la ley formal que permite, sin límite, que el legislador formule cualquier clase de regulaciones o adopte cualquier tipo de decisiones, aunque estas, por su contenido, más que regulaciones generales, puedan considerarse verdaderamente decisiones jurisdiccionales o de carácter administrativo.

Esta circunstancia nos obligará a plantearnos si existen límites constitucionales a la libre disponibilidad de la ley para preservar un ámbito propio irreductible de la función jurisdiccional y de la función ejecutiva o administrativa. Es decir, si la Constitución configura una reserva de jurisdicción y una reserva de administración, oponibles a las decisiones del legislador que constituye materialmente el ejercicio de funciones de cualquiera de las dos clases.

2. LA EMERGENCIA DE LOS SISTEMAS DE CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES EN EUROPA Y SU CONSOLIDACIÓN

También el control de la constitucionalidad de las leyes por los tribunales en Europa tendrá que ver, inicialmente, sobre todo, con las relaciones entre poderes públicos. Pero en este caso, la intervención consistirá en el control de las leyes con ocasión del ejercicio ilegítimo de las competencias constitucionalmente atribuidas a los poderes territoriales en los sistemas federales.

A diferencia de lo ocurrido en Estados Unidos, desde los primeros años de vigencia de la Constitución, en Europa el principio de primacía de la Constitución, ni siquiera cuando se implante la justicia constitucional, tendrá una eficacia ilimitada. Su utilización se referirá, inicialmente, solo a la conservación de las competencias constitucionalmente atribuidas a los diferentes poderes públicos territoriales. La configuración del proceso de constitucionalidad será especializada y no, como en Estados Unidos, un incidente en un proceso ordinario. La resolución del

proceso específico de constitucionalidad corresponderá también a un tribunal constituido ad hoc, al que le corresponderán las declaraciones de constitucionalidad, que tendrán eficacia general e inmediata. En fin, la legitimación para acudir a dicho tribunal se concebirá de un modo restringido.

33.
*Características
originales.*

Alguna de las características originales de los sistemas europeos de justicia constitucional no han variado esencialmente desde la implantación de los mismos en los primeros años del siglo xx. Aunque, desde luego, si se ha ampliado el ámbito al que se extiende la primacía de la Constitución, que en las regulaciones de la segunda posguerra europea, y en la Constitución española vigente, se refieren no solo al respeto de las reglas de reparto de competencias establecidas en la Constitución (conflictos de competencias, entre nosotros), sino también a las demás infracciones de la Constitución en que las leyes pueden incurrir (recursos de inconstitucionalidad), o a la protección de los derechos fundamentales frente a sus vulneraciones por los poderes públicos (recursos de amparo).

La emergencia de los sistemas europeos de control de constitucional ha sido objeto, entre nosotros, de un minucioso estudio por parte de P. CRUZ VILLALÓN, que ha recordado el proceso de formación de tales sistemas en términos que precisaremos seguir.

A) La preservación de la superioridad de las leyes federales

34.
Sistema suizo.

Los primeros pasos para el establecimiento de fórmulas de control de la constitucionalidad se producen en el marco de la Constitución Federal suiza de 1874, con criterios que, dada la estabilidad de dicha Constitución, han variado poco hasta la actualidad.

Inicialmente el control de la constitucionalidad se refería exclusivamente a las leyes cantonales y no a las federales, y consistía sobre todo en verificar la adecuación de aquellas a estas. Las leyes cantonales están en una posición jerárquicamente inferior que las leyes federales, por lo que, si se produce una colisión entre ambas, puede ser depurada mediante una acción denominada «reclamación de Derecho Público». Junto a ella, sin embargo, también se instituirá un «recurso de Derecho Público» que permitirá la protección de los derechos fundamentales frente a las posibles vulneraciones de los mismos en que incurriesen las leyes cantonales.

Aunque inicialmente las garantías de preservación de la Constitución se organizan en términos políticos (se atribuye la tutela al propio

Gobierno, al Consejo Federal o la Asamblea Federal), tales funciones se asumen paulatinamente por el Tribunal Federal a partir de la Constitución de 29 de mayo de 1874.

En esta Constitución se prohíbe totalmente el control de las leyes federales. Tales leyes «vinculan al Tribunal Federal», según establece expresamente el artículo 13, párrafo 3.º, de manera que solo queda, respecto de ellas la posibilidad de controlar las cuestiones concernientes a la publicación y la promulgación. Los recursos de constitucionalidad se refieren, según lo dicho, a las leyes cantonales, cualquiera que sea el tipo de recurso que se use para acceder al Tribunal Federal.

Uno de los procedimientos establecidos para posibilitar el control de la constitucionalidad es el denominado recurso de Derecho Público. Se refiere a la protección de los derechos fundamentales y su resolución se atribuye al Tribunal Federal de modo concentrado (no existe una institución parecida en los cantones). Aunque el artículo 113 de la Constitución, que es el que regula este recurso, no precisa cuáles son los derechos susceptibles de amparo, la jurisprudencia ha ido incluyendo sucesivamente en la nómina los derechos básicos de igualdad, las libertades individuales reconocidas en la Constitución, el derecho a la propiedad privada, al juez natural, a la autonomía municipal, etc. La violación debe proceder de una ley o «acto» cantonal. Si se aprecia la ilegitimidad de la norma, el Tribunal declarará su nulidad. Si la violación se ha producido con ocasión de un acto dictado en aplicación de una ley cantonal ilegítima, el Tribunal se limitará a anular el acto aplicativo, pero el legislativo cantonal deberá sacar las consecuencias debidas de la declaración y derogar la ley que ha dado lugar a dicha situación jurídica contradictoria con la Constitución.

El otro recurso disponible para garantizar la primacía de la Constitución está orientado a la resolución de los conflictos de competencia entre la Federación y los Cantones. Es la denominada reclamación de Derecho Público. Realmente el parámetro para resolver el conflicto no es la Constitución misma sino el Derecho federal. La resolución corresponde también al Tribunal Federal, pero junto a su competencia concentrada se ha mantenido también la obligación de que todos los tribunales dejen sin aplicación el Derecho cantonal cuando aprecien que contradice el Derecho federal. Se trata, por tanto, de un control difuso ordinario, que pertenece a cualquier tribunal, y que se justifica en el principio de primacía del Derecho Federal (*Bundesrecht bricht kantonales recht*).

35.

Limitación del control a leyes cantonales.

36.

Recurso para la protección de derechos.

37.

Conflictos Federación-Cantones.

La Constitución se usa como parámetro solamente a la hora de activar la denominada garantía federal del artículo 5 de la misma, de acuerdo con el cual los cantones deben obtener la aprobación de la Asamblea General respecto de sus Constituciones. Para obtener esta garantía federal, la Asamblea debe verificar que no contienen aquellos preceptos contrarios a la Constitución federal, que garantizan el ejercicio de los derechos políticos de acuerdo a principios representativos o democráticos, y que admiten su aceptación o revisión por el pueblo cuando lo exija la mayoría absoluta de sus ciudadanos. Pero el órgano encargado de esa verificación es la Asamblea Federal, no el Tribunal Federal, que incluso está vinculado con la decisión de la Asamblea. Aunque esta no decide conforme a criterios políticos sino jurídicos.

El esquema general de las garantías jurídicas de la Constitución se concentra en lo expuesto, por más que diferentes proposiciones e informes, aprobados en el primer tercio del siglo xx, hayan postulado reformas que conduzcan a la ampliación de los parámetros de control de la constitucionalidad de las leyes (proposición Rabours de 1923, proposición Scherer de 1924, informes de Fleiner y Rabard de 1934, etcétera).

B) De la superioridad de la legislación federal a la supremacía de la Constitución: la labor de los tribunales alemanes

El proceso de la creación de un sistema de control de la constitucionalidad de las leyes en Alemania fue mucho más complejo y problemático. Sobre todo, porque, al igual que había ocurrido en Norteamérica, y a falta de una regulación específica del contenido y alcance del poder de los tribunales para controlar la constitucionalidad de las leyes, serán ellos mismos los que asumirán la iniciativa de dicho control.

38.

Sistema alemán.

39.

Constitución de 1871.

La evolución arranca de la Constitución de 1871. No había en ella ninguna mención al control judicial de las leyes. Tampoco en el sentido de prohibirlo. Pero el Tribunal del *Reich*, en una importante Sentencia de 17 de febrero de 1883, rechazó la posibilidad de controlar la constitucionalidad de las leyes. Esta opinión coincidió con la de la doctrina de Derecho Público de la época, encabezada por JELLINEK, LABAND y ANSCHÜTZ. Pero esta unanimidad se refería siempre a las leyes del *Reich*. Respecto de las leyes de los Estados miembros se aceptaba el control, por la necesidad de hacer operativo el principio de primacía del derecho del *Reich* sobre el de los Estados, consagrado ya en el artículo 2 de la Constitución de 1871. Si no hay un control judicial de las leyes territoriales, no habría forma de que se respetara dicho principio. De

aquí que fuera posible el control de la legislación de los Estados, incluidas las Constituciones mismas. Sin embargo, no todos los conflictos entre leyes se encomiendan a los tribunales, algunas clases de ellos (el artículo 76, párrafos 1 y 2 de la Constitución), se atribuyen a órganos políticos (*Bundesrat*, Parlamento del *Reich*) aunque utilicen para resolverlos criterios de carácter jurídico.

Esta situación es la que se mantendrá hasta la aprobación de la Constitución de Weimar en 1919. Tampoco esta se ocupó de modo directo del control de la constitucionalidad, salvo lo que resultaba de la aplicación del principio de primacía del Derecho federal, que recogía su artículo 13.1. A falta de mayores especificaciones, la doctrina y los propios tribunales sostendrán con una fuerte convicción que el control de la constitucionalidad es una facultad incluida entre las básicas de la Justicia. Por lo pronto, el control de la constitucionalidad de los reglamentos ya se permitía en el marco de la Constitución de 1871 y nadie puso objeciones a su mantenimiento en el marco de la Constitución weimariana. El mismo mantenimiento se aceptaría para el control de la adecuación a Derecho federal de las leyes de los *Länder*.

Aunque inicialmente el parámetro de control es, como en Suiza, el Derecho federal y no directamente la Constitución, los tribunales conseguirán extenderlo y situar la comparación con la Constitución en un lugar prevalente. Aún más, utilizarán la oportunidad de controlar las leyes territoriales, para establecer igualmente un control de la adecuación a la Constitución de las leyes de la Federación. Tal transformación de la Justicia constitucional se produce en los términos que siguen.

La Asamblea Constituyente de Weimar se planteó expresamente si abordar una regulación del control constitucional de las leyes o seguir la alternativa de no establecer regla alguna al respecto. Algunos autores como Hugo PREUSS estimaban que si no se mencionaba la cuestión habría que entender que la Constitución había admitido un control de constitucionalidad difuso, es decir, encomendado a todos los órganos jurisdiccionales. Para PREUSS «el control judicial existe siempre que no se haya excluido expresamente». Frente a esta opción algunos diputados (enmienda ABLAS) postularon la prohibición expresa del control judicial tanto de las leyes como de los reglamentos, instituyendo un control concentrado, atribuido a un tribunal específico y restringiendo mucho la legitimación para recurrir ante él. En el debate venció finalmente la opción de la no regulación, del silencio.

Siguiendo exactamente la significación que para una parte de la Asamblea tenía la falta de regulación del control de la constitucional-

40.

Constitución de 1919.

41.

El silencio de la Constitución: su interpretación.

dad, los tribunales, en los primeros años de vigencia de la Constitución, empezaron a atribuirse dicha función. Una Sala del *Reichsfinanzhof* de 23 de marzo de 1921 declaró esta competencia, posición que fue seguida por otros tribunales.

42.

La iniciativa de los tribunales para la implantación del control.

Aunque con la oposición de algunos autores tan significativos como W. JELLINEK, la postura indicada fue la que se consolidó sobre todo gracias a la importantísima Sentencia del *Reichsgericht*, de 5 de noviembre de 1925, por la que el Tribunal se declaró competente para asumir el control de la constitucionalidad de las leyes. Durante el año anterior, había habido diferentes documentos colectivos de los jueces o manifestaciones de algunos relevantes cargos de la judicatura, en el sentido de que les correspondía la función de controlar la constitucionalidad de las leyes. Pero es la Sentencia citada de 1925 la que zanja la polémica al establecer lo siguiente: «La Constitución del *Reich* ha incorporado en su artículo 102 el principio contenido en el artículo primero de la Ley de Organización de los Tribunales según la cual los jueces son independientes y se hallan sometidos solamente a la Ley. Esta última precisión no excluye el que el juez pueda no reconocer la validez de una Ley del *Reich* o de alguno de sus preceptos cuando se halle en contradicción con otros preceptos que el juez debe observar. Tal es el caso cuando una ley contradice un precepto contenido en la Constitución del *Reich* y en cuya aprobación no se han seguido las condiciones establecidas por el artículo 76 de la Constitución del *Reich* para una reforma constitucional. Pues los preceptos de la Constitución del *Reich* solo pueden ser derogados por una ley de reforma de la Constitución correctamente aprobada. Por ello continúan siendo vinculantes para el juez frente a las disposiciones contrarias de una Ley posterior del *Reich* aprobadas sin observar lo dispuesto en el artículo 76, obligándole a dejar sin aplicación las disposiciones contrarias de la Ley posterior. Puesto que la Constitución del *Reich* misma no contiene ningún precepto en virtud del cual la decisión acerca de la constitucionalidad de las leyes del *Reich* fuera sustraída a los tribunales ni transferida a otra instancia, hay que reconocer el derecho y el deber del juez de controlar la constitucionalidad de las leyes del *Reich*».

43.

Sentencia de 5 de noviembre de 1925.

Pese a que el criterio de la jurisprudencia era bien claro y conocido, el debate doctrinal continuó durante todo el período de la República de Weimar, con defensores del control de constitucionalidad y detractores de gran prestigio. Nótese que la posición más generalizada entre la doctrina de la época era la de no admitir una diferencia de rango entre la Constitución y la ley. En conexión con este problema había

surgido la teoría de la ley material a la que aludiremos más adelante. La Constitución no está jerárquicamente supraordenada a la ley sino más bien, como diría ANSCHÜTZ, está a disposición del legislador. Se deberá fundamentalmente a H. TRIEPEL el esfuerzo de construir la doctrina de la supremacía de la Constitución basada también en una diferencia de rango entre las normas.

En el período de Weimar, las dos instituciones que se emplean fundamentalmente para el control jurisdiccional de las leyes son la prevista en el artículo 13.2, relativa al control del derecho de los *Länder*, y, por otra parte, los conflictos constitucionales, bien se produzcan en el interior de los *Länder* o entre estos y el *Reich*, cuya resolución se encomienda al Tribunal del Estado del *Reich* conforme al artículo 19 de la Constitución.

La primera alternativa está enmarcada en la cláusula de prevalencia del derecho del *Reich* sobre el de los Estados. El artículo 13 proclamaba esta primacía, estableciendo también que si se planteaban dudas sobre la compatibilidad de una norma territorial con el derecho del *Reich*, se podía recabar un pronunciamiento del Tribunal Supremo.

En este período de la historia constitucional, ningún autor relevante ponía en duda que el principio de primacía expresaba la superioridad absoluta del *Reich* sobre los *Länder*, superioridad que se manifestaba en términos de auténtica jerarquización. Derivaba de esta que una ley federal producía la inmediata derogación de cualquier norma de los *Länder*, dictada con anterioridad, que la contradijera. Y, con el mismo alcance, el principio impedía que los *Länder* pudiesen dictar normas posteriores sobre la misma materia. El efecto de la primacía, por consiguiente, no era de desplazamiento de la norma territorial contraria, sino de anulación, lo que imposibilitaba que si el Derecho federal se modificaba o derogaba pudiera volver a recobrar vigencia la norma territorial. Incluso para preservar la identificación del derecho del *Reich*, no solo se impedía que las leyes de los *Länder* pudieran contradecirlo, sino también interpretarlo, reiterarlo o confirmarlo. La cláusula de primacía, cuyo alcance en la actualidad es mucho más restringido, se consideraba esencial para la seguridad y claridad jurídica. Evitaba, tal y como resultaba de las exposiciones doctrinales y jurisprudenciales dominantes, que los *Länder* tuvieran que derogar la legislación afectada por otra superior; su exclusión del ordenamiento resultaba de su inmediata anulación. Un similar efecto depurativo tenía la inadmisibilidad de nuevas regulaciones sobre la misma materia, aunque fueran confirmatorias o reiterativas (en la actualidad, solo la noción de prima-

44.

Significación de la primacía del Derecho federal.

cía que utiliza la jurisprudencia comunitaria europea, implica consecuencias semejantes, desde luego desconocidas en la jurisprudencia constitucional española recaída sobre la cláusula de prevalencia establecida en el artículo 149.3 de la Constitución de 1978).

Pero para alcanzar el grado máximo de seguridad y claridad en el ordenamiento, resultaba absolutamente imprescindible que el control de la constitucionalidad se aplicara de modo concentrado por el Tribunal del *Reich*. Así se pretenderá en el régimen de Weimar, a los efectos de obtener decisiones judiciales definitivas y vinculantes que trasciendan y generalicen las que hayan podido adoptar los demás tribunales, con ocasión de pronunciamientos incidentales de constitucionalidad acordados en el marco de litigios concretos.

El salto desde estas fórmulas pensadas para controlar exclusivamente la adecuación del Derecho de los *Länder* al Derecho federal, a un sistema que permitirá también el control de la constitucionalidad de las leyes del *Reich*, no será demasiado complejo. En efecto, el parámetro para medir la constitucionalidad de la legislación de los *Länder*, es el Derecho del *Reich*. Pero las leyes del *Reich* solo podían servir como medida de control con la condición de que fueran constitucionales. Aunque el artículo 13 no permitía plantear cuestiones sobre la compatibilidad del Derecho del *Reich* con la Constitución, la necesidad de determinar si las leyes federales se adecuaban a la misma era imprescindible para determinar su utilización legítima como parámetro de control. Esta necesidad dio lugar al nacimiento de un control reflejo de la constitucionalidad de las leyes del *Reich*, sobre cuya pertinencia la doctrina se mantendría dividida también en el mismo período histórico de la Constitución de Weimar. El artículo 13.2 de la Norma Fundamental no permitía esa clase de pronunciamientos, porque el objeto de control eran exclusivamente las leyes de los *Länder*.

Un procedimiento que permitiría abiertamente la ampliación del control de la constitucionalidad del Derecho federal, sería el de los conflictos entre el *Reich* y los *Länder*. Para CRUZ VILLALÓN los progresos en este ámbito supondrán «el paso más importante dado por WEIMAR en la formación de una Justicia constitucional», recogiendo una opinión que expresa en la época con todo énfasis H. TRIEPEL.

El artículo 19 de la Constitución de Weimar atribuía al Tribunal de Estado del *Reich* la solución de «los conflictos entre el *Reich* y los *Länder*», precepto interpretado como una cláusula general en cuya virtud todas las relaciones entre el *Reich* y los *Länder* quedaban sometidas a

45.

El control de las leyes federales: problemas.

46.

El control con ocasión de los conflictos.

Derecho y los conflictos a resolución jurisdiccional. Todas las Sentencias que se dictaron entre los años 1920 y 1933 por aquel Tribunal sirvieron para establecer un método de control de la constitucionalidad de las leyes del *Reich*.

El problema de si a través de estos conflictos era posible al Tribunal controlar la constitucionalidad de las leyes del *Reich* fue, con mucho, el más importante de los que surgieron en la práctica del sistema de conflictos. En diversas sentencias se recogería abiertamente esta posibilidad. Especialmente a partir de la de 30 de junio de 1933. Afirma el Tribunal en ella que aunque no exista un precepto general sobre el control de la constitucionalidad de las normas del *Reich*, «el artículo 19 de la Constitución del *Reich* no contiene limitación alguna en relación con el contenido de los conflictos de naturaleza no privada que puedan surgir entre el *Reich* y el *Land*, a partir de la cual pudiera excluirse la competencia del Tribunal». Casi al final del período de la República de Weimar, realmente en sus últimos meses de vida, se dictará otra importantísima sentencia en la que será necesario valorar de nuevo el alcance de las competencias de control del Tribunal del Estado del *Reich*, con ocasión de examinar la validez de la ordenanza de necesidad dictada por el Presidente del *Reich* el 20 de julio de 1932 designando al Canciller del *Reich* Comisario en Prusia, con la facultad de sustituir al Gobierno de dicho territorio en el ejercicio de sus funciones.

La ordenanza había dado lugar a un conflicto de enormes dimensiones entre Prusia y el *Reich*. Los fundamentos constitucionales de la ordenanza podían estar en el artículo 48.1, que preveía el uso de la coacción federal, o en el artículo 48.2 que contemplaba la denominada «dictadura presidencial». El análisis de si los hechos permitían encajar la disciplina impuesta por la ordenanza en alguna de estas previsiones constitucionales constituyó el ejercicio argumental central que llevó a cabo la sentencia. No nos interesa ahora recordar con detalle todo el debate, sino destacar que el Tribunal llevó a cabo un verdadero control constitucional de una norma federal, cuya compatibilidad con la norma fundamental pone en cuestión en diferentes aspectos. Especialmente cuando concluye que «la sustracción de competencias al Gobierno del *Land* y su transferencia a un órgano del *Reich* encuentra su límite allí donde al Gobierno del *Land* deben respetársele competencias que, tras lo dicho, son esenciales e imprescindibles para el mantenimiento de la autonomía del *Land* y de su posición jurídica en el *Reich*. Ha de mantenerse, por tanto, el Gobierno constitucional del *Land* y debe conservarse la representación del *Land* frente al *Reich*, en

47.
La jurisprudencia
del Tribunal del
Reich.

especial en el *Reichstag* y en el *Reichsrat* así como frente a los *Länder*. Tampoco puede privársele de sus derechos y obligaciones frente a los otros órganos supremos del *Land* (*Landtag* y *Staatsrat*)».

De esta manera quedó completado el control de la constitucionalidad de las leyes, extendido ahora a la totalidad de la legislación. Cuestión que después de la Sentencia de 4 de noviembre de 1925 del Tribunal del *Reich* había merecido múltiples debates de la doctrina científica, en los que se planteaba la cuestión de si tal profundización en la justicia constitucional no merecía una reforma constitucional que recogiera sus términos de un modo más claro y explícito.

C) El sistema austríaco. Kelsen y el Tribunal Constitucional

48.

Sistema austríaco.

En Austria el control de la constitucionalidad lo implanta la Constitución de 1 de octubre de 1920, aunque con antecedentes que proliferan a todo lo largo del siglo XIX.

Las diferentes reformas constitucionales que se producen a partir de la Carta otorgada de 25 de abril de 1848 y de la denominada «Constitución de marzo» promulgada por el emperador Francisco José el 4 de marzo de 1849 concluirían en la Constitución de 1867, integrada por cinco leyes fundamentales, la tercera de las cuales se refería al *Reichsgericht*. Los tribunales ordinarios podían controlar los reglamentos, no las leyes. Ni siquiera entonces estaba establecida una cláusula de primacía del Derecho del *Reich* sobre el de los *Länder*, por lo que tampoco era posible un control por esta causa de la legislación de los *Länder*, como sucedía en los ordenamientos suizo y alemán de la época. Serían la propia ausencia de esta cláusula y la necesidad de buscar criterios que asegurasen el mantenimiento del sistema de distribución de competencias las que provocaron reacciones políticas y doctrinales en el sentido de que era necesario un tribunal que se ocupara de resolver los conflictos. Aunque autores de la relevancia de G. JELLINEK se habían ocupado de esta cuestión, sin duda es H. KELSEN la figura más relevante en esta polémica y la más influyente en lo que concierne a las opciones finalmente asumidas por la Constitución. De 1914 es su estudio sobre la posición constitucional de las leyes del *Reich* y de los *Länder*. Constata la inexistencia de un control judicial de las leyes en la Constitución austríaca, problema que comparte con otras muchas de la época que de iure no han superado el absolutismo legislativo.

49.

Posición de KELSEN.

El debate sobre el sistema de control de constitucionalidad a establecer se produce en los años inmediatos a la aprobación de la Constitución de 1920. Los elementos básicos de la opción austríaca serán, en primer lugar, el Tribunal Constitucional, expresión que aparece en el constitucionalismo europeo en este preciso ambiente austríaco. Es un Tribunal especializado al servicio pleno de la Constitución.

50.
*El primer Tribunal
Constitucional.*

En cuanto a la materia de control, ante la existencia de una cláusula de prevalencia, una Ley constitucional de 14 de marzo de 1918, había establecido la obligación de que los *Länder* sometieran sus leyes a un control previo relativo a la existencia y conformidad de la competencia legislativa que ejercían. Es, como en otros ejemplos que ya hemos examinado de las relaciones entre las competencias legislativas de la Federación y de los *Länder*, el marco en el que va a aparecer el sistema de control de la constitucionalidad. En este punto la aportación del constitucionalismo austríaco es decisivo. Frente a las soluciones que hemos visto en otros sistemas federales en las que, primariamente, solo es posible controlar la adecuación del Derecho de los *Länder* al Derecho federal, para hacer efectiva la cláusula de primacía, en Austria se opta por no incorporar dicha cláusula y por parangonar, en punto al rango, a las normas federales y las de los *Länder*. En consecuencia, para el control de unas y otras no se utilizaría más parámetro que el común de la Constitución, y no el derecho de la Federación.

51.
*Prescindir de la
primacía.*

Esta equiparación ocurre en el proceso constitucional en los últimos meses de 1919 que se consolida con el llamado Proyecto de LINZ, aprobado por una conferencia de los *Länder* reunida en abril de 1920. Las consecuencias de esta igualación sería la innecesariedad de incluir en la Constitución una cláusula de prevalencia. La razón la expresaría exactamente Kelsen cuando interviene en la sesión constituyente n.º 5: existiendo un Tribunal Constitucional los términos y el modo en que el Derecho de la federación tenga que prevalecer sobre el de los *Länder*, corresponde decidirlo al Tribunal utilizando los parámetros de distribución de competencias establecidos en la Constitución.

El Tribunal Constitucional conocerá de la inconstitucionalidad de las leyes de los *Länder* y también de las leyes federales, con ocasión de recursos planteados bien por el Gobierno federal, bien por el Gobierno de un *Land*, o bien «de oficio en la medida en que una de estas leyes sea presupuesto de una Sentencia del Tribunal Constitucional (artículo 140 de la Constitución)».

D) Otros casos de vinculación del control de las leyes al reparto territorial del poder

52.

Checoslovaquia.

El caso de Checoslovaquia también aparece vinculado a los problemas constitucionales del reparto territorial del poder.

Cuando Checoslovaquia nació como Estado independiente el 28 de octubre de 1918, se aplicó inmediatamente a la elaboración de una Constitución que, definitivamente, se aprueba a finales de febrero de 1920. Se establece en ella que Checoslovaquia es una república unitaria y parlamentaria. Este unitarismo hace desaparecer los *Länder* que habían estado integrados en la monarquía austríaca. Pero se mantiene, sin embargo, una estructura autonómica en el territorio de los rutenos o «Rusia subcarpática». Es esta excepción la que justificará esencialmente el modelo de Justicia constitucional que se implanta en aquel país.

53.

La existencia de dos legisladores.

Como el Tratado de Protección de las Minorías aseguraba una autonomía territorial para Carpatorusia, en el Estado checoslovaco, no obstante su unidad, podrían coexistir dos legisladores. Las leyes de uno de ellos, el Estado, tendrían vigencia en todo el territorio, las de aquella región solamente en el suyo. Se planteaba, por tanto, otra vez en la historia constitucional, el problema de la solución de los conflictos. Para ello fundamentalmente surge el Tribunal Constitucional checoslovaco. Es un órgano de siete miembros que, muy limitadamente, podrá decidir sobre el control de la constitucionalidad de las leyes. Las limitaciones afectaban a la legitimación para recurrir y en las normas que podían ser objeto de control; se excluían, por ejemplo, las leyes que tuvieran más de tres años de antigüedad.

Aunque el modelo tenga interés histórico, en verdad no llegó nunca a funcionar.

E) El control de la constitucionalidad de las leyes de España. Evolución y configuración final

54.

El centralismo español.

Durante todo el siglo XIX no hay ninguna polémica estable que conduzca hacia el establecimiento de un sistema de Justicia constitucional. Nuestro ordenamiento es, como el francés, estrictamente unitario. La Constitución y la ley se presentan pariordenadas de rango. O, por mejor decir, el legislador tiene en su mano establecer variaciones de la Constitución misma en cuanto que las determinaciones de las leyes ordinarias, cualquiera que sea su contenido, no pueden ser corregidas por ningún órgano jurisdiccional. Solo en el breve y atormentado

marco de la República de 1873 aparece una excepción con el proyecto de Constitución Federal, en el que surge, por primera vez en España, el problema de control de constitucionalidad de las leyes, atribuido sobre todo al Tribunal Supremo, y vinculado, también entre nosotros, al problema de las relaciones entre los diferentes legisladores que conviven en el mismo marco territorial.

Ni siquiera es este de la constitucionalidad de las leyes un argumento que se mantenga vivo en la doctrina, sino que es objeto de algunos estudios y trabajos aislados, que no tienen una continuidad verdadera (Jorge A. ALVARADO, Vicente DE ROIG, Adolfo POSADA).

Una segunda oportunidad para debatir sobre el establecimiento de un órgano encargado del control de la constitucionalidad, vuelve a producirse con ocasión de la elaboración de la Constitución de 1931. La Comisión Jurídica Asesora que recibió el encargo de redactar el Anteproyecto se pronunció enseguida sobre la conveniencia de establecer un control concentrado, atribuido a un órgano específico que el Anteproyecto denominaría «Tribunal de Justicia Constitucional». Le correspondería la protección de los derechos fundamentales, los conflictos entre el Estado y las regiones autónomas, la responsabilidad de los altos cargos del Estado y la validez de las Actas de los Diputados y Senadores. A partir del proyecto de Constitución que se presenta en las Cortes en agosto de 1931, este órgano se llamará ya definitivamente Tribunal de Garantías Constitucionales. Su organización y funciones darán lugar a amplios debates en las sesiones finales del mes de noviembre, en los que siempre se partió de la conveniencia de establecer el Tribunal. Lo polémico fue el alcance de sus competencias. Se fijarán finalmente en el recurso de inconstitucionalidad, los recursos de amparo, los conflictos de competencias, la validez de las actas de los compromisarios en la elección presidencial y la responsabilidad criminal de las supremas magistraturas ejecutivas.

El Tribunal empezaría a funcionar después de aprobarse su Ley Orgánica el 14 de junio de 1933. El modelo austríaco está presente en la organización y competencias de nuestro Tribunal Constitucional de un modo evidente.

A destacar de su azarosa vida (que, en términos de jurisprudencia, recopiló M. BASSOLS), las críticas a su politización motivadas por las difíciles intervenciones que se le solicitaron con ocasión de la reforma agraria y de la suspensión del Estatuto catalán.

Seguramente la frágil existencia del Tribunal de Garantías fuera determinante de que en la Constitución de 1978 tanto la organización

como las competencias del Tribunal se traten de establecer sobre pautas parcialmente renovadas.

No procede en este momento que hagamos un análisis completo de las competencias del Tribunal, que hemos de estudiar en otro volumen de esta obra, pero concluiremos, no obstante, esta exposición sobre la sumisión de la ley a la Constitución, recordando los datos fundamentales que definen las atribuciones de nuestro Tribunal Constitucional en la actualidad:

1.º El punto de partida es el carácter normativo de la Constitución, que se extiende a la totalidad de la misma, sin perjuicio del diferente grado de concreción de sus diferentes preceptos. El artículo 9.1 establece que los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. Aunque la propia Constitución establece una protección especial para algunos de los derechos en ella consagrados, tanto frente a la ley, como en relación con otros poderes públicos (límite del contenido esencial, en cuanto a la primera, y recursos de amparo, frente a las violaciones de derechos cometidos por los segundos: artículo 53, párrafos 1 y 2), el carácter vinculante de la Constitución se extiende a todo su articulado. Es claro a este respecto el artículo 53.3 que expresa, respecto de los «principios rectores de la política social y económica» contenidos en el Capítulo III del Título I, que informarán «la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos». Deben ser atendidos por tanto lo mismo por el legislador que por los jueces y la Administración.

2.º En virtud de este carácter vinculante de la Constitución, los jueces y tribunales ordinarios deben proceder a la valoración de todas las normas que aplican, a los efectos de determinar su adecuación a la Constitución. Si consideran, hecha valoración, que una norma con rango de ley, «puede ser contraria a la Constitución», como dice el artículo 163 de la misma, tienen obligación de plantear una cuestión de constitucionalidad al Tribunal Constitucional. Si la norma incompatible con la Constitución es un reglamento, cualquier juez puede decidir su inaplicación (artículo 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985), y los tribunales competentes de lo contencioso-administrativo, podrán, en el marco de sus competencias, verificar dicha nulidad y anular las normas reglamentarias.

También están obligados todos los jueces y tribunales a interpretar las normas de acuerdo con la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos (artículo 5 LOPJ).

56.

El valor normativo superior de la Constitución.

57.

Valoración de las normas por los tribunales ordinarios.

3.º La competencia específica del Tribunal Constitucional para verificar la constitucionalidad de las leyes se hace efectiva a través de dos tipos de recursos: el recurso en vía directa, o recurso de inconstitucionalidad, y el recurso en vía incidental, o cuestión de inconstitucionalidad. El primero se dirige directamente contra la ley, una vez que ha sido publicada, y pretende su anulación por incompatibilidad con la Constitución. La legitimación está restringida a algunos órganos políticos y no abierta a todos los ciudadanos o entidades privadas (artículo 32 LOTC: están legitimados el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, 50 Diputados, 50 Senadores y, para el caso de los recursos contra leyes del Estado que afecten a las competencias de las Comunidades Autónomas, sus órganos colegiados ejecutivos y las Asambleas legislativas de las mismas). Por ley se entiende, a efectos de estos recursos, los Estatutos de Autonomía y demás leyes orgánicas; las demás leyes, disposiciones y actos del Estado con fuerza de ley; los tratados internacionales y las leyes, disposiciones y actos con fuerza de ley de las Comunidades Autónomas, y los reglamentos de los órganos legislativos, tanto del Estado como de las Comunidades Autónomas (artículo 27.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 3 de octubre de 1979). Como parámetro para determinar la constitucionalidad de las leyes, el artículo 28.1 de la misma ley citada admite que se incluya también el denominado «bloque de la constitucionalidad», es decir, las leyes «que se hubieran dictado para delimitar las competencias del Estado y las diferentes Comunidades Autónomas o para regular o armonizar el ejercicio de las competencias de estas».

La cuestión de inconstitucionalidad ha de plantearse, en relación con los mismos tipos de normas legales, y utilizando idéntico parámetro de valoración, por un juez o tribunal, de cualquier orden y grado, que al conocer de algún contencioso o litigio concreto aprecie que una norma con rango de ley pueda ser contraria a la Constitución. Esta apreciación, que tiene que presentar al Tribunal Constitucional suficientemente fundada, tiene que referirse no a cualquier ley de la que haya conocido el juez o que tenga que aplicar al caso, sino precisamente una ley «de cuya validez dependa el fallo» (artículo 163). Hasta tanto resuelve el Tribunal Constitucional la cuestión de inconstitucionalidad, el proceso principal queda suspendido. La cuestión puede plantearse hasta tanto dicho proceso no esté concluso y antes de dictar sentencia, dentro del plazo que el órgano judicial cuenta para dictarla.

4.º Las sentencias de inconstitucionalidad tiene efectos generales, que son equiparables a los de la ley misma. Si estiman la inconstitucionalidad, la ley queda anulada, o ratificadas su validez y eficacia si

58.

Recurso de inconstitucionalidad.

59.

Cuestión de inconstitucionalidad.

60.

Efectos de las sentencias.

el recurso se desestima. Esta clase de decisiones vincula a todos los poderes públicos y se publican en el *Boletín Oficial del Estado*. Las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de las leyes tienen efectos verdaderamente legislativos. No así, pese al confuso sentido del artículo 38 LOTC, las sentencias desestimatorias, ya que respecto de ellas debería poder plantearse (contra lo que permite también el artículo 38.2 LOTC) cuestiones de inconstitucionalidad ulteriores.

Los efectos de las sentencias, aun en los supuestos en que declara la nulidad, tienden a ser prospectivos. Al menos así lo ha aceptado la jurisprudencia en algunas sentencias como la de 20 de febrero de 1989 o 14 de diciembre de 1995. Tratan de esta manera de facilitar las declaraciones de inconstitucionalidad y no generar perjuicios para las situaciones anteriores, obtenidas con la aplicación de la ley, que hayan adquirido firmeza.

61.

Recursos de amparo.

5.º El Tribunal Constitucional tiene también atribuida una competencia específica para conocer de los recursos de amparo que puedan plantearse en relación con los derechos y libertades reconocidos en los artículos 14 a 29 de la Constitución, así como a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30. Como indica el artículo 41.2 «el recurso de amparo constitucional protege a todos los ciudadanos, en los términos que la presente ley establece, frente a las violaciones de los derechos y libertades a que se refiere el apartado anterior, originadas por disposiciones, actos jurídicos o simple vías de hecho de los poderes públicos del Estado, las Comunidades Autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo e institucional, así como de sus funcionarios o agentes».

Los recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional por violaciones de los derechos y libertades susceptibles de ser objeto del mismo, solo podrán plantearse una vez que se haya agotado la vía judicial ordinaria. Este es un requisito imprescindible, tanto para los amparos planteados contra actos del poder judicial, como para amparos contra decisiones de cualquier otro poder público (artículos 43 y 44 LOTC).

Las sentencias que otorguen el amparo declaran la nulidad de la decisión, acto o resolución, que hayan impedido el ejercicio de los derechos o libertades protegidos, reconocen el derecho o libertad pública afectados, y acuerdan el restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho o libertad, con la adopción de las medidas apropiadas para su conservación (artículo 55.1). Si se estimara el recurso de amparo porque el acto recurrido es aplicación de una ley que lesiona derechos fundamentales o libertades públicas, la Sala ele-

vará la cuestión al Pleno, que podrá declarar la inconstitucionalidad de dicha ley en una nueva sentencia, con los efectos generales que tal declaración tiene, según lo indicado antes (artículo 55.2).

3. EL PROBLEMA DEL EJERCICIO POR EL LEGISLADOR DE FUNCIONES ATRIBUIDAS A OTROS PODERES DEL ESTADO

El establecimiento de sistemas de control de la constitucionalidad no ha supuesto ninguna restricción al legislador, desde el punto de vista del ámbito material al que pueden extenderse sus decisiones. La ley puede incorporar regulaciones de carácter general y abstracto, o también decisiones concretas que, materialmente, signifiquen la solución de controversias o la adopción de resoluciones de carácter administrativo. Es decir, que materialmente signifiquen decisiones de carácter jurisdiccional o administrativo.

Cuando las leyes incorporan esta clase de contenidos, si lo hacen de manera ordinaria y continua, sin ninguna duda afectan al equilibrio entre poderes. El legislador asume en tal caso el ejercicio de una función que en la Constitución está previsto que se ejerza con una organización distinta y con sometimiento a pautas procedimentales diferentes.

Plantearemos ahora, en consecuencia, si existen límites constitucionales a estas decisiones del legislador, derivados de la organización constitucional de los poderes del Estado, o de la protección de derechos a la que sirve instrumentalmente dicha organización (por ejemplo, la tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24 CE). Como la preocupación por la cuestión se plantea ya en Europa en el siglo XIX, recorreremos a continuación los principales intentos doctrinales de abordar y resolver la cuestión.

A) Los límites materiales de la ley

Como muy bien indicó I. DE OTTO, el primero y más excelente ensayo teórico de reducir el dominio de la ley y mantener la separación de poderes en los Estados sin Constitución, lo constituyó la doctrina de la ley material. Quería decir, lógicamente, en los Estados que, teniendo Constitución, no habían reconocido a la misma valor distinto de la ley y, por tanto, fuerza para imponerse a esta y, sobre todo, no tenían establecido ningún procedimiento judicial que permitiera garantizar la primacía constitucional.

62.
Ley formal.

Tal y como se había formulado desde los primeros años del constitucionalismo original europeo, desde su arranque con la revolución francesa, la regla de la primacía de la ley y el depósito de la soberanía en el legislador habían permitido que en toda Europa se desarrollase una concepción formal de la ley que reconocía tal carácter a cualquier norma o resolución aprobada por el poder legislativo. Todo lo que la Asamblea legislativa decide es ley por razón del órgano de que la resolución procede. Es indiferente su contenido. Materialmente puede ser la resolución de una controversia, que se avecinaría en tal caso, por su carácter, a una sentencia, o puede tratarse de una previsión concerniente al funcionamiento de un servicio público, que, por tanto, se asemejaría totalmente a una decisión administrativa. Pero en uno y en otro caso, la decisión es ley por su forma.

63.
El legislador omnipotente.

De acuerdo con estas ideas el legislativo es un poder ilimitado, sin ninguna restricción material. Es tan absoluto como lo era el poder del monarca. En los debates revolucionarios franceses es más que evidente, como se ha estudiado en el volumen anterior, que la Asamblea Constituyente deseaba confiar en el legislativo principalmente, y no en el ejecutivo ni en el poder judicial, justamente al contrario de lo que, por razones políticas concernientes a su propia historia colonial, que también hemos estudiado, pensaron los revolucionarios americanos. Por ello potencian al máximo los franceses la posición de la Asamblea.

Desde ese poder absoluto, el legislador puede someter o moldear el contenido de la actividad de los demás poderes del Estado. Y lo podrá hacer sin límite en los Estados «sin Constitución».

A falta de fórmulas de control y garantía de respeto a los equilibrios entre poderes establecidos en la Constitución, la única solución posible, al menos en el plano teórico, para doblegar el absolutismo legislativo, es reducir el concepto de ley, considerando tal no cualquier norma emanada del Parlamento, sino solo aquellas disposiciones que, procediendo de la Asamblea legislativa, se refieren a determinadas materias o se elaboran con arreglo a específicos procedimientos, o tienen una estructura diferenciada. Esta reducción permitiría considerar ley solo a aquella clase de disposiciones que regulan una materia determinada, que se elaboran de acuerdo con un concreto procedimiento o que tienen una estructura específica: son generales y abstractas y no concretas y particulares.

La propuesta dogmática era, además de luminosa, espectacular, porque, de seguirse en la práctica, sin necesidad de modificar la Constitución ni de darle un valor inmediato superior a la ley, que en la época

en la que se elabora la teoría de la ley material no resultaba políticamente posible, se restringe abiertamente la omnipotencia del Parlamento vinculada a la tradicional doctrina de la ley formal. Con el concepto material de ley, el poder del Parlamento queda circunscrito a regular determinadas materias y, además, siguiendo determinadas pautas de estructura y procedimiento.

La protección de la separación de poderes que de ello resulta es completamente evidente porque, así como la doctrina de la ley formal hace desaparecer toda posición autónoma de la Administración que no dispone de ningún ámbito material reservado y exento a la intervención del legislativo, la doctrina de la ley material asegura esa esfera propia de actuación. Por otra parte, la preservación de la función judicial también se resalta, porque al afectar la doctrina de la ley material a la estructura de la norma que elabora el Parlamento, una ley solo lo es si, con arreglo a aquel requisito, es general, lo que impide que contenga decisiones particulares dirigidas a personas concretas, que es lo propio de las resoluciones judiciales.

Realmente, la doctrina de la ley material ha dejado de tener importancia en las Constituciones vigentes. Todos los autores y la jurisprudencia defienden una concepción formal de la ley (entre la doctrina española, solamente F. RUBIO LLORENTE ha tratado de recuperar una concepción material de la ley en nuestra Constitución). Los límites de la ley no tienen que establecerse actualmente recurriendo a la noción de ley material, sino que resultan directamente de determinaciones constitucionales que la ley tiene que respetar. La extensión de sus regulaciones, la necesidad de ley en la regulación de materias determinadas, la definición desde la ley del contenido de las atribuciones de los demás poderes, parte ahora de pautas constitucionales vinculantes cuya observancia está garantizada por la jurisdicción constitucional.

Pero la noción de ley material constituyó un extraordinario esfuerzo teórico para reducir la omnipotencia de la ley en el tiempo en el que las garantías que acaban de indicarse aún no estaban establecidas.

Como es muy conocido, fue un conflicto político concreto, relativo a la aplicación de la Constitución prusiana de 1850, que generó una fuerte tensión entre el Parlamento y el ejecutivo, el motor que impulsó la búsqueda de fórmulas que aseguran un marco de autonomía en las decisiones de este último. Frente a lo que había ocurrido con otras Constituciones alemanas de la época, que eran de carácter estamental y monárquico y habían seguido el ejemplo de la Carta francesa de 1814

64.

La doctrina de la ley material.

65.

Origen: el poder del ejecutivo en Prusia.

que aseguraba un amplio poder de decisión al ejecutivo y, desde luego, requerían la participación de los estamentos en cualquier decisión que afectara a la libertad y a la propiedad, la Constitución prusiana fue un fruto próximo de la Revolución de 1848 y se redactó enfatizando los aspectos liberales y parlamentarios. Según su artículo 62, la potestad legislativa la ejercen el rey y las cámaras. El acuerdo entre ellos es indispensable para toda ley. La ley no tiene un campo material acotado sino que su primacía se extiende a cualquier objeto.

En este contexto constitucional, se planteó el famoso problema presupuestario de 1862. Su origen está en el intento del rey Guillermo I, de acuerdo con los sectores conservadores, de reformar el Ejército de manera que se asegurase su posición constitucional determinando, claramente, su sujeción al poder de mando del rey. Sin perjuicio de ello, la reforma afectaba de modo natural a las potestades del Parlamento, puesto que los gastos necesarios para emprenderla tenían que ser incluidos en el presupuesto del Estado. Como algunos elementos de la reforma merecieron una fuerte oposición de la mayoría parlamentaria, que era liberal, el Parlamento podía bloquear la reforma. La crisis se inició en 1859. En 1862 el rey disolvió las cámaras. Cuando Bismarck fue nombrado, en el mismo año, Jefe del Gobierno, presentó el presupuesto incluyendo la reforma militar y fue de nuevo rechazado. Esta oposición del Parlamento se entendió no como una tacha al Gobierno que le impidiera actuar, sino como una situación que no estaba prevista en la Constitución. La solución consistió en afirmar que el Gobierno tenía derecho a gobernar aun en el caso de que las Cámaras no aprobaran el presupuesto. La interpretación constitucional consistió, en fin, en afirmar que el ejecutivo debía obtener el voto de la Asamblea en materia de presupuestos, pero si no llegaba a un acuerdo al respecto, podía adoptar las decisiones correspondientes sin aquella aprobación.

Es en esta situación política en la que se alza la formidable construcción teórica de Paul LABAND, completada luego por Georg JELLINEK.

Ambos parten de una concepción del Derecho Público basado en el concepto de regla jurídica o de Derecho (*Rechtssatz*), que les servirá para construir una teoría completa de las funciones del Estado. Las funciones legislativa, ejecutiva y judicial, no se caracterizan, como se pretendía entonces habitualmente, por el órgano del que proceden las decisiones, sino que en todos los casos se refieren a actividades del Estado que tienen características diversas. Legislar es dictar una regla de Derecho de carácter imperativo (*Rechtssatz*). Hay una función del Estado que consiste en crear reglas. Esta tarea es la propia de la función legislativa. Otra función del Estado consiste en ejecutarlas

66.

Reforma del
Ejército y
presupuesto.

67.

La doctrina de
LABAND.

mediante sentencias, lo que es característico de la función judicial. Y, al lado de una y otra, existe una función complementaria. No se pueden agotar las tareas del Estado en elaborar reglas jurídicas y formular juicios, sino que tiene aquel que atender también a otros fines como la protección de los ciudadanos, la consecución del bienestar moral y espiritual del pueblo, o la protección del territorio. Esta actividad es la administración, entendida en un sentido material.

Utilizando esta concepción de las funciones del Estado, resulta completamente indiferente, para caracterizar cada una de ellas, la referencia al órgano del que procede la actuación. El poder legislativo hace legislación cuando elabora reglas de derecho, sin embargo no todas sus decisiones consisten en acordar tales reglas y, por consiguiente, no todo lo que el Parlamento decide tiene el carácter material de ley. No toda ley del Parlamento tiene el carácter de regla de derecho y, siendo así, no toda resolución con forma de ley es una ley. La disposición por la que el legislativo fija una regla jurídica, es decir, regula las relaciones personales, establece prohibiciones, introduce mandatos, reconoce derechos o impone deberes, es una ley en sentido material.

La elaboración y aprobación de normas jurídicas no es un monopolio cerrado, sin embargo, del Parlamento. También puede el Gobierno formular una regla jurídica mediante una decisión propia. Si lo hace, tal decisión también tendrá el carácter de ley en sentido material, aunque no lo sea desde el punto de vista formal. Por el contrario, si el Gobierno dicta una norma que no contiene ninguna regla jurídica, sino que es una disposición relativa a la materia administrativa, dicha norma será materialmente un reglamento. Se comprende que, en base a estas distinciones materiales, desde un punto de vista formal la ley y el reglamento tengan una posición jerarquizada. Pero desde un punto de vista material, ambas normas tienen esferas de actuación propias, separadas y diferenciadas, porque ley es solo la norma que contiene una regla jurídica, mientras que reglamento es la que contiene una regla de administración. Las potestades legislativa y reglamentaria son dos manifestaciones separadas y distintas de la función normativa general.

En definitiva, LABAND sostiene que todas las regulaciones normativas contienen, junto a reglas jurídicas, directrices políticas, definiciones, programas, opiniones, comentarios o consideraciones científicas. No hay un solo objeto de la vida civil, dice, «ni siquiera un solo pensamiento que no pueda ser materia de una ley». Sin embargo, esta competencia universal del órgano legislativo no afecta a la naturaleza de la función legislativa, que consiste en establecer reglas jurídicas. Cuando

el legislativo dicta normas sin tal carácter, está ejerciendo la función de administración aunque sea bajo forma de ley.

Esta circunstancia explica que, a veces, usando la forma de ley, las Asambleas legislativas ejerzan una función distinta de la de legislar. Del mismo modo, la Administración puede desarrollar mediante reglamentos una función que no es la de administrar. Esta realidad se puede aprehender distinguiendo entre los conceptos formal y material de ley, y los conceptos material y formal de reglamento. LABAND da un ejemplo de lo primero: «una ley que ordena la construcción de un canal, de un ferrocarril, de una fortificación, o que autoriza un préstamo, es el comienzo de un complejo de actos con los cuales debe alcanzarse un determinado objetivo y por ello es, en sentido material, un acto administrativo». Por lo que concierne al reglamento, la distinción formal-material acarreará una diferenciación entre dos tipos de disposiciones que será ulteriormente muy utilizada por la doctrina alemana: un reglamento en sentido material es un reglamento administrativo, manifestación de la función administrativa, es un *Verwaltungsverordnungen*. Si el reglamento contiene una regla jurídica, será un *Rechtsverordnungen*, es decir, un reglamento jurídico.

La doctrina de la ley material desarrollada por P. LABAND y G. JELLINEK no llega a restringir el principio de primacía de la ley, que permite al Parlamento establecer regulaciones propias sobre cualquier asunto, aunque no consistan estas intervenciones en reglas jurídicas y, por tanto, no sean materialmente leyes. Pero sí establece una pauta, a falta de mayores precisiones de la Constitución, para determinar cuándo una determinada materia debe ser regulada por la Asamblea legislativa o entra dentro de la esfera de atribuciones del ejecutivo: si la regulación que se pretende consiste en establecer una regla de Derecho en el sentido indicado, corresponderá al Parlamento; en otro caso, se tratará de un ejercicio de la función administrativa de la que puede ocuparse el ejecutivo.

B) La adopción mediante ley de medidas concretas de carácter administrativo o judicial: límites constitucionales.

a) *Generalidad de la ley y decisiones concretas*

La cuestión de las leyes de caso concreto fue abordada en el constitucionalismo del siglo XIX con una preocupación semejante a la que dio lugar, según hemos estudiado en el epígrafe anterior, al nacimiento de la doctrina de la ley material. En efecto, las leyes de caso concreto

pueden constituir una manifestación más de la omnipotencia del legislador, inevitable en un sistema constitucional que se apoya en la noción de ley formal, en la primacía de la ley, de las que no resulta ninguna posibilidad de restringir la potestad legislativa por razón del contenido de las normas en que se expresa. Por tanto, las leyes pueden ser generales o pueden ser particulares, contener regulaciones amplias y abstractas, destinadas a todos los ciudadanos, o referirse a medidas específicas propias de una decisión administrativa, o resolver cuestiones litigiosas, que es la función habitual de las resoluciones judiciales.

Para contrarrestar esta forma del absolutismo legislativo, la doctrina insistirá en la necesidad de que la ley sea general. Esta exigencia conecta directamente con los planteamientos de los filósofos que más alimentan el espíritu de la Revolución de 1789, y más específicamente con las ideas que ROUSSEAU expone en el *Contrato Social*.

La justificación histórica de la ley general se centró, entre otros elementos, en evitar que las Asambleas legislativas hicieran la función de jueces. La decisión legislativa debe ser abstracta, no referida a ciudadanos o a situaciones particulares. La concreción de las determinaciones de la ley debe dejarse a los tribunales que, caso por caso, decidirán los matices y modulaciones con la que debe ser aplicada a cada situación particular. Una ley que contemple casos particulares de modo muy definido se interfiere en la función jurisdiccional y, además, puede afectar muy seriamente a la independencia de los órganos judiciales.

Cuando las Constituciones europeas empezaron a tener un verdadero valor superior, de modo que sus contenidos quedaron protegidos por un órgano jurisdiccional específico o, como hemos examinado anteriormente, en términos difusos, por cualquier juez o tribunal, la doctrina de la ley general formulada esencialmente para preservar la separación entre los poderes y las funciones del Estado, dejó de tener el mismo sentido. Trayectoria esta muy similar a la que hemos comentado en relación con la doctrina de la ley material. Establecida una Constitución vinculante, la ley puede tener cualquier contenido que el texto constitucional admita. Sus límites no derivan de consideraciones paraconstitucionales, ni de doctrinas externas a los preceptos de la Ley Fundamental, sino de las previsiones contenidas en la misma. Una ley, en el contexto constitucional español actual, podrá ser particular o de caso concreto, siempre que no vulnere principios o normas constitucionales que lo impidan de modo evidente. Por ejemplo, una ley que regula de modo singular la situación de un ciudadano o grupo de ciudadanos, puede ser contraria al principio de igualdad en la ley,

68.

La regla de la ley general.

69.

Decadencia de la regla de la ley general.

que exige que todos los ciudadanos sean tratados de igual manera por las regulaciones relativas a sus derechos e intereses. Es posible que una regulación concreta establecida en una ley afecte a los derechos de tutela judicial efectiva de un ciudadano, porque su reacción frente a una ley ilegítima, teniendo en cuenta la restricción de la legitimación establecida en nuestro ordenamiento a los efectos de plantear recursos de inconstitucionalidad, no tiene apenas ninguna posibilidad, o al menos, es mucho más restringida que la que puede desarrollar cualquier sujeto afectado por una decisión de los poderes públicos que tenga valor inferior a la ley, ya que la legitimación para recurrirla ante los tribunales contencioso-administrativos es máxima.

Estudiaremos, por tanto, la evolución de la significación constitucional del concepto de ley general y la utilidad que le resta en el marco de la Constitución vigente para impedir interferencias indebidas en los derechos y libertades, y para preservar también la esfera propia de actuación de los demás poderes públicos frente a las inmisiones abusivas del legislador.

b) *El ejercicio legislativo de funciones judiciales: historia y Derecho comparado*

En la tradición constitucional española la fórmula «ni las Cortes ni el Rey podrán ejercer en ningún caso funciones judiciales, avocar causas pendientes ni mandar abrir los juicios fenecidos» figuraba, procedente de las Constituciones francesas, en el artículo 243 de la Constitución de Cádiz de 1812, pero desapareció después. Las siguientes Constituciones hablaron siempre de exclusividad de la Justicia que es otra forma, aunque más indirecta, de decir lo mismo.

La formulación francesa de la regla, de la que toma ejemplo la española, está en el artículo 1 del Título III, Capítulo V, de la Constitución de 1791: «*le pouvoir judiciaire ne peut, en aucun cas, être exercé par le Corps législatif ni par le Roi*». La práctica en contra de esta regla, mantenida durante todo el Antiguo Régimen, justifica que se pusiera énfasis directo en la prohibición de usurpación de la tarea de juzgar.

J. BARTHÉLÉMY y P. DUEZ hicieron un análisis de las diversas consecuencias de este precepto. Para ellos, de la regla se deduce: 1.º) que las Cámaras legislativas no pueden dictar sentencias; 2.º) que el Parlamento está sometido al principio de cosa juzgada y, por tanto, no puede casar ni modificar sentencias judiciales; 3.º) que las Cámaras no pueden criticar una decisión judicial regularmente adoptada y defi-

70.

Prohibición de las leyes que resuelven contenciosos.

nitivamente establecida; tampoco pueden inspirar el sentido de las decisiones de la Justicia.

Todas estas exigencias se mantienen, sin duda, constitucionalmente vivas, y están concentradas en el principio de exclusividad. Pero, despojado de este principio de sus connotaciones antilegislativas o antimonárquicas iniciales, se le dio poco a poco un juego propio, no tan estrechamente vinculado al principio de separación de poderes y de independencia de los jueces que fueron sus causas explicativas originales. La lucha por la exclusividad se dirigió de esta manera preferentemente a la eliminación de las jurisdicciones especiales, restos de la Justicia real mantenidos en algunos departamentos ministeriales de la época contemporánea.

Y pasó de esta manera a un segundo plano el problema de liquidar las invasiones en la independencia de los jueces y la idea de exclusividad consistente en que el Parlamento no se interfiriera en el ejercicio de la función jurisdiccional o que la ejerciera él mismo.

La valoración y enjuiciamiento directo del contenido de las leyes para evitar que estas asuman el ejercicio de funciones jurisdiccionales se ha mantenido viva, sin embargo, en el constitucionalismo norteamericano y se ha usado de forma directa como criterio para el control constitucional de las leyes.

Esta circunstancia se debe, sin duda, a la reacción frente a la práctica, extendida en el parlamentarismo británico durante el siglo XVII especialmente, de enjuiciar y condenar mediante decisiones de las Cámaras legislativas. Esta práctica se hacía efectiva mediante los llamados *bills of attainder*. Se trataba de actos del legislativo que imponían la pena de muerte sin que se siguiera el procedimiento usualmente empleado respecto de personas acusadas de crímenes serios. Si el legislativo imponía una pena menor que la de muerte, la medida se adoptaba mediante un *bill of pains and penalties*.

MONTESQUIEU, tratando en el Capítulo 19 del Libro XII de *l'Esprit des Lois*, sobre *Comment on suspend l'usage de la liberté dans la république* alude a esta práctica inglesa de los *bills of attainder*. Luego se tendría en cuenta con ocasión de la elaboración de la Constitución norteamericana para prohibirla directamente.

La Constitución de los EEUU contiene, en efecto, dos *bills of attainder clauses*. Una se aplica a los Estados y otra al Gobierno federal. La primera prohíbe a los Estados o al legislativo federal asumir funciones judiciales y conducir procesos. En consecuencia, prohíbe a los legisla-

71.

Las leyes del caso concreto en el constitucionalismo norteamericano.

72.

Prácticas de bills of attainder.

tivos que, no importa la forma, apliquen a concretos ciudadanos o a grupos cualquier castigo sin seguir un procedimiento judicial (Sentencia TS *United States v. Lovett*, de 1946).

El Tribunal Supremo norteamericano ha usado la prohibición de *bills of attainder* para anular una medida del Congreso que privaba de salarios a tres empleados federales porque creía que eran subversivos (*U.S. v. Lovett*, cit.). Igualmente, invalidó una ley que declaró nulo el empleo de un miembro de partido comunista en una *labor union* (*United States v. Brown*, de 1965). El Tribunal Supremo, sin embargo, rechazó declarar ilegal una ordenanza municipal que requería que los empleados prestasen juramento de que no habían pertenecido nunca al partido comunista o a cualquier otra organización similar. Lo declaró así por estimar que no había en la ordenanza valoraciones directas de personas, sino solo criterios para el reclutamiento de empleados (*Garner v. Board of Public Works of Los Angeles*, de 1951).

Se ha planteado también la aplicabilidad de la prohibición de los *bills of attainder* a las decisiones económicas por las que conceden o deniegan subvenciones o ayudas a empresas o grupos en concreto. El planteamiento es que estas medidas legislativas directas al tiempo que ayudan a una empresa condenan o castigan a las que están en la competencia. Normalmente, sin embargo, la prohibición de los *bills of attainder* no se ha considerado obstáculo para estas prácticas. Aunque el Tribunal Supremo anuló una vez una ley que exceptuó nominativamente a American Express de una regulación económica (*Morey v. Doud*, de 1957), el sentido de esa jurisprudencia fue revisado dos décadas después cuando el Tribunal no encontró argumentos para invalidar una ley que permitía a dos vendedores concretos vender por la calle en el *French Quarter* de Nueva Orleans prohibiéndolo a los demás (*New Orleans v. Dukes*, de 1976).

El Tribunal Supremo no ha aplicado nunca la técnica que estamos comentando para anular actos del ejecutivo. Pero en la sentencia *Joint Anti-Fascist Refugee Committee v. MacGrath*, de 1950, se planteó el mismo problema que nos viene ocupando en relación con una orden ejecutiva del Fiscal General que exigía compilar las listas de organizaciones sospechosas de subversión. El Tribunal Supremo anuló la orden a petición de algunas organizaciones incluidas en la lista. El juez Black en el voto separado concurrente de la sentencia dio razones expresivas: «las listas oficialmente preparadas y proclamadas poseen casi la cualidad de *bills of attainder* cuyo uso está prohibido desde el principio para los gobiernos nacional y estatales... Es verdad que el *bill of attainder* clásico era una condena hecha por el Legislativo... Pero no puedo creer que los

autores de la Constitución, que conocían el *bill of attainder*, hubieran permitido inadvertidamente al Ejecutivo incurrir en las mismas prácticas tiránicas que han hecho del *bill* una institución odiosa».

Otra notable utilización de la técnica que examinamos se ha dado en la Sentencia *Nixon v. Administration of General Services*, de 1977, en la que se enjuiciaba la *Presidencial Recording and Materials Preservation Act* que preveía la custodia gubernamental de las cintas y papeles del presidente Nixon. El Tribunal Supremo estableció que si bien la ley no era un *bill of attainder* en el sentido tradicional del término, porque no imponía ninguna pena, ni tampoco podía considerarse tal por citar personalmente al presidente Nixon, había que considerar que era un *bill* de aquella naturaleza porque daba un trato distinto a los papeles de todos los antiguos presidentes de los EEUU que habían tenido una custodia diferente y que ya estaban en las bibliotecas. En este sentido, y con esta ampliación, la cláusula *bill of attainder* se manifiesta como una variación de la cláusula de la *equal protection*.

c) *Las leyes que resuelven casos concretos en la doctrina europea*

El constitucionalismo europeo (y después de las primeras y fugaces declaraciones expresas, que ya hemos comentado, que prohíben al legislativo dictar sentencias o avocar causas o desentenderse de los requerimientos de la cosa juzgada), la evitación de las leyes de condena, al estilo anglosajón, parece facilitada mediante un expediente más simple: las leyes tienen que ser generales; no es posible una ley sobre un caso concreto.

El principio de la generalidad de la ley aparece vinculado, naturalmente, al dogma de la *volonté general* que, en la construcción de ROUSSEAU, se opone a la *volonté particulière*. Como la ley es expresión de la voluntad general tampoco puede tener por objeto problemas particulares, sino que, según el propio ROUSSEAU, tiene que ser «*toujours general*», con lo que, según aclara, quiere decir que la ley tiene que considerar a los «sujetos en colectivo y las acciones como abstractas, jamás a un hombre como individuo ni una acción como particular. Así, la ley podrá decidir que habrá privilegios, pero no podrán otorgarlos nominativamente a nadie; la ley puede hacer muchas clases de ciudadanos, e incluso determinar las cualidades que darán derecho a tales clases, pero no puede nombrar a tales o cuales para que sean admitidos; puede establecer un gobierno real y una sucesión hereditaria, pero no puede elegir un rey ni nombrar una familia real; en una palabra, toda función que se refiera a un objeto particular no perte-

73.

La ley general y voluntad general.

nece al poder legislativo». Esta exposición es aceptada por los hombres de la Revolución francesa, y a partir de ellos es comúnmente asumida por la práctica totalidad de la doctrina del siglo XIX y de primeros del siglo XX.

L. DUGUIT, que es uno de los más sensibles analistas de los fundamentos del dogma de la generalidad de la ley, hizo en su *Traité de Droit Constitutionnel* una exposición extensa de las múltiples ventajas que se derivaban de esta circunstancia, que rompía con una manera de hacer leyes propia de la época preconstitucional, en la que era frecuente someter a los ciudadanos a «*l'incertitude et l'arbitraire des décisions individuelles*». El imperio de la ley general y abstracta regula la vida de los ciudadanos enunciando disposiciones fijas que aquellos pueden conocer anticipadamente, sabiendo exactamente las condiciones y los límites dentro de los que se deben mover. La regla legislativa da así nacimiento a un orden superior al que están sometidos al tiempo los gobernantes y gobernados.

74.

LABAND y doctrina alemana.

Salvo las concepciones discrepantes de LABAND y JELLINEK entre la doctrina alemana y la crítica al concepto de generalidad de la ley que formula en Francia CARRÉ DE MALBERG, la tesis de la generalidad es la comúnmente seguida por toda la doctrina europea del período final del siglo XIX y primer tercio del siglo XX que integra a los grandes constructores de la teoría del Estado de Derecho.

La observación de LABAND es que la característica más notable de la ley no es su generalidad, como ya hemos explicado en un epígrafe anterior. Las leyes son normalmente generales, pero esto no quiere decir que lo tengan que ser siempre. «Para una ley es posible tanto decidir un litigio pendiente como declarar la validez o invalidez de un acto de gobierno, reconocer o recusar una elección u otorgar un indulto o amnistía. No hay, en un palabra, ningún objeto de la vida estatal que no pueda convertirse en el contenido de una ley». Lo que LABAND niega, como sabemos, es que todas estas decisiones sean leyes en sentido material. La ley material solo se define por los contenidos de su regulación (establece una regla jurídica) o también por el procedimiento y características. La generalidad también puede servir, según LABAND, para distinguir una ley material de una ley formal; sería de este carácter, y no una ley material, una ley que contuviera una decisión resolutoria de una controversia; una decisión de este tipo supone materialmente el ejercicio de una función judicial, aunque formalmente se contenga en un texto con rango de ley. CARRÉ DE MALBERG, por su parte, no critica la doctrina porque, a su juicio, sea más o menos aconsejable y benéfica, sino porque carece de una fundamentación jurídica

75.

Posición de CARRÉ DE MALBERG.

concreta en el Derecho positivo francés. En ninguna parte de la Constitución se establece, según su criterio, que las leyes tengan que ser generales. No se puede decir, a juicio de CARRÉ DE MALBERG, que el ámbito del legislativo sea únicamente el de las disposiciones generales y que el poder de adoptar decisiones particulares quede siempre como función propia de la Administración. La diferencia entre el poder legislativo y el administrativo es que este solo se puede ejercer con sometimiento a las leyes y disposiciones generales. Pero, salvadas estas distancias, no puede sostenerse que una ley no pueda adoptar medidas particulares, porque entonces habría que considerar inconstitucional, por ejemplo, una ley que concede un indulto o, concluye CARRÉ, la propia ley que prohíbe la entrada en territorio francés a las antiguas familias reinantes.

La exposición de H. KELSEN y de C. SCHMITT de las razones constitucionales de la generalidad de las leyes tienen otros matices que interesa destacar ahora.

H. KELSEN, parte de la ley, como norma «general» y «abstracta», para situar en ella la primera pieza del proceso creativo. Este se completa luego con el concurso de otros agentes, los jueces, que aplican el mandato general al caso concreto y crean, desde luego, Derecho al hacerlo. Esa labor de concretización es, sin duda, creativa y define la función constitucional del juez. Si es sustituida esta tarea del juez por el legislador, el sistema entero del proceso de creación jurídica constitucionalmente ideado tiende a desplomarse.

Algunos aspectos muy relevantes de este mismo problema serían abordados por C. SCHMITT. Lo que, según él, ocurriría si el legislador usara las leyes para expedir órdenes o dictar mandatos concretos, o producir actos administrativos o sentencias, sería que se generaría una especie de despotismo del legislativo que extinguiría la esencia de la división de poderes. Esta forma de hacer rompe, además, la manera de actuar ordenada en el Estado de Derecho. En este sistema de organizar la convivencia jurídica, la ley da cobertura para intervenir en la propiedad y la libertad, pero las inmisiones concretas en estos dominios se producen por actos aplicativos (la intervención en la libertad y la propiedad en el constitucionalismo no se produce, dice SCHMITT, por la ley —*durch Gesetz*— sino con una base en una ley —*auf Grund eines Gesetzes*—).

C. SCHMITT apoya también su construcción sobre la necesidad de que la ley sea general en la exigencia constitucional de que los jueces sean independientes. El juez es independiente porque depende solo

76.

Posición de KELSEN.

77.

C. SCHMITT y los fundamentos de la ley general.

de la ley, pero no podría decirse que lo es si la ley pudiera contener previsiones concretas que se conformen como mandatos al juez, que contengan instrucciones dirigidas al mismo. El juez está en una posición objetiva e independiente precisamente porque adopta sus decisiones apoyándose en regulaciones generales y abstractas. El legislador, en fin, no puede usar sus poderes para trastocar el significado de un principio sustancial del Estado de Derecho como es la división de poderes, metiéndose en el terreno de un poder distinto del propio.

d) *En particular, la tesis de C. SCHMITT en un caso concreto: expropiaciones legislativas y derecho al juez*

C. SCHMITT tuvo ocasión de aplicar la teoría general que acaba de exponerse, que desarrollaría en dos dictámenes elaborados a propósito de operaciones expropiatorias singulares.

El primero de ellos, publicado en 1926, tuvo que ver con una iniciativa de los partidos socialdemócrata y comunista dirigidos a promover una norma de iniciativa popular para expropiar sin indemnización las propiedades de las Casas Reales. Se votó la propuesta en junio de 1926 y no tuvo éxito en el referéndum. El artículo 153.2 de la Constitución de Weimar permitía las expropiaciones sin indemnización acordadas por ley.

C. SCHMITT dictaminó sobre los proyectos de ley que, algunos meses antes, se habían presentado en el *Reichstag* con tal objetivo. El primero de ellos, el comunista, decía que «todas las causas controvertidas con las Casas Reales anteriormente reinantes que se hallen pendientes ante los tribunales quedarán en suspenso hasta la entrada en vigor de una normativa legal del *Reich* (ley o referéndum). No se admitirán nuevos procesos».

La propuesta del grupo demócrata decía: «1. Se autoriza a los *Länder* para regular por ley del *Land*, excluyendo la vía judicial, las controversias jurídico-patrimoniales con las Casas Reales anteriormente reinantes, en la medida en que todavía no se hayan iniciado. 2. Si por medio de una ley del *Land* se declarase una expropiación, la indemnización podrá ser establecida mediante ley del *Land*, con exclusión de la vía judicial».

Respecto de la proposición comunista primeramente reproducida, la opinión de C. SCHMITT es que suponía una agresión al principio recogido en el artículo 105 de la Constitución de Weimar, según el cual «nadie puede ser privado de un juez legal». El proyecto comunista

78.

La expropiación de los patrimonios reales.

79.

El derecho al juez.

pretendía paralizar la tramitación de procesos pendientes y ordenar que se aplicaran a ellos, para resolverlos, reglas singulares, distintas del Derecho procesal y material que deben usar los jueces ordinariamente para enjuiciar los contenciosos que se someten a su conocimiento. El derecho al juez legal implica, en la concepción de SCHMITT, que las reglas de competencia judicial deben estar comprendidas en leyes generales que no pueden excepcionarse para casos individuales. Una ley singular que derogara este principio para un caso concreto, constituiría un mandato contrario a la Constitución.

Pero continúa SCHMITT argumentando que la proposición comunista también resultaba contraria al artículo 102 de la Constitución de Weimar que proclamaba la regla de que los jueces son independientes y están sometidos únicamente a la ley. C. SCHMITT consideró en su dictamen que no hay ninguna independencia posible cuando la ley contiene un mandato individualizado y carece de un mínimo contenido normativo que trasciende de ese caso concreto. Si no es así, el legislador no se distinguiría del juez. No es correcto argumentar en contra que la ley no tiene límite en cuanto a su contenido, porque la función del legislador es crear leyes, no mandatos particulares. El juez está sometido a la ley, no a las órdenes del legislador. En este caso concreto, además, la proposición comunista no perseguía establecer ninguna regulación legal sino adoptar una medida política.

La proposición del grupo demócrata le parecía a SCHMITT una vulneración del principio de igualdad al tratarse de una normativa especial que afectaría desfavorablemente a determinados ciudadanos alemanes, miembros de las antiguas familias reinantes, la «igualdad ante la ley —decía SCHMITT a este propósito— también vincula al legislador y prohíbe adoptar leyes individuales injustas y arbitrarias dirigidas contra determinadas personas». La vinculación del legislador a la ley le impide que cometa infracciones, que establezca excepciones o imponga medidas individualizadas. La potencia del legislador, el ámbito de su libre disposición, no tiene límite, pero siempre que lo haga por normas generales. Si no se aceptara esta restricción, la ley lo mismo podría usarse para separar matrimonios que para secuestrar periódicos, para disolver sociedades que para encarcelar personas sin proceso previo.

Por otro lado, la proposición democrática suponía una infracción del artículo 153 de la Constitución de Weimar, que contenía la garantía de la propiedad y se refería a la expropiación en términos que ya hemos aludido. De acuerdo con la regulación de la expropiación en dicho precepto, es claro que la intervención expropiatoria presupone

80.

*Independencia
judicial.*

81.

*Igualdad ante la
ley.*

una ley pero debe contenerse no en una ley sino ser un acto expropiatorio concreto. Sería un abuso de la forma de ley emplearla en un supuesto en que la Constitución dice que el acto tiene que ser de aplicación de la ley.

C. SCHMITT en el segundo de los dictámenes mencionados, elaborado en 1952, examina la expresión constitucional *auf Grund eines Gesetzes* (sobre la base de una ley) comentando que es la manifestación exacta de la separación que debe darse en el Estado de Derecho entre la ley propiamente dicha y su aplicación.

Este último dictamen analiza el artículo 41 de la Constitución del Estado de Hesse. Establecía dicho precepto que con la puesta en vigor de la misma quedaban transferidas a la propiedad común determinadas ramas de la actividad económica, como la minería, la siderurgia o la energía. El problema jurídico planteado era el de la aplicabilidad directa e inmediata del referido artículo 41.1, con el efecto consiguiente de que quedaran privados los propietarios afectados de los bienes de la naturaleza indicada.

Cuando C. SCHMITT elaboró este dictamen, la situación constitucional había cambiado en relación con los datos ofrecidos por el texto de Weimar. Ahora estaba vigente la Ley Fundamental de Bonn que, acogiendo los términos del debate suscitado en la época de Weimar, regula en su artículo 14 la expropiación por ley (esto es, ordenada directamente desde la ley) o con base a una ley. No obstante, en el artículo 19, que recoge la posibilidad de dictar leyes limitativas de los derechos fundamentales, se exige que la ley tenga carácter general y que no haya sido dictada tan solo para el caso concreto. De manera que es común convenir que la prohibición de dictar leyes individuales del artículo 19 afectaría al artículo 14. Además de que esa prohibición sea una máxima consustancial al Estado de Derecho por razones que ya han sido expuestas más atrás.

Ante estas nuevas circunstancias, SCHMITT reconoce que es posible la expropiación por ley. Pero es exigible que esa ley se dicte con todas las garantías propias del Estado de Derecho, entre las cuales, la asignación al ejecutivo de poderes tasados y el sometimiento a procedimiento. Estas garantías podrían deshacerse si se admitieran las expropiaciones directas no ya por ley, sino por Constitución (*durch Verfassung*). Como, además, es imposible que la Constitución se aplique sin el auxilio del ejecutivo, aceptar las expropiaciones por Constitución equivaldría a dejar en manos de aquel poderes omnímodos e incontrolados.

82.

Nacionalización de bienes.

83.

Dictamen de C. SCHMITT.

84.

Límites de las expropiaciones legislativas.

Por todo ello, SCHMITT concluía que los propietarios afectados por el artículo 41 de la Constitución de Hesse no quedaban privados automáticamente de sus bienes. Era preciso un procedimiento seguido de acuerdo con las formas exigibles en el Estado de Derecho. En realidad, la decisión del artículo 41 podía tomarse como el acto inicial de un procedimiento expropiatorio cuyo contenido habría de concretarse luego en una ley. Si así no fuera, todos los principios estructurales del Estado de Derecho se derrumbarían. La ley no ocuparía su lugar en el desarrollo de la Constitución sino que sería sustituida directamente por los administradores o los jueces.

Se comprueba, pues, en esta pareja de famosos dictámenes, la conexión que en la doctrina de SCHMITT tiene la prohibición de leyes de caso concreto con la reserva a cada uno de los poderes del Estado de su propia función. Las leyes singulares pueden, además, resultar agresivas para otros principios como se ha visto: por ejemplo, el de igualdad, o la exigencia de un procedimiento debido. Pero lo subrayable especialmente para nosotros es que atacan el orden estructural del Estado de Derecho y pueden situar al legislador en el lugar del juez.

e) *La noción de medida*

Los análisis de C. SCHMITT sobre los problemas jurídicos de las leyes singulares contienen también otras aportaciones que muestran la enorme calidad de su razonamiento jurídico. Está en sus escritos desarrollado (especialmente en el relativo a los poderes dictatoriales del Presidente del *Reich*) la noción de medida. Las medidas, en la concepción de SCHMITT, son «acciones individualizadas o disposiciones generales, adoptadas a la vista de una situación concreta que se considera anormal y, por tanto, superable, pero que no pretenden una vigencia por tiempo definido».

La cuestión que atrae particularmente a SCHMITT es la de resolver si las medidas son actuaciones fácticas, o si son medidas jurídicas. En los escritos correspondientes a la etapa final de la República de Weimar (y, particularmente, en «Legalidad y legitimidad») SCHMITT insistiría en la necesidad de distinguir entre ley y medida. Su pensamiento conduce ahora, ahondando en ese doble concepto, a situaciones constitucionales límite. Sus escritos hacen un esfuerzo especial en diferenciar las ordenanzas con fuerza de ley (*Gesetzvertretender Verordnungen*) que adoptaba con cierta frecuencia el Gobierno del *Reich*, de las medidas (*Massnahme*). La distinción estaba llamada a tener una extraordinaria consecuencia práctica: las ordenanzas con fuerza de ley podían modi-

ficar leyes pero, desde luego, no la Constitución. En cambio, SCHMITT apunta que pueden existir medidas con eficacia para producir modificaciones constitucionales, aunque sean provisionales. La diferencia a que se refiere SCHMITT radica en que, según él las entiende, las medidas pueden, de hecho y con carácter excepcional, ignorar determinados preceptos constitucionales. No se trata de que el Presidente, al adoptar una medida, pueda derogar o suspender preceptos constitucionales; pero sí puede desconocerlos, separarse de ellos, justificando esta desatención en la excepcionalidad de la situación.

La tesis de SCHMITT sobre las medidas se fundamenta en la idea de que es más importante la salvaguarda de la Constitución en su conjunto que el respeto a preceptos concretos incluidos en el texto constitucional, cuya infracción no tienen por qué suponer un atentado al esquema organizativo que sustenta la Constitución entera.

El problema de las leyes-medida reaparecería, después de C. SCHMITT, en el panorama doctrinal alemán, en 1955, gracias al estudio que un viejo discípulo suyo, y notable administrativista, E. FORSTHOFF, publicó sobre las mismas en el libro homenaje a W. JELLINEK.

Parte FORSTHOFF de recordar la concepción de SCHMITT, que trata de apurar y precisar. La noción de medida se configura en este autor en relación con el concepto de ley. Lo característico de la medida es estar dirigida a una finalidad determinada; los medios usados para alcanzarla están totalmente subordinados al objeto pretendido. La norma jurídica, por el contrario, es siempre portadora de ideas que trascienden de la misma y que condensan normalmente concepciones dominantes sobre la justicia. La medida es acción. No tiene carácter constitutivo. Este rasgo es de la norma, no de la medida.

Las leyes-medida operan regulando situaciones singulares que, en atención a la complejidad creciente de los fenómenos económicos y sociales modernos, requieren la atención del legislador. Con estas actuaciones el legislador se introduce en dominios que habían estado tradicionalmente atendidos exclusivamente por el ejecutivo. La distinción entre ley-medida y ley jurídica se usa en el pensamiento de FORSTHOFF para explicar lo que, a su juicio, debe ser un elemento estructural de un Estado de Derecho. En él debería quedar establecida una distinción clara entre el normar y el obrar. Es a la Administración a la que incumbe la función de actuar. La norma debe, por su parte, elaborar ordenaciones justas y racionales, objetivas y generales, no establecidas precisamente para conseguir algún fin concreto.

86.

*Las leyes-medida
en FORSTHOFF.*

De esta manera FORSTHOFF trata de equilibrar la posición del poder ejecutivo y de la potestad legislativa del Parlamento. El primero podría tomar todas las medidas necesarias para atender las situaciones económicas y sociales. El Parlamento, por su parte, debería limitarse a dictar leyes configuradas al modo clásico. Y, desde luego, trata FORSTHOFF de argumentar que es un abuso del legislador el que pretenda salirse de su reducto tradicional usando leyes-medida, actividad esta que, por la razón indicada de que es por su naturaleza propia del ejecutivo, aspira a ver reducida al mínimo.

La dogmática de las leyes-medida conoció aportaciones muy importantes a partir de la reunión de 1956 de la Asociación Alemana de Profesores de Derecho Público, dedicada íntegramente a dicho tema. La ponencia de MENGER, en particular, tanto por su contenido específico como por los debates que ha permitido desarrollar luego, constituyó una contribución esencial.

MENGER muestra todo tipo de prevenciones en relación con el uso de este tipo de leyes. La última parte de su trabajo la dedica a señalar los límites de las leyes-medida. Destaca que son inconstitucionales cuando se interfieren en el ámbito judicial o en los dominios propios de los derechos fundamentales; en particular, las leyes que delimitan estos deben incorporar necesariamente criterios de justicia que no pueden ser sustituidos por intervenciones estrictamente finalistas. Insiste, por otra parte, MENGER, en que las leyes-medida no pueden modificar el Derecho existente o alterar el régimen de reparto de competencias establecido, asumiendo las asignadas con anterioridad a otros órganos del Estado.

El problema de la legitimidad de las leyes singulares que afectan a los derechos fundamentales ha sido desarrollado también por otros autores (WEHRHAHN, KRUGER, HUBER, STARCK, etc.). El artículo 19.1 de la Ley Fundamental de Bonn da ocasión especialmente para ello al establecer que «cuando de acuerdo con la presente Ley Fundamental un derecho fundamental puede ser restringido por ley o en virtud de una ley, esta deberá tener carácter general y no limitado al caso individual. Además, deberá citar el derecho fundamental indicando el artículo correspondiente». De donde la doctrina más caracterizada ha deducido que este precepto, que es clave para interpretar las limitaciones constitucionales a las intervenciones del legislador en los dominios de los derechos fundamentales, impide que se pueda incidir en los derechos fundamentales mediante leyes que solo se refieran a un caso particular. Para saber cuándo una ley es singular lo importante no es el número de personas a las que afecta, sino si el objeto de la regulación

87.

Límites de las leyes-medida.

88.

La generalidad en las leyes de limitación.

es un caso particular. El artículo 19.1 aludido contendría una especie de presunción *iuris et de iure* de la inconstitucionalidad de toda ley particular (HUBER).

f) *Medidas legislativas concretas, separación de poderes y derecho al juez en la CE*

Los problemas que acaban de exponerse han reaparecido de vez en cuando en diferentes países europeos, con ocasión normalmente de operaciones expropiatorias singulares. Pero nunca, me parece, la polémica y la brillantez de las construcciones doctrinales han vuelto a rayar a la misma altura. No parecen precisas otras extensiones antes de entrar en nuestra propia práctica.

La recepción de nuestro Derecho de la problemática de las leyes singulares se ha producido por diversos frentes. Normalmente vinculada al problema de la igualdad en la ley, que impediría la existencia de leyes particulares que, sin que medie una causa objetiva y razonable, den un tratamiento singular a concretos problemas o afecten de forma diferencial al ejercicio de los derechos.

La exigencia de la generalidad de la ley también aparece en nuestra jurisprudencia constitucional con ocasión de la interpretación del alcance del derecho al juez ordinario predeterminado por ley, que recoge el artículo 24.2 de la Constitución. Ello impone «la preexistencia de unos criterios con carácter de generalidad, de atribución competencial, cuya aplicación a cada supuesto litigioso permita determinar cuál es el Juzgado o Tribunal llamado a conocer del caso, siendo la generalidad de los criterios legales la garantía de la inexistencia de jueces ad hoc» (entre la jurisprudencia más temprana, mantenida hasta hoy, Sentencias 101/1984, de 8 de noviembre; de 16 de diciembre de 1987; y 95/1988, de 6 de mayo).

La combinación ley general y abstracta y operación ulterior de concretización, que es la clave del proceso creativo-aplicativo del Derecho en toda la doctrina clásica que hemos recordado, aparece aquí establecida de modo exacto. La ley, además, en este caso, ha de ser general, como previene el Tribunal Constitucional, para que los jueces puedan conservar la independencia. Si no fuera así, el legislador podría entrar fácilmente en los terrenos propios de la función jurisdiccional y condicionar su ejercicio mediante mandatos. La predeterminación legal del juez, llevada a cabo del modo expresado, mantiene perfectamente separados los dos poderes.

89.

La generalidad en la CE de 1978.

90.

El juez ordinario.

91.

Independencia de los jueces y ley general.

La cuestión de la generalidad de la ley cuando se ha planteado, sin embargo, de una forma más polémica ha sido en relación con la ley que expropió, en concreto, todas las empresas integradas en el *holding* «RUMASA, SA» (lo que se llevó a término por el Real Decreto-ley 2/1983, de 23 de febrero, convalidado luego por la Ley 7/1983, de 29 de junio).

El Tribunal Constitucional se pronunció sobre la legitimidad de esta operación en diversas ocasiones. Nos interesan especialmente sus Sentencias 111/1983, de 2 de diciembre (RUMASA I), en la que resolvió un recurso de inconstitucionalidad planteado contra el Real Decreto-ley que acordó la expropiación. Y, la Sentencia 116/1986, de 19 de diciembre (RUMASA II), en la que hubo de resolver una cuestión de inconstitucionalidad planteada por un juez de primera instancia de Madrid, que versaba sobre si la expropiación legislativa vulnera o no el derecho a la tutela judicial efectiva que proclama el artículo 24.1 de la Constitución, al no existir en nuestro derecho un recurso directo contra las leyes para el que estén legitimados los ciudadanos.

La Sentencia 111/1983 (RUMASA I) lleva a cabo, más que otra cosa, un análisis de los límites constitucionales del decreto-ley de acuerdo con el artículo 86.1 de la Constitución. Y, en particular, de la exigencia de que dichas normas solo sean dictadas en caso de «extraordinaria y urgente necesidad», y de la prohibición de que afecten a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I.

El primero de los dos problemas aludidos no tiene ahora interés para nosotros. El segundo, lo resuelve el Tribunal Constitucional negando que una operación expropiatoria ordenada directamente por la ley afecte a los derechos fundamentales. La sentencia parte, desde luego, de aceptar que «la expropiación que estamos considerando es, sin duda, un caso singular».

El voto particular a dichas sentencias, suscrito por la mitad de los miembros del Tribunal Constitucional, plantea el problema de la legitimidad de la medida usando un parámetro fundamental: si es razonable que la ley singular se aparte del sistema expropiatorio general y module o minore las garantías establecidas en el mismo. Si esa reducción no está suficientemente justificada se estaría dando al expropiado en este caso un trato singular que sería inconstitucional (ilegitimidad constitucional que derivaría del hecho de que la regulación del decreto-

92.*La posición del TC.*

ley expropiatorio «afectaría realmente al derecho de propiedad y a la garantía expropiatoria que establece el artículo 33 de la Constitución, lo que supondría una vulneración del artículo 86.1»).

Usando este criterio, los magistrados discrepantes no encontraron ningún vicio que permitiera tachar el decreto-ley de inconstitucional por la forma en que declaró la utilidad pública de los bienes, pero sí estimaron que afectaba al derecho de propiedad y a la garantía expropiatoria del tratamiento singular, separado de la regulación común, contenida en la Ley de Expropiación Forzosa, que se dio a la ocupación inmediata de los bienes y al procedimiento y los criterios para fijar el justiprecio.

La conclusión del voto particular, desde la perspectiva que nos interesa, es que la ley singular no es necesariamente inconstitucional pero que puede serlo si la regulación que contiene afecta al principio de igualdad, al dispensar un trato discriminatorio a un sujeto sin que la especialidad de la situación lo requiera.

Esta tesis aparece elaborada con más detalle en la Sentencia 166/1986 (RUMASA II) en la que se suscita abiertamente el problema de si son posibles leyes singulares en nuestro Derecho y si pueden producirse estas para acordar expropiaciones de bienes concretos. La sentencia define la «ley singular», sin diferenciarla de las «leyes de caso único», como la «dictada en atención a un supuesto de hecho concreto y singular, que agota su contenido y eficacia en la adopción y ejecución de la medida tomada por el legislador ante ese supuesto de hecho, aislado en la ley singular y no comunicable con ningún otro».

Respecto de la legitimidad constitucional de estas leyes singulares el Tribunal dice:

1.º En la Constitución no existe ningún precepto que impida que las leyes tengan un carácter singular. Sin embargo, «la vocación a la generalidad» que su propia estructura interna impone a las leyes viene protegida por el principio de igualdad en la ley establecida en el artículo 14. Lo cual no proscribire diferenciaciones o singularizaciones, sino que exige que estas no se establezcan si no existe una justificación objetivamente razonable.

2.º Las leyes singulares tienen un contenido material que, al menos en parte, es actividad ejecutiva o de administración. No obstante ser admisibles intercomunicaciones entre ambas funciones, no hay que olvidar que la Constitución encomienda la potestad legislativa

93.

La igualdad como límite.

94.

Legitimidad constitucional de la ley singular.

del Estado a las Cortes Generales —artículo 66.2— y la ejecución del Gobierno —artículo 97— y, por tanto, «esa separación debe ser normalmente respetada a fin de evitar el desequilibrio institucional que conlleva la intromisión de uno de dichos poderes en la función propia del otro» (STC 116/1986). Las leyes singulares, por tanto, deben adoptarse solo en supuestos excepcionales que no pueden resolverse por los procedimientos normales y por los poderes encargados normalmente de hacerlo.

Aceptada de esta manera la constitucionalidad del empleo, si concurren las circunstancias expresadas, de las leyes singulares, al Tribunal no le cuesta nada asumir también que la técnica de la ley singular pueda usarse para ordenar una expropiación. Ello será legítimo cuando la ley expropiatoria singular respete las tres garantías que establece el artículo 33.3 de la Constitución (1.º, que exista un fin de utilidad pública o de interés social; 2.º, el derecho del expropiado a la correspondiente indemnización; y 3.º, la realización de la expropiación de conformidad con lo dispuesto en las leyes).

Pero, según continúa argumentando la Sentencia del Tribunal Constitucional 166/1986, el debido cumplimiento por la ley singular de dichas garantías expropiatorias no cierra el problema de su constitucionalidad. Sobre todo porque estas leyes pueden vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva protegido por el artículo 24.1. Circunstancia que se puede producir por el hecho de que, dada la naturaleza de las leyes formales de dichas leyes expropiatorias, no puedan los expropiados defender su derecho de propiedad ante los jueces y tribunales.

Este problema está resuelto en la Sentencia afirmando que la ley expropiatoria singular no vulnera el artículo 24.1 de la Constitución. Usa para apoyar esta operación los siguientes argumentos:

1.º La inexistencia en nuestro Derecho de recursos directos frente a la ley que puedan interponer los particulares no significa que queden estos indefensos. Si la *causa expropiandi* declarada en una ley singular carece de justificación razonable, o si la ley es desproporcionada, los particulares podrán, en el momento de la ocupación de sus bienes, alegar que se ha producido una vulneración del principio de igualdad. Seguidamente, en el procedimiento judicial correspondiente, podrán solicitar del órgano judicial que planteen una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal.

95.
Excepcionalidad.

96.
El derecho a la
tutela judicial como
límite.

2.º La sentencia reconoce que cuando una ley expropiatoria singular determina concretamente los bienes o derechos que van a ser objeto de ocupación, «produce una innegable limitación de la tutela judicial». Pero esto no es, en su criterio, obstáculo para que los particulares puedan seguir el mismo camino impugnatorio antes indicado: sostener la inconstitucionalidad de la operación «por vulneración de su derecho a la igualdad, fundada en injustificada expropiación por ausencia de razonabilidad y de proporcionalidad en la privación» de sus bienes y derechos. A este efecto sería preciso abrir la vía de la cuestión de constitucionalidad en los términos antes expresados.

Esta sentencia se adoptó con el voto en contra del magistrado RUBIO LLORENTE, que expresó su discrepancia contestando esencialmente que las leyes expropiatorias singulares no vulneren el derecho a la tutela judicial efectiva. Justifica el magistrado su disenso asegurando que resulta insostenible afirmar que existe una garantía jurisdiccional efectiva frente a las leyes expropiatorias singulares, como había defendido la mayoría, apoyándose en la circunstancia de que los particulares pudieran solicitar de los tribunales ordinarios que estos a su vez plantearan una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional contra la ley expropiatoria cuando esta vulnerara el principio de igualdad. No existe aquí, decía RUBIO, una garantía jurisdiccional suficiente; no hay, por el contrario, en nuestro Derecho, una tutela judicial efectiva frente a leyes expropiatorias singulares. Basta, para probarlo, con recordar —concluye— que «ni la jurisdicción constitucional forma parte del Poder Judicial ni cabe recurso de amparo frente a leyes, ni puede reducirse el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva a la posibilidad de pedir a un juez o Tribunal que plantee ante el Tribunal Constitucional una cuestión de inconstitucionalidad, en términos abstractos, basada solo en dudas que albergue el órgano proponente y sin que exista siquiera la posibilidad de que el autor de la petición (titular del derecho) comparezca ante nosotros en defensa de su tesis».

Como ha podido comprobarse, algunos aspectos del tratamiento que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional hace del problema de las leyes singulares recogen preocupaciones que hemos visto manejadas en la mejor doctrina publicista europea.

Por ejemplo, la afirmación de que la ley debe ser ordinariamente general pero que no es constitucionalmente inadmisibles la ley singular si existen circunstancias especiales que la exigen.

Sin embargo, ya ha podido verse que la jurisprudencia tiende a concentrar todas las garantías frente a las leyes singulares en la preservación de la igualdad (son inconstitucionales las leyes singulares que contengan regulaciones no razonables o desproporcionadas).

Está también apuntado en las sentencias que hemos comentado, aunque usado con menos energía para la resolución de estos conflictos, que las leyes singulares trastocan el orden normal de la relación entre los poderes y alteran el régimen de la división de los mismos, que es una pieza estructural clave en el Estado de Derecho.

Esta última apreciación está hecha, curiosamente, de forma expresa, en la Sentencia 166/1986 (RUMASA II) para establecer que las leyes singulares invaden el campo de la función administrativa. Pero el Tribunal da a entender que como no existe en materia de expropiatoria una reserva de Administración, tal interferencia es inobjetable. Sin perjuicio de lo cual añade que este tipo de intromisiones deben ser excepcionales porque alteran el orden constitucional de los diferente poderes del Estado.

Dicho lo cual, no extiende la misma observación a la interferencia efectiva que la ley singular produce en el ámbito de la jurisdicción, donde, sin embargo, sí hay una reserva constitucional expresada de forma activa (independencia de los jueces: artículo 117.1; la exclusividad de la función: artículo 117.3; el derecho a la tutela judicial plena: artículo 24.1) y también por exclusión (a los demás poderes se les atribuyen funciones diferentes).

Cuando la ley ocupa todo el espacio que media entre la regla abstracta y la aplicación concreta, usurpa también el ejercicio de una función que le es ajena e impide que pueda desarrollarse ante los jueces un contencioso —con todas las garantías debidas en el Estado de Derecho— sobre los problemas aplicativos de la ley.

La jurisprudencia constitucional ulterior ha ido aproximándose paulatinamente al sentido de las anteriores críticas, estableciendo condiciones más estrictas para aceptar la compatibilidad de la ley singular con la Constitución. En la Sentencia 48/2005 volvió a plantearse el Tribunal Constitucional la cuestión de las leyes singulares expropiatorias suscitada por la Ley canaria 2/1992, de 26 de junio, por la que se declaró de utilidad pública la expropiación de algunos edificios en Santa Cruz de Tenerife para la ampliación de la sede del Parlamento de Canarias. Esta vez el Tribunal centró la evaluación de la expropiación por vía legislativa en la compatibilidad o no de la ley

97.

La separación de poderes como límite.

98.

Expropiación legislativa y tutela judicial.

expropiatoria con una tutela jurisdiccional «material»; es decir, con el derecho consagrado en el artículo 24 de la Constitución. La tutela del derecho ha de ser «equivalente» a la que presta el juez de lo contencioso-administrativo frente a una expropiación de naturaleza administrativa. En este sentido la sentencia avanza en las mismas exigencias que consideró imprescindibles el voto particular, antes transcrito, de la STC 166/1986.

En esta misma dirección relativa a la plenitud del control jurisdiccional se sumó la STC 73/2000, concerniente al embalse de Itoiz, que estudiaremos un poco más adelante al tratar de las validaciones legislativas y de la reserva de jurisdicción.

La jurisprudencia constitucional ha concluido por imponer a la ley singular no solo los límites derivados de los principios de proporcionalidad e igualdad, sino también el resultante de la tutela judicial efectiva de los derechos y la preservación de las potestades que tienen atribuidas los jueces y tribunales en la Constitución, esto es, la reserva de jurisdicción. La configuración definitiva de esta doctrina se ha producido con ocasión de resolver sobre impugnaciones de leyes adoptadas por algunas comunidades autónomas, dictadas en sustitución de actos administrativos con la pretensión fundamental de evitar el control jurisdiccional de la decisión.

Diversas leyes singulares de la Comunidad de Castilla y León, dictadas para evitar la ejecución de sentencias anulatorias de planes de naturaleza administrativa concernientes a asuntos medioambientales, terminaron en el Tribunal Constitucional por la vía de las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por la Sala competente de lo contencioso-administrativo. La STC 129/2013 retoma y eleva a definitiva la idea de la tutela judicial equivalente, de la que deriva que una ley singular solo es admisible constitucionalmente si, además de respetar los principios de proporcionalidad e igualdad entre otros, no obstaculiza el derecho a la tutela judicial efectiva. La cuestión de inconstitucionalidad, sostiene el Tribunal, no satisface el derecho a la tutela judicial en las leyes autoaplicativas o singulares porque su planteamiento es una prerrogativa exclusiva del juez, y no un derecho del justiciable. El Tribunal entra así, de pleno, a aceptar la existencia de una violación de la reserva de jurisdicción, que no permite al legislador excluir el papel que los jueces y tribunales tienen conferido para asegurar la tutela judicial efectiva de los derechos.

99.

*Ley singular
y reserva
de jurisdicción.*

100.

*Equivalencia
de la tutela
constitucional
y la administrativa.*

El único paliativo posible de la inconstitucionalidad de la ley singular es convertir la cuestión de inconstitucionalidad, no en una prerrogativa del juez, sino en un derecho del destinatario de la ley que el juez está obligado a satisfacer. Es decir, que, en este caso de las leyes singulares, la incitación del interesado sería suficiente para que tuviera que plantearse la cuestión de inconstitucionalidad, cambiándose así el régimen de discrecionalidad con que está concebida en la legislación actual. Esta doctrina abre la posibilidad de transformar las cuestiones de inconstitucionalidad sobre leyes singulares en auténticos recursos.

La STC 50/2015, de 5 de marzo, ha concretado aún más esta doctrina sobre las leyes singulares, en la línea establecida por las SSTC 129 y 213/2013. Recuerda en aquella sentencia el TC que en la jurisprudencia que contienen estas últimas sentencias se han llegado a reconocer diversos tipos de leyes singulares: en las SSTC 48/2005, de 3 de marzo, y 129/2013, de 4 de junio, se consideró que uno era la ley autoaplicativa, «término este que hace alusión a las leyes que contienen una actividad típicamente ejecutiva, de aplicación de la norma al caso concreto». Otro tipo de ley singular fue contemplado por la STC 166/1986, de 19 de diciembre, ya comentada, cuya característica es estar dirigida a un destinatario único. Y, finalmente el Tribunal recoge, entre la tipología de leyes singulares, otra categoría que también procede de la STC 166/1986, que integran «aquellas dictadas en relación a un supuesto de hecho concreto y singular, que agotan su contenido y eficacia en la adopción y ejecución de la medida tomada por el legislador ante ese supuesto de hecho, aislado en la ley singular y no comunicable con ningún otro».

La citada STC 50/2015 se enfrentó a una ley singular dictada sin que concurrieran circunstancias excepcionales, y en un caso en el que hubiera bastado una intervención administrativa ordinaria. Estas circunstancias determinan la incompatibilidad de la ley con la Constitución. Pero también la vulnera el hecho de que la ley singular reproduzca una regulación reglamentaria que previamente había sido declarada nula. Esta operación normativa es contraria al derecho a que las resoluciones judiciales firmes se ejecuten en sus propios términos, y el respeto a su firmeza y a la intangibilidad de las situaciones jurídicas en ellas declaradas (SSTC 171/1991, de 16 de diciembre; 198/1994, de 4 de julio; 197/2000, de 24 de julio; 83/2001, de 23 de marzo; 312/2006,

101.
*Tipos de ley
singular
y vulneración
del art. 24 CE.*

de 8 de noviembre). Esta última aseguraba que «no tiene cabida en nuestra Constitución aquella ley o el concreto régimen jurídico en ella establecido cuyo efecto sea sacrificar de forma desproporcionada el pronunciamiento contenido en el fallo de una resolución judicial firme...». Opera también esta doctrina como límite a las validaciones legislativas, de las que trataremos más adelante.

C) En especial, los límites de las convalidaciones legislativas de actuaciones de los poderes públicos enjuiciadas o anuladas por los tribunales

a) La ausencia de cualquier límite a la iniciativa del legislador ha permitido también que pueda hacer un uso relativamente frecuente de la práctica de dictar leyes que, de un modo u otro, se interfieren en la acción de la justicia, impidiendo su desarrollo normal, obstaculizando la ejecución de las sentencias, o modificando su contenido mediante regulaciones sobrevenidas, bien sean generales o para el caso concreto.

El fenómeno ha sido, seguramente, tan general como la concepción de la ley sin límites materiales, universalizada en todos los sistemas constitucionales europeos desde los comienzos del siglo XIX. Sin embargo, la doctrina española ha prestado una atención tardía y esporádica a esta cuestión. Lo hicimos nosotros hace años y el tema acaba de ser objeto, por primera vez, de una tesis doctoral que completa su tratamiento (A. BOIX).

Tal situación contrasta con la de la doctrina francesa que se ha ocupado con mucha reiteración de la práctica de las *validations législatives*. Estas actuaciones legislativas están identificadas en Francia desde antiguo. El clásico estudio de LESAGE sobre las intervenciones del legislador en la potestad jurisdiccional identificó como uno de los casos más antiguos una ley de 1871 que validó cambios en el estado civil acordados en tiempos de la Comuna. También subrayaba el autor, como un ejemplo prototípico, la Ordenanza del Gobierno provisional de 9 de agosto de 1944 que estableció una validación general de un grupo entero de actos administrativos, de un modo directo y expreso.

La doctrina francesa admitió con naturalidad la legitimidad de estas operaciones del legislador, perfectamente acomodadas a la significación del legicentrismo. Precisamente la relativa decadencia de la práctica en los últimos años del siglo XX, permitió a B. PACTEAU afirmar que la crisis coincidía con la del «absolutismo legislativo».

102.

Antecedentes.

Contando con su trascendencia, AUBY fue de los primeros en notar los abusos que se cometían al usarla. Incluso ensayó una definición que puede servirnos de aproximación al problema; una validación es «la intervención de un acto legislativo adoptado con posterioridad a uno o muchos actos administrativos, que declarando válidos (o una fórmula análoga) estos actos o algunos de sus efectos, tienen por consecuencia impedir el control jurisdiccional (o administrativo) de la regularidad de esos actos o aun, si el control ha sido efectuado, de hacer desaparecer sus consecuencias».

103.
Definición.

M. MATHIEU formuló una clasificación de las formas en que se produce el fenómeno de las convalidaciones, a efectos de hacer luego los distingos pertinentes para valorarlas técnicamente. Para nuestros efectos no tienen interés que profundicemos en la tipología de actos legislativos de *validation*, pero resultará ilustrativo tomar de MATHIEU una muestra.

104.
Clasificación.

Existen validaciones por habilitación y por sustitución. Las primeras consisten en una autorización al ejecutivo para que adopte medidas retroactivas que sustituyan un acto administrativo. Las segundas son leyes que sustituyen directamente un acto administrativo anulado o susceptible de serlo. Hay convalidaciones que operan por transformación de la naturaleza jurídica del acto (como las ratificaciones legislativas, o las validaciones que dan a un acto un carácter retroactivo del que inicialmente carecía). Teniendo en cuenta la forma en que la convalidación incide o transforma la legalidad de un acto, es posible hallar en la práctica convalidaciones que dan base legal a un acto susceptible de ser anulado, validaciones parciales, convalidaciones indirectas, convalidaciones en cascada (que alcanzan a los actos de aplicación de un acto convalidado). En consideración a los efectos que produce la convalidación sobre el régimen contencioso de los actos, las hay de carácter preventivo, que tratan de evitar la anulación de actos, y otras que se dirigen directamente a salvar *ex post* actos anulados. Para mayores especificaciones, aún distingue el autor citado entre validaciones «por transformación del régimen jurídico del acto administrativo» y validaciones «por transformación del régimen contencioso del acto administrativo». Estas últimas pretenden impedir el control jurisdiccional de los actos administrativos. Para MATHIEU estas son las validaciones *stricto sensu* y las que plantean problemas de constitucionalidad más serios.

En una convalidación se pueden poner, en efecto, en juego, principios como el de retroactividad de las normas, cuando tratan de sanar o validar actos o reglamentaciones que ya han comenzado a producir efectos, o el de la prohibición de leyes *ex post facto*, reprobadas direc-

105.
Principios
constitucionales
afectados.

tamente por el artículo 25.1 de nuestra Constitución. En el Derecho anglosajón, más que en el nuestro, la interdicción de las leyes *ex post* se justifica en la necesidad de proteger el principio del *due process*. Las manifestaciones de esta prohibición están establecidas bien tempranamente en la jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano (en concreto, desde la Sentencia *Calder v. Bull*, de 1798). Este tipo de leyes, como ha recordado TRIBE había sido vista con especial prevención por los *framers*, que tenían bien presentes los abusos del Parlamento en la época colonial, motivados por razones muy poco confesables. Esa idea de la usurpación por el Parlamento de funciones jurisdiccionales a través de la fórmula de las leyes *ex post* se mantiene hoy mucho menos viva que la connotación de la prohibición como una garantía específica de la regularidad del proceso penal.

106.
Leyes *ex post facto*.

En fin, aparecen también en estos supuestos los problemas del respeto de la cosa juzgada por el legislador. Pero también en este campo son menos visibles los problemas de ejercicio por el legislador de una función ajena. Más bien lo que aquí se suscita es si se puede o no innovar el ordenamiento apartándose de una sentencia o de líneas jurisprudenciales establecidas. Lo que es innegable, desde luego, aunque ello afecte a situaciones contenciosas aún abiertas.

107.
Cosa juzgada.

b) En Francia, sin embargo, la resolución inicial de referencia en punto a las validaciones legislativas, es la decisión del Consejo Constitucional de 22 de julio de 1980.

108.
La posición del
C.C. francés.

El problema era el siguiente: el Ministerio de Universidades fue obligado a constituir en 1977 un comité técnico paritario al que debían someterse para informe todos los textos relativos a la situación del personal universitario. Se adoptó esta solución en un Decreto y el Comité, efectivamente constituido, dio su informe sobre muchos textos que introducían reformas en el régimen del profesorado universitario. Pero tres sindicatos impugnaron el Decreto y el Consejo de Estado lo anuló el 18 de abril de 1980. Inmediatamente quedaron amenazados de anulación todos los Decretos de reforma que se habían aprobado con informe del Comité y también todas las decisiones individuales o colectivas que se había adoptado en base a estos textos entre 1977 y 1979. De manera que, para evitar esa situación gravísima, se tramitó rápidamente en las Cámaras una ley de validación cuyo artículo único decía: «Quedan validados los Decretos adoptados previa consulta del Comité Técnico paritario... instituido por el Decreto n.º 77-679, de 29 de junio de 1977, así como los actos reglamentarios o no reglamentarios adoptados sobre la base de esos decretos».

La ley fue llevada al Consejo Constitucional por los senadores socialistas y comunistas. Y el Consejo, en su citada decisión de 22 de julio de 1980, estableció, entre otras consideraciones, las siguientes:

1.º) El fundamento de la validación era asegurar el funcionamiento continuo del servicio público y el correcto desarrollo de las carreras del personal. El Consejo, atendido este fin jurídicamente respetable, recuerda que, salvo en materia penal, no existen problemas para que el legislador pueda validar retroactivamente decretos a los que, precisamente, se había imputado que carecían de base legal.

2.º) En cuanto a la objeción de que la ley de validación suponga una intervención del legislador en el dominio de la Justicia, contraria al principio de separación de poderes, el Consejo recuerda que la jurisdicción administrativa es una verdadera jurisdicción y que, en consecuencia, «no corresponde ni al legislador ni al Gobierno censurar las decisiones de las jurisdicciones, dirigir a estas *injonctions* y sustituirlas en el enjuiciamiento de los litigios que corresponden a su competencia». Pero nada de ello se opone a que el legislador pueda, mediante disposiciones retroactivas (y salvo en materia penal), modificar «las reglas que el juez tiene la misión de aplicar».

Los abundantes comentarios doctrinales recaídos sobre esta decisión apuraron el análisis de las condiciones que tenían que concurrir en una convalidación para ser constitucionalmente admisible. Requisito central para la doctrina será la prevalencia del principio de separación de poderes reconocido en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 (toda sociedad en la que no esté establecida la separación de poderes «no tiene Constitución»). Y, como complemento de lo anterior, la presencia de un interés general que lo justifique suficientemente, sumada a determinadas restricciones materiales para las operaciones validatorias, son los argumentos que más preocuparon a la doctrina inicialmente.

El tratamiento de la cuestión en la actualidad sigue partiendo de la admisibilidad general de las operaciones de validación. Las situaciones que más frecuentemente tratan de resolverse con leyes validatorias suelen ser: primero, la preservación de una situación individual consolidada, de un «derecho adquirido», de grupos de funcionarios, relativos, por ejemplo, a sus derechos retributivos o de carrera; segundo, menudean las motivaciones de carácter económico, consistentes en la preservación de ingresos públicos puestos en cuestión por alguna decisión judicial invalidatoria de la norma que los habilita; y, en tercer

109.

Requisitos según la doctrina.

110.

Parámetros de la legitimidad de la validación.

lugar, se invocan con frecuencia razones concernientes a la dificultad de la ejecución de determinadas decisiones judiciales.

El análisis de la legitimidad de estas decisiones del legislador se ha hecho tradicionalmente, en la doctrina y en la jurisprudencia francesa, utilizando los siguientes parámetros: primero, su compatibilidad con la separación de poderes que reclama que se deje una esfera de actuación propia a cada uno de ellos y, en especial, al poder judicial. En segundo lugar, la validación debe respetar el principio de cosa juzgada y también, en aplicación del artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, la igualdad de armas entre las partes en el proceso, ya que la validación no puede utilizarse para desequilibrar o perjudicar a una de ellas. Y en conexión, por tanto, con la anterior preocupación, la preservación del principio de igualdad en general. Del mismo modo hay que observar que la validación no sea irracional y desproporcionadamente contraria a algún otro derecho constitucional. Complementariamente, la doctrina y la jurisprudencia francesas suelen plantearse la incidencia de las validaciones legislativas en la responsabilidad del legislador. Muchas de ellas tienen la consideración de verdaderas expropiaciones, en la medida en que privan a sujetos concretos de bienes o derechos cuya titularidad han declarado los tribunales. En la medida en que lo sean, hay que determinar la procedencia de la indemnización. Se añade, en fin, siempre, como requisito para las validaciones, que el fin que las justifique sea de interés general y digno de ser protegido por el legislador.

El Consejo Constitucional francés ha utilizado estos mismos criterios de valoración en diferentes ocasiones posteriores a su decisión de 1980. Por ejemplo, en la de 21 de diciembre de 1999, para negar validez a una ley de validación, al apreciar que no podría acordarse «sin ignorar el principio de separación de poderes y el derecho a un recurso jurisdiccional efectivo, que se derivan del artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano». En la decisión de 29 de diciembre de 1999, el Consejo acepta por el contrario una validación, apreciando que cumple los requisitos de «respeto de las decisiones de justicia con fuerza de cosa juzgada», del «principio de no retroactividad de las penas y las sanciones», y que no ignora ninguna otra regla ni principio constitucional, incluida la separación de poderes.

La *Cour de Cassation* ha utilizado las mismas ideas en diferentes resoluciones, entre las que destaca la de 21 de abril de 2001 (*Association être enfant au Chesnay v. Terki*). Enfatiza, justamente, esta sentencia, la necesidad de que la validación se apoye en motivos de interés

111.

El artículo 16 de la Declaración de 1789 como límite.

112.

Valoración del interés general invocado.

general. La apreciación de la concurrencia de estos corresponde al legislador. Y, aunque los jueces ordinarios no pueden poner en cuestión las decisiones del legislador desde dicho punto de vista, sí admitió la posibilidad de valorar su aprobación, confrontándola con las exigencias que, para una intervención validatoria, resultan de lo establecido en el artículo 6 del Convenio Europeo y de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Una ley contraria a estos preceptos y doctrina jurisprudencial sería contraria a un convenio internacional, norma que, en Francia, la jurisprudencia considera tradicionalmente como jerárquicamente superior a las leyes. El Consejo de Estado se ha considerado también tradicionalmente habilitado para llevar a cabo estos controles de «convencionalidad» de las leyes. Para el caso de una ley de convalidación, un ejemplo ilustrativo es el *arrêt del Conseil d'État* en Pleno de 11 de julio de 2001 (*Ministre de la Défense v. Préaud*). Antes de esa decisión, el Consejo ya había declarado sus competencias para llevar a cabo análisis de compatibilidad de las leyes de validación con el Convenio Europeo en su dictamen de 15 de diciembre de 1997.

En definitiva, la posición habitual de la jurisprudencia francesa se atiene a la doctrina del Consejo Constitucional, matizándola solo en relación con el control de convencionalidad. Desde el punto de vista constitucional, según lo explicado, las validaciones no deben afrentar al principio de separación de poderes, ni al de cosa juzgada, el de irretroactividad de las normas, el de igualdad o cualquier otro principio o regla constitucionales. Esta es la delimitación negativa del ejercicio de tal potestad legislativa. La delimitación positiva consiste en exigir que la validación responda a un objetivo de interés general. Por ejemplo, asegurar el funcionamiento de los servicios públicos, o el mejor desarrollo de la carrera funcionarial. El sector doctrinal que se muestra más exigente y limitativo en relación con la potestad legislativa de validación (MATHIEU) exige además que el interés perseguido tenga relevancia constitucional. Pero, en verdad, la concurrencia de interés protegible la aprecia soberanamente el legislador. Habitualmente, el Consejo Constitucional solo entra a valorar si el procedimiento legislativo seguido es irregular. Pero, como ya se ha indicado, la jurisprudencia se ha considerado habilitada para analizar si el interés invocado es suficiente para justificar, de un modo racional y proporcionado, un sacrificio de las decisiones de los órganos judiciales, o de los derechos en juego, que una validación siempre conlleva. En este sentido, ha podido establecerse, por ejemplo, que la invocación de un interés de carácter financiero no es suficientemente relevante como para justificar el sacrificio.

113.
Convencionalidad
de la validación.

c) La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos estableció en los años finales del siglo xx y primeros del actual, en un grupo amplio de sentencias, su criterio sobre los límites que el Convenio Europeo de 1950 impone a las leyes de validación, límites que resultan especialmente de lo establecido en el artículo 6.1 de dicho Convenio.

Las primeras sentencias destacadas son las de 9 de diciembre de 1994 *Refinerías griegas Stran y Stratis Andreatis v. Grecia*, *Building Societies*, de 2 de octubre de 1997; y *Papageorgiou v. Grecia*, de 22 de octubre de 1997. Luego han seguido otras importantes como *Zielinsky y Pradal v. Francia*, de 28 de octubre de 1999; *Anagnostopoulos v. Grecia*, de 7 de noviembre de 2000; *Adamogiannis v. Grecia*, de 14 de marzo de 2003; *SCM Scanner de l'Ouest Lyonnais y otros v. Francia*, de 21 de junio de 2007, etc.

El punto de partida de la jurisprudencia citada es que las validaciones son posibles, pero el artículo 6 de la Convención europea contiene principios con los que este tipo de decisiones son normalmente incompatibles. Por consiguiente, es necesario invocar «imperiosos motivos de interés general» para que pueda justificarse «la injerencia del poder legislativo en la administración de justicia con el fin de influir en el desarrollo judicial de un litigio».

Establecido lo cual, el Tribunal de Estrasburgo acepta que el artículo 6.1 del Convenio no tiene carácter absoluto, de modo que una ley puede condicionar y limitar los derechos en él consagrados cuando los fines que justifican la decisión son legítimos y proporcionados al fin que se pretende obtener. En fin, como explica la sentencia *Building Societies* citada, «el artículo 6.1 no puede, sin embargo, interpretarse, como incompatible con la injerencia de los poderes públicos en un proceso judicial pendiente». Por muy fuerte que sea el interés protegido por el artículo 6.1, es posible que los poderes públicos dicten una ley que se justifique en motivos de interés general «aún más imperiosos».

La verificación de que concurren estas circunstancias, la ha administrado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos con un punto más de exigencia que la jurisprudencia francesa, ya que, como revela la sentencia de aquel Tribunal de 28 de octubre de 1999, no estimó compatible con el artículo 6.1 una validación cuya compatibilidad con la Constitución francesa había sido admitida antes por el Consejo Constitucional.

114.
Compatibilidad con
el artículo 6.1
CEDH.

115.
Fines legítimos y
proporcionales.

Comentando esta jurisprudencia, MATHIEU ha observado que los valores que pone en juego el artículo 6.1 del Convenio, con los que hay que enfrentar la legitimidad de las validaciones, son, a la postre, los mismos que resultan del sistema constitucional francés: la garantía de los derechos y la separación de poderes, que son las dos reglas imprescindibles, según el artículo 16 citado de la Declaración de Derechos de 1789, para que un Estado pueda afirmar que tiene Constitución.

d) En España, naturalmente, también se puede rastrear una práctica, casi nunca abierta, siempre algo oscurecida, de validaciones legislativas. Muchas decisiones de convalidación se encubren en decisiones con otra apariencia, de manera que es, en nuestra experiencia, difícil de determinar si estamos ante una interferencia directa del legislador en el ejercicio de la función jurisdiccional.

Se pueden traer a colación, a tal respecto, muchos eventos legislativos que pueden interpretarse desde la perspectiva de las validaciones: por ejemplo, cuando se dictó la Ley de Atribuciones de los arquitectos e ingenieros técnicos de 1 de abril de 1986, se pretendió abiertamente cambiar el sentido de una jurisprudencia, que no resultaba favorable a las pretensiones de aquellos profesionales cuya realización le pareció, sin embargo, justo al legislador (contrástese la Ley con las sentencias de 7 de octubre de 1983, 28 y 31 de enero y 11 de abril de 1985, entre otras muchas de la época). Cuando el gobierno, en un ámbito completamente distinto, mostró su disconformidad política con las cuotas obligatorias que venían cobrando las Cámaras de la Propiedad Urbana, tuvo que enfrentarse con una jurisprudencia que las consolidaba de modo manifiesto y declaraba su legitimidad (sentencias de 1 de diciembre de 1986 y 29 de noviembre de 1987). Después de las sentencias y para evitar la perpetuación de su doctrina y la consolidación de las cuotas, dos normas sucesivas afrontaron directamente la decisión de extinción (Leyes de Presupuestos de 23 de diciembre de 1987 y de 28 de diciembre de 1988). En alguna ocasión, la decisión de convalidación ha sido mucho más concreta: acordado por la Sentencia de 26 de enero de 1988 de la Audiencia Territorial de Valencia, que el denominado «sorteo del oro» de la Cruz Roja estaba sometido a impuestos, como esta circunstancia podía dificultar la comercialización ulterior del sorteo, y además suponía establecer un régimen distinto del que se aplica a los sorteos de la Lotería Nacional, una Ley de 25 de mayo de 1988, mientras se sustanciaba el proceso en el Tribunal Supremo, cambió el régimen tributario del «sorteo del oro» haciendo imposible la ejecución de la sentencia de la Audiencia Terri-

116.

Los derechos y la separación de poderes.

117.

Práctica de convalidación.

torial. En algunas ocasiones las Comunidades Autónomas han aprendido este camino de las convalidaciones (por ejemplo, Ley de Presupuestos de Cataluña de 31 de diciembre de 1988, Disposición Adicional, o Ley de la Comunidad de Madrid 1/1987, de 5 de marzo, en relación con cementerio supramunicipal).

Pero al margen de estos antecedentes, la recepción general de la doctrina de las convalidaciones legislativas ha tenido lugar en España en virtud de las Sentencias del Tribunal Constitucional 73/2000, de 14 de marzo (asunto *Presa de Itoiz*), y 273/2000, de 15 de noviembre (asunto *canon de saneamiento*). Las dos abordan la cuestión planteada usando las mismas consideraciones constitucionales, que resumimos usando el primer caso citado cuya argumentación han mantenido las SSTC 129 y 223/2013 y 50/2015, de 5 de marzo.

La sentencia analiza si una modificación, acordada por la Comunidad Foral Navarra, de su Ley de Espacios Naturales Protegidos, que cambiaba el régimen de protección medioambiental aplicable al objeto litigioso, mientras se tramitaba un procedimiento judicial, afecta, entre otros, a los principios de interdicción de la arbitrariedad y de tutela judicial efectiva.

El Tribunal Constitucional, en el marco de argumentos extensísimos, quizá en exceso, y entrando en pormenores que tal vez, para mayor claridad de su doctrina, podría haber evitado, concluye afirmando que la modificación legislativa se produjo mediante una ley de carácter general. El legislador tiene, naturalmente, la potestad de sustituir sus normas por otras, aunque la aplicación de las iniciales esté sometida a cualquier controversia en sede judicial. No se trataba de una ley concreta que tuviera el objetivo específico de interferirse en el ámbito de las potestades jurisdiccionales.

Pero aunque la conclusión sea que no existió en el caso convalidación legislativa de ningún género, la cuestión suscitada al Tribunal le permitió establecer una minuciosa doctrina sobre la compatibilidad con nuestra Constitución de operaciones legislativas de aquel género.

Los valores y derechos constitucionales que hay que preservar, según resulta de la sentencia, por cualquier validación, y que, en el caso examinado, no fueron vulnerados, son en primer lugar, el de interdicción de la arbitrariedad (artículo 9.3 en relación con el 24.1 CE) que exige que la ley tenga una justificación racional y razonable. En segundo lugar, que no afecte a la ejecución de una sentencia firme, pero, para valorar este extremo, debe tenerse en cuenta que el Tribunal Constitucional ha admitido que pueden existir muchas razones

118.
Posición del
Tribunal
Constitucional.

119.
Límites
constitucionales.

sobrevenidas, todas ellas constitucionalmente legítimas, que impidan la ejecución de una sentencia. La propia Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa prevé supuestos de inejecución de las sentencias (actualmente artículo 105.2 LJCA de 1998). Lo que le permite concluir que, por el solo hecho de que una sentencia devenga inejecutable, no se convierte en inconstitucional la ley que produce ese efecto impeditivo. Tendrían que concurrir otros requisitos, como el de pretender directa y manifiestamente la producción de tal efecto, y obtenerlo efectivamente sin ninguna justificación seria. Dice el Tribunal Constitucional que «cuando el legislador imponga requisitos o limitaciones al ejercicio del derecho fundamental (consagrado en el artículo 24.1 CE) su legitimidad constitucional habrá de ser examinada para comprobar si responden a razonables finalidades de protección de valores, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guardan debida proporcionalidad en dichas finalidades».

Tiene que concurrir «una razón atendible». Utiliza también el Tribunal Constitucional el requisito, que hemos visto sentado en la jurisprudencia comparada, de que la finalidad perseguida sea constitucionalmente legítima. La concurrencia de este interés es examinada pormenorizadamente por el Tribunal, para concluir que el fin perseguido es legítimo, constitucionalmente razonable, y proporcionado. El Tribunal Supremo está aplicando estos mismos criterios para decidir sobre la legalidad de validaciones acordadas por normas administrativas, como puede comprobarse ampliamente en la Sentencia de 16 de mayo de 2014 (rec. cas. 1621/2013) y el interesante voto particular sostenido por dos magistrados.

De los análisis anteriores sobre el fenómeno de las validaciones legislativas se deduce que es una cuestión compleja que tiene que ser analizada usando el conjunto completo de respuestas técnicas que implica. Si una validación legislativa es siempre una intervención del legislador que tiende a impedir el desarrollo de un proceso en marcha contra una decisión administrativa, o a obstaculizar la ejecución de lo decidido o privarlo de efectos, en verdad las variables que tal actuación del legislador puede presentar en la práctica son difíciles de catalogar.

Pero, recapitulando, para concluir, las hipótesis más comunes y las respuestas constitucionalmente posibles, puede establecerse el siguiente catálogo:

1.º Las leyes de validación pueden ser leyes generales o singulares, dependiendo de que la afectación al proceso se produzca como

120.
Igualdad.

121.
Ejecución de sentencias.

122.
Formalidad razonable.

123.
Finalidad constitucionalmente legítima de la convalidación.

124.
Tipología de convalidaciones y compatibilidad con la Constitución.

consecuencia de una nueva regulación general, que, directa o indirectamente, produce tal efecto, o sea, consecuencia de una interferencia concreta y específica, pensada para actuar sobre la decisión judicial, en preparación o acordada. Del hecho de que la intervención sea especial no deriva necesariamente que sea constitucionalmente inadmisibles, ya que, como hemos visto, las leyes singulares son constitucionalmente admisibles si cumplen los requisitos que ya hemos estudiado en un apartado anterior.

2.º Si la intervención del legislador consiste en modificar el Derecho aplicable, de modo que se condiciona o influye de esta manera en la decisión que va a adoptar un órgano jurisdiccional, también tal operación es inicialmente legítima y será constitucionalmente irreprochable en casi todas las ocasiones, ya que es al legislador a quien incumbe fundamentalmente en nuestro ordenamiento fijar las reglas de Derecho a que tienen que atenerse los jueces al juzgar.

3.º Estos cambios de las normas aplicables también son incuestionables cuando lo que pretenden es solucionar problemas de insuficiencia de rango de normas inferiores (si se anula o va a anular un reglamento por falta de cobertura legal o por infringir la reserva de ley, la ley misma puede solventar estos defectos). Incluso cuando actúa después de que la decisión judicial se ha producido: es evidente que un reglamento anulado puede ser sustituido por otro dictado una vez subsanados los defectos que determinaron la anulación, aunque la regulación material contenida en aquel se repita.

4.º Estos supuestos de intervención legislativa sobre el Derecho aplicable por el juez tienen una trascendencia similar, desde el punto de vista del ejercicio de la jurisdicción, que los cambios de jurisprudencia. También la sustitución de los precedentes establecidos por los tribunales por una doctrina nueva determina un cambio del Derecho aplicable (estudiaremos más detenidamente este fenómeno un poco más adelante). Y, desde luego, son posibles tales cambios salvo que se afecte a los principios que se refieren seguidamente.

5.º Lo que no pueden ser las intervenciones legislativas que afectan a procesos en curso es de carácter retroactivo, cuando las regulaciones nuevas son limitativas de derechos o su contenido es sancionador porque, en tal caso, incurrirían en la prohibición de retroactividad establecida en el artículo 9.3. Tampoco puede ser una regulación legal imprevisible o, en ámbitos de limitación, restricción de derechos o sanción, incierta, porque vulneraría también el principio de seguridad jurídica (artículo 9.3) y el de la *lex certa* (artículos 24 y 25 CE y

SSTC 120/1996, 113/1987, 26/1994, 122/1987, 137/1997, 142/1999, 13/2003, entre otras muchas).

6.º Si la ley nueva se dicta sin ninguna justificación, falta en ella todo fundamento y razón y, solamente, se pretende aplicar la fuerza de la ley contra lo que se pueda decidir en un proceso, la ley en cuestión incurriría en arbitrariedad, carecería de una justificación constitucional razonable, y sería nula por esta causa (artículo 9.3), además de por vulnerar el derecho al proceso sin razones atendibles (artículo 24 CE y su parangón en el artículo 6.1 CEDH tal y como, según hemos visto, lo interpreta el TEDH).

Y 7.º Cuando el legislador, en fin, actúa, directa o indirectamente, sobre un procedimiento judicial concreto y en curso, cambiando sus reglas o condicionando su tramitación, o afecta a lo resuelto en sede jurisdiccional, la convalidación puede vulnerar directamente dos prescripciones constitucionales: el artículo 117.3 en cuanto que reserva a los jueces y tribunales la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado; y el artículo 24, vinculado a la misma reserva jurisdiccional pero conteniendo el derecho de los particulares a ser juzgados por jueces y tribunales en el marco de procedimientos con reglas y efectos previamente tasados.

Siempre sería posible que una ley, aun en estos casos, privara a un ciudadano de los derechos que una sentencia le ha reconocido. Pero tal ley estaría habilitada constitucionalmente por lo que establecen los párrafos 2 y 3 del artículo 33 de la Constitución. De manera que su legitimidad constitucional dependería, por un lado, de que existiera una razón justificativa suficiente y, por otro, de que previera la correspondiente indemnización (análogicamente la situación puede parangonarse con los supuestos de inejecución de sentencias que contempla el artículo 105 LJCA de 1998).

4. RESERVA DE ADMINISTRACIÓN Y RESERVA DE JURISDICCIÓN EN LA CONSTITUCIÓN DE 1978

De lo que se ha expuesto en los apartados precedentes resulta la conclusión general, que podemos reiterar ahora como presupuesto de lo que va a exponerse seguidamente, que en nuestro sistema constitucional existen garantías suficientes para asegurar jurisdiccionalmente el sometimiento de la ley a la Constitución. Tal control opera, sobre todo, evitando contradicciones entre las regulaciones legales y las constitucionales. Algunos de estos límites están vinculados a que las leyes, por razón de que su contenido material, pretendan resolver con-

troversias, más propias de la función jurisdiccional, o adoptar decisiones que deberían corresponder a la gestión administrativa.

El principio de primacía de la ley deja abierta la posibilidad de que esta se refiera a cualquier objeto o materia. Sin embargo, como también hemos visto en los apartados precedentes, tanto la doctrina como la jurisprudencia coinciden con reiteración en creer que el principio de separación de poderes supone alguna suerte de límite al legislador.

A continuación, trataremos de desentrañar la naturaleza real de dichos límites y su reconocimiento o no en la Constitución vigente.

A) **La reserva de Administración: sentido y crítica de la tesis**

Puede seguirse con facilidad una preocupación conectada, desde mediados del siglo XIX, al menos, con el dogma de la soberanía de la ley: el sometimiento a ella tanto de los ciudadanos, como de los demás poderes del Estado, determina, en el caso de estos últimos, que aquella pueda asumir el ejercicio de funciones meramente administrativas o jurisdiccionales. En el caso de las administrativas, la interferencia del legislador siempre arrastra los consabidos problemas de falta de medios y técnicas de gestión idóneas como para que aquel pueda permitirse sustituir la mejor preparación y posicionamiento, ante la sociedad, de la burocracia administrativa.

Cuando tales interferencias son ocasionales, siempre es posible justificarlas precisamente por su excepcionalidad. Pero cuando las visitas que el legislador hace a los dominios de la Administración son frecuentes, ocurre que el esquema teórico de separación de poderes, acogido por la Constitución, tiende a resquebrajarse, y toda una compleja organización, como es la administrativa, queda desplazada, o al menos no es empleada con la intensidad suficiente.

Desde los primeros momentos de la Revolución francesa, los miembros de la Asamblea lucharon principalmente contra un ejecutivo fuerte. Al contrario de lo que ocurrió en Estados Unidos, donde se potenció el ejecutivo, en perjuicio del legislador, porque para los colonos americanos aquel legislador era el opresivo Parlamento inglés, en Francia los revolucionarios potencian el legislativo, establecen el reino de la ley, como reacción a un ejecutivo preeminente, que es el que conocen por el absolutismo regio del Antiguo Régimen.

Cuando se desarrolla el Estado de Derecho legal, a lo largo del siglo XIX, junto al legislador se potencia también la función jurisdiccional (cuya posición constitucional también había sido, por la misma

125.

Las leyes de administración.

126.

El debilitamiento del ejecutivo.

razón de falta de confianza, reducida inicialmente por los revolucionarios franceses). El crecimiento de las formas de control de la Administración por parte de la jurisdicción, por un lado, y la omnipotencia del legislador, por otro, concluyen en un equilibrio entre los tres poderes en cuyo marco era la Administración la que ocupaba la posición más débil, como notó E. FORSTHOFF a la vista de la situación del Estado de su tiempo.

A partir de los años setenta del siglo xx empieza a producirse una reacción, muy firme en Alemania, frente a este estado de cosas. Por lo pronto, se reivindica la posición constitucional de la Administración. Aunque el ejecutivo sea un poder subordinado a la ley, tiene una posición constitucional propia, anclada en la Constitución que le confía directamente la atención de los intereses generales. Bien es verdad que no tiene una vinculación directa con el pueblo, como ocurre con los representantes parlamentarios, ya que se trata de una organización servicial de carácter meramente burocrático. Pero se recuerda que la Administración acostumbra a actuar utilizando procedimientos formalizados, que implican habitualmente la participación de los ciudadanos interesados. De manera que se subraya el carácter legitimador que el procedimiento administrativo tiene.

La reivindicación de la posición constitucional de la Administración, también requerirá poner en cuestión el asentado principio de la habilitación positiva. Según esta regla, cuyos orígenes y desarrollos estudiaremos un poco más adelante, la Administración necesita para actuar contar con una habilitación concreta y específica de la ley, a la que corresponde siempre delimitar el contenido de sus atribuciones y establecer los fines a los que debe la Administración atender. Frente a esta doctrina, se empieza a reconsiderar el ámbito material máximo al que deben extenderse las regulaciones legales, que nunca deben pretender anticiparse o sustituir completamente a la Administración. La ley debe constreñirse a formular las normas principales (doctrina de la esencialidad, formulada inicialmente por OPPERMANN y recogida en diversas decisiones por el Tribunal Constitucional Federal alemán). La Administración debe completar esas determinaciones bien mediante normas propias, bien con ocasión de la aplicación de las reglas generales a casos concretos. La presión favorable a reconsiderar la posición constitucional de la Administración llevará incluso a repensar la doctrina de la reserva de ley (Sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 8 de agosto de 1978), para exigir, al menos, su utilización ponderada, que no impida la coexistencia de una actividad administrativa autónoma, lo que supondrá siempre reservar para la Administración

127.

La posición constitucional de la Administración.

128.

Ley y decisión esencial.

las tareas de gestión que se corresponde material y naturalmente con su actividad tradicional.

En este contexto de preocupaciones aparece el debate doctrinal sobre la *Verwaltungsvorbehalt*, la reserva de Administración, que es objeto de un debate específico en la reunión de 1984 de la Asociación alemana de Profesores de Derecho Público. Formulan ponencias en aquella reunión H. MAURER y E. SCHNAPP.

129.
Fundamento
constitucional.

El primero parte de que el concepto de reserva de Administración es nuevo para la doctrina del Derecho Público. Pero si se debate sobre él es como consecuencia de la expansión inmoderada del poder del legislador, que reduce a la Administración a esferas cada vez más estrechas y limita o condiciona sus actuaciones. Pero, siendo este problema cierto, no es posible encontrar bases constitucionales en las que asentar una reserva de Administración. Donde MAURER ve posibilidades de fundar constitucionalmente dicha reserva, es en la consagración en la Ley Fundamental de una función de ejecución de las leyes. La distinción entre legislación y ejecución debe tener por consecuencia que el legislador no pueda producir leyes singulares y regulaciones demasiado estrechas, que cierren del todo el espacio de la función administrativa.

E. SCHNAPP coincide exactamente en la negación de una base constitucional para la reserva de Administración. Pero del mismo modo, observa que tampoco la hay para sostener la existencia de una reserva de ley total y absoluta, de la que derivar justificadamente que el ejecutivo depende siempre y en todo caso del Parlamento. Las posibilidades de la reserva de Administración las sitúa el autor citado en la legitimación democrática del ejecutivo, posición constitucional que permite a este el desarrollo de su actividad con suficiente autonomía. Se niega, por tanto, que exista un derecho del Parlamento para inmiscuirse con libertad en las funciones del ejecutivo.

En España A. EMBID fue el primero que llamó la atención sobre la importancia de esta doctrina y la conveniencia de reflexionar también entre nosotros sobre la legitimación democrática de la Administración, en la que puede apoyarse el reconocimiento de una posición, en algunos aspectos, equiordenada con la del legislador. También fue destacada aquella posición democrática por L. PAREJO entre otros.

130.
Ocupación
excepcional de la
función de
administrar.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, rara vez se ha enfrentado con el problema de las leyes que asumen tareas administrativas. Más atrás hemos referido el caso de la Sentencia Rumasa II (STC 116/1986), en la que se aceptan tales ocupaciones por el legisla-

dor de funciones ajenas por razón de su excepcionalidad. El Tribunal declara que tal sustitución, si fuera ordinaria, afectaría a la separación de poderes consagrada en la Constitución. Una argumentación parecida desarrolló la STC 50/2015, de 5 de marzo, que resume otros antecedentes en el mismo sentido.

En verdad, sería inconcebible que tales invasiones de competencias administrativas por el legislador ocurrieran ordinariamente. Ni habría principio de razón que lo justificara, ni el legislador podría actuar con la eficacia que se exige (artículo 103.1 CE) a la Administración Pública.

Pero la minoración de las responsabilidades de la Administración, por obra de la legislación, puede consistir tanto en la asunción positiva de ciertas decisiones directamente por la ley, como por la atribución de funciones administrativas a sujetos distintos de la Administración Pública. Tal ha empezado a ocurrir, con particular intensidad desde finales del siglo xx, como consecuencia de la sustitución de la gestión encomendada a la Administración Pública por la autoadministración, en algunos sectores económicos relevantes.

Ni en uno ni en otro caso parece posible encontrar límites a los poderes decisorios del legislador. La sustitución directa por la ley de una decisión que debería corresponder a la Administración, por ser materialmente administrativa, solo puede plantear problemas constitucionales, a nuestro juicio, cuando afecta, además de la separación de poderes, a algún derecho fundamental cuyo reconocimiento o ejercicio se quebrante de algún modo constitucionalmente ilegítimo (por ejemplo, el derecho a la defensa, artículo 24 CE, sumado a lo establecido en los artículos 117.3, 103.1 y 106.3 CE, como señalamos infra al tratar de la reserva de jurisdicción).

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de diciembre de 2009 (*Comisión v. Alemania*) contempla un supuesto en el que el derecho comunitario impone abiertamente una reserva de Administración en perjuicio del principio de universalidad de la ley. La sentencia reprocha al legislador alemán haber restringido la discrecionalidad de la autoridad nacional reguladora de las telecomunicaciones, a la que corresponde apreciar si un mercado debe o no ser regulado, definir los nuevos mercados y priorizar los diferentes objetivos que las directivas en la materia se proponen alcanzar. Las directivas en materia de telecomunicaciones (2002/19, 2002/21 y 2002/22/CE) atribuyen a las llamadas «Autoridades Reguladoras Nacionales» amplias facultades para conseguir «en la mayor medida posible» los objetivos fijados en el artículo 8 de la denominada «Directiva marco» (2002/21/CE).

131.
*Reserva de
Administración
impuesta
por el Derecho
comunitario
europeo.*

Como la encomienda está hecha directamente a las autoridades administrativas reguladoras, una interferencia del legislador estatal, restringiendo la discrecionalidad que la Directiva les atribuye, tiene el efecto de reducir las potestades de actuación de las mismas. Y esta intervención legislativa la consideró la sentencia citada contraria a la Directiva. De aquí se deduce que la Directiva impone a los Estados miembros que, al trasponerla al Derecho interno, establezcan una reserva de Administración. La sentencia, en efecto, concluye: «... como señala el Abogado General en el punto 64 de sus conclusiones, corresponde igualmente a las ANR (Autoridades Reguladoras Nacionales), y no a los legisladores nacionales, efectuar la ponderación de esos objetivos a la definición y el análisis de un mercado pertinente susceptible de regulación».

B) La fundamentación constitucional de la reserva de jurisdicción

La argumentación relativa a la existencia en nuestra Constitución de una reserva de jurisdicción se plantea en términos bastante distintos de los que acaban de exponerse para la reserva de Administración.

En el caso de las relaciones entre la legislación y la jurisdicción está también en juego el principio de separación de poderes. La imposibilidad de desconocerlo, es lo que ha permitido al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en los casos de validaciones legislativas, afirmarlo como un límite a la libre disposición de la ley. Pero, al mismo tiempo, la reserva de jurisdicción es una exigencia derivada del principio de independencia de la Justicia (artículo 117.1 CE) y de la exclusividad de sus funciones (artículo 117.3 CE), que son instrumentalmente imprescindibles para que pueda tener plenitud el derecho de tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24 de la Constitución.

Al servicio de tales principios y derechos estuvo, desde los primeros años del constitucionalismo, la prohibición, establecida tanto en América como en Europa, de que el legislador se entrometiese en la función de juzgar, o dictase decisiones con el valor de sentencias.

Bien es verdad que de los tiempos preconstitucionales en los que el legislativo desarrolló ordinariamente aquella función jurisdiccional, quedaban, en todos los sistemas constitucionales, algunos restos. Determinadas excepciones han surgido también, no por razones históricas sino por la necesidad de atribuir determinadas decisiones políticas al Parlamento condicionando de esta manera la actuación de los jueces.

En nuestra Constitución, residuos de una función materialmente jurisdiccional pueden encontrarse, por ejemplo, en el artículo 102.2, que al referirse a la acusación que pueda formularse al Presidente o a otros miembros del Gobierno por traición o por delitos contra la seguridad del Estado, exige que aquella sea planteada «por iniciativa de la cuarta parte de los miembros del Congreso y con la aprobación de la mayoría absoluta del mismo».

Las autorizaciones previas para el procesamiento de diputados y senadores, también suponen el ejercicio de una función materialmente vinculada a la Justicia: artículo 71.2 CE (sobre su límite y alcance, tuvo que pronunciarse muy rápidamente el Tribunal Constitucional: Sentencias 36/1981, de 12 de noviembre; 51/1985, de 10 de abril; 90/1985, de 22 de julio; Autos 147/1982, de 22 de abril; 526/1986, de 18 de junio; Sentencia 243/1988, de 19 de diciembre, etc.).

Pero, sin perjuicio de aquellos residuos de potestades jurisdiccionales, habrá que convenir que la Constitución impone límites más severos a las leyes que regulan la jurisdicción, que las que organizan y delimitan la función administrativa. De ello podrían ponerse muchísimos ejemplos: algunos límites derivan de la intervención en el proceso legislativo de un órgano constitucional especializado, como es el Consejo General del Poder Judicial (SSTC 45/1986 y 108/1986); la jurisprudencia se ha pronunciado contra las leyes que desconocen o limitan el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva, o suponen un desconocimiento de las funciones que deben corresponder a los jueces y tribunales [la STC 39/1983, de 16 de mayo, reconoció que la limitación del derecho a recurrir contenido en el artículo 40.f) LJCA de 1956, era inconstitucional; la STC 80/1983, de 10 de octubre, que también lo era la exclusión de control de las resoluciones dictadas por el Tribunal de Defensa de la Competencia; la STC 22/1984, de 17 de febrero, declaró que la Administración precisa una autorización judicial para entrar en domicilios privados, etc.]; en fin, son incontables las decisiones que condenan intervenciones del legislador que reducen la plenitud de acción de la Justicia, la limitan o tratan de sustituirla (SSTC 1/1981, de 26 de enero; 101/1984, de 4 de noviembre; 85/1988, de 6 de mayo; 145 y 164/1988, entre las primeras formulaciones).

Sin embargo, cuando nos referimos a la reserva de jurisdicción, estamos sosteniendo que la Constitución establece que determinadas decisiones que son materialmente jurisdiccionales por su contenido, deben ser adoptadas necesariamente por los jueces y tribunales. Les pertenecen en exclusiva, según determina el artículo 117.3. Ciertamente, no es fácil acotar, a falta de mayores precisiones en la Consti-

133.
*Posición
constitucional de la
Justicia.*

134.
*Exclusividad de la
función
jurisdiccional.*

tución, cuáles son las decisiones materialmente jurisdiccionales que solo pueden ser ejercidas por los jueces y tribunales. En un contexto constitucional en el que domina, como ya hemos visto, el concepto de ley formal, no existe ningún límite inicialmente a la potestad dispositiva del legislador derivado de las reservas materiales establecidas a favor de otros poderes del Estado. Desde luego, como ya hemos sostenido, dicho límite es constitucionalmente inencontrable para cuanto concierne a la asunción por el legislador del ejercicio de funciones materialmente administrativas.

No obstante la aludida dificultad, la sostenibilidad constitucional de la reserva de jurisdicción se plantea en términos que admiten una fundamentación sólida. Nótese, en primer lugar, que tanto la jurisprudencia constitucional, como la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, aun sin utilizar directamente aquella noción, han sostenido en diferentes ocasiones que del principio de separación de poderes y del derecho de acceso pleno de los ciudadanos a la Justicia, puede derivarse que el legislador tiene vedado adoptar algunos tipos de decisiones de carácter jurisdiccional. Utilizando ejemplos ya desarrollados en apartados anteriores, esta doctrina resulta de las sentencias RUMASA I y RUMASA II del Tribunal Constitucional. Esta última termina admitiendo que una ley singular no tiene por qué afectar necesariamente al derecho a la tutela judicial efectiva; pero establece tal conclusión afirmando que resulta posible al ciudadano, afectado por tales decisiones legislativas singulares, utilizar en su defensa las cuestiones de constitucionalidad como vía para que sean controladas las leyes que afectan a sus derechos.

Sin embargo, que tal cauce sea suficiente para entender satisfecho el Derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, resulta más que discutible como explicó bien el rotundo voto particular de RUBIO LLORENTE a la STC 116/1986, en términos que ya hemos reproducido y que compartimos plenamente. La jurisprudencia posterior ha ahondado en esta exigencia (un resumen en la STC 50/2015), como hemos comprobado al tratar de las leyes singulares.

Una ley singular expropiatoria, como era el caso, no tiene por qué suponer, sin embargo, ninguna suplantación de la Justicia, sino que consistirá en la incorporación a la ley de decisiones que normalmente son objeto de un procedimiento administrativo específico que corresponde desarrollar a la Administración Pública. La reserva de jurisdicción quedaría afectada si la ley excluyera todo control jurisdiccional de su contenido, lo que no fue el caso. Pero cuando la reserva queda directamente atacada es en los supuestos en que, por medio de una

ley, se sustituyen los procedimientos judiciales ordinarios por otros de caso concreto, se altera el principio del juez natural, se impide el conocimiento judicial de determinados asuntos, se sustituye la resolución de las controversias encomendadas a la jurisdicción por una decisión propia del legislativo, o se impide la ejecución de lo juzgado.

La reserva de jurisdicción se delimita materialmente considerando que la función que se atribuye en exclusiva a los jueces y tribunales es «juzgar y ejecutar lo juzgado» (artículo 117.3).

Desde esta perspectiva, los límites de la disponibilidad del legislativo en relación con la jurisdicción, aparecen más claramente. Todas las veces que el Consejo de Estado o el Consejo Constitucional franceses, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, o nuestro propio Tribunal Constitucional se han pronunciado en relación con supuestas validaciones legislativas, un parámetro de análisis de su legitimidad ha sido la separación de poderes y la preservación de las funciones de juzgar y ejecutar lo juzgado que materialmente están encomendadas a los jueces y tribunales.

La reserva existe porque ordinariamente los demás poderes deben respetarla. Que el ordenamiento permita alguna dispensa a dicha regla general, y que así lo reconozca la jurisprudencia, no es argumento suficiente para negarla. Muy pocas instituciones jurídicas, por mucha rotundidad con que estén afirmadas en la Constitución misma, no conocen alguna clase de excepción en su régimen jurídico ordinario, sobre todo cuando concurren otros intereses generales que la reclaman.

Incluso nuestro Tribunal Constitucional ha contribuido a deslindar mejor el ámbito material de las funciones exclusivas de la jurisdicción, extendiéndola no solo a la tarea de aplicar las leyes con ocasión de conocer de controversias entre partes, sino también reteniendo para la jurisdicción la función de interpretarlas. Al menos, por lo que concierne a la interpretación de la Constitución, el Tribunal Constitucional ha impuesto severos límites al legislador. Han servido estos no solo para impedir que la ley pueda asumir una función constituyente que no le pertenece, sino también para que no pueda constreñir el legislador la tarea interpretativa que corresponde a los jueces y tribunales cuando aplican cualquier norma, y muy especialmente cuando aplican la Constitución.

La Sentencia del Tribunal Constitucional de 5 de agosto de 1983 (asunto *LOAPA*) reprobó un proyecto de ley (admitía entonces la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional los recursos previos de inconsti-

135.

Contenido material de la reserva.

136.

Excepciones a la reserva.

137.

Reserva de la interpretación constitucional.

tucionalidad, que luego fueron suprimidos) en el que el legislador llevaba a cabo la interpretación de algunos conceptos utilizados reiteradamente en la Constitución, como «bases» o «legislación básica», fijando su sentido.

Frente a este intento, el Tribunal Constitucional dijo que «el legislador ordinario no puede dictar normas meramente interpretativas, cuyo exclusivo objeto sea precisar el único sentido, entre los varios posibles, que deba atribuirse a un determinado concepto o precepto de la Constitución, pues, al reducir las distintas posibilidades o alternativas del texto constitucional a una sola, completa de hecho la obra del poder constituyente y se sitúa funcionalmente en su mismo plano, cruzando al hacerlo la línea divisoria entre el poder constituyente y los poderes constituidos». Al mismo tiempo que formulaba tal reproche al legislador, recordaba que la función de interpretar la Constitución le corresponde fundamentalmente al Tribunal Constitucional. Su jurisprudencia ha terminado por especificar la significación de conceptos como el de «bases» o «legislación básica», en similares términos a como el gobierno pretendía hacerlo en aquel proyecto de ley considerado contrario a la Constitución. Esta simple constatación es una buena prueba de que se niega al legislador el ejercicio de una función que normalmente desarrolla la jurisdicción. Lo hace el Tribunal Constitucional, respecto de los preceptos de la ley fundamental, en el nivel más vinculante y elevado. Pero la misma tarea puede y debe ser desarrollada también por los jueces y tribunales ordinarios.

Partiendo de asumir que la teoría de la reserva de jurisdicción, tal y como ha sido expuesta por nosotros, es incontestable como tal construcción teórica, algunos autores, como REQUEJO PAGÉS, y MOTILLA MARTOS, han señalado la dificultad de acotar con seguridad los ámbitos materiales que comprende, y sobre todo, que una ley que se introdujera en el ámbito de la jurisdicción no podría ser tachada de inconstitucional si no imposibilita la reacción de los destinatarios de sus disposiciones para combatirlas ante la jurisdicción. Esta observación les lleva a afirmar que las leyes que contienen decisiones de carácter jurisdiccional son constitucionalmente legítimas, siempre que puedan ser recurridas ante la jurisdicción. Es decir, siempre que preserven la función de control de todo el sistema constitucional que está atribuido a los jueces y tribunales. La idea conecta con la jurisprudencia Rumasa, antes referida, pero, a nuestro juicio, incurre en una evidente petición de principio, porque el control de la ley y su posible anulación será por apreciar que se ha vulnerado la reserva de jurisdicción que es, justamente, la regla cuya definición material se está buscando.

Siguiendo esta invitación a delimitar exactamente el contenido material de la reserva, A. BOIX PALOP ha propuesto concretarlo en el contenido de la cosa juzgada. Si la reserva de jurisdicción protege el ejercicio de la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, el núcleo esencial de esta queda afectado cuando otro poder público se interfiere en decisiones jurisdiccionales que son irreversibles y finales.

Resulta, sin embargo, cuestionable esa equiparación entre reserva de jurisdicción y cosa juzgada. Además de que el concepto de cosa juzgada está vinculado a la irreversibilidad de las decisiones que es oponible a cualquier otro órgano judicial y no frente al legislador, es evidente que hay decisiones judiciales que no reconocen derechos individuales sino que hacen declaraciones objetivas atinentes, por ejemplo, a la nulidad de una norma. En todos estos casos, la cosa juzgada no impide que el legislador intervenga convalidando la norma anulada, sustituyéndola o dándole la cobertura de que inicialmente carecía.

Realmente, como ya hemos insistido en decir, es difícil establecer con detalle el contenido material específico de la reserva de jurisdicción. Puede definirse utilizando categorías generales cuya aplicación a casos concretos tendrán que precisarse con ocasión de cada controversia en particular. En verdad, el problema no es muy distinto del de la definición de la reserva de ley: no es fácil avanzar más allá de afirmar que su contenido material es la regulación de los derechos y libertades, o las decisiones esenciales sobre todos los asuntos de interés general. Y, sin embargo, la definición deja abierto el difícil problema de concretar más los casos límite en que se plantean problemas de saber si estamos ante una regulación o ante una intervención, o si la materia regulada es verdaderamente esencial.

Aun partiendo de estas dificultades, el contenido material de la reserva puede definirse en los siguientes términos:

1.º Se afecta, sin duda, a la reserva de jurisdicción cuando una ley excluye todo control jurisdiccional en decisiones adoptadas directamente por ella en sustitución de la Administración, que es la que tiene encargada por la legalidad las intervenciones ordinarias a las que la ley singular se refiere.

No compartimos, por tanto, el criterio de la mayoría del Tribunal Constitucional en la Sentencia Rumasa, antes citada, y sí lo afirmado en el voto particular de RUBIO LLORENTE, en el sentido de que una decisión singular, de naturaleza expropiatoria, contenida en una ley, no puede eliminar los recursos jurisdiccionales, so pena de inconstitucio-

139.

Reserva de jurisdicción y cosa juzgada.

140.

El contenido material de la reserva de jurisdicción.

141.

Decisiones administrativas del legislador.

alidad. Y las cuestiones de constitucionalidad, que pueden servir para llevar el problema al Tribunal Constitucional, no son una alternativa aceptable, ya que ni están disponibles para los particulares afectados (sino que solo pueden plantearse por órganos jurisdiccionales), ni son acciones planteables ante un órgano (el Tribunal Constitucional) integrado en el orden jurisdiccional ordinario.

2.º Por una razón semejante, afectan a la reserva de jurisdicción todas las leyes materialmente administrativas, caracterizadas por adoptar decisiones que no están reservadas a la ley.

En un sistema constitucionalmente descentralizado como el nuestro, donde coexisten diecisiete legisladores autonómicos, en ocasiones elegidos en representación de demarcaciones provinciales no muy extensas, pueden formarse mayorías homogéneas que no tengan ninguna dificultad en gobernar o administrar a golpe de leyes, protegiendo de esta manera sus decisiones frente a cualquier control jurisdiccional.

El control jurisdiccional pleno de las decisiones del ejecutivo, que es una conquista irreversible del Estado de Derecho, quedaría, de esta manera, seriamente comprometido. El sucedáneo de las cuestiones de constitucionalidad, por las razones antes dichas, no es una alternativa equivalente ni constitucionalmente satisfactoria.

Mientras no cambien las posibilidades de control de estas leyes, puede cuestionarse su legitimidad constitucional no porque su contenido sea materialmente administrativo (que a esto, según lo ya indicado, no hay límite constitucional oponible) sino porque afecta a la reserva de jurisdicción al privar a la jurisdicción ordinaria del conocimiento de decisiones que tienen que estar sometidas a su control (artículos 103.1 y 106.1 en relación con los artículos 24 y 117.3). En este sentido STC 50/2015.

3.º Se vulnera la reserva de jurisdicción cuando se impide que los particulares ejerzan sus derechos procesales ante órganos jurisdiccionales que actúan juzgando conforme a reglas generales establecidas previamente en leyes. Esta exigencia envuelve la práctica totalidad de los derechos procesales (artículo 24 CE), que, mucho más determinantes y precisos, han de aplicarse en materia sancionadora o penal (artículo 25.1 CE). Por tanto, incurren en aquella violación de la Constitución las leyes que cambian intempestivamente, y para el caso, un procedimiento, que lo hacen arbitrariamente, que sustituyen al juez natural, que influyen decisivamente en retrasar la acción de la justicia y sus decisiones, que obstaculicen la proposición o práctica de pruebas o que no impiden la

142.
*Evitación legislativa
del control
jurisdiccional.*

143.
*Sustitución de
reglas procesales.*

utilización de declaraciones de un ciudadano, hechas obligatoriamente, para que sean utilizadas en su contra en un procedimiento judicial.

Esto último, de enorme trascendencia por su frecuencia en la práctica, ocurre, por ejemplo, siempre que las normas aplicables no impiden, o promueven, que declaraciones hechas obligatoriamente ante la inspección tributaria (el Tribunal Constitucional tiene reiteradamente dicho que los artículos 17.3 y 24.2 no pueden invocarse frente a la inspección tributaria: SSTC de 26 de noviembre de 1984 y 26 de junio de 1990, entre las primeras) puedan usarse luego en un procedimiento penal contra el declarante. La Sentencia *Saunders* del TEDH de 17 de diciembre de 1996 ha dicho al respecto que «no cabe invocar el interés público para justificar el uso de declaraciones obtenidas coactivamente en una investigación no judicial para incriminar al acusado en el proceso penal». La STC 18/2005, de 1 de febrero, ha utilizado citándola, los mismos criterios de la citada jurisprudencia europea.

También puede aplicarse una limitación semejante a las regulaciones legales que no respeten principios sustantivos como el de culpabilidad y trasladan, en todo o en parte, la responsabilidad de hechos punibles a quienes no son culpables. En este sentido se pronunció el Tribunal Constitucional, por ejemplo, contra el artículo 31.4 de la Ley 44/1978, en su Sentencia 146/1994, al apreciar que dicho precepto establecía la solidaridad de todos los miembros de la familia frente a la Hacienda Pública, aunque no resultasen responsables de los hechos (otros casos parangonables, en las SSTC 131/1987, 219/1988, 254/1988, 150/1991, etc.).

Todas las indicadas son vulneraciones de los derechos del artículo 24.2 o del 25.1, pero, al mismo tiempo, suponen una alteración de la lógica de la separación de poderes y la obstaculización o, incluso, la usurpación de la función jurisdiccional por el legislador, que, en todos esos mismos casos indicados, no solo afecta al ejercicio de los derechos individuales, sino que impide su protección, del modo constitucional y legalmente ordenado, por el orden jurisdiccional encargado de enjuiciar las controversias que afectan a aquellos.

4.º Una manifestación peculiar de la infracción de la reserva de jurisdicción resulta de la aplicación de la jurisprudencia establecida por el Tribunal Constitucional, muy especialmente a partir de su Sentencia de 5 de agosto de 1983, cuya doctrina se ha reiterado esporádicamente en otras ocasiones, en relación con el monopolio de la jurisdicción sobre la función de interpretación de la Constitución, especialmente de la jurisdicción constitucional. Esta reserva material impide

que el legislador pueda establecer interpretaciones generales de normas o principios constitucionales. Realmente, a nuestro juicio, como explicamos con ocasión de la formulación por el Tribunal Constitucional de dicha doctrina, tal prohibición debería entenderse en el sentido de que la ley no puede establecer reglas interpretativas de carácter vinculante, cuando pretende tener carácter general y aplicarse sucesivamente.

5.º La ley se interfiere en la reserva de la jurisdicción todas las veces en que atribuye a la Administración potestades que deben pertenecer a los jueces y tribunales porque consisten en la resolución de controversias o en decisiones sobre la legalidad de actos y resoluciones administrativas. Las sentencias del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2013 (recursos contencioso-administrativos n.º 48 y 185/2012) han resuelto la impugnación de un Real Decreto 188/2011 que, en desarrollo de lo establecido en la Ley 2/2011, de 4 de marzo (disposición final 43), había atribuido a la Administración pública (Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual, en concreto) la potestad de hacer cesar determinados servicios de la sociedad de la información cuando se determine que suponen infracción de los derechos de propiedad intelectual. Las medidas para las que está habilitado el mencionado órgano administrativo implican la interrupción del servicio y la retirada de contenidos. La intervención administrativa en este asunto se consideró por los recurrentes contraria a la reserva de jurisdicción del artículo 117.3 CE en cuanto que resuelve una controversia entre particulares de la que debe entender la jurisdicción competente y no órganos administrativos. La Administración actúa en favor de los intereses generales, y no le corresponde la resolución de controversias entre particulares. Las sentencias del Tribunal Supremo citadas resolvieron que «las indicadas medidas de interrupción del servicio no invaden ni interfieren el ejercicio de la potestad jurisdiccional que se encomienda por la jurisdicción, en régimen de monopolio, a los jueces y tribunales, ex artículo 117.3 de la CE». El fundamento esencial de esta conclusión radica en que las decisiones que puedan adoptar los órganos administrativos en los asuntos indicados pueden ser judicialmente revisadas ya que son impugnables ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Y, en contra de las pretensiones de los recurrentes, no solo sostuvo lo indicado sino también que el procedimiento administrativo diseñado por la ley tiene la ventaja de la celeridad frente a la lentitud de cualquier intervención jurisdiccional.

6.º Las demás hipótesis de afectación legislativa a la reserva de jurisdicción se producen cuando una ley no justificada en motivación

constitucional alguna ataca directamente a lo que se debate en un proceso en curso o a lo resuelto en él, o trata de desconocer lo decidido o impedir su ejecución. Todas estas hipótesis pueden ser contrarias al principio de interdicción de la arbitrariedad (artículo 9.3 CE) vulnerar los derechos del artículo 24 CE, e implicar una inmisión reprochable en la función jurisdiccional (artículo 117.3).

Una justificación constitucionalmente razonable para desactivar los fallos judiciales por el legislador o por el ejecutivo, puede presentarse si concurren intereses constitucionalmente protegibles (utilidad pública, interés social, acomodar las decisiones judiciales a regulaciones que atienden a la función social de los derechos) y se usa la alternativa de expropiar los derechos derivados de lo resuelto, tal y como, en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo permite el artículo 105 LJCA, desarrollando lo previsto en el artículo 33.3 CE.

144.*Intervención directa en el proceso.*

III. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA LEGALIDAD

1. LA DOCTRINA CLÁSICA DE LA LEGALIDAD Y SUS MODULACIONES CONSTITUCIONALES

A) Las concepciones dominantes sobre la relación de la Administración con la ley

El análisis del principio de legalidad es uno de los argumentos básicos de cualquier exposición sistemática del Derecho Público. Aplicado a la relación de la Administración Pública con el Derecho, la concepción más compartida del principio de legalidad es la que explica que la Administración está sometida a la ley. Como ocurre, por otra parte, con los demás poderes del Estado. Es esta la consecuencia más inmediata de la soberanía de la ley. Se corresponde con dicha posición preeminente de la ley la subordinación general de la Administración a sus mandatos. La ejecución de la ley es la tarea que define más exactamente la función material que corresponde a la Administración.

145.*Sometimiento a la ley.*

Legalidad significa, pues, primacía de la ley, también superioridad o jerarquía con respecto de cualquier otra clase de norma; explica también la competencia del legislador precisamente para llevar a término regulaciones que afecten a los derechos y libertades; y está conectada, igualmente, con la idea de habilitación: los demás poderes públicos actúan dentro de los límites que las leyes establecen y, en particular, la Administración, en los términos concretos que la ley se lo permite

146.*Superioridad y jerarquía de la ley.*

y a efectos de que use sus atribuciones para la consecución de los fines generales que la Constitución (artículo 103.1) y las leyes le imponen como objetivo de toda su actuación. Además, en fin, la legalidad es el parámetro de que se sirven los jueces y tribunales para controlar las decisiones de la Administración.

Todos estos significados de la legalidad están recogidos en la Constitución. El artículo 9.1 acoge el enunciado más general del principio. El artículo 97.1 sitúa al órgano principal del ejecutivo en la posición general de ejecutor de las leyes que, como ya se ha dicho, es la función que más lo caracteriza. El artículo 103.1 subordina a la legalidad toda la actuación administrativa. Y el 117.1 pone a los jueces y tribunales bajo el imperio de la ley.

De todas estas apelaciones constitucionales al principio de legalidad, la cuestión más debatida, desde el Derecho Administrativo, es la medida y el alcance del sometimiento de la Administración a la ley. En España la explicación más atendida y seguida de esta relación es la que ha defendido E. GARCÍA DE ENTERRÍA a lo largo de toda su extensa obra con muchísima firmeza. Para este influyente autor, el principio de «legalidad de la Administración» significa no solo que la Administración está sometida a la ley, sino que las potestades de actuación que puede utilizar la Administración para actuar le son siempre atribuidas de modo concreto y específico por la ley. Esta norma máxima *habilita* a la Administración, definiendo el ámbito en el que puede legítimamente desenvolverse. Fuera de la ley no existen potestades administrativas de ninguna clase. Esta es la regla, sostenida con toda rotundidad y sin más excepciones que las indispensables para comprender algunas decisiones menores de carácter organizativo, cuando no afectan de ninguna manera a los derechos y libertades de los ciudadanos.

Esta doctrina del principio de legalidad de la Administración, no supone, desde luego, que la ley, al concretar las atribuciones de la Administración, al habilitar sus potestades, tenga que hacerlo con total precisión ni de los supuestos de hecho a los que han de aplicarse, ni las consecuencias jurídicas que se deducirán de la constatación de los hechos previstos en la norma. Es decir, que la predeterminación legal de la conducta de la Administración, la anticipación normativa del contenido de su decisión, no tiene por qué agotarse plenamente. La ley puede llegar a la máxima concreción posible, y entonces atribuirá a la Administración potestades vinculadas o regladas, o dejar un margen, más o menos amplio, para la decisión administrativa, en cuyo caso las potestades serán discrecionales.

147.

*Invocaciones
constitucionales del
principio de
legalidad.*

148.

*El principio de
legalidad de la
Administración.*

149.

*Doctrina de la
habilitación
positiva.*

Un sector importante de la doctrina se ha mostrado crítico con la exposición que acabamos de resumir cuya lógica y capacidad explicativa de las relaciones entre la ley y la Administración es, en el plano teórico, admirable, para negar que dichas relaciones se desenvuelvan en tales términos.

En buena medida, la insatisfacción por la construcción dominante sobre el principio de legalidad, procede de la observación de que la mecánica de aquel principio, explicada del modo indicado, no se hace visible en la práctica siempre. En efecto, mientras que en algunas ocasiones es evidente que la Administración, para poder actuar, precisa de una habilitación legal previa y específica, no ocurre lo mismo en otras hipótesis. Basta ahora, para ilustrar sumariamente dichas observaciones, con poner como ejemplo de la primera variante de la posición de la legalidad, las sanciones administrativas: la ley debe definir las infracciones y su sanción, delimitando el alcance específico de la función aplicativa que queda a la Administración. En cambio, la segunda hipótesis se da casi siempre que la Administración desarrolla actividades de carácter prestacional, que favorecen a los administrados, o acuerdan intervenciones o actuaciones en sectores económicos con carácter general. Es en estos casos frecuente que la ley se limite a definir criterios muy genéricos de actuación que luego son concretados por normas, planes o simples actos administrativos (incluso en materias relevantes para los derechos de los ciudadanos, como es la propiedad del suelo, por ejemplo, la Administración se comporta habitualmente con la libertad indicada, sea aquella propiedad agraria o urbana).

Estas constataciones no se refieren, además, a prácticas recientes. A. NIETO ha probado que así ha actuado la Administración española durante toda su historia constitucional. Este es el flujo en el que también vive la Administración actual que, si acaso, se ha visto mucho más condicionada por la consagración de principios constitucionales que refuerzan la posición de la ley (reservas), y también por la multiplicación de legisladores en un sistema constitucional, como el nuestro, de estructura fuertemente descentralizada.

B) El principio de juricidad

La revisión de la doctrina dominante sobre el principio de legalidad se ha activado, naturalmente, cuando ha sido necesario explicar la significación de tal principio porque lo recogen diversos preceptos de la Constitución y, con carácter general, el artículo 9.1 de la misma.

150.

Críticas a la concepción tradicional.

151.
*Legalidad como
juricidad.*

Los autores españoles que han acometido esta tarea (I. DE OTTO, F. RUBIO, J. SANTAMARÍA, J. LEGUINA, M. BELADIEZ, etc.) han solido coincidir en la utilización de un término alternativo para explicar su posición: el principio de legalidad habría que entenderlo como principio de juricidad. Significaría no que la Administración está sometida a la ley, sino que lo está al Derecho, noción más amplia que incluye normas superiores e inferiores a la ley, supranacionales y estatales, además de implicar también sometimiento a los principios, valores y garantías de los derechos y libertades. El modo en que esta vinculación se produce consiste, como mínimo, en la obligación de respetar todas aquellas normas, principios y valores, expresados positivamente o decantados o fijados por la jurisprudencia. Pero la vinculación no hay que entenderla como *positiva*. Es decir, hay que descartar que el principio de legalidad, entendido como principio de juricidad, con la significación general indicada, implique que la Administración, para actuar o intervenir, precise ser habilitada, de modo específico, por la ley, con las potestades de actuación necesarias.

Es innegable que ninguno de los preceptos de la Constitución que mencionan el principio de legalidad contienen indicación alguna que obligue a entender que la acepción del principio que ha acogido es el primero explicado, más extendido entre la doctrina española. Más bien, considerando que el ejecutivo tiene una posición constitucionalmente definida (artículo 97.1) y que, dentro de él, la Administración tiene también confiada la misión de atender con objetividad los intereses generales (artículo 101.3), debe entenderse que cuenta, por imperativo de la Constitución misma, con legitimación suficiente para desarrollar las funciones que la Constitución le confía.

Lo cual, además, no supone detrimento alguno para la significación constitucional de la ley. Como ya hemos dejado establecido en apartados precedentes, la ley ocupa una posición preeminente respecto de los demás poderes públicos (artículo 9.1), sin que, en sus relaciones con la Administración, existan limitaciones materiales de ninguna clase a su primacía. Ello implica que, aun en los ámbitos o sectores en los que la actividad administrativa puede desenvolverse con mayor desvinculación de la legalidad, el legislador puede estimar conveniente intervenir constriñendo la libertad de los órganos administrativos y predeterminando el contenido de sus decisiones.

Por otra parte, también quedan completamente a salvo las reservas que la Constitución ha establecido a favor de la ley. Aunque la Administración Pública se comporte, en relación con el Derecho, del modo indicado, es decir, teniéndolo como marco de actuación, referencia y

límite, ello no obsta para que sus relaciones con la ley puedan ser distintas en los casos en que la Constitución ha confiado precisamente a la ley la adopción de determinadas decisiones.

No nos extenderemos ahora más en la explicación de todos los tipos de relaciones entre la ley y la Administración que, al margen de la significación general del principio de legalidad-juricidad expuesto, pueden imponer que la libertad de disposición de la Administración, su capacidad para completar la definición de la norma jurídica que ha de aplicarse a cada caso concreto, haya de ser delimitada previamente por la ley. El principio de seguridad jurídica, cuando, por ejemplo, reclama un grado razonable de certeza y de previsibilidad de las decisiones de los poderes públicos, exigirá que se delimite previamente el ámbito de sus decisiones y se concrete y anticipe en una regulación normativa densa y detallada aun en materias en las que no exista una reserva de ley. Exactamente lo mismo puede ocurrir al tener que considerar las consecuencias del principio de igualdad, que puede imponer, desde luego, una predeterminación normativa intensa de las opciones entre las que la Administración puede decidir.

152.

Consecuencias regulatorias derivadas de la seguridad, la igualdad y otros principios.

C) El principio de constitucionalidad de la Administración

Si se comparan las dos alternativas fundamentales que la doctrina maneja para explicar el principio de legalidad, resumidamente expuestas, se verá que su aplicación práctica no conduce a situaciones completamente heterogéneas ni incompatibles. Lo que sí son muy diferentes son sus fundamentos constitucionales que, en el caso del principio de legalidad-juricidad, refuerza la posición constitucional de la Administración y reduce su dependencia «positiva» de la ley. Pero, sin embargo, aun en el marco de esta opción, la primacía de la ley, las reservas de ley y las exigencias regulatorias derivadas de la aplicación de principios constitucionales como el de seguridad jurídica o de igualdad, dibujan un panorama final de relaciones entre la ley y la Administración que, como decimos, no es radicalmente diferente del que resulte de proyectar la doctrina clásica de la legalidad como habilitación positiva de potestades a la Administración por la ley. La diferencia existe, desde luego, en el punto esencial de que la Administración recibe poderes de actuación directamente de la Constitución que, aunque pueden ser constreñidos y reducidos por la ley, pueden usarse con libertad cuando la ley no lo impide o condiciona. La independencia del poder de la Administración se subraya y no depende siempre e inevitablemente de decisiones legales previas. Lo que no es

poco, en el plano constitucional, cualquiera que sea la trascendencia práctica de estos principios.

A lo dicho sobre el principio de juricidad tan solo habría que añadir ahora la absoluta necesidad de evitar la multivocidad del empleo del concepto.

El primero que utilizó el término principio de juricidad fue A. MERKL. Pero no lo empleó como un término equivalente o sustitutivo del principio de legalidad, sino para explicar que toda acción de la Administración, para distinguirse como tal, precisa de la «existencia de un precepto que admita semejante acción». No indica, sin embargo, ninguna relación de vinculación de la Administración a la ley, sino que expresa la necesidad de que exista un fundamento jurídico de la actuación administrativa.

Algunas de las innovaciones del principio de juricidad que se han usado por la doctrina recientemente tienen poco que ver con la exposición de A. MERKL: E. GARCÍA DE ENTERRÍA parece darlo por sustituido por el principio de legalidad; I. DE OTTO lo usa para explicar la habilitación positiva de potestades que recibe la Administración de la ley; M. BELADIEZ se refiere a él para ofrecerlo como alternativa a dicha concepción clásica de la legalidad —habilitación positiva, en los mismos términos ya expuestos; algunos influyentes autores franceses (como G. VEDEL o J. MOREAU) se han referido al principio de juricidad como el que mejor explica el sometimiento de la Administración al Derecho en los sistemas constitucionales modernos, que han superado el legicentrismo de estricta observancia—. Si no se usa más la noción de principio de juricidad, dicen aquellos últimos, es por la costumbre de no hacerlo y los equívocos que podría generar su uso.

El Estado constitucional de Derecho ha terminado, como ya hemos dicho, con aquella concepción histórica de la legalidad dominada exclusivamente por la ley formal. Algunas leyes administrativas especialmente futuristas habían ensanchado la noción estricta de legalidad para advertir que la Administración también estaba sometida «al ordenamiento jurídico» (artículo 70.2 LJCA de 1998), ampliación procedente del texto de 1956 en cuyo preámbulo se advertía que «lo jurídico no se encierra y circunscribe a las disposiciones escritas, sino que se extiende a los principios y a la normatividad inmanente en la naturaleza de las instituciones». La doctrina de los principios generales del Derecho, aplicada enseguida por la jurisprudencia contencioso-administrativa, también contribuyó decisivamente a reducir el positivismo legalista. Pero el golpe de gracia definitivo a la idea de legalidad legi-

153.
*Variantes de
juristicidad.*

154.
*La primera
ampliación de la
legalidad: el
ordenamiento en
su conjunto.*

centrista se lo ha dado directamente la Constitución de 1978 al elevar al máximo rango normativo la regla de que los poderes públicos «están sometidos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico» (artículo 9.1); en particular, la Administración, según el artículo 103.1 está sometida «a la Ley y el Derecho». En este último ocupa una posición preeminente la ley, desde luego, pero el referente normativo principal para la actuación administrativa es hoy la Constitución; todas las normas de la Constitución, y especialmente los valores, principios y derechos que consagra, que condicionan y delimitan el ámbito legítimo de actuación de la Administración Pública.

En este espectacular salto cualitativo del régimen de la legalidad es a lo que hemos denominado la *constitucionalización de la legalidad*.

Marca esta constitucionalización la línea que separa al Estado legal y el Estado constitucional de Derecho.

No hace todavía muchos años que G. VEDEL pudo afirmar que «hace treinta años se podía escribir un libro de Derecho Administrativo, sin una palabra de Derecho Constitucional». En nuestro país, por razones políticas que nos dejaron cuarenta años sin Constitución, dicha afirmación es aún más cierta. Pero lo que G. VEDEL (que siempre insistió en la necesaria fundamentación constitucional del Derecho Administrativo, frente el criterio de Ch. EISENMANN, con quien polemizó en este punto) quería expresar es la nula impregnación de las categorías, técnicas e instituciones jurídico-administrativas, por las construcciones, principios y valores jurídicos constitucionales. La constitucionalidad en el Estado de Derecho de la III y IV República, no era más, como también subrayó VEDEL, «que la aplicación de un aspecto particular de la idea de legalidad».

Todo ello porque la ley era el centro de todo el sistema jurídico y ni siquiera se percibía la posibilidad de que la Constitución tuviera regla alguna oponible a la libre configuración legal de todo el universo del Derecho. Cuando la Constitución resucitó —en Francia de la mano de la Corte Constitucional—, se produjo un cambio de referencia que ha llevado al Derecho a girar alrededor de un nuevo eje. La constitucionalidad es ahora el referente.

A este formidable cambio de perspectivas le ha denominado L. FAVOREU «la constitucionalización del Derecho», de modo muy exacto y expresivo.

La constitucionalización de la legalidad, como preferimos decir nosotros, arrastra un cúmulo de consecuencias. Muchas de ellas ya han

155.
Constitucionalización de la legalidad.

sido anticipadas al inicio de este volumen porque concierne a la implantación del Estado constitucional de Derecho en sustitución del Estado legal. Son las consecuencias institucionales conectadas a la fundamental sustitución de la ley por la Constitución en la cima del ordenamiento jurídico.

Todas las ramas del Derecho, y muy especialmente todas las que pertenecen al tronco común del Derecho Público, que, antes de que tan fundamental cambio se produjera, se explicaban a partir de los contenidos de las leyes principales de su ordenamiento particular, tienen ahora un referente común en la Constitución, donde están las reglas y principios a que todo el ordenamiento tiene que atenerse. Es verdad, en este sentido, que la constitucionalización del Derecho supone una fuerte unificación del mismo.

Pero unificación no equivale siempre a claridad, ni a certeza en la determinación de las normas. Frente a la precisión y detalles que son ordinarios en las regulaciones legales, las normas constitucionales son, por lo común, mucho más abiertas, precisadas de concreción y complementación; usan, además, reiteradamente, nociones vagas o conceptos jurídicos indeterminados.

Estas circunstancias afectan a la aplicación de las reglas y principios constitucionales, que dependen mucho de las opciones que el legislador sigue y de los criterios interpretativos que asuman los tribunales. A consecuencia de todo ello, pudiera ser que la unificación del Derecho, que la Constitución impone en el plano de los principios y las reglas, se rompa por obra del legislador (múltiple en el Estado descentralizado) y de la jurisprudencia.

2. LA LEGALIDAD SIN LEY

A) Planteamiento sobre los principios

La concentración del Derecho en la ley, con la total eliminación de cualquier otra fuente de creación de reglas jurídicas, aunque buscada como un desiderátum de máximos en los mejores tiempos de la creencia positivista tanto en la capacidad ordenadora de la ley como en la falta de legitimidad de cualquier otra razón jurídica externa a la misma, quizá no tuvo nunca una plasmación completa en la práctica. La ley, en efecto, aun en la hipótesis de una codificación bien sedimentada y completa de las reglas aplicables a un sector o materia determinada, siempre deja anchos espacios vacíos de normas y es incapaz de prever

por adelantado, todos los problemas que sus propias regulaciones plantearán en el futuro.

Por esta razón se explica la utilización de principios no escritos, externos a las leyes, para completar e integrar sus determinaciones.

Tal necesidad es, en verdad, más antigua que la codificación, pero, desde luego, se mostró también en el mismo momento de aquella, acompañándola justamente para paliar sus imperfecciones.

Cuando la llamada «motorización legislativa» (C. SCHMITT) pulverizó el mito revolucionario e ilustrado de las leyes claras y bien ordenadas, al modo en que idealmente trataron de hacerlo los primeros Códigos, y sustituyó también el ideal de las leyes generales por otras hechas a la medida de los problemas, mucho más concretas y cambiantes, el ordenamiento jurídico empezó a alimentarse fundamentalmente de normas efímeras, dictadas para la ocasión, dominadas por el vértigo de la sustitución y el cambio.

Estas nuevas orientaciones del legislador pusieron de nuevo de manifiesto la necesidad de completar el ordenamiento jurídico apelando a principios generales más estables, que sirvieron de inspiración a todo el proceso creativo del Derecho y que portaran los valores esenciales que habrían de tenerse en cuenta al aplicarlo.

Todas estas limitaciones al monopolio de la creación del Derecho mediante leyes, se presentaron con más evidencia en los períodos de máxima dominación de la ideología del Estado legal, que ya hemos explicado largamente. La apelación a principios de Derecho que no están escritos y se aplican siempre que no existen reglas legales o que se usan para dar un sentido unitario y afincado en valores de justicia a la aplicación de las leyes, no es, por tanto, un fenómeno surgido de la constitucionalización de la legalidad, a cuyo alcance general ya nos hemos referido, sino más antiguo.

Sin embargo, el Estado de Derecho Constitucional ha potenciado la utilización de los principios generales y les ha dado nuevas proyecciones. Sin perjuicio de mantener su posición de reglas que pueden aplicarse en defecto de normas escritas, se han elevado a la condición de fuente obligada de inspiración de todo el proceso creativo y aplicativo del Derecho. De modo que se anteponen al legislador, cuando formula las normas, y se imponen a los jueces cuando las aplican. Tal preeminencia ha alcanzado la máxima expresión en relación con un extenso número de principios que la Constitución ha acogido directa-

157.

La necesidad de los principios.

mente en su texto, prestándoles por tanto el valor superior que tienen todas las reglas contenidas en aquella.

Es notable la paradoja de que los mismos sistemas constitucionales modernos, que han encumbrado a lo más alto del ordenamiento principios no escritos, situados desde siempre al margen de las leyes, los han puesto ahora por encima de las leyes y, además, los han positivizado, al recogerlos en formulaciones escritas, establecidas en sede constitucional.

Nos referiremos seguidamente a esas manifestaciones de los principios generales en el Derecho Público, hasta concluir en las proyecciones y desarrollos que actualmente han enriquecido sus funciones tradicionales.

B) Los principios generales en el Derecho Público

a) *Su significación en la codificación civil y los fundamentos de su creciente aplicación en el Derecho Público*

No haremos ahora, desde luego, una explicación pormenorizada de la doctrina de los principios generales del Derecho, que no corresponde a una obra como la nuestra. Nos interesa explicar solamente su utilización y significación en el Derecho Público. En el ámbito del Derecho Privado se produjo un extensísimo y meticuloso debate, cuya significación e intensidad (sobre todo tras la positivación de buena parte de los principios de aplicación más frecuente) apreciamos ya decaídas, sobre el origen de los principios, su valor jurídico y su función en el ordenamiento.

Las orientaciones doctrinales, no siempre susceptibles de una catalogación exacta, se sitúan entre quienes incardinan los principios en el Derecho natural, y los que sostienen que no son otra cosa que valores deducidos de los propios procesos aplicativos de las normas positivas, contribuyendo a orientar su aplicación ajustada a los ideales de justicia, a las convicciones sobre lo justo, que mantiene la comunidad en cada momento, y expresan los jueces y demás operadores jurídicos principales.

F. DE CASTRO, a quien debemos una exposición clásica sobre la significación y valor jurídico de los principios generales, explicó estos desde una posición marcadamente iusnaturalista. Su origen último radicaría en el conjunto de verdades jurídicas establecidas universalmente por la recta razón. Serían principios de justicia con los que se

construye un Derecho ideal, inspirado, al menos en el Derecho natural primigenio, en la ley divina y humana.

Las concepciones positivistas han buscado el fundamento de los principios en el propio Derecho positivo. Serían estos el producto de la decantación de reglas que ya están formuladas porque han servido al legislador como criterios de orientación para establecer sus normas. En el ámbito del Derecho Público estas explicaciones positivistas han sido siempre las más arraigadas porque, como defendió GARCÍA DE ENTERRÍA, quizá el mejor paladín de dicha corriente, «el descrédito de la idea de los principios generales del Derecho y, mucho más aún, de la idea de un Derecho natural, viene cabalmente de su pretendida formulación axiomática, de su presentación ante el jurista positivo como un supuesto y auténtico *primum verum* del cual, por simples deducciones, más o menos extensas, pero inexorables, podría llegarse a las últimas y más particulares ramificaciones del Derecho positivo».

Frente a las posiciones iusnaturalistas, GARCÍA DE ENTERRÍA (cuyas posiciones están en la vecindad de las que en el Derecho Civil ha defendido L. DÍEZ-PICAZO) explicó los principios vinculándolos a la técnica del Derecho. Actúa siempre el Derecho organizando la materia jurídica a través de instituciones. Todo el Derecho no es otra cosa que un complejo de instituciones que están regidas por normas y también por principios. Las normas contienen las reglas materiales que fijan la disciplina de cada institución (la propiedad, la expropiación, la responsabilidad patrimonial...). Los principios, por su parte, dan sentido unitario a las normas que siguen a cada institución, orientan su aplicación y ayudan a encontrar soluciones acordes con la significación de la institución cada vez que la norma resulta insuficiente o presenta lagunas. Resulta de esta combinación de normas y principios que, al aplicar el Derecho, o al crearlo, hay que estar atento tanto a las reglas escritas como a los valores de justicia material que inspiran su funcionamiento. Tales principios son decantados por los operadores jurídicos que también trasladan, al hacerlo, a los procesos de aplicación del Derecho las convicciones más asentadas y compartidas sobre la significación de cada institución.

Ha sido, desde luego, en el ámbito del Derecho Privado donde han aparecido las primeras respuestas legislativas al fenómeno de los principios generales para ubicarlo en el ordenamiento o en los procesos de aplicación de las normas. Es conocido que fue en ello pionero el Código austríaco de 1811, que remitía a la aplicación de la analogía, en la hipótesis de insuficiencia de las leyes, añadiendo que «si el caso resultase aun dudoso, se decidirá según los principios de Derecho

159.
Versiones
institucionalistas.

160.
Principios generales
en la codificación
civil.

natural, habida consideración de las circunstancias diligentemente recogidas y maduramente ponderadas». En Italia, el Código Albertino de 1837 y, más tarde, los Códigos de 1865 y 1942 invocaban el valor supletorio, en defecto de las leyes, de «los principios generales del Derecho» (o los «principios del ordenamiento jurídico del Estado», como decía el Código de 1842).

En el Código Civil español la alusión a los principios generales del Derecho está en el artículo 6.2 desde la promulgación de aquella norma. Decía el precepto que «cuando no haya ley exactamente aplicable al punto controvertido, se aplicará la costumbre del lugar y, en su defecto, los principios generales del Derecho». Tal suerte de invocación de los principios generales, que no figuraba en los proyectos de Código Civil de 1821, 1836 ni de 1851, y que tampoco aparecía en la Ley de Bases de 1888, produjo no poca estupefacción a algunos comentaristas (SÁNCHEZ ROMÁN, OSORIO MORALES), y el origen de tan espectacular aparición, en un mundo dominado por la ley escrita, tardó en establecerse. Fue F. DE CASTRO quien le buscó, con muy serios fundamentos, arraigo en nuestra propia tradición jurídica histórica.

La reforma del Título Preliminar del Código Civil aprobado el 31 de mayo de 1974, dio a la posición ordinal de los principios generales del Derecho una nueva orientación, sin duda inspirada en la obra de DE CASTRO. Para el insigne civilista los principios generales tenían una función mucho más importante y extensa que la simple supletoria. En su criterio «la eficacia de los principios generales es muy superior a la de una norma subsidiaria». Tienen, en verdad, asignada la triple función de «fundamento del orden jurídico», «orientadores de la labor interpretativa» y «fuente en caso de insuficiencia de la ley y de la costumbre». Esta comprensión de los principios generales, hoy completamente asentada, fue revolucionaria considerando la posición de la doctrina al respecto, tanto la española como la comparada, a la que se adelanta (L. Díez-Picazo). En gran medida, como decimos, son aquellas concepciones las que se incorporan al nuevo artículo 1.4 del Código Civil, hoy vigente, que expresa: «los principios generales del Derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico».

Explicaremos más adelante en otro apartado que, en nuestra opinión, la significación de los principios generales y su posición en el ordenamiento es hoy bastante más elevada de lo que resulta de las brillantes exposiciones clásicas que se han recordado. Sobre todo porque buena parte de ellos han abandonado el modesto lugar en que los situó el precepto citado del Código Civil, para incorporarse a la Cons-

161.
La función de los principios en el Código Civil reformado.

titución, con el efecto consiguiente de vincular todo el proceso de creación de normas infraconstitucionales y todo el proceso aplicativo del Derecho, empezando por la Constitución misma. Por otro lado, y por la misma razón de orden constitucional, muchos principios se han desvinculado de instituciones concretas, a cuya comprensión y funcionamiento sirvieron, para ser usados ahora de forma más transversal u horizontal, al servicio del ordenamiento completo. Todo ello ha contribuido a dar un sentido más unitario al ordenamiento jurídico al presentarse los principios como criterios de orientación de todas las instituciones que integran el sistema. Así puede verse con facilidad cuando se constata la aplicación de los mismos principios repetidamente en relación con cualquier regulación positiva (*v.gr.*, proporcionalidad, buena fe, confianza legítima, igualdad, etc.).

La fulgurante aparición de los principios generales del Derecho en los dominios del Derecho Civil, auguraba una irrupción mucho más decidida y una ascensión meteórica de posiciones en el ámbito del Derecho Público. La razón no está solo en la mayor fragilidad o en la rápida sustitución de las regulaciones legales en aquel sector del ordenamiento. O en la abundancia de normas o en la profusión de disposiciones dictadas para la ordenación de lo momentáneo y lo efímero. El fundamento principal de tal éxito será otro: así como la codificación del Derecho Civil había sido prácticamente perfecta, logrando aglutinar sistemáticamente un importante bloque de reglas escritas con pretensiones regulatorias exhaustivas, no hubo codificación del Derecho Público. Y, además, para fomentar más la utilización de principios generales no escritos, los aplicadores de las leyes administrativas, durante el amplio período en que dominó la ideología del Estado legal, del Estado sin Constitución, tuvieron que idear formas de proteger los derechos y libertades de los ciudadanos en ausencia de Declaraciones de Derechos con vigencia efectiva, o de derechos fundamentales consagrados constitucionalmente con fuerza para vincular al legislador, y aun a la Administración Pública. Fue esta necesidad la que más impulsó la utilización de los principios generales del Derecho por la jurisprudencia.

Es de notar que la misma tendencia se ha reproducido mucho después de consagrado el Estado constitucional de Derecho en toda Europa, cuando ha sido necesario completar el ordenamiento europeo con reglas protectoras de los derechos fundamentales, que tampoco aparecen proclamados y garantizados directa y expresamente en los Tratados. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha tenido que utilizar los principios generales del Derecho para completar dicho extremo.

162.

*Principios generales
y Derecho Público.*

Como ha señalado justamente SCHOCKWEILER, tal manejo profuso de los principios generales se debe a que también en el Derecho Comunitario la codificación ha sido más que imperfecta. En otro caso, hubiera sido seguramente innecesario que el Tribunal tuviera que elaborar principios no mencionados en ninguna norma escrita.

En los ordenamientos estatales, ninguno como el francés, entre los vecinos europeos, puede usarse para ilustrar mejor el proceso de identificación y puesta en valor de los principios generales, en razón, justamente, del vacío que han presentado las Constituciones francesas en punto a la proclamación y garantía de los derechos y libertades. El juez administrativo se ha alzado sobre ese vacío complementándolo con principios que han inspirado la jurisprudencia y han servido, primero, para valorar la adecuación a Derecho de la actuación de la Administración, y progresivamente, a través de la labor del Consejo Constitucional, disciplinar también con principios la actividad del legislador.

Explicaremos muy brevemente, cómo se desarrolló la legalidad sin ley (G. SALA) en la patria del positivismo legalista más exacerbado.

b) *Las fuentes y el desarrollo de los principios en el Derecho francés*

Como ha destacado B. GENEVOIS, el *Conseil d'État* utilizó la idea de los principios generales en alguna jurisprudencia del siglo XIX y de los principios años del siglo XX. Pero al principio lo hacía sin acogerse a ninguna teoría de conjunto que permitiera comprender la razón de la utilización de reglas no escritas para complementar los contenidos de las normas positivas. El clásico *Traité de la jurisdiction administrative* de LAFERRIÈRE, ya notó aquella circunstancia en términos que luego han sido muchas veces recordados: «Es verdad que el Consejo de Estado, al contrario que el Tribunal de Casación, no tiene la costumbre de exponer, en sus resoluciones, todas las deducciones jurídicas que motivan sus decisiones; pero estas deducciones existen; son menos cambiantes, incluso frente a las variaciones de los regímenes políticos, porque se han inspirado siempre en un gran respeto a los precedentes, y porque *tienen por base, cuando los textos presentan lagunas, principios tradicionales, escritos o no escritos, que son en cierta manera inherentes a nuestro Derecho Público y Administrativo*».

Los primeros principios generales utilizados por el *Conseil d'État* estaban íntimamente conectados con las ideas de 1789 (V. M. LETOURNEUR), J. CHEVALLIER ha señalado al principio de igualdad ante la ley como el pionero; es el que inaugura la doctrina de los principios gene-

163.
La utilización de
principios
generales por el
Conseil d'État.

rales del Derecho (igualdad ante los impuestos: *arrêt Abdaulhousse*, de 13 de noviembre de 1936; ante los servicios públicos; *arrêt Société l'alcool dénaturé de Coubert*, de 1 de abril de 1938).

Inmediatamente, la fuente revolucionaria de inspiración se completará con el Código Civil, de cuyas reglas también deduce la jurisprudencia administrativa principios aplicables a la resolución de las controversias que se le someten: por ejemplo, el principio de no retroactividad se trae del artículo 2 del Código, y el de cosa juzgada del artículo 1.351.

El bloque más destacado de principios generales saldrá, sin embargo, de una interpretación de conjunto de la legislación con la que se buscan valores que hayan servido para inspirarla. El Consejo se refiere así al «espíritu general de la legislación». Con tal método se decantan principios como la libertad sindical o la de enseñanza, o la imparcialidad de los tribunales de concursos.

Durante el Régimen de Vichy (1940-1944) ocurrió la gran eclosión de los principios generales, animada tanto en sede política como jurisdiccional. Se aplican los principios en ausencia de reglas escritas. El *Conseil d'État* se referirá con frecuencia a los «*principes généraux du Droit, applicables même en l'absence de texte*». A poco de concluir aquel período, al celebrarse en 1950 el ciento cincuenta aniversario del *Conseil d'État*, su presidente, T. BOUFFANDEAU resumió el enorme avance en la utilización jurisprudencial de los principios generales del Derecho, diciendo: «Debo señalar las aplicaciones hechas por la jurisprudencia del Consejo de Estado de una teoría particularmente atrevida en un régimen de Derecho escrito como el nuestro: la teoría de los principios generales del Derecho. Estimamos que existen reglas de Derecho no escritas, que tienen valor legislativo, y que por consiguiente se imponen al poder reglamentario y a la autoridad administrativa, en tanto que no hayan sido contradichas por una disposición de ley positiva... Estas reglas no pueden ser contempladas como integrantes de un Derecho positivo consuetudinario, puesto que la constatación de la existencia de mayor parte de ellas por el juez administrativo ha sido relativamente reciente».

Con la Constitución de 1958 los principios generales encontrarán nuevas aplicaciones y desarrollos. Especialmente se redescubrió su utilidad para controlar el ejercicio por el Gobierno del poder reglamentario autónomo, no sometido a la ley, que aquella Constitución le reconoce. Las dificultades para utilizar la ley como parámetro de control de los reglamentos (ley y reglamentos tienen ámbitos materiales atribui-

dos con separación por los artículos 34 y 37 de la Constitución) ha puesto en primer plano la utilización de los principios generales (especialmente a partir del *arrêt Syndicat General des ingenieurs-conseils*, de 29 de junio de 1959).

Las fuentes de donde se extraen los principios generales del Derecho en esta última época constitucional francesa se han enriquecido y diversificado. Usa la jurisprudencia, por ejemplo, la noción de principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República; alude a ellos el Preámbulo de la Constitución de 27 de octubre de 1946. Su consagración jurisprudencial se ha considerado por la doctrina como una manera de rendir homenaje a la significación de la III República en materia de libertades y derechos. Pero estos «principios fundamentales reconocidos en las leyes de la República» se apoyan en un texto de valor constitucional, lo que no es común en otros principios generales usados por el Consejo de Estado.

También se refiere la jurisprudencia a unos principios «particularmente necesarios en nuestro tiempo» aludidos en el Preámbulo de la Constitución de 1946. Pero el Consejo Constitucional, cuando valora las decisiones del legislador, siempre se refiere a principios que tengan un reconocimiento constitucional concreto.

La doctrina francesa ha mantenido una división muy estable a la hora de precisar en qué consiste el proceso de definición de un principio general y su incorporación a la jurisprudencia del *Conseil d'État*. Para unos resulta claro que la función del juez es de mera constatación de la existencia del principio; su tarea consiste en descubrirlos (los *arrêts Dame Paynet*, de 8 de abril de 1973, y *Confédération Nationale des Groupes Autonomes de l'Enseignement Public*, de 13 de diciembre de 1980, se citan por B. GENEVOIS como expresivos de dicho método). Otra corriente doctrinal sostiene que la fijación de los principios generales del Derecho es una manifestación de la creación de Derecho por los jueces. De no ser la identificación de principios generales una tarea creativa no se comprendería la razón por la que el Consejo de Estado sopesa los pros y contras de tomar en cuenta un principio general (*arrêt Ville de Toulouse*, de 23 de abril de 1982), o no usa principios que ya han sido aplicados por el Consejo Constitucional (Consejo Constitucional de 26 de junio de 1969 y Consejo de Estado de 27 de febrero de 1970). Considerando la enorme disponibilidad que dejan los textos a los jueces administrativos para completar las reglas que tienen que servir de base a sus decisiones, autores franceses significativos como M. WALINE, D. DUPEYROUX, o B. GENEVOIS, no han dudado en hablar del poder normativo de la jurisprudencia.

No están muy lejanos los métodos utilizados bien para la «identificación», bien para la «creación» de principios generales, ya que la decisión de aplicar un principio general no puede ser nunca adoptada con plena libertad por los jueces y tribunales. Los principios utilizables, cualesquiera que sea la fuente donde cada sector doctrinal afirme que se originan —Derecho natural o positivo— siempre tienen que corresponderse con valores de justicia y pautas reiteradamente usadas para la creación y aplicación de las normas. Es decir, que nunca se improvisan sino que su consagración depende de la formación y arraigo de la general convicción de los operadores jurídicos de que se trate de una regla que inspira verdaderamente al funcionamiento completo del sistema jurídico o alguna de sus instituciones. La libertad «creativa», por tanto, es escasa. Otra cosa es la discrecionalidad para la aplicación de un principio general, ya identificado, a efectos de la resolución de una controversia concreta.

También es clásica la atención de la doctrina francesa, a la vista de la importancia creciente de los principios generales del Derecho, por determinar el lugar que ocupan en la jerarquía de las fuentes. Algunos autores han creído que es posible establecer una respuesta uniforme a dicha cuestión en relación con cualquier clase de principio general. El argumento, más o menos apoyado en la teoría kelseniana de las fuentes, consiste en advertir que si los tribunales crean o establecen, a través de sus decisiones, reglas generales, hay que admitir que se sitúan en concurrencia con el órgano legislativo establecido por la Constitución. Pero dominan, sin embargo, las posiciones más matizadas sobre esta cuestión. R. CHAPUS, por ejemplo, desarrollando conceptos que están en la obra de CARRÉ DE MALBERG, ha establecido que los principios generales tienen que jerarquizarse, como cualquier otra norma, en razón a la autoridad que la dicta. Usando este criterio, habría que considerar que el juez está sometido a la ley y la Administración sometida al juez, por lo que debería concluirse que los principios generales deberían tener una posición intermedia en la jerarquía entre la ley y el reglamento. En definitiva, «*valeur infralégislative et supradécrétale*».

Construcciones de este género resultan completamente inútiles, sin embargo, para principios generales que tienen valor constitucional, como son todos los acogidos directamente en la Constitución de 1958, o los derivados de la Declaración de 1789, o del Preámbulo de la de 1946. Esta misma elevación a rango constitucional de algunos principios generales tradicionalmente empleados por la jurisprudencia del Consejo de Estado ha resultado de la utilización de los mismos por el

166.

La posición de los principios en la jerarquía de las fuentes.

167.
*Formas de
 recepción
 constitucional de
 los principios.*

Consejo Constitucional. G. VEDEL y P. DEVOLÉ sistematizaron las maneras que ha empleado el Consejo Constitucional para incorporar en estas materias la jurisprudencia del Consejo de Estado. Explican dichos autores que hay casos de «recepción-confirmación» (cuando el principio se recoge con las dimensiones exactas en que había sido definido por el Consejo de Estado), de «recepción-transposición» (si las dos jurisprudencias no son idénticas, pero concuerdan), la «recepción-partición» (se acepta el principio pero no se le reconoce valor constitucional), y, en fin, de «reconocimiento sin recepción» (reconoce el Consejo Constitucional el valor del principio, pero no como principio general del Derecho, sino como principio de valor constitucional establecido como regla escrita en un texto de algún rango). De todo ello resultaría que existen principios de valor supletorio, que no se aplican sino en defecto de textos; principios que tienen valor legislativo y que se imponen a la Administración pero que el legislador puede sustituir o desplazar; y principios de valor constitucional que se imponen al legislador, al juez y a la Administración.

Sin abandonar su propia tradición jurisprudencial en materia de principios generales, el Consejo de Estado se ha visto fuertemente influido, a partir de los años ochenta del siglo xx por la jurisprudencia constitucional y la elevación de rango de algunos principios con fuerte arraigo en la jurisprudencia administrativa.

La conclusión, en fin, de la exposición precedente, es la larga y arraigada tradición en el Derecho Público francés, y en el continental europeo en general, de principios no escritos que se han integrado en la noción de legalidad y han servido para controlar judicialmente la actividad, primero, de la Administración, y sucesivamente, de los demás poderes públicos. Es la prueba incontestable de que la legalidad no ha estado nunca integrada exclusivamente por leyes escritas. El legislador ha podido tradicionalmente suplantar y desplazar la aplicación de principios, pero no ha monopolizado la formación de las reglas de Derecho. Es extraordinariamente importante esta constatación porque advierte del espacio con que han contado siempre jueces y tribunales para completar la definición de aquellas reglas, nunca agotada por el legislador. Y aunque tal actividad creativa tiene larga tradición en el continente europeo, la constitucionalización de los principios, al situarlos por delante de la ley, ha contribuido decisivamente a ampliarla y potenciarla, con lo que también gana relevancia la posición de los jueces y tribunales.

M. HAURIUO advirtió que la noción de legalidad había que entenderla como «bloque de la legalidad», en el que el ilustre Decano de

Burdeos incluía la ley y la costumbre. Los principios generales se han convertido con el tiempo, no solo en parte integrante del bloque de la legalidad, sino en un elemento fundamentalísimo del mismo. Su progresión ha elevado también a buena parte de los tradicionalmente utilizados por la jurisprudencia administrativa hasta su integración en el «bloque de la constitucionalidad» con lo que pueden ser usados como parámetro de control de la actividad de todos los poderes públicos.

C) **La positivación de los principios: legalización y constitucionalización**

a) *Los principios en la legalidad administrativa*

Muchos de los principios identificados y utilizados por la jurisprudencia han seguido un proceso de transformación en reglas escritas, incorporadas a la Constitución o a las leyes. Este cambio, como acabamos de anticipar, ha afectado largamente a la posición que los principios tienen en el ordenamiento, al proceso de identificación y utilización de los mismos por la jurisprudencia y, sobre todo, al valor jurídico que hay que reconocerles.

La legalización de principios tomándolos directamente de la jurisprudencia ha sido una opción evidente en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (y en las modificaciones establecidas mediante la Ley 4/1999, de 13 de enero). Dicha ley utiliza el concepto de principios generales asignándoles diversos significados (como ocurre también en la Constitución, según comprobaremos enseguida). Por ejemplo, en el Título Preliminar se usa la expresión «principios generales» y el artículo 3 reconoce como tales algunos que son reglas de organización, con relevancia interna en la Administración, y otros que tienen una repercusión palmaria en sus relaciones con los ciudadanos. De la primera clase son, por ejemplo, los principios de desconcentración y coordinación. De la segunda los principios de buena fe y de confianza legítima.

Este último, junto con el grupo de «principios de la potestad sancionadora», que sistematiza el Capítulo Primero del Título IX de la Ley mencionada (legalidad, irretroactividad, tipicidad, responsabilidad, proporcionalidad y prescripción) y los principios del procedimiento sancionador, recogidos en el Capítulo Segundo del mismo Título (pro-

cedimiento debido, derechos de defensa, presunción de inocencia, etcétera), tienen un indiscutible origen jurisprudencial.

El principio de confianza legítima, cuya funcionalidad expondremos detenidamente más adelante en este volumen, procede de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Nuestro Tribunal Supremo lo utilizó por primera vez en 1990 y desde entonces le ha encontrado diversas aplicaciones, conducentes todas a reducir la discrecionalidad tanto de la Administración como del legislador para cambiar de criterio y sustituir sus decisiones o regulaciones, cuando han generado derechos o legítimas expectativas a los ciudadanos, por otras de signo contrario u obstaculizadoras de aquellas expectativas. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha encontrado, además, en el principio de confianza legítima, un nuevo y productivo fundamento para identificar supuestos en que las decisiones de los poderes públicos que frustran dicha confianza acarrear la responsabilidad patrimonial de las normas por las lesiones que causan a los ciudadanos. La reforma de 1999 de la Ley 30/92 incorporó el principio de confianza legítima al artículo 3.2.

Los principios sustantivos a que debe ajustarse la potestad sancionadora de la Administración, y los que disciplina el procedimiento sancionador, también fueron acogidos paulatinamente por la jurisprudencia contencioso-administrativa a partir de los años setenta. Se ordenó la potestad sancionadora, a base de someterla a los principios de legalidad, tipicidad, responsabilidad, proporcionalidad, etc., a una disciplina semejante a la que regía (teóricamente, al menos) en el ámbito de la potestad punitiva penal desde que la mayor parte de dichos principios se recogieron en la Declaración de Derechos de 1789 y en las diversas Constituciones de los Estados europeos sucesivamente.

Aunque su origen jurisprudencial es fácilmente identificable, su plasmación positiva, en la mayor parte de los supuestos, ha ocurrido definitivamente después de aprobada la Constitución de 1978, en cuyos preceptos también venía proclamada la aplicación a la potestad sancionadora administrativa de los mismos principios que regían la potestad punitiva penal (artículo 25.1: «Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o *infracción administrativa*, según la legislación vigente en aquel momento»). Especialmente el principio de legalidad impone inmediatas consecuencias respecto del rango de las disposiciones sancionadoras, pero también exigencias respecto de la certeza y previsibilidad de la determinación de la conducta punible, la tipicidad, o la apli-

capacidad de las sanciones precisamente al culpable y no a quienes no sean responsables de los hechos, etc.

Este de los principios de la potestad sancionadora es un excelente ejemplo de cómo la positivación de los principios, identificados originalmente solo por la jurisprudencia, ha consistido simultáneamente en su legalización y su constitucionalización, lo cual puede decirse que constituye en la actualidad una situación bastante común. Es, en efecto, habitual, que la mayor parte de los principios generales del Derecho que maneja la jurisprudencia, y cuya función sistematiza la doctrina científica, se encuentren reflejados simultáneamente en la Constitución y las leyes, bien expresamente o bien porque resultan deducidos del texto de la Constitución por el Tribunal Constitucional.

La delimitación del valor y la posición en el ordenamiento de los principios generales recogidos en la Constitución y las leyes no es difícil, sin embargo, en ninguna de las variadas hipótesis que pueden presentarse.

Cuando un principio está proclamado solamente en una ley, vinculará naturalmente a la Administración y a los tribunales (artículos 9.1 y 103.1 CE), pero podrá ser desplazado por otras regulaciones legales que excluyan su aplicación. Si el principio tiene relevancia constitucional, tal apartamiento o relajación de su posición en el ordenamiento no estará disponible para el legislador, que también estará vinculado en toda su actividad por el principio general. Por supuesto, la vinculación de la Administración y de los tribunales también se mantendrá en tal caso.

Sin embargo, este tipo de consideraciones, muy del gusto de la doctrina francesa, como hemos visto en el apartado anterior, sobre la posición y el valor de los principios en el sistema de las fuentes, tienen que ser aplicadas con grandes precauciones. Tal vez no quepa duda de que el legislador, que ha recogido un principio, como el de confianza legítima, de origen jurisprudencial, pueda decidir que no se aplique o se sustituya por otra regla en determinadas situaciones. Pero esta misma manipulación legal sobre un principio general no es siempre posible, aunque el principio no haya sido constitucionalizado. No lo está, por ejemplo, expresamente, el de proporcionalidad, y no sería admisible, sin embargo, que la ley lo desconociera. Hay una doble explicación por lo menos, de esta limitación a la disponibilidad del legislador sobre los principios: muchos de ellos forman parte, o son derivaciones, de otros que están constitucionalizados; resultan íntimamente vinculados a derechos o garantías constitucionales que el legis-

170.

La relación con las leyes.

lador debe respetar. Y, a la postre, resultan imprescindibles para explicar el funcionamiento de algunas instituciones.

De cualquier manera, así como puede ilustrarse con ejemplos como los expuestos el fenómeno de la legalización de los principios, es desconocida hasta la fecha y sería insólita cualquier operación del legislador negadora de su existencia o tendente a desplazarlos. Por la sencilla razón, ya explicada, de que los principios son una fuente de inspiración de las regulaciones positivas y sirven para acomodar su aplicación a criterios básicos de justicia.

Tampoco resulta preciso resaltar que los principios que no alcanzan a incorporarse a normas escritas siguen teniendo plena validez y pueden ser usados en las proyecciones tradicionales: fuente de inspiración para la producción de normas; reglas de suplencia para compensar sus lagunas; pautas de interpretación de todo el sistema.

Cuando los principios solo alcanzan a tener reconocimiento en la jurisprudencia, mantienen su condición de pieza esencial del ordenamiento jurídico y sirven de criterio de control de las decisiones de la Administración. Pero plantean el problema de si los tribunales pueden desconocer o inaplicar principios reconocidos en la jurisprudencia. De nuevo aquí la respuesta más simple puede formularse cuando el principio aparece en la jurisprudencia constitucional porque, en tal caso (artículo 5 LOPJ), los demás tribunales deben respetarlo, ya que la decisión del Tribunal Constitucional les vincula. Si, en cambio, se trata de aplicaciones de principios contenidas en la jurisprudencia ordinaria, también, a nuestro juicio, debe entenderse que los tribunales quedan vinculados por los precedentes que ellos mismos establecen porque así lo imponen, entre otros, el principio de seguridad jurídica, igualdad y la interdicción de la arbitrariedad (artículos 9.3 y 14 CE). Pero abordaremos con más detenimiento esta importante cuestión un poco más adelante.

b) *Los principios generales en la Constitución*

Por lo que concierne, en concreto, a la incorporación de principios generales, de modo expreso, a la Constitución, debemos notar que también la Norma Fundamental ha usado el concepto aplicándole diversas significaciones. Y, además, para mayor complicación, también ha proclamado unos «valores superiores», cuya diferenciación con los principios no es tarea sencilla en términos jurídicos.

171.

El respeto por los tribunales de los principios jurisprudenciales.

A los valores se refiere el artículo 1.1 CE: «España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho que propugna como valores superiores de su ordenamiento la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político». A los principios alude con carácter general el artículo 9.3: «La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos». Pero el término «principios» aparece utilizado, con significaciones diversas, como hemos dicho, por otros varios preceptos constitucionales: de nuevo en el Capítulo III del Título Primero (titulado «De los principios rectores de la política social y económica»), en el artículo 103.1 («principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación») y 103.3 (principios de mérito y capacidad); en el artículo 117.5 (principio de unidad jurisdiccional); en el artículo 124 (principio de «unidad de actuación y dependencia jerárquica» en la organización del Ministerio Fiscal) y en el artículo 132 («principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad» del dominio público), entre las referencias más significativas.

La Constitución ha añadido a la dificultad de distinguir entre principios y normas u otras reglas, que ha ocupado mucho a la doctrina y a la jurisprudencia, también la necesidad de precisar si existen, o no, diferencias entre valores y principios.

La mayor parte de los juristas positivos, acompañados en esto por la jurisprudencia, han mostrado una notable inseguridad y declarado su incapacidad para distinguir con seguridad entre la posición constitucional y la significación de valores y principios, tarea que han acometido, por tanto, con mayor empeño, pero no con resultados más clarificadores, los filósofos del Derecho.

Es buena muestra de aquella posición la de publicistas como J. LEGUINA o F. RUBIO que, además, han tenido que enfrentarse con la distinción entre valores y principios, en su condición de magistrados del Tribunal Constitucional, con ocasión de resolver controversias concretas. En opinión del primero no existe diferencia entre valores superiores y principios constitucionales. Los primeros expresarían ideas jurídicas básicas o estructurales y los segundos concretarían valores o serían instrumentos para su realización. F. RUBIO efectúa un análisis aún más positivista de la cuestión, y afirma que el simple enumerado de unos valores carece en sí mismo de significado jurídico, aunque lo haga la más alta norma. Lo más que puede deducirse de algunos valores con-

172.

Valores y principios en la CE.

173.

La distinción entre principios y valores.

sagrados en la Constitución, como la libertad, la justicia o la igualdad, es la obligación de los poderes públicos de dictar las normas necesarias para su realización. Por otra parte, los valores que la Constitución realmente garantiza son los que resultan protegidos por alguno de los derechos proclamados en la misma. Entre ellos están la libertad, la justicia, la igualdad o el pluralismo, pero su garantía no resulta simplemente de que en el artículo 1 CE se ordene al Estado propugnarlos en abstracto, sino porque «las normas que organizan el poder y lo limitan están orientadas hacia su realización». Los valores quedan reducidos, en estas interpretaciones doctrinales, a una función puramente hermenéutica o aun simplemente heurística.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, sobre todo la de la primera época, también se mostró incapaz de distinguir entre unos y otros conceptos. La primera jurisprudencia declaró repetidamente que no existía diferencia entre valores, principios y derechos. A todos ellos se les reconoce la función de «informar» el ordenamiento jurídico. Es expresiva la Sentencia 21/1981, de 7 de julio: «no cabe desconocer, sin embargo, que los derechos fundamentales responden a un sistema de valores y principios de alcance universal que subyace a la Declaración Universal y a los diversos Convenios internacionales sobre derechos humanos, ratificados por España, y que, asumidos como decisión constitucional básica, *han de informar todo nuestro ordenamiento jurídico*» (también en el mismo sentido, SSTC 27/1981, de 20 de julio; 103/1983, 65/1990, 66/1990 y 67/1990, todas estas últimas de 5 de abril). Desde la Sentencia de 2 de febrero de 1981 se reconoce a los principios un valor superior a la ley.

La jurisprudencia constitucional se refiere a los valores llamándoles principios con habitualidad (SSTC 63/1982, 122/1983, 18/1984, 83/1984, 156/1986, 113/1994, 107/1996). Y tampoco es raro que califique como valores a otras reglas constitucionales. Por ejemplo, considera un valor la dignidad de la persona proclamada en el artículo 10, o diga que los derechos consagrados en el artículo 24 son «valores que se encuentran en la base» de la Constitución.

Los esfuerzos doctrinales de diferenciación hechos desde la filosofía y la teoría del Derecho tampoco han llegado a resultados satisfactorios (PECES BARBA, PRIETO SANCHÍS) como ilustra bien el análisis de ATIENZA y RUIZ MANSO, que concluyen afirmando que nada hubiera cambiado sustancialmente en la Constitución si el artículo 1.1 no hubiese utilizado el concepto de valores, sino que se hubiera empleado directamente el de principios.

La indagación sobre la significación jurídica y la función de los valores y principios ha ocupado a los teóricos del Derecho de otros países con semejante reiteración. Desde las obras de H. Kelsen, aun en el marco de una concepción cerradamente positivista del Derecho, o de L. H. Hart (la noción de regla de reconocimiento y la distinción entre normas primarias y secundarias), y más recientemente la de R. Dworkin, la delimitación de principios y normas es un argumento recurrente.

Robert Alexy, autor de una de las exposiciones más aceptadas sobre la significación de los valores, los principios y las normas, ha explicado que principios y valores difieren en un solo punto: los principios son conceptos deontológicos, son mandatos, que tratan de lo que es debido, y los valores pertenecen al ámbito axiológico, son criterios que permiten discernir lo mejor, pero que no crean deber alguno.

La teoría de los derechos fundamentales de Alexy incluye un ensayo de distinción entre principios y reglas. Aun partiendo de que, considerando la diversidad formal y material de unos y otras, es imposible establecer una diferenciación absoluta, Alexy señala que los principios son normas que prescriben que algo debe realizarse en la medida más alta posible, teniendo en cuenta las posibilidades políticas y jurídicas. Son, según dicho autor, «mandatos de optimización» que «pueden cumplirse en diverso grado». Es posible un cumplimiento parcial o de menor grado de los principios y reglas por la mayor generalidad de aquellos. Estas diferencias permiten que cuando colisionan dos reglas es posible que una establezca como excepción el supuesto previsto en la otra, o que una de las dos sea declarada inválida. Sin embargo, cuando colisionan dos principios ninguna de las consecuencias utilizables en el caso de las reglas son posibles. De las circunstancias del supuesto de hecho debatido dependerá que uno de los principios sea más válido que el otro, sin que ello implique que uno de los dos sea inválido. No existen, además, principios que tengan una prevalencia absoluta sobre otros, sino que todos han de ser sometidos a ponderación en caso de conflicto.

Precisamente para que la ponderación entre principios sea lo más previsible posible y ofrezca la mayor seguridad, Alexy acude a los valores para que sirvan de criterio de ponderación de los principios. Como los valores pertenecen al ámbito de lo axiológico se podrán encontrar en ellos criterios para establecer que es «lo mejor». Los principios se encargarán luego de transformar «lo mejor» en «lo debido».

Desde un punto de vista teórico la posición de Alexy tiene el gran mérito de precisar la función que corresponde a valores, principios y

175.
*Valores, principios y
normas en R. Alexy.*

normas, y sería muy clarificadora de los conceptos utilizados por la Constitución de no ser porque tanto en el texto de aquella como en su interpretación jurisprudencial, que ya hemos señalado, los valores reciben también la consideración de principios y, por otro lado, algunos derechos se utilizan no solo como reglas sino también como principios que deben inspirar al legislador (es notoria esta función del derecho a la igualdad del artículo 14). En fin, tiene razón F. RUBIO cuando observa que hay principios proclamados en el artículo 9.1 que no tienen un significado normativo independiente del que deriva de otras normas: el principio de jerarquía no tiene significación sin el de legalidad y este, a su vez, existe en virtud de las normas de los artículos 25, 103.1 y 117.1 y no por ser proclamado por el artículo 9.3.

La diferencia teórica entre valores, principios y normas puede ser establecida, como hemos visto, pero su confusión en la aplicación constitucional es grande.

Aun así resulta posible que la jurisprudencia pueda manejar los diferentes valores constitucionalmente reconocidos (sean los expresados en el artículo 1.1, o cualesquiera otros principios o normas que pueden usarse con criterios axiológicos) para ponderarlos en caso de concurrencia a los efectos de establecer una cierta jerarquía abstracta y general entre valores. El Tribunal Constitucional Federal alemán lo ha hecho así con cierta frecuencia. Y también en la doctrina alemana se han hecho propuestas concretas de jerarquización que situarían en primer lugar a la dignidad humana, y luego la libertad y la igualdad (DÜRIG), no sin la oposición reiterada de quienes creen en los ensayos de jerarquización de valores no son sino propuestas de restablecimiento del iusnaturalismo de más estricta observancia (E. FORSTHOFF, P. HÄBERLE).

La ponderación es un método arraigado en la doctrina y la jurisprudencia norteamericanas. Aunque la idea y la práctica jurisprudencial del *balancing test* surgió al hilo de la aplicación de la I Enmienda, sobre todo en relación con la libertad de expresión, se ha extendido rápidamente a todo el proceso de interpretación constitucional. Dicho test lleva a reconocer una posición preferente (*preferred position*) de algunos derechos, utilizando complejos criterios de valoración de las decisiones de los poderes públicos que afectan a los derechos, incluidos los problemas de sobrerregulación y de falta de claridad (*test del overbreadth* y de la *vagueness*) de las leyes. Infra en este volumen nos referimos a algunos criterios de interpretación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos que podrán ser útiles para la mejor comprensión de estas ideas.

D) Los derechos fundamentales como principios generales

a) *Los principios comprendidos en la vertiente objetiva de los derechos*

Es también posible que los derechos fundamentales de los ciudadanos se protejan y garanticen como principios generales no escritos sino fijados por la jurisprudencia usando métodos análogos a los que, según lo ya descrito, emplea ordinariamente para definir un principio general.

El fenómeno no es radicalmente nuevo porque, como hemos explicado en un epígrafe anterior, la utilización de los derechos o libertades públicas como principios generales ha sido la fórmula usada durante decenios por el Consejo de Estado francés para asegurar una garantía de las libertades, a falta de su consagración en un texto constitucional de carácter vinculante. No es distinta, aunque tenga un alcance más modesto, la utilización por nuestra jurisdicción contencioso-administrativa de algunos principios para el control de las decisiones de la Administración (proporcionalidad, procedimiento debido, prueba, tipicidad,...) que en la actualidad pueden considerarse derivaciones o reglas que forman parte del contenido de algunos derechos fundamentales constitucionalmente consagrados.

En verdad, en cuanto a este último efecto, todos los derechos fundamentales, además de ser derechos individuales, cuando se configuran con tal carácter, u obligaciones prestacionales de los poderes públicos, aparecen con efectos jurídicos similares a los de los principios en cuanto que, como mínimo, informan «la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos» (artículo 53.3 CE), que son las proyecciones jurídicas más normales de los principios generales.

Para que haya llegado a conformarse la categoría de los derechos fundamentales ha sido imprescindible su incorporación a la Constitución. Es exacto afirmar que antes de la aprobación de las primeras Constituciones no existían derechos fundamentales. Por tanto, la historia de estos empieza en 1776 y acaba con las Constituciones de nuestro tiempo. Acaso sea útil, sin embargo, precisar, que la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950 dio un paso más allá de dicha exigencia porque no impone que los derechos estén recogidos en un texto de rango constitucional, sino simplemente reconocidos por el ordenamiento jurídico (incluso no escrito) y protegidos jurisdic-

177.

La jurisprudencia tradicional y los derechos como principios.

cionalmente, con independencia de la jurisdicción a la que se encomienda esa tarea.

Lo esencial de la consagración constitucional de los derechos se justifica precisamente en que la vinculación de aquellos a la Constitución es absolutamente imprescindible para evitar su dominación por la legalidad ordinaria. Como hemos estudiado ya, una de las características del Estado legal, que caracteriza los sistemas jurídicos europeos hasta la mitad del siglo xx, y en el nuestro hasta sus dos décadas finales, es que los derechos de los ciudadanos estén plenamente disponibles para el legislador. La ley los conforma y delimita, los regula y, en su caso, constriñe, sin que exista ninguna regla superior a la que deba atenderse, ni garantía alguna de orden jurisdiccional contra las decisiones que desconocen las facultades que la tradición, la historia o las convicciones sociales consideran absolutamente inescindibles del ejercicio del derecho. La ley dispone sobre los derechos. Las Declaraciones generales donde aquellos se proclaman no son más que, como dijo ESMEIN a principios del siglo xx, «puras declaraciones de principios». No solo no existen garantías frente a las actuaciones del legislador, sino que es precisamente el legislador el que establece caso por caso las fórmulas técnicas que le parecen más idóneas para proteger los derechos con ocasión de las regulaciones generales o específicas de los mismos. Dependen del legislador el nacimiento del derecho como tal y la definición de las garantías con las que se protege.

Esta situación de dominio absoluto de la legalidad, cuyas características y consecuencias ya hemos estudiado en apartados anteriores, es común en los Estados continentales europeos, y solo empieza a quebrar a partir de la Constitución de Weimar de 1919. Se abre entonces la Constitución a los derechos y se disponen garantías generales para su protección indisponibles para el legislador que, poco a poco, van empezando a consolidarse. La doctrina de la época (primero ANSCHÜTZ, THOMA y WOLFF, y más tarde SCHMITT, que formula en 1928 su teoría de las garantías instituciones) apoya decisivamente el cambio de situación.

En España el dominio absoluto del legislador sobre los derechos se mantiene firme hasta la Constitución de 1978, con el único breve paréntesis de la Constitución republicana de 1931, que establece por primera vez un sistema de garantías constitucionales para aquellos.

Aunque las propuestas se frustraran totalmente, la oportunidad en la que con más apasionamiento se ha discutido en nuestra historia constitucional sobre la relación de la ley con los derechos, para retirar

al legislador cualquier posibilidad de regularlos fue con ocasión de la elaboración de la Constitución de 1869. En los primeros tiempos del constitucionalismo norteamericano, se desarrolló un debate importante sobre el carácter natural e inalienable de ciertos derechos que no eran susceptibles de restricción alguna, ni siquiera de intervención del legislador. Se considerarán derechos insusceptibles de regulación. La I Enmienda se refiere a cuatro derechos sobre los que se prohíbe al Congreso legislar: «El Congreso no legislará sobre...» (*«Congress shall make no law respecting...»*).

Los constituyentes españoles del período indicado utilizaron expresamente este modelo, como demostró J. OLTRA, para incorporar también a la Constitución unos «derechos ilegislables». No dejan, sin embargo, muy claro los debates cuáles son los efectos de las leyes que contravienen la prohibición. La ley que regula aquellos derechos «se tiene por no dada», diría ORENSE en los debates, mientras MARTOS y ÁLVAREZ pedían mayor claridad sobre si la «no legislación» se refería solamente a lo preventivo o también a lo represivo o sancionador por los abusos que se cometieran contra los derechos, o al hacer uso de los mismos. El artículo 22 de la Constitución dejaría claro el alcance de la prohibición: «No se establecerá ni por leyes ni por autoridades disposición alguna preventiva que se refiera el ejercicio de los derechos definidos en este título». Al carácter natural y no disponible de estos derechos para el legislador está muy bien expresada en una intervención de MORET, contestando a CASTELAR: «no se declaran los derechos, decía SS. Y no se declaran, estamos perfectamente de acuerdo, no se declara que el hombre tiene corazón y cabeza; esto existe, esto no es un derecho, esta no es una condición legible».

Al proclamarse definitivamente los derechos en la Constitución de 1978 no se mantuvo ninguno al margen de las intervenciones del legislador. Pero en el artículo 53.1 se articuló una protección especial frente a las regulaciones de los derechos que quedaban reservadas a la ley que había que actuar siempre con la limitación de tener que respetar el contenido esencial de aquellos. Además, en relación con los derechos relacionados en el artículo 14 y en la Sección primera del Capítulo segundo, se estableció un sistema de garantías jurisdiccionales específicas que concluyen en el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (artículo 53.2).

Las primeras interpretaciones de la significación jurídica de la incorporación de los derechos fundamentales a las Constituciones, desde la de Weimar de 1919, tuvieron siempre bien presente la relación de la ley con los derechos como argumento crucial para definir el régimen

179.
*La doctrina de los
derechos
ilegislabes.*

180.
Derechos y
garantías
institucionales.

jurídico de aquellos. Precisamente para separar lo que empezarán a denominarse derechos de libertad de las garantías institucionales, C. SCHMITT explica que los derechos fundamentales son derechos absolutos, anteriores a la Constitución y que están completamente al margen de la disponibilidad del legislador. No están estos derechos garantizados «en la medida de la ley», sino que preceden a la ley y no es admisible una intervención legislativa sobre ellos sino como pura excepción. Frente a este régimen de los derechos fundamentales, el de las garantías institucionales es completamente diferente. Se trata en este caso de una protección especial que la Constitución dispensa a determinadas organizaciones con «el fin de hacer imposible su supresión por la legislación ordinaria». Opera esta protección como una garantía frente al legislador para asegurar la pervivencia de determinadas instituciones.

La técnica de las garantías institucionales tuvo gran éxito en la doctrina alemana y luego en la española. La jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional la recogió enseguida, siguiendo de cerca las tesis de SCHMITT (STC de 28 de julio de 1981: «la garantía institucional no asegura un contenido concreto o un ámbito competencial determinado y fijado de una vez por todas, sino la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar»). También es una derivación natural de la teoría schmittiana, aunque no aparezca en ella definido expresamente, el concepto de contenido esencial de los derechos como límite al legislador, que luego recogería la Ley Fundamental de Bonn y nuestra Constitución (artículo 53.1).

Pero lo que nos interesa destacar ahora de la doctrina de la garantía institucional es que, como subrayó K. HESSE, sirvió para destacar el aspecto jurídico-objetivo de los derechos fundamentales. En el sentido, al menos, de que estos no comprenden solamente un poder de exclusión frente a las intervenciones de los poderes públicos, sino que también reclaman la existencia y protección legislativa de determinadas instituciones que son imprescindibles para pleno disfrute de los derechos individuales.

A partir de esta constatación, la consideración de los derechos fundamentales como reductos esencialmente exentos de la intervención del legislador, y protegidos por un sistema reforzado de garantías jurisdiccionales, empezó a matizarse para constatar que no solo no es cierto que el legislador no deba intervenir en relación con los derechos llamados de libertad o de *status*, sino que era más cierto que su contribución resultaba imprescindible para el ejercicio y disfrute en pleni-

181.
El papel del
legislador en la
realización de los
derechos
fundamentales.

tud de los mismos. Frente a la pretensión de que los derechos más protegidos son los «ilegislables», es común la convicción doctrinal actual en que la intervención del legislador es indispensable para hacer factible su realización. Sobre ello hizo observaciones decisivas P. HÄBERLE. El legislador conforma y posibilita el ejercicio individual de los derechos; ni mucho menos constriñe su actividad a limitarlos cuando el disfrute de otros derechos fundamentales lo impone, como pretendió la concepción liberal y subjetivista de los derechos fundamentales.

La ilustración de esta necesidad puede hacerse con múltiples ejemplos, todos los cuales demuestran que las normas que en la Constitución de 1978 regulan los derechos de los ciudadanos no solo los configuran como derechos subjetivos, sino que también operan como garantías de determinadas instituciones o como normas que contienen mandatos o imponen obligaciones a los poderes públicos. El derecho de libertad personal, por ejemplo (artículo 17 CE), no se garantiza solamente reconociendo a los ciudadanos un poder de reacción frente a su desconocimiento por los poderes públicos, sino que es necesario que el legislador arbitre garantías de procedimiento para facilitar aquella (*habeas corpus*, artículo 17.4). La inviolabilidad de domicilio tampoco es un derecho subjetivo exclusivamente (artículo 18), sino que su protección y disfrute reclama que el legislador disponga los procedimientos adecuados. El reconocimiento de la libertad de enseñanza (artículo 27) sería imposible si el legislador no provee de los medios para realizarla. Los fundamentales derechos procesales, que proclama el artículo 24 de la Constitución, no podrían realizarse si no se establecieran por el legislador los procedimientos e instituciones necesarias como el juez predeterminado por ley o el defensor de oficio. La libertad de comunicación por cualquier medio (artículo 20) requiere que el legislador ordene los medios, especialmente cuando la tecnología impone limitaciones a las que pueden establecerse (radio y televisión, etc.).

La confluencia de aspectos subjetivos y objetivos en el reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales fue puesta de manifiesto por el Tribunal Constitucional desde sus primeras sentencias. Destaco la de 14 de julio de 1981: «En primer lugar —dice el Tribunal— los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no solo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un estatus jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia. Pero, al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto esta se configura como marco de una convivencia

182.

El aspecto objetivo de los derechos fundamentales.

humana, justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado Social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución».

Podrían seguirse denominando derechos fundamentales, con buenas razones, solamente a los derechos de *status* que se presentan como poderes subjetivos del ciudadano contra el Estado, defendibles jurisdiccionalmente frente a cualquier vulneración por parte de los poderes públicos (lo hace la mayoría de la doctrina alemana y, entre nosotros, es la fórmula más seguida, cuyos fundamentos explicaron pronto I. DE OTTO y P. CRUZ VILLALÓN). Solo serían derechos fundamentales, de acuerdo con tal planteamiento, los consagrados en el artículo 14 y en la Sección Primera del Capítulo Segundo de la Constitución. Los demás serían derechos de prestación. Pero la diferencia (que es clara en cuanto a la protección jurisdiccional de unos y otros, y a la posibilidad de ejercicio sin una determinación legal previa de su contenido) no radica en que unos, los de *status*, no requieran ninguna intervención del legislador, como pretendió la doctrina liberal.

El aspecto subjetivo y objetivo de los derechos se ha aproximado mucho en el marco del Estado social de Derecho, como destacó oportunamente entre nosotros J. M. BAÑO. La propiedad privada, sobre la que se ha construido el paradigma de los derechos subjetivos, es un derecho en el que domina en la actualidad la regulación institucional. La garantía de la propiedad no se entiende ya en la jurisprudencia constitucional (de la que hay muchos ejemplos, pero recordaremos especialmente la doctrina establecida en la STC 37/1987, de 26 de marzo) como un derecho subjetivo que atribuye poderes de reacción contra los poderes públicos. En verdad, de esta clase son solamente las facultades que asisten al propietario frente a la privación de sus bienes y derechos (artículo 33.3 CE); el legislador, fuera de esta hipótesis, puede configurar o constreñir las facultades de los propietarios sin otros límites constitucionales oponibles que los que resultan del aspecto objetivo de la propiedad, del hecho de que sea esta una institución protegida cuya regulación legislativa siempre debe preservar sus características básicas y su contenido esencial.

Este tipo de desarrollos de las normas que hoy caracterizan a algunos derechos básicos, enseñan cómo se ha robustecido, como contenido de los derechos constitucionales, su contenido de garantías institucionales y de mandatos al legislador.

Es posible como se ha visto en el caso de la propiedad, o resulta también en el de la libertad de empresa, que la protección dispensada al derecho resulte esencialmente de un mandato al legislador o de una garantía institucional. Y este mayor énfasis en el aspecto objetivo de los derechos fundamentales hace que estos operen, frente a los poderes públicos, con la misma técnica que los principios generales del Derecho. Es decir, sirviendo de criterios de información de la legislación y fijando pautas para aplicar e interpretar el Derecho. Incluso, en los ordenamientos en que faltan declaraciones de derechos, pueden estos operar como principios no escritos.

b) *La incorporación de los derechos como principios generales a la jurisprudencia comunitaria*

Un ejemplo importante del funcionamiento de los derechos fundamentales como principios lo ofrece el Derecho comunitario europeo.

Los Tratados fundacionales de la Comunidad Europea no incluyeron ningún catálogo de derechos fundamentales, según la práctica común de las Constituciones de los Estados miembros aprobadas inmediatamente después de la segunda gran guerra europea.

El Tribunal de Justicia tampoco se aprestó inmediatamente a rellenar ese vacío, probablemente en la creencia de que los objetivos inmediatos de la Comunidad ni pasaban por las garantías de los derechos ni imponían estos de modo imprescindible. Las primeras veces que el problema de la protección de los derechos fundamentales llega al Tribunal comunitario ocurre con ocasión de reclamaciones de sujetos privados que pretenden la aplicación en el ordenamiento comunitario de algunos derechos reconocidos en sus Constituciones estatales. La Sentencia *Stork v. Alta Autoridad*, de 4 de febrero de 1959, es la primera oportunidad en la que el Tribunal aborda la cuestión, reiterada enseguida en la Sentencia *Comptoirs de vente v. Alta Autoridad*, de 15 de junio de 1960 y, al tiempo, *Geitling* (asunto 13/60). La respuesta reiterada entonces es que no resulta aceptable la posibilidad de interpretar el Derecho comunitario conforme a las disposiciones sobre derechos fundamentales de los ordenamientos de los Estados miembros. Ambos son ordenamientos separados. El ordenamiento comunitario tiene su propia autonomía y cuenta con instrumentos propios de integración, sin que sea pertinente acudir a los Derechos de los Estados miembros para buscar criterios.

183.

Vertiente objetiva de los derechos y principios generales.

184.

Los derechos en el Derecho comunitario.

Esta doctrina suscitaba, sin embargo, el grave problema de determinar el grado de protección que los derechos fundamentales tenían en la Comunidad Europea y en qué medida se constituían como criterio de inspiración de sus decisiones legislativas y como límite de las mismas.

La cuestión se planteó por vía prejudicial desde mediados de los años sesenta y el Tribunal buscó respuestas adecuadas para justificar la existencia de una protección suficiente de los derechos fundamentales. Seguir manteniendo, a este propósito, que en el Derecho comunitario no existía un catálogo de derechos fundamentales expresamente protegido, y que tampoco era posible garantizarlos a partir de la situación de las Constituciones nacionales, era una doctrina completamente insatisfactoria.

Por ello, a partir de la Sentencia *Stauder*, de 2 de noviembre de 1969, el Tribunal de Justicia estableció que los derechos fundamentales de la persona formaban parte de los *principios generales del Derecho comunitario* cuyo respeto aseguraba el Tribunal. Lo que no dijo aquella sentencia fue ni cuáles eran los derechos protegidos ni el modo de identificarlos. Pero la cuestión la aclararía enseguida la importante Sentencia *Internationale Handelsgesellschaft*, de 17 de diciembre de 1970: la tarea de configurar el catálogo de derechos fundamentales corresponde al Tribunal de Justicia que utilizará como fuente «las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros».

El método seguido por el Tribunal para este trabajo le dejaba una gran discrecionalidad y suponía la inducción, desde las Constituciones y las prácticas jurisprudenciales de los Estados miembros, de principios que pudieran tener una aplicación común en el espacio europeo y no chocaran con la tradición de ningún Estado concreto. Operación delicada que suponía extender a la materia de los derechos fundamentales un encargo que, a efectos de definir el régimen jurídico de una concreta institución, solo habían hecho al Tribunal los Tratados en materia de responsabilidad patrimonial (el artículo 215 —hoy 288— del Tratado CE se remite, a efectos de la reparación de los daños causados por los organismos comunitarios o sus agentes, a «los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros»).

La apertura a los derechos fundamentales a partir de esta jurisprudencia no resultó nada tranquilizadora para algunas jurisdicciones estatales. El Tribunal Constitucional italiano dijo, cuando el método en cuestión había empezado ya a ensayarse, en su Sentencia *Frontini*,

185.
Los derechos como
principios
generales, en
la jurisprudencia
del TJ.

de 27 de diciembre de 1973, que el proceso de integración europea no podía suponer que los órganos comunitarios tuvieran reconocido «un poder inadmisibles de violar los principios fundamentales de nuestro ordenamiento constitucional o los derechos inalienables de la persona humana». El Tribunal Constitucional alemán hizo la misma protesta en su Sentencia *Solange I*, de 8 de junio de 1984. Ambas sentencias terminaban reservando a los tribunales internos un último derecho de supervisión sobre las medidas comunitarias que pudieran resultar contrarias a las Constituciones nacionales y, más en particular, a los derechos consagrados en las mismas. El Tribunal de Justicia comunitario negó completamente la posibilidad de que los tribunales internos pudieran enjuiciar o inaplicar normas comunitarias invocando posibles contradicciones con las Constituciones estatales (rotundamente en la Sentencia *Simmenthal*, de 9 de marzo de 1978: «el juez nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones de Derecho comunitario, tiene la obligación de asegurar el pleno efecto de esas normas, dejando inaplicada, si fuere necesario, en virtud de su propia autoridad, toda disposición contraria de la legislación nacional, incluso posterior, sin que para ello sea necesario pedir o esperar su previa eliminación por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional»), pero era evidente que la doctrina de sus primeras sentencias en materia de protección de derechos fundamentales no resultó satisfactoria para las jurisdicciones constitucionales de los Estados. Precisamente el Tribunal Constitucional Federal alemán había establecido su criterio en la Sentencia citada a solicitud de un juez de instancia no satisfecho con la respuesta que le había dado el Tribunal europeo en *Internationale Handelsgesellschaft*, antes citada. El Tribunal alemán consideró que «en tanto que» («solange») el ordenamiento comunitario no contara con un catálogo de derechos, cualquier juez podía anteponer los consagrados en la Constitución a la aplicación de una medida adoptada por los organismos europeos.

La invocación del respeto a los derechos fundamentales, de acuerdo con los principios reconocidos en las tradiciones comunes de los Estados miembros, era una fórmula insuficiente porque ni aquellas tradiciones son idénticas ni se precisaba si se tomarían de las mismas los niveles máximos de protección o se recogerían estándares medios.

En la Sentencia *Nold*, de 14 de mayo de 1974, pareció apuntarse que bastaba con que un principio estuviera reconocido en cualquier Estado para que hubiera que otorgarle relevancia comunitaria («el Tribunal está obligado a inspirarse en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y no puede, por ello, admitir medi-

186.

Reacciones
de las jurisdicciones
constitucionales
nacionales.

187.
La remisión a la
CEDH.

das incompatibles con los derechos reconocidos y garantizados por las Constituciones de los Estados»), lo que concluiría en que el estándar europeo de protección nunca podría ser inferior al establecido en cualquiera de los Estados miembros. La Sentencia *Hauer*, de 13 de diciembre de 1979, aclaró esta cuestión desechando una interpretación de tal género que hubiera quebrado algunos principios básicos sobre los que se ha construido el Derecho comunitario, estableciendo finalmente que «la introducción de criterios de apreciación particulares derivados de la legislación o del orden constitucional de un Estado miembro determinado atentaría contra la unidad material y la eficacia del Derecho comunitario, lo que tendría como efecto romper la unidad del mercado común y poner en peligro la cohesión de la Comunidad».

Son precisamente las citadas Sentencias *Nold* y *Hauer*, las primeras que utilizan, como referencia mucho más uniformadora del grado de protección de los derechos que ha de entenderse implantado en la Comunidad, lo establecido en la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950.

Tal vez por la mayor seguridad de estas invocaciones, o por la rotundidad con la que el Tribunal de Justicia comunitario se impone a la jurisprudencia comentada de algunos tribunales constitucionales internos, el alemán y el italiano rectificaron sustancialmente su doctrina anterior: el primero, con su Sentencia *Solange II*, de 22 de octubre de 1986, y luego con la de 12 de mayo de 1989 (*Soweit*), y el segundo con las Sentencias *Granital*, de 8 de junio de 1984, y *Fragd*, de 21 de abril de 1989. Ambos, especialmente el Tribunal Constitucional alemán, han tenido oportunidades ulteriores de reiterar su reserva última de intervención en la hipótesis (que, desde luego, es hoy altamente improbable) de que los derechos fundamentales no fueran suficientemente respetados por las instituciones comunitarias y protegidos por el Tribunal de Justicia.

La invocación de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos por la jurisprudencia del Tribunal comunitario dio más solidez a la determinación de un estándar claro del grado en que pretendían salvaguardarse los derechos fundamentales y qué derechos había que considerar incluidos. Para más seguridad, desde mediados de los años setenta comienzan también los estudios y debates en el seno de las instituciones sobre la pertinencia de la adhesión de la Comunidad a la Convención europea. El argumento se desarrolla en el Informe de la Comisión sobre la protección de los derechos fundamentalmente en el ámbito comunitario, de 14 de febrero de 1976,

188.
La positivación de
los principios
protectores de los
derechos.

en la Declaración conjunta de 5 de abril de 1977 del Parlamento, el Consejo y la Comisión, y muy especialmente, en el Memorándum de la Comisión de 4 de abril de 1979 sobre la adhesión de las Comunidades Europeas al Convenio de 1950, abiertamente partidario de la adopción de tal decisión. Pero aunque alguna doctrina siguió alentando esta posibilidad, el Tribunal de Justicia no dejó nunca de subrayar los problemas que plantearían la aplicación vinculante del Convenio por él mismo y por el Tribunal de Estrasburgo, y la formación de estándares diferenciados de protección de los derechos fundamentales en el espacio europeo y en el ámbito de los Estados miembros. En los Tratados Comunitarios empiezan a recogerse referencias más concretas a la Convención Europea desde 1987, a partir de la aprobación del Acta Única. Luego lo hará de modo más explícito y definitivo el artículo F (hoy 6.2) del Tratado de la Unión: «La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, tal y como resultan de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario».

La alternativa de la adhesión al Convenio para que la Comunidad completara el vacío constitucional de no contar con un catálogo escrito de derechos fundamentales concluyó con el Dictamen del Tribunal de Justicia 2/1994, de 28 de marzo, en el que se niega tal posibilidad en términos jurídicos argumentando, sin entrar en otras cuestiones de fondo, que en el estado actual del Derecho comunitario las instituciones carecen de competencia para tomar una decisión de tal género. En un marco distinto, propiciado por el Tratado de Lisboa de 2007, el TJUE ha opuesto nuevas razones jurídicas para considerar que la admisión es incompatible con el Derecho comunitario (Dictamen 2/13, de 18 de diciembre de 2014).

Pero, cegada la vía de la adhesión al Convenio Europeo, las instituciones europeas abrieron otra consistente en la elaboración de una Carta que recogiera específicamente los derechos reconocidos en la Unión. El encargo lo formuló el Consejo Europeo en su reunión de 3-4 de junio de 1999 a una Convención redactora que se constituyó el 17 de diciembre de 1999 y que formuló el proyecto definitivo el 21 de septiembre siguiente. El Consejo de Niza aprobó la Carta el 7 de diciembre de 2000, aunque sin que se le reconociera valor vinculante.

La Declaración número 23, aneja al Tratado de Niza, se refería a la promoción de un debate sobre el futuro de Europa y la celebración de un nuevo Tratado en 2004, en el que se resolvieran los problemas que

189.
Artículo 6.2 del
Tratado de la
Unión.

190.
La Carta de los
Derechos.

quedaban pendientes sobre simplificación de los Tratados, participación de los Parlamentos nacionales y delimitación de competencias, y la inserción o no de la Carta en los Tratados con valor vinculante. En desarrollo de estas previsiones, la Convención sobre el Futuro de Europa acometió sus trabajos entre el 27 de febrero de 2002 y julio de 2003, hasta concluir el «Tratado por el que se crea una Constitución para Europa», que se debatió seguidamente hasta su adopción formal el 29 de octubre de 2004. La opción seguida en relación con la Carta fue su integración en el Tratado como parte II.

Tras el fracaso del Tratado constitucional, fundamentalmente por los resultados negativos de los referéndums celebrados en Francia y en Holanda, se desistió de aquel mediante la Declaración de Berlín de 25 de marzo de 2007. Poco después, una conferencia intergubernamental se ocupará de preparar modificaciones a los Tratados de la Unión y el Tratado Comunidad Europea, que pasará a denominarse Tratado de Funcionamiento de la Unión. Se firmaron estas modificaciones en Lisboa el 13 de diciembre de 2007. La Carta Europea había sido readaptada al Tratado de la Unión Europea el 12 de diciembre anterior. El artículo 6.1 del Tratado de la Unión declaró: «La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados». De esta manera, el Derecho comunitario se abre al reconocimiento de otros estándares de derechos vigentes en los Estados miembros, además de aceptar también la aplicabilidad del Convenio Europeo.

191.
El problema de los estándares de protección.

IV. LA FRAGMENTACIÓN DE LA LEGALIDAD

La constitucionalización de la legalidad ha remitido a una fuente superior y única la fijación de los parámetros jurídicos a que tienen que someter su actuación todos los poderes públicos, incluido el legislador. No obstante esta unificación general del Derecho en el vértice del ordenamiento, se ha visto acompañado de una fuerte diversificación de la creación de Derecho en el dominio de la legalidad constituida u ordinaria. Las razones son varias: por un lado, aunque muchas actuaciones de los poderes públicos están reservadas a la ley, que tiene que contener la regulación básica o primaria a la que han de ajustarse la Administración y los Tribunales, las propias disposiciones administrativas, los reglamentos, tienen un amplio margen para producir normas que integran y completan la legalidad. En segundo lugar, el dominio

de la ley general y única, propio de los estados centralizados dominantes en Europa hasta el último tercio del siglo xx, ha sido sustituido por una multiplicación de los legisladores que actúan tanto en el plano infraestatal como a escala supraestatal: en concreto, se han constituido parlamentos regionales que producen leyes de valor equiparable a las estatales y, por otro lado, se ha avanzado en la integración política europea aceptando que las normas comunitarias se apliquen en el ordenamiento interno, reconociéndoles la misma fuerza que a las leyes o aun a la Constitución misma. En tercer lugar, la globalización o mundialización de la economía y de las relaciones sociales está potenciando la proliferación de normas universales que también se integran en la legalidad interna, directamente o a través de su acogimiento forzoso en disposiciones estatales o convenios multilaterales. En fin, la fuerte liberalización y desregulación de la economía, impulsadas a partir de los años finales del siglo xx, ha ocasionado una retirada del Estado también de algunos aspectos de su clásica función regulatoria, abriendo espacio a la autorregulación y, con ella, a la formación privada de normas que son de obligatorio acatamiento para los agentes económicos y, también, como pautas para la actuación de la Administración al supervisar o controlar la actividad de aquellos en los mercados libres.

A todo este complejo de fenómenos lo hemos llamado, para tratarlo en conjunto, la fragmentación de la legalidad porque todos son expresión de un cambio capital en la dinámica clásica de la legalidad. No solo la Constitución, con sus valores, principios y derechos fundamentales, se ha puesto por delante de la ley, sino que la legalidad ha dejado de estar representada también por una norma superior y única, la ley, de aplicación general en todo el territorio, emanada por el poder legislativo, asimismo unitario, del Estado.

La dinámica de la legalidad es hoy muy plural y variada. El análisis de ese marco nuevo es capital para conocer bien la significación actual de una institución que sigue siendo central en el sistema general del Derecho Público.

1. RESERVA DE LEY Y CONTRIBUCIÓN DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA A LA DEFINICIÓN DE LA LEGALIDAD

Aunque la exposición del sistema general de las fuentes del Derecho es la materia a la que se dedica monográficamente otro volumen de esta obra, hemos de anticipar aquí algunas consideraciones sobre la función de la ley y la contribución del reglamento en la determina-

192.
*Manifestaciones de
la fragmentación.*

ción o concreción de la legalidad a la que están sometidas las Administraciones Públicas.

El ideal de la legalidad en el que piensa la filosofía ilustrada y que intenta plasmarse en los primeros años del constitucionalismo europeo, consiste, como hemos resaltado repetidamente, en concentrar en la ley todo el poder regulatorio, excluyendo que ningún otro sujeto distinto del legislador tenga potestad normativa. No solo se dirige esta concepción contra prácticas judiciales como los denominados *arrêts de règlement* en Francia, sino también contra el reconocimiento de un poder reglamentario de cualquier clase en manos del ejecutivo.

Pero, como ya hemos estudiado, esta intensa restricción monopolística de la función normativa apenas dura unos años en los textos de las Constituciones y, probablemente, ni siquiera unos días en la práctica. El poder normativo del ejecutivo, desarrollado a través de reglamentos, vuelve a ser reconocido, como expresión, además, del principio monárquico que consigue encontrar un hueco para convivir con el principio democrático, representado por la actividad parlamentaria, en las Constituciones de los primeros años del siglo XIX.

Nos remitimos al volumen anterior para el análisis de la evolución ulterior de la potestad reglamentaria de la Administración.

En la actualidad, y en nuestra Constitución, la potestad reglamentaria originaria se atribuye al Gobierno por el artículo 97. Y la titularidad y ejercicio de la misma por las Comunidades Autónomas y entidades locales, resulta vinculada al reconocimiento de autonomía a unas y otras en los términos que determina el Título VIII de la Ley Fundamental.

El análisis del régimen constitucional de la potestad reglamentaria arroja el saldo unánime en toda la doctrina y jurisprudencia actuales. Resulta de ellas que la Constitución no ha establecido un ámbito material reservado a la exclusiva disponibilidad del reglamento. Es decir, que no existen en nuestro sistema constitucional reglamentos autónomos, como los que contempla la Constitución francesa de 1958 en su artículo 37. Rige, por el contrario, el principio de primacía de la ley.

El principio de primacía de la ley expresa, por una parte, la sumisión o vinculación de la Administración a las leyes existentes (a todas las leyes vigentes adoptadas por un legislador legítimo, mientras no hayan sido suspendidas por el Tribunal Constitucional, anuladas o derogadas). Y, por otra parte, significa que la ley puede incorporar regulaciones sobre cualquier materia administrativa sin restricciones de ninguna clase. No existe, como ya hemos analizado en apartados anteriores,

193.

La concentración ideal del poder normativo en el legislador.

194.

Primacía de la ley.

una reserva de Administración constitucionalmente garantizada, lo cual hay que referir tanto a la actividad administrativa puramente ejecutiva, como a la potestad normativa expresada mediante reglamentos. Estos no solo es que no puedan ser contrarios a las leyes, sino que tampoco tienen encomendada la regulación sobre ninguna materia que escape a la primacía de la ley.

Cuestión distinta es si, faltando una regulación legal, los reglamentos pueden, con independencia de la ley, regular cualquier materia o, por el contrario, son aquellos, en todos los casos, normas que precisan ser habilitadas por el legislador y que no tienen más función que desarrollar, pormenorizar o ejecutar las normas establecidas en una ley previa.

La posición constitucional del reglamento depende de otro principio íntimamente vinculado a la noción de legalidad, como es el de la reserva de ley.

La Constitución española es tributaria, en punto a la caracterización de las reservas de ley, de lo establecido previamente en otras Constituciones europeas, fundamentalmente las alemanas y francesas. En las alemanas del siglo XIX, fue normal la atribución conjunta del poder normativo al legislativo, por una parte, y al monarca, por otra. Esta compartición de la potestad normativa se debía a la creciente pujanza del principio democrático, expresado en la atribución de la potestad legislativa al Parlamento, y en la resistencia al desplazamiento de algunas atribuciones de la monarquía tradicional, que se expresarían en el denominado principio monárquico.

El equilibrio entre ambos principios da lugar a tensiones que duran, por lo menos, todo el siglo. No obstante, como también hemos tenido ocasión de estudiar en este capítulo, al analizar la problemática constitucional de la ley material, paulatinamente se va atribuyendo al Parlamento la definición y concreción de las normas que suponen una regulación de la propiedad y de la libertad. Esta reserva es fácil de justificar en una cierta tradición que exigía que las cuestiones relativas a la exacción de tributos para nutrir las arcas públicas, fueran avaladas por un pronunciamiento de las asambleas y parlamentos. La misma intervención se reclama cuando se trata de cuestiones relativas al establecimiento de penas privativas de libertad. Es la reiteración de estas prácticas de intervención de las asambleas en las regulaciones o intervenciones relativas a la propiedad y a la libertad, la que permite a la doctrina alemana de la primera mitad del siglo XIX definir el ámbito de la reserva de ley refiriéndolo justamente a aquellos dos derechos individuales básicos. VON STEIN hará justamente esta propuesta, basán-

195.

La doctrina de la reserva de ley.

196.

Propiedad y libertad.

dose, además, en la idea de *property* que había manejado antes John LOCKE, concepto que, como también hemos tenido oportunidad de exponer, comprende no solo la titularidad de bienes, sino también la seguridad y la libertad de los individuos.

Cuando se formula la noción de reserva de ley se produce, indudablemente, una progresión del Parlamento y de la idea democrática. La reserva de ley complementada por la primacía de la ley, contribuyen a que paulatinamente la función normativa del ejecutivo se conciba de un modo residual. Podrá intervenir únicamente en relación con aquellos asuntos que no hayan sido previamente regulados por una ley. Y ello siempre que no se trate de intervenir en la propiedad o la libertad. Estas restricciones determinan que la única posibilidad de intervención independiente del reglamento, se concrete en la regulación de cuestiones relativas a los servicios públicos o a la organización administrativa. En Alemania incluso se crea la categoría de los reglamentos organizativos o de administración justamente para acotar el ámbito disponible para los reglamentos sin necesidad de habilitación legal.

En Francia, por caminos distintos, se llega a resultados idénticos a los de Alemania. La ley debe regular todo lo concerniente a la libertad y a la propiedad. Aunque la exclusión inicial de toda potestad reglamentaria en manos del ejecutivo, que decretó el artículo 6 de la Constitución de 1791, desapareció enseguida, la posición de la potestad reglamentaria en relación con la ley se configuraría, a lo largo del siglo XIX, en los mismos términos explicados para Alemania. Al final del período, es el Consejo de Estado el que, acogiendo las importantes conclusiones del Comisario del Gobierno Romieu, establece en dos *arrêts* de referencia que los dominios propios del reglamento son la regulación de algunos extremos de los servicios públicos y la organización administrativa (*arrêts de 19 de febrero de 1904, Chambre Syndicale de Fabricants Constructeurs de material pour chemins de fer et tramways, y de 4 de mayo de 1906, Babin*). HAURIU seguiría a Romieu para sistematizar la idea de que las cuestiones relativas a la libertad requieren regulaciones por normas con rango de ley, y que la organización es la materia puramente reglamentaria.

Algunos años después, CARRÉ DE MALBERG pondría de manifiesto que, en verdad, nunca había habido reserva de ley en Francia. La reserva de ley está vinculada necesariamente a la existencia de un control de constitucionalidad sobre las decisiones del legislativo. Si no existe dicho control, la ley podrá regular en la forma debida las intervenciones en la propiedad o la libertad, o remitirse a normas de inferior grado para que lo hagan, deslegalizando y, en consecuencia,

197.

Crítica a la doctrina de la reserva en los Estados sin Constitución.

incumpliendo la reserva establecida en la Constitución. Pero no habrá ninguna posibilidad no solo ya de corregir la abstención, constitucionalmente indebida, del legislador, sino que también será imposible controlar la invasión de la reserva de ley llevada a término por las normas reglamentarias, ya que la ley, aun siendo irregular inconstitucionalmente, amparará al reglamento y actuará como pantalla evitando cualquier control (el Consejo de Estado utilizaría el efecto repetidamente, y en diferentes ámbitos—incluido muchos años después el de las relaciones entre el Derecho interno y el Derecho europeo— la «doctrina de la ley pantalla»).

La Constitución española de 1978 ha utilizado la construcción tradicional de la reserva de ley, sin ninguna duda, porque de ello da muestra inequívoca lo establecido en el artículo 53.1, que reclama que solo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, pueden regularse los derechos fundamentales. No obstante, se aprecia en la Constitución una notable ampliación de la reserva, porque en muchos otros preceptos exige que la regulación de determinadas materias sean establecidas mediante leyes orgánicas (artículo 81), o por leyes ordinarias. Las materias reservadas de esta forma no son siempre los derechos y las libertades, sino también la regulación principal de instituciones u órganos fundamentales del Estado, o institutos esenciales en el sistema general del ordenamiento jurídico.

La disposición de la reserva de ley en la Constitución española permite afirmar que su establecimiento no se corresponde exclusivamente con la protección de la libertad y la propiedad del ciudadano, sino también con la idea de que el Parlamento debe pronunciarse, habida cuenta su posición democrática y representativa, sobre las decisiones que afectan esencialmente al interés de la colectividad. Este tránsito, desde la doctrina de la reserva apoyada en la libertad y la propiedad, hasta su fundamentación en el criterio de la esencialidad, es, en definitiva, el mismo que se observa en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán a partir de los años setenta (Th. OPPERMAN, G. KISKER, F. OSSENBUHL, H. MAURER). Su sentido, es el de establecer no solo una limitación al ejecutivo en sus relaciones con la ley, sino, más principalmente, *una limitación al propio Parlamento*, para obligarle a que sea él precisamente quien se pronuncie sobre las cuestiones más relevantes para la ordenación de la sociedad. Por ello, la limitación de la reserva de ley a las injerencias o intromisiones en la libertad y derechos individuales, puede considerarse completamente sobrepasada (H. MAURER). Cuanto más esencial para la colectividad o los ciudadanos es una cuestión, más necesario es que el legislador intervenga fijando

198.

La doctrina de la esencialidad: consecuencias.

las normas correspondientes. Desde luego estas tienen que ser más precisas (reserva del contenido esencial: *Wesentlichkeitstheorie*; artículo 53.1 CE) cuando los derechos fundamentales del ciudadano quedan afectados o amenazados, pero también en la medida en que las reglas a establecer son importantes para la colectividad en su conjunto y deben ser objeto de una discusión pública más activa.

La jurisprudencia constitucional federal ha venido a establecer, en definitiva, que la reserva de ley debe graduarse considerando si la regulación se refiere a cuestiones fundamentales o, por el contrario, contiene decisiones menos vitales que pueden ser también objeto del poder reglamentario, o, en fin, se centra en materias no esenciales.

La reserva de ley, en consecuencia, queda enriquecida con un nuevo enfoque que no había sido planteado por la doctrina clásica: *la densidad normativa que la Constitución impone a las regulaciones establecidas por ley*.

Esta concepción de la función del legislador repercute necesariamente en la posición general que tiene la Administración en relación con la ley. Como veremos en epígrafes sucesivos, tiene que ver directamente con la definición de los poderes discrecionales de la Administración, perspectiva esta de la discrecionalidad administrativa que no ha sido habitualmente contemplada hasta ahora por la doctrina española, y que ofrece criterios para determinar no solo cuando una potestad atribuida a la Administración Pública es de carácter discrecional, sino la legitimidad de la remisión que hace la ley a la Administración para que complete sus mandatos.

Pero, en lo que ahora nos concierne, afecta también a la función regulatoria que corresponde a los reglamentos.

Debemos a J. M. BAÑO LEÓN, secundado luego en esto por otros autores, una detenida reflexión sobre las posibilidades del reglamento independiente en el actual sistema constitucional español. El estudio desmitifica, con razón, la concepción del principio de legalidad según la cual la Administración Pública necesita siempre una habilitación concreta y positiva para actuar, justificando su posición democrática y constitucionalmente amparada para intervenir en la atención de los intereses generales. Son identificables, en efecto, ámbitos materiales de actuación administrativa que no requieren habilitación previa. La práctica de la Administración y la jurisprudencia del Tribunal Supremo han ratificado la legitimidad constitucional de tales actuaciones.

En ocasiones la habilitación de la potestad reglamentaria ejecutiva que se formula desde las leyes, que regulan básicamente una materia y efectúan una remisión normativa al reglamento para su complementación, no alcanza a completar los elementos esenciales de la decisión normativa, que parcialmente, por razones de proximidad territorial (el caso del planeamiento urbanístico), técnica (las normas medioambientales, la normalización industrial), o de medios (todo el ámbito de la regulación económica) se dejan abiertos a una inmensa disponibilidad de la norma reglamentaria.

Estas experiencias jurídicas de instrumentación de las relaciones entre la ley y el reglamento, demuestran que, en muchos sectores del ordenamiento la norma reglamentaria es necesariamente creativa de Derecho, y no simple complemento o desarrollo de la ley.

No hay posibilidades constitucionales ni prácticas de oponerse con razones serias a aquella realidad. Lo que resulta preciso es complementar la legitimidad del reglamento (apoyada hasta ahora en la habilitación concreta recibida de la ley para ejecutarla) reforzando la participación directa de los ciudadanos y corporaciones interesadas en el procedimiento de elaboración. Este reforzamiento, complementa la habilitación legal para que los reglamentos puedan establecer normas que afectan a los derechos y libertades de los ciudadanos o contengan decisiones sobre intereses generales relevantes. Ni excluyen ni sustituyen el primer pronunciamiento del legislador, pero salvan el problema de que no puedan encontrarse en las leyes el enunciado básico de las normas que los reglamentos complementarios se ocupan de desarrollar.

Por otra parte, en algunos sectores de la actividad pública puede darse un fenómeno en cierta medida contrario al descrito. Es decir, que las leyes sean ejecutables directamente por la Administración, sin que medien regulaciones reglamentarias de complemento. En tales casos, también el principio de certeza y seguridad, expresados en la Constitución, imponen la intermediación del reglamento, aunque su aprobación pudiera parecer prescindible. La razón es que resulta necesario que la Administración Pública, al utilizar las potestades que le corresponden, programe su actuación, anticipando los criterios que utilizará para actuar, de modo que, especialmente cuando están afectados derechos de los ciudadanos, estos puedan tener la mayor certeza posible sobre el sentido en que van a ser orientadas las decisiones de los poderes públicos. Esta programación, dejada a la Administración Pública, tendrá que hacerse habitualmente mediante normas de valor reglamentario.

200.

Reforzamiento de la legitimación por el procedimiento.

201.

Autoprogramación normativa.

El análisis de las situaciones descritas es buen ejemplo de cómo es preciso explicar correctamente en términos constitucionales diferentes hipótesis de intervención reglamentaria en los dominios de los derechos y libertades de los ciudadanos sin que aquella consista en un desarrollo de normas previamente establecidas en la ley.

La cuestión se manifiesta también con una especial viveza en el ámbito de la potestad normativa local. L. PAREJO ALFONSO es entre nosotros quien más ha insistido en la necesidad de renovar la concepción tradicional de la posición de la Administración local, cambiándola por otra nueva derivada de la autonomía que reconoce la Constitución a las entidades locales.

Las Administraciones locales ejercen sus funciones en un régimen de descentralización. No puede explicarse jurídicamente su autonomía equiparando las potestades normativas que les pertenecen a las que tiene la Administración del Estado en relación con la ley. Es necesario considerar que la autonomía reconocida a las entidades locales no puede ser dirigida en el mismo grado por el poder legislativo porque expresa una capacidad de dirección política y de configuración y ordenación social, que es el correlato de aquella autonomía. Las entidades locales pueden decidir sobre los asuntos confiados a su competencia, ejerciendo, a tal efecto, las potestades que tienen encomendadas, entre ellas la de carácter reglamentario. El reconocimiento de la autonomía local implica también el necesario reconocimiento de una potestad normativa general.

Esta potestad normativa general, ejercitable en los asuntos de su competencia, no se refiere solo a los aspectos organizativos, sino también a cuestiones que, en la concepción tradicional de la reserva de ley, se entendían requeridas de una decisión previa del Parlamento. Esta concepción de la reserva de ley, que ha sido superada por otras razones que hemos explicado, también tiene que ser modulada por el reconocimiento constitucional de autonomías territoriales. También por aplicación del principio democrático. Este último exige que el poder normativo se ejerza por órganos representativos. No es lo mismo el ejercicio del poder reglamentario por órganos que carecen de representatividad y legitimidad democrática directa, que por las entidades locales, a las que no puede negarse el cumplimiento de tales exigencias.

La preservación de la autonomía local demanda, por tanto, una variación sobre la significación tradicional de la reserva de ley. No solo es que sea ya impertinente concretar la reserva de ley a la fórmula

libertad y propiedad, sino que también puede discutirse si es posible que órganos colegiados que cuentan con representatividad democrática, como los Ayuntamientos, puedan satisfacer, mediante sus propias normas, las reservas de ley o, al menos, contar con una mayor libertad dispositiva, en relación con la ley, cuando usan sus potestades normativas en materia de su competencia.

El carácter democrático de las asambleas municipales no es discutible y las sitúa, en este punto, en una posición de analogía evidente con las Cortes Generales y con los parlamentos autonómicos. La organización municipal, provincial e insular se organizan democráticamente por indicación de los artículos 140 y 141 de la Constitución. Son entidades representativas, autónomas, elegidas con la mediación de los partidos políticos, y que actúan ateniéndose a las reglas democráticas.

Teniendo en cuenta todas estas circunstancias, podría decirse que las normas locales, aunque no sean formalmente leyes, pueden considerarse tales a efectos materiales, en cuanto que pueden legítimamente intervenir, sin la habilitación específica de una ley previa, en relación con asuntos reservados a las leyes. No es lo mismo la reserva de ley entendida en relación con la organización burocrática de otras Administraciones Públicas, estatales o autonómicas, que considerada en relación con las asambleas representativas locales, que cuentan con una legitimación democrática directa. La distribución de esferas competenciales entre el Estado y las autonomías locales, también postula por una modulación de la comprensión de la potestad normativa local, que debe ser tan inherente a la autonomía como la función ejecutiva simple. Es de notar que muchos de estos asuntos, especialmente los urbanísticos o medioambientales o la gestión del tráfico, requieren la adopción de normas que afectan a libertades públicas o derechos constitucionales, sin que tenga que entenderse que es necesaria siempre una habilitación legal previa y bien determinada. Una cosa es la regulación de los derechos fundamentales y libertades, contemplado en el artículo 53.1, que reclama la ley formal, y otra cosa distinta son las demás intervenciones en los derechos y libertades o las reservas generales de ley contempladas en el artículo 53.3, actuaciones en las que resulta posible una equiparación funcional de la norma local a la norma parlamentaria.

El Tribunal Constitucional se ha aproximado a estas doctrinas sobre la reserva de ley en su Sentencia 132/2001, de 8 de junio, en la que se valora desde el punto de vista constitucional una sanción impuesta por un Ayuntamiento, aplicando una ordenanza municipal reguladora del servicio de vehículos de alquiler con aparato taxímetro. Considera el

203.

*Legitimación
democrática directa
y autonómica.*

204.
La posición favorable del TC a la mayor independencia de la ley de las potestades normativas locales.

Tribunal Constitucional que el recurso se refiere a una sanción administrativa, indudablemente limitativa de derechos, que debe incluirse en la función represiva, retributiva o de castigo que distingue a las sanciones administrativas de otras actividades de coerción, estímulo o disuasión que desarrollan las Administraciones Públicas.

Partiendo de esta constatación, recuerda que la jurisprudencia que, desde la Sentencia 42/1987, de 7 de abril, viene declarando que el artículo 25.1 proscribía toda habilitación reglamentaria vacía de contenido material propio, por lo que es preciso que el legislador regule por sí mismo los tipos de infracción administrativa y las sanciones que sean aplicables. Es decir, que existe una reserva legal referida a la tipificación de las infracciones y su sanción. Sin embargo, esta doctrina, a juicio del Tribunal, debe ser matizada en el caso de las ordenanzas municipales. En otras ocasiones el Tribunal Constitucional flexibilizó la noción de reserva de ley para dejar un amplio margen de regulación a las ordenanzas sobre tasas y precios públicos locales dictadas por los Ayuntamientos (STC 233/1999, de 16 de diciembre): el Tribunal Constitucional aceptó que el ámbito de la «colaboración normativa de los ayuntamientos, en relación con los tributos locales, era mayor que el que podía relegarse a la normativa reglamentaria estatal». Se apoyó fundamentalmente en el carácter representativo del Ayuntamiento [artículo 22.2.d) LRBR de 1985], y en la garantía constitucional de la autonomía local (artículos 137 y 140 CE).

Aunque la concepción flexible de la reserva de ley, cuando se aplica a los reglamentos locales, no permite excluir totalmente la delimitación de la potestad tributaria local mediante la ley, lo cierto es que el Tribunal Constitucional admite que se aplique, en la Sentencia 132/2001 citada, también a la tipificación de infracciones y sanciones. Con lo cual resulta que la modulación de la reserva de ley en relación con la colaboración normativa de las ordenanzas locales opera en relación con las dos materias —propiedad y libertad— que tradicionalmente habían formado el núcleo esencial de la reserva al legislador. Aunque la ley deba fijar los criterios mínimos de antijuridicidad y regule las clases de sanciones, no es exigible que tenga que ser la ley la que concluya, en relación con materia de competencia local, la «definición de cada tipo de ilícito y sanción».

2. LA MULTIPLICACIÓN DE LOS LEGISLADORES INTERNOS

Todo lo que acaba de exponerse sobre la primacía de la ley, la reserva de ley y la contribución del reglamento a la determinación de la legali-

dad, se aplica en términos idénticos a las leyes del Estado y a las dictadas por las Comunidades Autónomas. La ley ha dejado de ser en nuestro sistema constitucional un instrumento normativo monopolizado por el Estado, para pasar a la disponibilidad de todas las Comunidades Autónomas establecidas conforme a las previsiones del Título VIII de la Constitución.

Aunque, cuando se aprobó la Constitución de 1978, alguna doctrina sostuvo interpretaciones de la misma que conducían a limitar el reconocimiento de potestades legislativas solo a algunas Comunidades Autónomas, que tenían un régimen privilegiado y de autonomía plena, dicha opinión fue rápidamente desplazada por las tesis favorables a la generalización de las potestades legislativas autonómicas, que inmediatamente fueron respaldadas por el Tribunal Constitucional, que estableció al respecto una jurisprudencia sin vacilaciones ni fisuras.

La interpretación de la Constitución que ha permitido sostener la generalización de las potestades legislativas a todas las Comunidades Autónomas, se ha apoyado en los siguientes datos fundamentales: primero, la diferente significación cualitativa que tiene en la Constitución la autonomía local y la reconocida a las Comunidades Autónomas, que permite apreciar un reforzamiento de las facultades de dirección política en este último caso, y de los instrumentos normativos en que puede expresarse el ejercicio de los poderes propios. Segundo, en la disponibilidad que los artículos 147, 148.2, y 149.3 atribuyen al Estatuto de Autonomía para definir no solo las materias sobre las que las Comunidades Autónomas ostentarán competencias, sino también para establecer si tendrán atribuidos poderes legislativos. Estas decisiones, encomendadas a los estatutos, se han adoptado en todos los casos reconociendo potestades legislativas a las Comunidades que se han constituido. Tercero, entre los límites constitucionales a la autonomía que se reconoce a las indicadas entidades territoriales, no figura prohibición alguna de que ostenten poderes legislativos. Es más, algunos preceptos constitucionales solo pueden interpretarse en el sentido de que las Comunidades deben tener habitualmente tales atribuciones. No sería explicable en otro caso, por ejemplo, que la Constitución prescriba, que las Comunidades de autonomía plena deban contar con una asamblea legislativa. En cuarto lugar, el artículo 150.1 de la Constitución acepta que las Comunidades Autónomas puedan aprobar «normas legislativas de desarrollo de leyes dictadas por el Estado». Alude este precepto a la articulación de leyes marco del Estado con leyes dictadas por las Comunidades Autónomas; dicho engranaje de normas parte necesariamente de la consideración de que las Comunidades

205.

Generalización de las potestades legislativas de las CCAA.

206.

Fundamentos de las potestades legislativas.

Autónomas detentan ordinariamente potestades legislativas. En quinto lugar, la regulación en el artículo 150.3 de potestades estatales consistentes en la aprobación de «leyes que establezcan los principios necesarios para armonizar las disposiciones normativas de las Comunidades Autónomas», solo se explica correctamente si estas tienen la potestad de dictar leyes porque, en otro caso, si el monopolio de la función legislativa correspondiera al Estado, considerando también la amplitud de las reservas de ley establecidas por la Constitución, no sería preciso el uso de un instrumento normativo reforzado, como son las leyes de armonización reguladas en el precepto citado, para establecer principios normativos uniformes de aplicación general en todo el territorio. En fin, por último, el artículo 153.a), se refiere a la competencia del Tribunal Constitucional para conocer de la constitucionalidad de las «disposiciones normativas con fuerza de ley» que dicten las Comunidades Autónomas, con lo cual la referencia a la potestad legislativa de las mismas es, en este caso, completamente explícita.

Este conjunto de consideraciones son el apoyo constitucional de la jurisprudencia que ha consolidado la interpretación de la Norma Fundamental en el sentido de que todas las Comunidades Autónomas constituidas tienen reconocido legítimamente el poder de legislar. Los estatutos de autonomía han reconocido las potestades legislativas de las entidades territoriales infraestatales con absoluta normalidad (artículos 25 EPV, 30 EC, 9 EA, 37 EG, etc.).

Las leyes autonómicas contribuyen, por tanto, a la formación de la legalidad en los mismos términos que lo hacen las leyes del Estado. Cada legislador opera en el marco de las competencias materiales que resultan de lo establecido en los artículos 148 y 149 de la Constitución y, en desarrollo de estos preceptos, en los Estatutos de cada Comunidad Autónoma, así como en las demás leyes del Estado que sirven para delimitar las competencias.

Nos remitimos necesariamente ahora a lo que se habrá de desarrollar en otros volúmenes de esta obra sobre el sistema de fuentes y la organización territorial del Estado.

Desde el punto de vista del análisis de la nueva estructura de la legalidad en nuestro sistema constitucional, solo nos interesa dejar establecido ahora que el valor y fuerza de las leyes regionales, y su articulación con la potestad reglamentaria, es el mismo que ya hemos señalado en el apartado anterior respecto de la legislación estatal. Es notorio, en este sentido, que cuando la Constitución y los Estatutos de Autonomía se refieren a las leyes territoriales no establecen nunca

diferencias formales ni sustanciales entre aquellas y las estatales. Si la Constitución hubiera querido establecer alguna diferencia podría haberlo hecho (como, en efecto, ha ocurrido en relación con las leyes orgánicas: artículo 81 CE). Para calificar una norma como ley y reconocerle el valor y fuerza que es propio de esta clase de normas, la Constitución solo tiene en cuenta el órgano del que procede (que pueden ser las Cortes Generales o la Asamblea de una Comunidad Autónoma; solo de modo excepcional puede el ejecutivo dictar normas con rango de ley —artículo 82 CE—), y el procedimiento seguido para su elaboración. Dominando en nuestro sistema constitucional, como ya tenemos explicado, un concepto de ley puramente formal, es lógico que se haya interpretado la Constitución en el sentido de que también las reservas de ley puedan ser satisfechas perfectamente por las leyes territoriales, dentro del marco de las competencias que corresponden a las Comunidades Autónomas. Ello es así con carácter general, sin perjuicio de que la Constitución se remita, en muchas ocasiones, a leyes que tienen que ser necesariamente aprobadas por el Estado. Ello ocurre con las remisiones a leyes orgánicas que se caracterizan por aprobarse siguiendo un procedimiento especial (artículo 81.2 CE), referirse a determinadas materias (artículo 81.1 CE y otros), y no admitirse delegaciones legislativas respecto de materias reservadas a las mismas (artículos 75.3 y 82.1 CE). Este concreto tipo de leyes está, por tanto, exclusivamente disponible para el Estado, por lo que las reservas de ley orgánica no pueden ser cumplimentadas por las Comunidades Autónomas. En verdad, sin embargo, estas reservas de ley orgánica coinciden con las competencias materiales reconocidas en la Constitución al Estado. Así, por ejemplo, la regulación general de los derechos fundamentales (artículo 149.1.1), o la reserva a ley orgánica de la regulación de algunas instituciones estatales (Consejo de Estado, Tribunal de Cuentas, etc.). También queda excluido que la reserva de ley pueda ser cumplimentada por una ley autonómica cuando la Constitución se remite a leyes del Estado, por ejemplo, en materia de la planificación (artículo 131.1 en relación con el 149.1.13.^a).

La equiparación de rango de las leyes autonómicas con las estatales es visible también en las formas de control constitucionalmente previstas. El parámetro de control de las leyes regionales es, como el de las estatales, la Constitución. El órgano encargado de su enjuiciamiento es el Tribunal Constitucional, y el procedimiento ordinario es el recurso de inconstitucionalidad (artículos 153 CE y 27.2 LOTC).

Lo anterior se explica porque las leyes autonómicas, igual que las estatales, encuentran su apoyo directo en la Constitución. Aunque las

potestades legislativas de las Comunidades Autónomas se concretan en los Estatutos de Autonomía, ello es consecuencia de un reenvío constitucional que no afecta a la fundamentación última de los poderes autónomos. Las potestades legislativas autonómicas no precisan, por tanto, de habilitaciones establecidas en leyes del Estado para poder ser ejercidas. Este modo de articulación constitucional de las potestades legislativas no está condicionado, tampoco, por el hecho de que en relación con algunas materias las competencias legislativas autonómicas tengan que ejercerse respetando regulaciones (básicas, marco, de principio...) establecidas en leyes estatales. Estas peculiaridades se explican por razón de los criterios seguidos para el reparto de competencias en algunas materias, y no por diferenciación alguna de rango, fuerza y valor de las leyes estatales y las autonómicas.

En fin, la equiparación de rango y valor de la ley estatal y la regional, también es apreciable en cuanto que las leyes autonómicas pueden, en las materias de su competencia, innovar el ordenamiento modificando, si fuese preciso, regulaciones establecidas en leyes formales dictadas por el Estado (naturalmente, antes de que las competencias autonómicas fueran reconocidas estatutariamente y ejercidas). Quiere ello decir que el principio de congelación del rango, que bloquea las regulaciones legales respecto de normas de valor infralegal, no resiste a la fuerza de las disposiciones contenidas en una ley adoptada por cualquier Comunidad Autónoma en asuntos de su competencia.

209.
Reservas formales.

3. LA CONTRIBUCIÓN DE LAS ORGANIZACIONES SUPRANACIONALES A LA DEFINICIÓN DE LA LEGALIDAD

A) **La determinación de la legalidad por el detentador de la soberanía: el origen, asentamiento y evolución del principio**

Los *Seis Libros de la República*, que publica Jean BODIN en París en 1576, es el indiscutible acta intelectual de nacimiento del concepto de soberanía que va a servir para la consolidación del Estado moderno y de punto de referencia para todas las revisiones ulteriores de la idea. BODIN define la soberanía como el «poder supremo sobre los ciudadanos y súbditos, no sometido a las leyes». Lo caracteriza como poder no delegado, o delegado sin límites o condiciones. Inalienable, no sujeto a prescripción. No sujeto a leyes, *absolutio legibus*, porque el soberano es la fuente del Derecho. No puede obligarse a sí mismo ni a sus sucesores. La atribución esencial de la soberanía es el poder de hacer

210.
BODINO y el poder supremo.

leyes tanto generales como particulares, sin que intervenga el consentimiento de un superior, igual o inferior.

Frente al pluralismo inorgánico de los poderes feudales, lo que J. BODIN apoya es la unificación jurídica y la concentración en el soberano de la totalidad de las funciones propias del Estado, desde las legislativas a las burocrático-administrativas. Esta concentración es lo propio de una «república bien ordenada». La integración de todas esas funciones en una sola mano, agrupa, desde luego, a la potestad de legislar sin consentimiento, la de nombrar titulares de oficios elevados, la de imponer tributos, la de acuñar moneda; hacer la guerra y la paz, la potestad jurisdiccional suprema; los poderes ligados a la fidelidad y obediencia de los súbditos y la facultad de conceder la gracia.

La doctrina de J. BODIN arranca de fuentes medievales y trata, sin disimulo, de fortalecer el poder del monarca francés. Es el apoyo que permite justificar el absolutismo sobre bases intelectuales más sólidas (J. H. FRANKLIN) y extender conceptos decisivos para la gobernación de los reinos europeos durante los dos siglos siguientes (Y. Ch. ZARKA).

El complemento fundamental de la doctrina moderna de la soberanía como poder supremo, total, ilimitado, perpetuo e indivisible lo aporta la obra de Thomas HOBBS. En *Leviathan*, HOBBS explica la inclinación antisocial de los hombres. Dada esta tendencia no hay que esperar que espontáneamente defiendan los derechos de los demás, sino solamente los intereses propios. El mantenimiento de la paz, la confianza mutua y los pactos solo es posible si un gobierno fuerte los impone: «los pactos que no descansan en la espada no son más que palabras, sin fuerza para proteger al hombre, en modo alguno». Por tanto, la seguridad depende de la existencia de un gobierno fuerte capaz de mantener la paz y sobreponerse a las tentaciones antisociales características de la conducta humana. Si los hombres aceptan vivir en sociedad no es por otra razón que por el temor al castigo. El Derecho es útil en la medida en que puede imponerse por la fuerza. Para justificar la fuerza HOBBS recurre a la idea de pacto o acuerdo entre los individuos por el cual renuncian a tomarse la justicia por su mano y se someten a un soberano. La fórmula que él escribe es: «autorizo a este hombre o asamblea de hombres mi derecho a gobernarme por mí mismo, con la condición de que vosotros transferiréis a él vuestro derecho y autorizaréis todos sus actos de la misma manera... Esta es la generación de aquel gran *Leviatán* o más bien (hablando con más reverencia), de aquel dios mortal, al cual debemos, bajo el Dios inmortal, nuestra paz y nuestra defensa».

211.

*La soberanía en
HOBBS.*

212.
La significación de
Westfalia.

La consolidación de la soberanía del Estado, en el plano de la gobernación interior de los súbditos, también tiene su reflejo en las relaciones internacionales. A mediados del siglo xvii la paz de Westfalia cierra el período de las guerras de religión y concluye con cualquier esperanza de que el Imperio Romano Germánico concentre un poder efectivo. La soberanía corresponde a los Estados y por tanto son ellos los sujetos de las relaciones internacionales. Resuelven entre ellos los problemas de la paz y la guerra y arbitran de común acuerdo las fórmulas para no interferirse unos en los asuntos de los otros.

La construcción teórica de la soberanía concebida como una absoluta *potestas*, ya pertenezca al monarca o al pueblo, concluye en este punto. Incluso el modelo de gobierno que se cierra con la fórmula de la democracia representativa es la base de todos los sistemas políticos avanzados, el esquema de democracia dominante que ha conseguido acabar con cualquier otro oponente y convertirse en el paradigma.

213.
Las primeras
rupturas del
equilibrio entre
Estados.

A partir del perfeccionamiento de la doctrina de la soberanía podemos empezar a considerar también sus crisis. Coincide prácticamente en el tiempo aunque, como se verá, tenga algunos antecedentes más antiguos. Son las guerras napoleónicas, en efecto, las que descomponen por primera vez el equilibrio entre Estados logrado con la paz de Westfalia. Y también las que provocan la constitución de la Santa Alianza que es la primera tentativa de dar vida a un sistema de instituciones supranacionales que sirvan de garantía del orden y la paz. El ensayo se repetirá después de cada una de las dos grandes confrontaciones europeas del siglo xx, que dan paso a instituciones supranacionales como la Sociedad de Naciones (1920) o las Naciones Unidas (1945).

214.
Las ideas
antisoberanistas de
KELSEN.

El alegato teórico más importante contra la idea de soberanía en el siglo xx es, sin duda, el que desarrolla H. KELSEN. Se opone a la idea de soberanía que considera una concepción antidemocrática e integrista del Estado. En su ensayo *El problema de la soberanía y la teoría del derecho internacional*, escrito durante la primera guerra mundial y publicado en 1920, KELSEN aborda la naturaleza y funciones del ordenamiento jurídico internacional. Para KELSEN es necesario afirmar la unidad del Derecho. El Derecho internacional es el único ordenamiento jurídico originario, exclusivo y universal. La primacía del Derecho internacional supone la inclusión de todos los demás ordenamientos estatales en una relación jerarquizada, de subordinación respecto de aquel. La idea, por tanto, de la soberanía de los Estados nacionales debe ser profundamente removida. El Derecho interno de los Estados no es sino un «ordenamiento parcial» respecto del internacional que es uni-

versal y en el que se integran todos los ordenamientos parciales. Es la plena validez del ordenamiento internacional el fundamento de la validez del ordenamiento estatal.

La validez del ordenamiento internacional hay que buscarla en el propio ordenamiento y no fuera: es el reflejo de la unidad moral del género humano y la imagen jurídica del mundo. Su teoría coincide con la antigua idea teológica de la *civitas maxima* o con la noción de *imperium romanum* que, traspasando la época medieval, viene de la mano de KELSEN, hasta el siglo XX.

Queda, por tanto, abiertamente rechazada la teoría estatalista o pluralista, sostenida por la totalidad de la doctrina alemana de su tiempo (G. JELLINEK, P. LABAND, H. PREUSS, H. TRIEPEL), que concebía el ordenamiento internacional como la consecuencia de una decisión soberana de los Estados de autoobligarse, mediante el reconocimiento de normas externas, otorgado de un modo implícito o expreso por los gobiernos o los parlamentos.

Los años finales del siglo XX han sido especialmente propicios para que puedan plantearse la crisis de la idea de soberanía derivada de los complejos procesos internacionales que afectan a los Estados.

En el área europea, el proceso de la integración económica y política, iniciada con los Tratados fundacionales de las Comunidades Europeas, firmados en 1951 y 1955, se ha acelerado extraordinariamente con ocasión de cada una de sus reformas, y especialmente después del Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992. Casi todas las Constituciones de los Estados miembros de la Comunidad Europea contenían preceptos que consentían la transferencia de poderes del Estado, cesiones de soberanía, en favor de instancias supraestatales. A raíz de la aprobación del Tratado de la Unión, las Constituciones de algunos Estados miembros fundamentales, como Alemania y Francia, hubieron de reformarse para incorporar nuevos preceptos que recojan de modo más explícito y amplio el respaldo de la Constitución al proceso de la integración europea. En Francia la Ley constitucional de 25 de junio de 1992 incorporó dos nuevos párrafos al artículo 88. Y en Alemania, la Ley de 21 de diciembre de 1992 modificó la Ley Fundamental de Bonn incluyendo un nuevo artículo 23, la cláusula Europa», que se refiere explícitamente a la transferencia de «derechos de soberanía».

Una importante Sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 12 de octubre de 1993 puso de manifiesto en Alemania la constitucionalidad de esta operación, pero también sus condicionamientos, al

215.
Fundamentos de la
primacía del
Derecho
Internacional.

216.
Movimientos de
integración
europeos.

someterla, principalmente, al mantenimiento por las instituciones comunitarias del respeto a la protección de los derechos fundamentales y a los principios democráticos, tal y como son reconocidos en la Constitución alemana.

La integración europea está suponiendo una mutación constitucional, de dimensiones muy difíciles de precisar, que afecta a todos los Estados miembros. El cambio supone que, sin mediar una reforma constitucional expresa, el equilibrio de los poderes constitucionales y su ejercicio está transformándose a causa de la creciente absorción de atribuciones por las instancias comunitarias. Se trata, pues, de una modificación de las Constituciones no expresada mediante los procedimientos formales de reforma.

Si la integración europea está suscitando un serio y constante debate sobre el alcance y los límites de la pérdida de soberanía por los Estados, especialmente centrada en la pérdida de los valores políticos y democráticos que el Estado ha encarnado siempre, puede colegirse que la globalización se mire por muchos como una amenaza mucho más grave y decisiva.

Pedro DE VEGA ha hecho un vibrante alegato sobre las características de esa amenaza. Su visión de la mundialización no tiene un resquicio de optimismo (se refiere al «pavoroso fenómeno de la mundialización económica» empleando siempre una adjetivación que subraya radicalmente la crítica) y el propósito de su reflexión, partiendo de estas premisas, se concreta en lo siguiente: «ante tan patéticas circunstancias, en las que el Estado se esfuma progresivamente, la sociedad civil se descompone y los ciudadanos ven eliminados los espacios políticos donde en nombre de la justicia pudieran formular sus reivindicaciones, surge la necesidad y se plantea el problema de cómo definir y dónde situar nuevamente las viejas categorías de Estado, sociedad civil y ciudadanía, para reconstruir las fórmulas éticas de la convivencia percibidas por los valores y principios que inspiraron en sus comienzos el Estado Democrático y Constitucional», es decir, para que la lógica del cálculo y la ganancia, que es la dominante en el mercado universal, no se aparte definitivamente de la lógica de las valoraciones políticas que han legitimado y justificado, desde sus orígenes, la acción del Estado constitucional.

Esta demanda en favor de los valores que el Estado ha sido llamado a preservar, es un modo de oposición a la globalización que se suma a la de todos aquellos que son contrarios al desarrollo de la misma en nombre de la preservación del Estado nacional.

217.

*Globalización y
quiebras de la
soberanía estatal.*

Frente a estas corrientes de pensamiento, se sitúan quienes se oponen a cualquier forma de unificación jurídica internacional. K. OHMAE, por ejemplo, ha sostenido que las modernas corporaciones multinacionales son, hoy por hoy, las únicas instituciones capaces de asegurar un proceso racional de distribución de los recursos económicos gracias al juego de la oferta y la demanda a escala global. Se trata, por tanto, de defender la autonomía de las leyes de mercado, para oponerse al intervencionismo económico y, en la escala mundial, a cualquier intento de regulación política global de las relaciones comerciales, industriales o financieras.

Frente a las posiciones extremas, la mayor parte de quienes han estudiado los problemas jurídicos de la globalización, los cosmopolitas en sus variadas exposiciones, dan por descontada la utilidad del modelo de la soberanía estatal, de los equilibrios de poder, limitaciones y balanceamientos establecidos en el desarrollo de esta doctrina, para aplicarlo a la búsqueda de formas de gobierno mundializadas. Es, en fin, la *domestic analogy* que D. ZOLO, uno de los opositores más agudos a esta idea, explica del siguiente modo: «si es verdad que la centralización jurídica y política ha dado buenos resultados desde el punto de vista de la reducción de la violencia en el interior de los Estados, también se puede establecer que la concentración del poder en manos de una autoridad supranacional sea el camino maestro para construir un mundo más ordenado y pacífico».

La mundialización jurídica pone en juego la soberanía del Estado, que limita y subordina a las grandes decisiones internacionales, pero exige también, al tiempo, establecer los fundamentos del poder del nuevo soberano y, sobre todo, decidir, como lo hicieron los constituyentes americanos de hace dos siglos, si el poder supraterritorial puede concentrarse o debe reunir, por el contrario, una levísima capa de soberanía, la imprescindible para mantener la uniformidad global de algunas decisiones fundamentales.

La ruptura del monopolio del soberano en la producción del Derecho a través de leyes tiene múltiples manifestaciones que ya han sido estudiadas en las páginas anteriores, entre las cuales el reconocimiento de una legalidad no escrita. Pero, en la vertiente que ahora estudiamos aquella quiebra, la eliminación de un aspecto esencial del carácter irresistible y dominante del poder soberano, se manifiesta en dos órdenes jurídicos fundamentales: la superposición a las normas estatales de otras de carácter supranacional acordadas en el seno de los organismos comunitarios europeos, y la formación de una legalidad

218.

Trasladar a la globalización jurídica el modelo estatal.

supracontinental organizada en el marco institucional de una globalización jurídica cada vez más manifiesta.

B) La legalidad supranacional europea

Utilizando la previsión contenida en el artículo 93 de la Constitución, que habilita a las Cortes Generales para la celebración de tratados «por los que se atribuye a una organización o institución supranacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución», España se adhirió a los Tratados de París y Roma, constitutivos de las Comunidades Europeas. Una vez aceptada la incorporación de dichos Tratados, las consecuencias jurídicas de la decisión alcanzan tanto a las mencionadas normas fundamentales como a todo el ordenamiento complejo nacido a partir de las previsiones contenidas en aquellos.

En estos términos constitucionales se explica que la adhesión a la Comunidad Europea suponga la aceptación inmediata de la aplicación en el territorio español de los tratados constitutivos y de todas las normas, reglas o principios (*acquis communautaire*) creados o surgidos de la actividad de los organismos comunitarios europeos. Un ordenamiento extraordinariamente complejo empieza a ser aplicable, a partir de la adhesión, en España. Normas y principios procedentes de aquel ordenamiento se aplicarán, desde entonces, en un espacio jurídico que, hasta la fecha de la adhesión, estaba señoreado por normas procedentes del legislador interno, integradas en un ordenamiento hasta entonces autosuficiente y excluyente.

En principio, la legalidad comunitaria se desenvuelve dentro de un ámbito material fijado, más o menos exactamente, en los Tratados fundacionales y en los demás Tratados y Convenciones que posteriormente han modificado y aumentado las competencias de la Comunidad. En verdad, sin embargo, tanto por la flexibilidad con la que se aplicó el viejo artículo 235 del Tratado CEE, como por la tendencia continua a la ampliación de las competencias comunitarias en los Tratados, que sucesivamente han reformado las previsiones de los fundacionales, hemos podido defender en otro lugar que el proceso de la integración europea supone para los ordenamientos jurídicos de los Estados una gran mutación constitucional, una quiebra de los equilibrios establecidos en cuanto a organización, reparto de poderes y garantías, en las Constituciones internas, sin que haya sido precisa una reforma formal previa de dichas Constituciones (mutación, por tanto, en el mismo sentido que habían estudiado este fenómeno P. LABAND y G. JELLINEK).

219.
Traslación de la soberanía a instancias supranacionales.

220.
Fundamento constitucional.

221.
Mutación constitucional.

Sin perjuicio de lo anterior, las relaciones entre el ordenamiento comunitario y los ordenamientos internos están amparadas, en primer lugar, en las reglas sobre reparto de competencias que resultan de lo establecido en los Tratados sobre las atribuciones de las instituciones comunitarias. Y dentro de este marco general por la aplicación de dos principios fundamentales: el efecto directo y la primacía del Derecho comunitario sobre el Derecho interno.

222.
Reparto de competencias.

La regla del efecto directo expresa que los destinatarios de las normas europeas son tanto los Estados como los ciudadanos, que quedan inmediatamente obligados por las mismas y pueden exigir su observancia ante los Tribunales internos. El efecto directo es una característica realmente primordial y básica de las normas europeas porque, si no existiera o pudiera ser desconocida, las relaciones con los ordenamientos de los Estados miembros se plantearían en términos completamente distintos: las regulaciones europeas serían, a lo más, indicativas o programáticas, pero no vinculantes.

223.
El efecto directo.

El principio de primacía está planteado en los términos más generales en el ámbito comunitario europeo: la primacía es un efecto del que están revestidas todas las normas comunitarias que gozan de efecto directo, cualquiera que sea su condición o rango. La primacía permite a estas normas imponerse a la legalidad de los Estados miembros, cualesquiera que sea el rango en las normas o principios que conforman tal legalidad, sean aquellas anteriores o posteriores a la norma comunitaria.

La doctrina del efecto directo es una construcción del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, que se ha abierto camino y es considerada hoy indiscutible por los legisladores y las jurisdicciones de los Estados miembros. Arranca aquella doctrina de la Sentencia *Van Gend en Loos*, de 5 de febrero de 1963. El Tribunal de Justicia comunitario utilizó en aquella ocasión argumentos que han sido repetidamente invocados con posterioridad. El Tratado, dice la Sentencia, «constituye algo más que un acuerdo que se limitara a crear obligaciones nuevas entre los Estados miembros»; los Estados «han reconocido al Derecho comunitario una autoridad susceptible de ser invocada por sus nacionales ante sus jurisdicciones»; la Comunidad, sigue diciendo la Sentencia, «constituye un nuevo ordenamiento jurídico de derecho internacional, en beneficio del cual los Estados han limitado, aunque sea en materias restringidas, sus derechos soberanos, y cuyos sujetos no son solamente los Estados miembros, sino también sus nacionales». En consecuencia, sigue diciendo la Sentencia, «el Derecho comunitario, independiente de la legislación de los Estados miembros, así como

224.
Origen de la doctrina.

crea obligaciones para los particulares, está también destinado a generar derechos que entran en su patrimonio jurídico»; estos derechos nacen «no solamente cuando el Tratado hace una atribución explícita en su favor, sino también en razón de obligaciones que el Tratado impone de manera bien definida, tanto a los particulares como a los Estados miembros y a las instituciones comunitarias».

En la Sentencia *Van Gend en Loos*, de 1963, están incluidos la práctica totalidad de los razonamientos que el Tribunal empleará en la abundante serie de decisiones que producirá ulteriormente sobre el alcance del efecto directo. El resumen de la doctrina establecida puede formularse en los siguientes términos:

1.º El Tribunal ha distinguido entre la eficacia directa de las normas del Tratado y el de las disposiciones que integran el denominado Derecho derivado. En cuanto a los Tratados, después de declararse en la Sentencia *Van Gend en Loos* el efecto directo de las obligaciones de no hacer, una jurisprudencia muy minuciosa amplió los preceptos que, en razón a su contenido, gozan indubitadamente de la misma virtualidad. Son esenciales en esta evolución la Sentencia *Lüttike*, de 16 de junio de 1996, que consagró el efecto directo del artículo 95 del Tratado y, con él, de los preceptos que contenían obligaciones de «*ne plus faire...*», o de abstenerse una vez cumplido el plazo o período determinado. Esta doctrina se extiende luego en virtud de la Sentencia *Reynes*, de 21 de junio de 1974. La Sentencia *Salgoit*, de 19 de diciembre de 1968, analizó el efecto directo del artículo 33, y la posibilidad de extenderlo al régimen de las obligaciones de hacer fijadas en el Tratado. Desde la Sentencia *Walrave*, de 12 de diciembre de 1974, se ha extendido el efecto directo de los Tratados en las relaciones entre particulares, aspecto este que también se ilustra en la Sentencia *Defrenne v. Sabena*, de 8 de abril de 1976. A partir de esta jurisprudencia el Tribunal de Justicia ha ido declarando los preceptos de los Tratados que gozan de efecto directo, o precisando las circunstancias que deben darse para que un precepto que, en principio, carece de efecto directo, pueda llegar a tenerlo.

El reconocimiento de efecto directo a las normas que integran el Derecho derivado comunitario no ha planteado problema alguno cuando se ha aplicado a los reglamentos. Como el viejo artículo 186 del Tratado CEE estableció desde su primera redacción que el Reglamento «tendrá alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en todo Estado miembro», la doctrina dedujo enseguida que es una norma con efectos *erga omnes*, que vincula directamente tanto a los Estados miembros como a los ciuda-

225.
Aplicaciones del
efecto directo a los
Tratados.

226.
Efecto directo de
los reglamentos.

danos, sin precisar ninguna tarea ejecutiva o aplicativa por parte de los Estados miembros. El Reglamento es autoaplicativo, no precisa necesariamente complementos, *gilt unmittelbar*, como dice la versión alemana del Tratado.

Las directivas comunitarias son un caso distinto. El mismo viejo artículo 189 antes mencionado establecía que aquellas normas obligarían «a todo Estado destinatario en cuanto al resultado a alcanzar, dejando a las instancias nacionales la competencia en cuanto a la forma y los medios», configuración esta que la convertía en una norma que, por excelencia, precisa de una actividad normativa complementaria, integradora o ejecutiva, de los Estados miembros a los que se dirige. Por esta razón, la doctrina clásica sobre el efecto directo de las directivas estableció con detalle que las directivas vinculan a los Estados miembros y no a los ciudadanos. Esta jurisprudencia evolucionó sin embargo, a partir de 1970 (Sentencias *Grad*, de 6 de octubre de 1970, y *SACE*, de 17 de noviembre de 1970) para reconocer que también las directivas podrían llegar a tener efecto directo cuando concurrieran determinadas circunstancias. Las Sentencias aludidas partían de considerar que, aunque el artículo 189 del Tratado atribuyera eficacia directa a los reglamentos solamente, no podría concluirse «que otras categorías de actos contemplados por este artículo no puedan jamás producir efectos análogos». Añadía que en «el caso de que las autoridades comunitarias hubieran, mediante decisión, obligado a un Estado miembro o a todos los Estados miembros a adoptar un comportamiento determinado, el efecto útil de tal acto se encontraría debilitado si los justiciables de este Estado estuvieran impedidos de prevalerse del mismo en justicia, y las jurisdicciones nacionales impedidas de tomarlo en consideración en tanto que elemento del Derecho comunitario. Consideraciones de este tipo se aplicarán ulteriormente por la jurisprudencia para reconocer paulatinamente el efecto directo de las directivas. Unas veces para afirmar, usando otros argumentos, que el Tratado no lo excluye (Sentencia *Van Duyn*, de 4 de diciembre de 1974), otras para justificar la utilización de las directivas como parámetro para el control de la legislación interna (Sentencia *Enka*, de 23 de noviembre de 1977). Pero, sobre todo, para añadir un completo test que puede usarse para decidir sobre cuándo ha de reconocerse efecto directo a una directiva (Sentencias *Ratti*, de 5 de abril de 1979; *Comisión v. Bélgica*, de 6 de mayo de 1989, y *Ursula Becker*, de 17 de enero de 1982). De acuerdo con esta última doctrina, que ya se ha mantenido sustancialmente hasta la actualidad, «en todos los casos en que las disposiciones de una directiva aparezcan, desde el punto de vista de su contenido, como incondicionales y suficien-

227.

Efecto directo de las directivas.

temente precisas, estas disposiciones pueden ser invocadas en defecto de medidas de aplicación adoptadas en plazo, en contra de cualquier disposición nacional no conforme a la directiva, o en tanto que son susceptibles de definir derechos que los particulares pueden hacer valer respecto del Estado».

Los supuestos de aplicación directa de las directivas, sin necesidades de complementación, trasposición o incorporación al Derecho interno de los Estados, se ha mantenido durante muchos años como una doctrina discutida por parte de algunas jurisdicciones nacionales (muy especialmente el *Conseil d'État* francés: *arrêts Cohn Bendit*, de 22 de diciembre de 1978; *Sovinscopt*, de 28 de noviembre de 1980; *Centre International Dentaire*, de 30 de abril de 1981; *Confédération Nationale des Sociétés de protections des animaux de France et des pays d'expression de la nature*, de 7 de diciembre de 1984, donde puede encontrarse la doctrina clásica).

Por lo que concierne al principio de primacía del Derecho comunitario, que es la otra expresión rotunda de la compartición de la soberanía de los Estados con el Derecho de la Comunidad Europea, está formulado por la jurisprudencia comunitaria en términos más rotundos y amplios de los que resultan, en el Derecho interno, de la aplicación del artículo 149.3 de la Constitución, en orden a articular las relaciones internormativas entre el Derecho del Estado y el de las Comunidades Autónomas.

El acta de nacimiento de la doctrina de la primacía está en la Sentencia *Costa/Enel*, de 15 de junio de 1964. Su argumentación es, en síntesis, como sigue: los Tratados «han instituido un ordenamiento jurídico propio integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros», que «se impone a sus órganos jurisdiccionales...» «esa integración, en el derecho de cada país miembro, de disposiciones que provienen de fuente comunitaria, y más generalmente los términos y espíritu del Tratado, tienen por corolario la imposibilidad para los Estados de hacer prevalecer, contra un ordenamiento jurídico aceptado por ellos sobre una base de reciprocidad, una medida unilateral ulterior que no puede, en consecuencia, serle opuesta...» «la fuerza ejecutiva del Derecho comunitario, en efecto, no puede variar de un Estado a otro al amparo de las medidas legislativas ulteriores sin poner en peligro la realización de los objetivos del Tratado...» «del conjunto de estos elementos resulta que, surgido de una fuente autónoma, el Derecho del Tratado no podría, pues, en razón a su naturaleza específica original, dejarse oponer judicialmente un texto interno de cualquier clase que sea sin perder su carácter comunitario y sin cuestionarse la base jurídica misma de la Comunidad».

228.
Principio de
primacía.

229.
Orígenes
jurisprudenciales.

En la Sentencia *Costa/ENEL*, están ya incorporadas las preocupaciones que alimentarán la jurisprudencia ulterior sobre el alcance de la primacía. En esencia sus desarrollos aclaran que las normas estatales posteriores a otra comunitaria no pueden dejar sin efecto a esta. No es aplicable el principio de la *lex posterior*, ni tampoco el de la ordenación jerárquica por rango de la legislación interna, ya que la primacía determina la aplicación preferente del Derecho comunitario frente a cualquier texto interno, anterior o posterior a la norma europea, y con independencia de la «clase que sea» la norma interna.

Los desarrollos jurisprudenciales de *Costa/ENEL* han completado la doctrina sobre dicho principio, con innumerables precisiones, que estudiaremos con más atención en otro volumen de esta obra, y que, por lo que ahora nos interesa, resumiremos en las tres siguientes:

Primera, la aplicación inmediata por los jueces de las normas europeas en conflicto con las internas es una constante en la práctica totalidad de las sentencias que se refieren a la primacía del Derecho comunitario. La declaración más rotunda en este sentido, por las razones concretas que luego se dirán, está en la Sentencia *Simmenthal*, de 9 de marzo de 1978 («el juez nacional encargado de aplicar... el Derecho comunitario tiene obligación de asegurar el pleno efecto de estas normas»); pero, antes de ellas, el Tribunal ha insistido en que esa actuación automática e incondicionada de los jueces viene exigida por la efectividad de lo suscrito en los tratados; es necesaria también para que los derechos reconocidos por las normas europeas gocen de vigencia plena (Sentencias *Lück*, de 6 de abril de 1968, y *Marimex*, de 7 de marzo de 1972) y no tengan distinta virtualidad en unos y otros Estados miembros de la Comunidad (Sentencia *Leonesio*, de 17 de mayo de 1972).

Segunda, la inoponibilidad a la norma europea de procedimientos internos que aplacen su aplicación efectiva está expresada con claridad en la conocida Sentencia *Leonesio*, de 17 de mayo de 1972. La República italiana oponía al pago de una prima prevista en un reglamento comunitario y exigida por una granjera la circunstancia de que dicho pago suponía un gasto que, por razones incluso de orden constitucional, tenía que estar previsto en el presupuesto; no se negaba, pues, el cumplimiento de la obligación, pero se aducía que era preciso inevitablemente llevar a término la correspondiente previsión presupuestaria del gasto. El Tribunal de Justicia, después de decir que estos aplazamientos no previstos en la norma comunitaria son inadmisibles porque suponen que el grado de disfrute de los derechos reconocidos en aquella sería distinto según el país que se tome como referencia,

230.
Efectos.

231.
Supremacía sobre
cualquier norma
interna.

232.
No aplicación de
procedimientos
estatales de
control.

concluye: «las disposiciones presupuestarias de un Estado miembro no podrían entorpecer la aplicabilidad inmediata de una disposición comunitaria y, en consecuencia, el aplazamiento de los derechos individuales que tal disposición confiere a los particulares».

Tercera, la cuestión de si pueden oponerse a la primacía de la norma comunitaria regulaciones de la propia Constitución está también planteada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia; la ocasión para que se suscitara el problema de la colisión de las normas comunitarias con la Constitución interna la ha dado la circunstancia de que los Tratados constitutivos no contengan tabla o catálogo alguno de los derechos fundamentales de los ciudadanos de los Estados miembros. Esta carencia, que las instituciones comunitarias han cubierto con declaraciones de diferente alcance, ha servido a algunos Estados para objetar que el catálogo de derechos fundamentales incorporado a sus Constituciones impone un grado intenso de protección de los mismos que no puede quedar rebajado por normas de Derecho comunitario. Si estas reducen la protección o desconocen frontalmente algún derecho constitucional, el principio de primacía no puede servir para hacer efectiva dicha agresión. Veremos más adelante cómo en algún Estado miembro la jurisprudencia constitucional ha establecido en estos supuestos un límite a la primacía del Derecho comunitario. El Tribunal de Justicia rechazó totalmente estos argumentos a partir de las Sentencias *Stauder*, de 12 de noviembre de 1969, e *Internationale Handelsgesellschaft*, de 17 de diciembre de 1970.

En conclusión, de todo lo expuesto se deduce que el proceso de integración europea ha hecho emerger una potentísima legalidad supranacional que se superpone a la legalidad creada en las instancias estatales e infraestatales, que no pueden oponerse a aquella por resultarles, cuando se formula válidamente, irresistible, como era propio de las decisiones del Estado soberano.

A esta nueva legalidad supranacional, naturalmente, están sometidos no solo el legislador, sino también todos los demás poderes del Estado.

C) La globalización jurídica y la legalidad mundializada

El ensayo de Inmanuel KANT sobre la paz perpetua (*Zum ewigen Frieden*) es el punto de arranque del pensamiento jurídico cosmopolita. Está en KANT la primera explicación sobre la posibilidad de un

233.
Los derechos
fundamentales
inoponibles.

234.
KANT y el
cosmopolitismo
jurídico.

Weltbürgerrecht o derecho cosmopolítico, la idea de un ordenamiento jurídico que comprenda la humanidad entera.

La tradición iusnaturalista, sobre la que KANT se manifiesta críticamente, había legitimado contractualmente al Estado como el remedio más acertado contra la situación de guerra e inestabilidad permanente en que estarían siempre los hombres, habida cuenta su tendencia natural al enfrentamiento y a la defensa prioritaria y exclusiva de sus propios intereses. La propuesta de KANT es de tipo confederal. No pretende eliminar la soberanía de los Estados ni tampoco crear instituciones unitarias apoyadas en una nueva sociedad mundial, sino que confía la paz a los acuerdos entre Estados. Pero también aspira a que lo mismo que los Estados han servido para poner fin al *status naturae* de los hombres, pueda superarse la soberanía para instituir un estado de los pueblos que ponga fin al *status naturae* internacional. Suponía KANT que esta era la fórmula más eminente para imponer la paz internacional, como probaba su éxito en la instauración de la paz en el interior de las sociedades estatales.

Las ideas de KANT son retomadas, a primeros del siglo XX, por KELSEN. En su ensayo citado *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts* (1920), se plantea, como ya hemos recordado, la unidad esencial del ordenamiento jurídico, la primacía del Derecho internacional y el carácter subordinado del Derecho estatal. La posición de KELSEN, conocida como doctrina monista, rompe con la idea de que el Derecho internacional proceda de una voluntaria autorrestricción de la soberanía de los Estados. Su posición está al servicio de una ideología pacifista que pretende oponer a la lógica de las potencias. La guerra justa queda replanteada para configurarla como un mero instrumento de coacción utilizable por el ordenamiento internacional para reprimir a quien viole sus normas.

La represión mediante la guerra es, en cualquier caso, la consecuencia de que no exista una instancia judicial internacional que valore las conductas y pueda decidir las sanciones pertinentes. A esta carencia se refiere H. KELSEN, ofreciendo la cobertura teórica para subsanarla, en su ulterior ensayo *Peace through law*.

Para construir su idea de la paz a través del Derecho (del Derecho internacional, desde luego), KELSEN toma de KANT la idea de la paz perpetua, el modelo federalista y la idea del derecho cosmopolita que comprende como sujetos a todos los individuos del mundo.

El Estado federal mundial tendrá un parlamento, máximo órgano representativo y legislativo, que aprobará las leyes universales. La

235.

*La primacía del
Derecho
internacional.*

236.

*La organización de
la comunidad
internacional en
KELSEN.*

federación sobre la que teoriza KELSEN está modelada sobre los ejemplos suizo y estadounidense que son entonces las federaciones estables. En cualquier caso es el fin del paradigma estatocéntrico y su sustitución por formas mundiales de gobierno.

Lo difícil es el modo y el tiempo necesario para su implantación. Todas las recomendaciones de KELSEN apuntan hacia un proceso largo, de ningún modo a una revolución. Recién salida Europa de la experiencia de dos guerras que han enfrentado cruelmente a los Estados, lo que procede es enfriar los sentimientos nacionales, atenuar las diferencias culturales y de toda clase entre ellos, para que pueda surgir luego una organización internacional capaz de mantener la paz. La homologación de la cultura, la extinción de los sentimientos de pertenencia nacional son premisas de la unificación jurídica mundial.

Es, por tanto, el de KELSEN un planteamiento reformista. Se puede vincular también su propuesta al ideario que, después de la I Guerra Mundial, dio lugar al nacimiento de la Sociedad de Naciones. Pero este modelo es, al mismo tiempo, el que KELSEN quiere revisar para evitar lo que, según él, fue un «error fatal de construcción». La falta de un Tribunal de Justicia Internacional, aceptado por todos, que pudiera decidir sobre las controversias internacionales.

También, en cuanto a su implantación, KELSEN desarrolla los argumentos con templanza: es difícil que, al comienzo, el Tribunal pueda tener la confianza de todos los gobiernos. Pero será de esperar que, como ha ocurrido con otras instituciones jurídicas, los jueces consigan crear poco a poco el nuevo Derecho internacional.

Las tesis judicialistas de KELSEN son, como su idea del gobierno internacional, globalistas. El Tribunal internacional tiene que tener competencias generales de enjuiciamiento de las controversias y no, por tanto, limitadas a determinados asuntos. De aquí su crítica (expresada concretamente en un escrito de 1947 dedicado a criticar las decisiones del proceso de Nuremberg) contra la creación de un Tribunal internacional limitado a juzgar los crímenes nazis y establecido solo contra los vencidos.

El cambio de óptica desde el estatocentrismo a una nueva configuración mundial del sistema de gobierno, está explicada en la *Teoría pura del Derecho* kelseniana, con inevitables ejemplos astronómicos: «también cabe comparar la oposición entre ambas construcciones jurídicas (la estatalista y la internacionalista) con la oposición que se da entre la imagen del mundo toloméico, una imagen del mundo geocéntrica, y la imagen copernicana, eliocéntrica, del mundo. Así como,

según una de las construcciones, el propio Estado se encuentra en el punto central del mundo jurídico, en la imagen toloméica del mundo la Tierra ocupa el punto central, alrededor del cual gira el Sol. Así como según la otra construcción, es el derecho internacional el situado en el punto central del mundo jurídico, en la imagen copernicana del mundo, es el Sol el punto central alrededor del cual gira nuestra Tierra».

En el último cuarto del siglo XX algunos pensadores mundialmente reconocidos han vuelto sobre el problema de la paz y la guerra, que también es para ellos el punto de partida para una reflexión sobre el derecho cosmopolita. Refiero sucintamente las aportaciones de Norberto BOBBIO y de Jürgen HABERMAS.

En el curso académico 1964-65 impartió N. BOBBIO sobre *Il problema della guerra e le vie della pace*, que fue publicado en versión dactilográfica. Trece años después publicó, con el mismo título una colección con sus ensayos sobre el tema. *Diritto e guerra, L'idea della pace e il pacifismo; La nonviolenza è un'alternativa*, son algunos de esos ensayos. Después de estas fechas BOBBIO ha mantenido despierta su preocupación por los problemas de la paz, y ha dedicado muchos artículos y pequeños ensayos a la materia; destacan los producidos con ocasión de la primera guerra del Golfo.

La guerra es un tema de reflexión más serio ahora que lo fue en su día para KANT, porque nunca como en nuestros días ha tenido tanta influencia para la sobrevivencia de la especie. La fórmula sanatoria de los conflictos está reiteradamente clara en el pensamiento de BOBBIO: «para el pacifismo jurídico el remedio por excelencia es la institución del superestado o Estado mundial».

Acerca de cómo tenga que organizarse este Estado mundial, BOBBIO utiliza de modo explícito la *domestic analogy*: «el razonamiento que está en la base de esta teoría es de una simplicidad y de una eficacia ejemplares: del mismo modo que los hombres en estado de naturaleza han estado necesitados de renunciar por parte de todos al uso individual de la fuerza y después atribuir la fuerza a un poder único destinado a convertirse en detentador del monopolio de la fuerza, así a los Estados sumergidos en el estado de naturaleza derivado del sistema de relaciones amenazantes y precarias que ha sido llamado equilibrio del terror, debe cumplir un análogo tránsito de la situación actual del pluralismo de centros de poder a la fase de concentración del poder en un órgano nuevo y supremo que tenga en relación con los Estados singulares el mismo monopolio de la fuerza que el Estado en relación con los individuos concretos».

238.
La domestic
analogy en BOBBIO.

J. HABERMAS, por su parte, también ha desarrollado, sobre todo en los años noventa, una especial dedicación a las reflexiones sobre la situación del derecho internacional, las relaciones entre Estados y la construcción de un derecho cosmopolítico. Sus posiciones pueden encontrarse principalmente en sus libros *Faktizität und Geltung* y *Die Einbeziehung des Anderen*.

HABERMAS vuelve sobre el ensayo de KANT con el propósito de radicalizarlo. Transforma la idea kantiana de «liga de los pueblos» que debe unir entre sí a los Estados soberanos, para fundar sobre ella un proyecto cosmopolítico de un Estado de los pueblos que asuma la soberanía de los Estados. Parte también de aceptar la utilidad que para este proyecto puedan tener las Naciones Unidas. Pero postula una reforma profunda de su organización y una revisión de sus funciones.

Deben las Naciones Unidas ejercer plenamente el poder político y militar que la Carta les ha conferido. Y aunque es impensable que se transformen rápidamente en un gobierno mundial, sí deben propiciarse las reformas necesarias para que puedan ser el referente institucional de un orden cosmopolítico justo y pacífico. Las transformaciones institucionales precisas tienen que concluir en una limitación drástica de la soberanía de los Estados, que deben quedar sometidos al Derecho cosmopolita cuyo cumplimiento se garantizará mediante un sistema adecuado de sanciones. El equilibrio westfaliano, que ha permitido a los Estados preocuparse, casi exclusivamente, de la gobernanación de sus territorios y de la autoafirmación en las relaciones con los demás Estados, se transformará en una federación con instituciones comunes que asumirán el desarrollo de funciones antes retenidas por los Estados.

Al lado de los temas organizativos, HABERMAS formula también relevantes propuestas en relación con los derechos del hombre.

Sus tesis al respecto son, primero, que los derechos del hombre son universales; segundo, que debe reconocérseles subjetividad en el plano internacional; y tercero, que es necesario crear órganos ejecutivos y judiciales nuevos que actúan contra las violaciones de los derechos.

Las posiciones de poder, la subjetividad, que debe reconocerse a los derechos del hombre, tiene su manifestación más esencial, en la construcción de HABERMAS, en la autonomía de los individuos para participar, sin la restricción derivada de la soberanía del Estado en el que viven, en la asociación universal de los ciudadanos del mundo que legitimará el poder de las instituciones de gobierno unitario. La trans-

239.
El cosmopolitismo
jurídico de
HABERMAS.

240.
La reforma de la
ONU.

formación que postula es la que debe llevar a la «ciudadanía cosmopolita», la «sociedad mundial» (*Weltgesellschaft*), bastante fácil de imaginar ya si se contempla el enriquecimiento de las relaciones entre los ciudadanos de todo el mundo gracias a las nuevas tecnologías de la comunicación.

En cuanto a las garantías de la tutela efectiva de los derechos, HABERMAS toma de KELSEN su propuesta de una jurisdicción mundial obligatoria, en los términos del ensayo *Peace through law*.

En la última obra en la que HABERMAS ha vuelto sobre estos argumentos, aún los precisa y radicaliza («*La inclusión del otro*»).

A partir de los años setenta, Richard FALK ha publicado diversos escritos en los que detalla los cambios estructurales que considera precisos para llegar a un *Just World Order*. En su *Study of Future Worlds*, FALK no se limita a diseñar un sistema central de gobierno y a analizar las articulaciones institucionales precisas para sostenerlo, sino que expone también su opinión sobre las estrategias que precisaría la amplia movilización política precisa para hacer posible la ejecución de su proyecto. En otros textos posteriores (*The End of World Order: Essays on Normative International Relations; Positive Prescriptions for the Near Future*), FALK detalla la contraposición entre sus proposiciones globalistas y los imperativos estatales que estima miopes, orientados a satisfacer intereses particulares a corto plazo, sin visión de futuro.

FALK ha vinculado sus objetivos, basados en el globalismo centralista con el proceso de expansión de la democracia en el ámbito internacional, poniendo en primer plano, como ha destacado D. ZOLO, la tutela internacional de los derechos humanos y el principio de autodeterminación de los pueblos, incluyendo la independencia política, la integridad territorial, la autonomía económica y la protección ambiental. FALK representa el *global constitutionalism* como propuesta para una *transnational democracy* radicada en la eficacia del Derecho internacional, en la tutela de los derechos humanos y proyectada hacia la paz general y el equilibrio ecológico del planeta. La base social de este constitucionalismo nuevo será la *global civil society*, ahora en período emergente gracias a muchas iniciativas transnacionales espontáneas, muchas de ellas inspiradas en el globalismo ecológico.

Aunque FALK se muestra muy crítico con la actuación pasada de las Naciones Unidas por no haber estado a la altura de las funciones que le han sido confiadas (es una organización débil y dependiente, sin una base segura desde el punto de vista político y financiero, incapaz de oponerse al uso de la fuerza por parte de las grandes potencias, esen-

241.

La sociedad mundial.

242.

FALK y el constitucionalismo global.

243.

El modelo Naciones Unidas.

cialmente estatalista, etc.). Sostiene que el proyecto de constitucionalismo global puede encontrar apoyo (además de en la fijación de un cuadro de derechos y deberes de los Estados y en el impulso de asociaciones internacionales voluntarias de base privada) en el núcleo de instituciones que se han desarrollado en el marco de las Naciones Unidas.

Es de Richard FALK también (aunque su posición en este punto ha sido desarrollada después por Antonio CASSESSE, David HELD y otros) la distinción entre dos modelos ordinamentales que conviven en el interior del ordenamiento jurídico internacional: el «modelo de Westfalia», y el «modelo de la Carta de las Naciones Unidas».

David HELD ha dedicado toda su obra, que tiene ya unas dimensiones considerables, a explicar la globalización desde pautas democráticas. Ha estudiado para ello todas las aplicaciones históricas de la idea democrática, desde la ciudad ateniense hasta la democracia representativa liberal, por cuya validez universal también él se inclina como fórmula final en la evolución de los Estados.

Estas formas de gobierno han sido puestas en cuestión por la globalización, especialmente la noción de soberanía que presidió la emergencia del Estado moderno, en los términos que ya hemos estudiado, y enmarcó el desarrollo de la democracia y de los procesos que propiciaron su consolidación.

La crisis no significa, para HELD, la extinción del Estado.

La globalización transforma, sin duda, el poder del Estado. No es que haya perdido sus competencias tradicionales, porque, en algunos extremos, el Estado actual es tan poderoso como sus predecesores, tiene la misma posibilidad de elevar los impuestos o de emplear la fuerza militar. No se trata, por tanto, de una verdadera decadencia, sino de una transformación. En algunos aspectos la globalización no solo no supone el «fin del Estado» sino que le estimula a desarrollar una variedad nueva de estrategias y le requiere una actividad aún mayor. Son los propios Estados los que han afrontado algunos aspectos de la globalización creando agencias y organizaciones a escala regional o mundial con las que comparten ahora la gestión de los problemas económicos. En el área regional europea, el proceso de integración en la Unión Europea y la traslación sucesiva de crecientes competencias económicas a las instancias comunitarias es una manifestación evidente de este movimiento.

Sin embargo, la globalización ha provocado también muchas transformaciones en la democracia. El lugar del poder político efectivo ha

dejado de ser el gobierno nacional. Ese poder es ahora compartido por entidades diversas que se sitúan en los niveles nacional, regional e internacional. El sistema de comunidades políticas nacionales sigue vigente, pero hoy aparece vinculado a complejas redes y procesos económicos, organizativos, administrativos y culturales que limitan su eficacia.

El proyecto cosmopolita que HELD postula aspira a especificar los principios y las medidas institucionales necesarias para poder exigir responsabilidad a las formas de poder que actualmente operan más allá de un control democrático. Para ello, en el milenio que ahora empieza, el ciudadano de un Estado tendrá que aprender a ser, al mismo tiempo, ciudadano cosmopolita. Si las formas de poder contemporáneas se alojan en estructuras de diferente nivel —locales, nacionales, regionales y globales— las personas han de poder acceder y participar en muchas comunidades políticas diversas. El ciudadano del nuevo milenio tendrá que ser un «ciudadano múltiple». Teniendo en cuenta que las comunidades de destino se solapan, el ciudadano tendrá que serlo no solo de su propia comunidad sino también de las regiones más amplias en que viven —la europea en nuestro caso—, o de la comunidad global general.

Tendrán, por tanto, que crearse instituciones que reflejen la variedad de asuntos de trascendencia pública en los diferentes escalones comunitarios, y la participación en cada una de ellas de los ciudadanos profundizará y ensanchará la democracia. «Lo esencial de este proyecto —sintetiza HELD— supone una reconceptualización de la autoridad política legítima de tal modo que esta quede desligada de su anclaje tradicional en fronteras fijas y territorios delimitados, y que quede formulada, por el contrario, como un atributo de medidas democráticas elementales o derecho democrático esencial que puede, en principio, afianzarse y ser utilizado por asociaciones autorreguladas de carácter diverso, desde ciudades y regiones subnacionales a naciones-Estado, regiones y redes más amplias de carácter global. Es evidente que el proceso de desconexión se ha iniciado en tanto que autoridad política y formas nuevas de gobierno empiezan a extenderse «por debajo», «por encima», y «paralelamente» a la nación-Estado.

Dentro del sistema cosmopolita actuarán, por tanto, múltiples instituciones. Se requiere, desde luego, un «arco común» de instituciones que cuiden de la consolidación y aplicación del derecho básico, que podría estar compuesto por una amplia gama de centros autónomos de toma de decisiones. Los Estados-nación podrían desempeñar la función de ser estos centros. «Pero no necesariamente —concluye

245.

El ciudadano múltiple.

246.

La soberanía no coincide con la frontera de los Estados.

HELD— todos los centros serían Estados: las redes de Estados o regiones, por un lado, y las entidades subnacionales o las comunidades, organizaciones y agencias transnacionales, por el otro, también podrían asumir esta morfología. Por lo tanto, la soberanía puede desprenderse de la idea de fronteras y territorios fijos y, en principio, ser pensada como constelaciones espacio-temporales maleables. *La soberanía es un atributo del derecho democrático básico, pero puede ser fijada y organizada en diversas asociaciones autorreguladas, desde los Estados hasta las ciudades y las corporaciones*» (HELD).

D. ZOLO ha formulado algunas observaciones críticas en algunas de sus principales obras (*Cosmópolis, I signori della pace*), algunas críticas severas al cosmopolitismo tal y como lo articula la doctrina tradicional, sobre todo por no confiar que las exposiciones sobre la globalización jurídica puedan ejecutarse con los precarios instrumentos con que se cuenta en la actualidad, incluida la ambigua estructura de las Naciones Unidas. La sustitución de los Estados por los individuos en cuanto sujetos de las relaciones internacionales ni está resuelta en las obras que se han venido citando, ni tampoco parece posible ejecutarlas con carácter general porque, si se hiciera, también se produciría otro desequilibrio que favorecería a los Estados menos desarrollados y más poblados, frente a las pretensiones de mundializar la cultura sobre las pautas occidentales. Debe considerarse que las tentativas más habituales de crear un Derecho universal piensan siempre en un Derecho etnocéntrico, basado en la pretensión de extender el producto de un proceso histórico, promovido por la burguesía occidental, a todas las demás culturas.

Consideraciones de este género inducen a ZOLO a pensar que lo único posible es una levísima capa de Derecho internacional un «Derecho internacional mínimo» o un «pacifismo débil», que preserve para los Estados todo lo que sea razonablemente posible y atribuya a la cooperación interestatal, multilateral, la búsqueda de soluciones para los problemas comunes.

De lo que no cabe duda, como conclusión, es que la globalización jurídica ha creado una nueva fuente de legalidad, que sumadas a las supranacionales, estatales, internas, y aún, a las normas surgidas de la iniciativa de los sujetos privados, de las que trataremos inmediatamente en el epígrafe que sigue, han contribuido a establecer una legalidad estructurada de un modo completamente diferente de la que dominó todo el período del Estado legal y soberano. Ahora, utilizando una sugerente imagen ofrecida por François OST, la legalidad no se crea al modo de Júpiter, ordenada desde el Olimpo e impuesta jerár-

247.
El equilibrio de lo
internacional y lo
estatal.

248.
La legalidad
multipunto o el
Derecho red.

quicamento a todos los sujetos, ni siquiera al modo de Hércules, que reclama, como subrayó especialmente R. DWORKIN, la aportación creativa de los jueces a la formación de la legalidad, sino directamente al modo en que corresponde al trabajo de Hermes, el gran mediador universal; su actividad adopta *la forma de una red*, que es la misma estructura del Derecho posmoderno; en efecto, la del Derecho resultante de la fragmentación del soberano «es una estructura en red que se traduce en infinitas informaciones disponibles instantáneamente y, al mismo tiempo, difícilmente matizables, tal como puede ser un banco de datos».

4. LA CONTRIBUCIÓN DE LAS NORMAS PRIVADAS A LA INTEGRACIÓN DE LA LEGALIDAD. LA LEGALIDAD BLANDA

La complementación de la legalidad mediante normas elaboradas por corporaciones, asociaciones o instituciones de cualquier clase, de base privada, no es un fenómeno nuevo (por ejemplo, los estatutos de algunas corporaciones profesionales forman parte de la legalidad que disciplina el ejercicio profesional; en general, la remisión legal a regulaciones estatutarias ha sido un expediente utilizado con frecuencia), pero el desarrollo y amplitud que está alcanzando en la actualidad tienen características y dimensiones desconocidas.

La expansión contemporánea de estas normas de origen privado ha ocurrido fundamentalmente en el ámbito de la calidad y la seguridad industrial. En España es el Real Decreto 1614/1985, de 1 de agosto, el primero que regula las actividades de normalización y certificación industrial, más tarde ordenadas sistemáticamente en la Ley de Industria de 16 de julio de 1992. En esta Ley se reconoce que el incremento y complejidad de aquellas cuestiones de la calidad y la seguridad ha determinado que las Administraciones Públicas utilicen sistemáticamente entidades colaboradoras de carácter privado. De esta clase son las organizaciones de normalización que se crean en todos los países europeos importantes en los primeros años del siglo xx (DIN en Alemania, AFN en Francia, DSI en Inglaterra), y a escala internacional (ISO). En el ámbito comunitario europeo la misma política de ampliación del papel y eficacia de las actividades regulatorias privadas, cobró un gran impulso a partir de la Sentencia conocida como *Cassis de Dijon*, de 20 de febrero de 1979, que justificó la apertura de la denominada política de «nuevo enfoque». Se enfatiza, entre otras cosas, la utilización de la técnica de la «remisión a normas», que permitirá agilizar los procesos de armonización a escala comunitaria.

249.

La tradición de la remisión a regulaciones estatutarias.

250.

La expansión en el campo de la normalización.

El avance de las normas privadas en el sector de la normalización industrial (en España, con el protagonismo de la Asociación Española de Normalización y Certificación AENOR, reconocida por Orden de 26 de febrero de 1986), se ha extendido a otras muchas áreas sucesivamente: el medio ambiente, las telecomunicaciones, el sector audiovisual y, en general, los servicios de la sociedad de la información; el mercado de valores, etc. Algunas manifestaciones de esta tendencia son el sistema EMAS, regulado en España a partir de los Reales Decretos de 28 de diciembre de 1995 y 26 de enero de 1996, junto con el sistema de auditoría ambiental y la gestión ecológica de empresas, contemplada por el Reglamento 76/2001/CE, de 19 de marzo de 2001. El reconocimiento mutuo de legislaciones en materia de equipos terminales de telecomunicación, contemplado en la Directiva 91/263/CEE, de 26 de abril de 1991. O el régimen de los reglamentos de conducta a que se refieren los artículos 78 y complementarios de la Ley del Mercado de Valores de 28 de julio de 1988.

La mayor parte de regulaciones de carácter privado se conciben como de aplicación voluntaria, al menos en principio. Son normas que expresan criterios de experiencia, o recogen las aplicaciones científicas o técnicas más contrastadas, elaboradas por organismos privados que no están dotados de potestades para obligar a su cumplimiento. Sin embargo, la falta de obligatoriedad inicial no significa que carezcan de efectos económicos y jurídicos inmediatos. Es preciso considerar que todas ellas establecen requisitos de calidad, sanitarios, medioambientales y otros que pretenden facilitar y dar seguridad al intercambio de productos y su aceptación por el público. Es posible no atenerse a dichas normas pero es evidente que, quien así actúe, se arriesga a un rechazo del mercado. Por ello se ha hablado de la obligatoriedad «difusa» o «fáctica» (E. MALARET, V. ÁLVAREZ GARCÍA), de esta clase de regulaciones. A partir de la Directiva 83/189/CEE (modificada por otra de 23 de marzo de 1994), se empezó a incluir el concepto, ya muy generalizado en la práctica de la *reglamentación técnica obligatoria de facto*.

Estas reglamentaciones de origen privado y obligatorias de hecho, expresan que las Administraciones Públicas han tenido que retirarse de la regulación de algunos sectores del mercado, aceptando ser sustituida por regulaciones o autorregulaciones de procedencia privada. Se ha roto la convicción de que la mejor regulación es siempre la que procede de organismos públicos. Este cambio de corriente ha arrasado a las Administraciones Públicas, que han sido las primeras en convencerse de su propia falta de capacidad técnica y experiencia

251.
*Reglamentación
obligatoria
de facto.*

sobre los mercados para poder orientar correctamente sus decisiones. El recurso a las iniciativas privadas ha sido considerado una solución alternativa estimable. De esta metodología alternativa forman parte en la actualidad las recomendaciones, decisiones, informes, comunicaciones y otros muchos instrumentos de carácter no vinculante, que se utilizan a escala comunitaria, con gran fuerza para orientar el mercado hacia objetivos políticos más difíciles de recoger en los tradicionales instrumentos normativos vinculantes.

Este nuevo instrumental jurídico se ha extendido en las prácticas comunitarias europeas y las de los Estados, en algunos sectores económicos, agrupándose en conjunto en lo que se ha dado en denominar *soft law*. De esta clase, además de las normas no obligatorias, informes y comunicaciones varias, forman parte también las circulares, las *comfort letters*, las cartas admonitorias, las *deficiency letters* y otras herramientas semejantes usadas con frecuencia en el mercado de valores o en el sector tecnológico.

Transformar las normas blandas o no obligatorias, aunque de la manera indirecta indicada siempre terminan integrándose en la legalidad, en normas vinculantes u obligatorias, es también una operación frecuente en la práctica. Consiste en articular una decisión de carácter público con otra de carácter privado, de manera que la primera preste a la segunda su fuerza de obligar, sin prescindir por ello del carácter originalmente privado de la norma. Estas operaciones de conversión tienen muchas manifestaciones posibles: un reglamento público o administrativo, puede remitirse a una concreta norma privada ya existente, cuyo contenido incorpora; también se pueden formular reenvíos a normas privadas futuras, utilizando fórmulas como la invocación de la «mejor tecnología disponible» o «el estado de la técnica».

Algunas de estas operaciones de transformación plantean serios problemas jurídicos, que estudiaremos con más detalle en un volumen posterior de esta obra. De lo que se trata en todos los casos es de que la reglamentación administrativa preste toda su validez y efectos a las normas de origen privado. Pero, por ejemplo, cuando se tramita, por el procedimiento legalmente establecido, una disposición general de la Administración, si se remite a una norma privada que no existe o puede ser modificada privadamente, puede vulnerarse aquel procedimiento porque los órganos encargados de aprobar la norma no puede decirse que conozcan exactamente su contenido. Problemas semejantes plantean las remisiones en blanco, porque dejan a organizaciones privadas que rellenen el contenido de organizaciones públicas obligatorias.

252.

La legalidad
blanda.

253.

Conversión en
normas
obligatorias.

Señalaremos, sin embargo, como conclusión, que la Constitución no impide que las leyes puedan atribuir el ejercicio de funciones normativas a organismos de base privada. La tradicional objeción derivada de que tales organismos carecen de legitimación democrática, puede superarse fácilmente, como propuso OSSENBÜHL, considerando que la legitimación democrática se completa, en los procedimientos de elaboración de las normas de origen privado, por una gran apertura a la participación de todos los interesados. La ley, por tanto, puede acordar justamente la atribución de dichas facultades normativas y delimitar su ejercicio. Sin embargo, no sería aceptable que fuera la propia Administración la que, al dictar reglamentos, en ejercicio de una habilitación confiada por el legislador, renunciara a dicha tarea, remitiéndose a su vez a normas de carácter privado (ÁLVAREZ GARCÍA, CARRILLO DONAIRE e IZQUIERDO han planteado críticas a esta clase de subdelegaciones que, sin embargo, parecen admitidas en la antes citada Ley de Industria de 1992).

254.
*Legitimación
democrática de las
normas privadas.*

A los efectos que ahora perseguimos de describir el contenido de la legalidad y la fragmentación total de su vieja concentración en normas con rango de ley, son suficientes las consideraciones anteriores. De nuevo podemos decir que son expresión de una nueva fragmentación del soberano. Los ciudadanos, titulares últimos de la soberanía, no la trasladan totalmente a los organismos políticos representativos con ocasión de cada proceso electoral. La reparten entre instancias infraestatales a las que está atribuida la facultad de dictar leyes, según hemos visto, también en favor del Estado, de la organización supranacional europea, de entidades de alcance mundial, sectoriales o generales, pero también retienen una parte del poder soberano para ser ejercido en el marco de agrupaciones de intereses donde también se generan normas, originalmente integradas en la legalidad blanda, pero con posibilidades de ser transformadas en piezas de la legalidad fuerte.

255.
*Reparto y reserva
de soberanía.*

V. LA CONTRIBUCIÓN DE LOS TRIBUNALES A LA DEFINICIÓN DE LA LEGALIDAD

1. EL ORDEN CONSTITUCIONAL DE LAS RELACIONES ENTRE LA LEGISLACIÓN Y LA JURISDICCIÓN

A) La posición constitucional de la Justicia

La constitucionalización y la fragmentación de la legalidad, con el alcance y efectos jurídicos que acaban de examinarse, han repercutido

extraordinariamente en la posición que, hasta que dichos fenómenos se han consolidado, ha tenido la Justicia en relación con los demás poderes del Estado y, muy especialmente, con el legislador.

La reiteradamente usada descripción de MONTESQUIEU del juez como *«bouche qui prononce les paroles de la loi»*, que constreñía la función de los tribunales a una tarea meramente aplicativa de las leyes, consistente, en lo esencial, en identificar hechos, en los que concurrieran las circunstancias previstas en las normas, para ejecutarlas automáticamente, ha evolucionado transformándose radicalmente.

Como explicamos en el volumen anterior, el sometimiento del juez a la ley en los términos más estrictos se fundaba en dos grupos de argumentos: por un lado, la confianza de los revolucionarios franceses, que dieron la primera vuelta de rueda al constitucionalismo continental europeo, en la ley, expresión de la voluntad general, redactada en términos claros y aplicada de modo igual a todos los ciudadanos; y, por otro, la gran prevención y desconfianza hacia la Justicia, ejercida esencialmente por los parlamentos judiciales, que habían logrado tal preeminencia que incluso se arrogaban la facultad de dictar resoluciones con pretendido valor de normas generales, y podían oponerse con éxito a las disposiciones aprobadas por el rey y sus consejos, impidiendo su aplicación.

Los tribunales del Antiguo Régimen en Francia se habían autoatribuido funciones de otros órganos del Estado y las ejercían sin contestación posible.

A reducir ese poder se encaminan todas las reformas emprendidas por el constitucionalismo inmediato, como también tenemos estudiado. El cambio de panorámica pretende a la postre hacer realidad la propuesta, también procedente de los *philosophes*, de que el judicial tiene que ser concebido, en la nueva organización, como un poder *«en quelque façon nul»* cercenando toda la eficacia que con anterioridad habían tenido sus decisiones, constitutivas de la denostada jurisprudencia que, en el sentido de los jacobinos, era una de las peores lacras con las que podía enfrentarse un Estado regido por la moral y la razón.

La nueva ordenación de *«ese poder tan terrible para los hombres»*, como lo califica MONTESQUIEU en el Libro IX de *El Espíritu de las Leyes*, se acometen inmediatamente, desde el inicio de la Revolución en 1789. Pero los criterios que durarán se decantan en la Constitución del año VIII, y se consolidan en el período napoleónico en unos términos exportados luego a toda Europa, y que se han mantenido sin cambios importantes (en lo que concierne a la organización de la justicia, no a

256.

La ejecución de la ley por los tribunales.

257.

La confianza en la ley igual y clara.

258.

Desconfianza en la Justicia.

259.

Desactivar el poder de los tribunales.

260.

Los criterios revolucionarios de organización de la Justicia.

las funciones jurisdiccionales, como enseguida se verá) hasta hoy mismo: primero, el ejercicio de la potestad de juzgar se encomendará a magistrados inamovibles designados por el poder ejecutivo; segundo, se articulará una carrera para disciplinar el movimiento interno dentro de la magistratura, la ocupación de cargos y ascensos, gobernado en última instancia por el Tribunal de Casación que se ocupará también junto con el Tribunal Supremo, del control de la actividad de los órganos judiciales y de la disciplina; tercero, la regla de la inamovilidad se complementa con la *independencia que significa que el juez no está sometido a voluntad alguna distinta de la ley*; ni siquiera puede emplear su propia voluntad sustituyendo o complementando la de la ley lo que, caso por caso, tiene que probar motivando sus decisiones, de modo que puedan verse las razones legales en que se funda. En cuarto lugar, la irresponsabilidad política del juez, en lógica correspondencia con su plena desvinculación de cualquier posición representativa y la reducción de su misión a la aplicación de los mandatos que las leyes fijan. Y quinto y, por lo esencial, último, exclusión de cualquier tipo de control generalizado o difuso de la constitucionalidad de la ley porque, de reconocerlo, se hubiera permitido a los jueces que valoraran la obra del legislador hasta el extremo de poderse oponer a la aplicación de las leyes que vulneran otros principios superiores, siempre expresados en términos vagos o insuficientemente concretos en las constituciones y declaraciones de derechos.

La vinculación del juez a la ley no es solo la base de su independencia, sino también de su legitimación. *Las decisiones que adopta deben ser respetadas y ejecutadas porque traen su razón legítima de la ley que aplican*. Frente al legislativo y el ejecutivo, que gozan de una legitimación originaria, por su relación inmediata o mediata con el pueblo, el poder judicial goza de una legitimación democrática que, justamente, puede denominarse «de ejercicio», en cuanto que se construye a partir de la función de aplicación de la ley que los tribunales están llamados a desempeñar.

En España estos mismos principios se implantan con el primer constitucionalismo y las formas de recogerlos y expresarlos en los textos positivos no han cambiado desde entonces hasta la Constitución vigente. Aunque con pasajes negros (los jueces cesantes en largos períodos del siglo XIX o las manipulaciones en la designación de magistrados del Tribunal Supremo durante la II República, aplicando torcidamente el Decreto de 6 de mayo de 1931), los principios de inamovilidad e independencia permanecen vivos en nuestro ordenamiento constitucional a lo largo de toda su historia, desde el artículo 252 de la

261.*Inamovilidad y carrera.***262.***Independencia.***263.***Irresponsabilidad de los jueces.***264.***Exclusión de controles de constitucionalidad.***265.***Legitimación del juez por la ley.***266.***Continuidad de los principios de inamovilidad e independencia.*

Constitución de Cádiz al artículo 117 de la actual. Siempre concebida su función como aplicativa de la ley, a cuyo imperio están sometidos.

Pese a todo lo cual, el modo de entender en la actualidad las funciones jurisdiccionales ha cambiado radicalmente, como se ha hecho notar en infinidad de ocasiones, las más de las veces con grandes dificultades para explicar y encajar el cambio en las coordenadas constitucionales, que aún se mantienen aparentemente sujetas a la tradición constitucional europea antes descrita.

Para ordenar razonablemente las explicaciones de un fenómeno de enorme relevancia constitucional, tendremos que detenernos, primero, en indagar sobre los fundamentos del cambio; segundo, en depurar algunas versiones patológicas del mismo; y tercero, situar la transformación en sus justas dimensiones y analizar sus principales consecuencias en punto al problema de la definición de la legalidad.

B) La matizada subordinación a la ley

En cuanto a la superación por los jueces y tribunales de su configuración constitucional como un poder sometido a la ley estrictamente, sin ningún poder creativo, fue cosa de poco tiempo. La primera apertura se hizo a favor de la facultad de interpretar, aparentemente la más elemental que puede ejercer un tribunal, negada por el primer constitucionalismo y sustituida por la institución del *référé législatif*, o por la figura de la *consulta a las Cortes*, habilitada directamente entre nosotros por la Constitución gaditana; la segunda apertura será la recuperación del término jurisprudencia, reconociéndose incluso que su vulneración puede dar lugar a la interposición de recursos de casación, lo que empieza a ocurrir en España desde la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855; y tercero, la iniciación de un nuevo debate sobre el valor de la jurisprudencia que, aunque vivo y no resuelto en conciliación en España, concluye nada menos que con la elevación del concepto a la vecindad misma de las fuentes del Derecho (artículo 1.6 del Código Civil, tras la reforma de 1974). Estamos ahora justamente en la etapa final del debate acerca de si los tribunales tienen o no una función creativa de Derecho y el alcance del valor vinculante de sus decisiones. Debate que, aunque solo sea en el plano de la argumentación, se sitúa justamente en las antípodas de las preocupaciones sobre ordenación de la jurisprudencia que se expresaban en los inicios del siglo XIX.

Estos cambios se han fraguado paulatinamente pero, sin ninguna duda, la nueva posición del poder judicial ha estallado desde que se

267.

Primera apertura: la interpretación de la ley.

268.

Segunda: la jurisprudencia.

269.

Jurisprudencia y fuentes.

270.

La validez de la ley como condición para aplicarla.

aprobó la Constitución, manifestándose ahora con dimensiones nuevas. La relación ley-jueces ha variado aunque el artículo 117.1 CE recuerda que los jueces están sometidos únicamente al imperio de la ley. Sin duda, ese imperio no es ya incondicionado y absoluto porque, al mismo tiempo, la Constitución como norma jurídica superior, *impone siempre que los jueces y tribunales lleven a cabo un juicio de validez de las normas que aplican*. El artículo 5.2 LOPJ lo ha explicitado: «Cuando algún órgano judicial considera en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez depende el fallo, puede ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional, con arreglo a lo que establece su Ley Orgánica» (artículos 55 y ss. LOTC). Y también, de modo más general, artículo 6 LOPJ: «Los Jueces y Tribunales no aplicarán los reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la ley o al principio de jerarquía normativa».

Por otro lado, la constitucionalización de la legalidad, en cuyas características, de las que ya hemos tratado largamente, no nos detendremos, imponen a los jueces y tribunales no solo que superpongan los valores, los principios y los derechos constitucionalmente reconocidos, a las determinaciones de las leyes, sino que los empleen para interpretarlas.

Esta exigencia contribuye a desvincular parcialmente a los jueces y tribunales de las leyes que aplican, obligándoles a considerar su encaje en el sistema constitucional en el que se insertan, y resolviendo las controversias usando reglas que satisfagan, al mismo tiempo, los principios constitucionales y las reglas legales habitualmente más despegadas de los valores jurídicos primarios. Este ejercicio puede determinar que los jueces creen normas para resolver los litigios que se les someten, o al menos que tengan que encontrar los principios con que deben matizar la interpretación de las leyes que aplican. Estudiaremos después lo que, a nuestro juicio, hay de hallazgo o de creación en estas tareas judiciales; lo inesquivable, de cualquier manera, es que la función jurisdiccional, en un ambiente jurídico presidido por una legalidad plenamente constitucionalizada, resulta mucho más activa y precisada de esfuerzo (el modelo de juez Hércules de R. DWORKIN, es de todo punto exacto al menos en esto) para determinar la regla de Derecho que debe aplicarse al caso, que ya no será, en la mayoría de los supuestos, evidente.

La misma necesidad de esfuerzo indagatorio para la determinación de la regla aplicable resulta de la evidencia de que la legalidad a que tienen que atenerse los jueces está fuertemente fragmentada, como también hemos explicado ya por extenso.

271.

Encajar la ley en el sistema constitucional.

272.

El esfuerzo de determinación de la regla de Derecho.

Las normas proceden de fuentes múltiples en la actualidad; el ordenamiento, en este sentido, tiene una composición multipolar, tiene la forma de una red, ciertamente de trama compleja, en la que aunque existen normas prevalentes (la Constitución o el Derecho europeo) todas pueden contribuir a la determinación de la regla jurídica aplicable. Esta, desde luego, no procede, como pretendió el constitucionalismo originario, del dictado de un legislador único y centralizado, sino que es el resultado de un análisis en el que los jueces y tribunales tienen que tener necesariamente una función mucho más activa.

Es notorio que la multifocalización, que caracteriza hoy los procesos de producción de normas jurídicas, también ha venido acompañada de una ampliación de los contenidos materiales de sus regulaciones. El legislador de nuestros días, no es, desde hace tiempo, el discreto y templado elaborador de reglas generales que atiendan a ordenar problemas esenciales, sino un incontinente y desordenado fabricante de recetas normativas, casi siempre efímeras, que pretende aplicar a todos y cada uno de los argumentos que ofrece la convivencia en las sociedades económicamente avanzadas. Es decir, extensiva a todas las preocupaciones de la sociedad del bienestar. Esta dinámica legislativa también ha contribuido a ampliar las responsabilidades de los jueces, llamados a aplicar la indicada normativa, y a exigirles decisiones que tienen que buscar inspiración en valores de justicia más estables, con los que sobrepone a las *leyes gadget*, al *Derecho humo*, a las *leyes manifiesto*, a la *inflación legislativa*, a las *leyes, en fin, de usar y tirar*.

Al mismo tiempo que asistimos a la pulverización de la vieja idea de la ley general, abstracta, única y, en lo posible, codificadora, habida cuenta la presencia constante del legislador en todos los órdenes de la vida en sociedad, podemos contemplar otro fenómeno que, en apariencia, es totalmente contradictorio: las leyes principales del ordenamiento, las más destacadas para vertebrar y ordenar el conjunto del sistema normativo multipolar, renuncian frecuentemente a formular regulaciones que agoten la delimitación de los mandatos que contienen, permitiendo que sea la Administración (mediante sus reglamentos en sectores intervenidos) o los tribunales (especialmente en materia penal, sancionadora o en materia de regulación y limitación de derechos ciudadanos) quienes los completen. La norma o la regla de Derecho que la ley contiene no siempre se ofrece acabada en aquella. Siempre que así ocurre, la jurisdicción queda convocada para completarla con principios o reglas deducidos del ordenamiento o creados en la tarea aplicativa.

273.

El hallazgo de la norma en el ordenamiento multipolar.

274.

Consecuencias de la legislación efímera.

275.

Las regulaciones incompletas y los jueces.

Esta técnica legislativa de usar en las regulaciones una densidad normativa que reclamará complementarse en los procesos de ejecución, viene a veces obligada por la complejidad técnica o económica de algunos contenidos sobre los que es desaconsejable que el legislador se pronuncie. Pero en otras ocasiones la infrarregulación legal resulta impuesta por la necesidad de dejar margen a los tribunales para que, con ocasión de la aplicación de las normas, modulen sus consecuencias, usando principios contenidos en la Constitución misma, al enjuiciar casos concretos. Solo de esta manera es posible que entren a formar parte del contenido de la regulación principios como el de proporcionalidad o el de igualdad que tienen que hacerse valer con ocasión de la aplicación de las leyes. Nos ocuparemos de esta interesante limitación constitucional a la densidad de las regulaciones legislativas un poco más adelante.

276.

Rebaja de la densidad normativa y aplicación de la proporcionalidad y la igualdad.

C) Interpretaciones patológicas de la posición de los tribunales ante la ley

Decíamos que las nuevas relaciones entre la legislación y la jurisdicción, gestadas a lo largo de decenios, se han notado muy especialmente entre nosotros desde que entró en vigor la Constitución de 1978. Aunque ello sea evidente, por las razones explicadas, es notorio que en toda Europa se ha producido coetáneamente una remontada de posición y relevancia de los jueces, que no siempre puede justificarse en los motivos expuestos, sino por la concurrencia de otras circunstancias que agruparemos en lo que pueden considerarse patologías de la nueva Justicia.

277.

La remontada de los jueces en toda Europa.

Ninguna duda nos cabe de que la tarea de los tribunales en el Estado de Derecho constitucional ha ganado relevancia, de modo que actualmente no solo no se limitan a aplicar la legalidad, sino que contribuyen decisivamente a definirla. A nuestro juicio, esta enorme remontada de la jurisdicción hacia posiciones relevantes en la definición del Derecho vivo es, posiblemente, la transformación más importante de los sistemas constitucionales europeos desde su fundación. Implica, nada menos, que repensar todos los mecanismos de creación y aplicación del Derecho.

278.

La gran transformación de los mecanismos de creación y aplicación del Derecho.

Sin embargo, un cambio tan sustancial en la posición constitucional de la Justicia era lógico que arrastrara alguna patología concurrente y así, en efecto, ha sido.

Como es común en las enfermedades de juventud, no afectan aquellas patologías al organismo entero de la Justicia, sino a concretos jueces y tribunales que han malentendido el cambio de situación. La importancia del mal no consiste, por tanto, en su generalización, sino en el hecho de que no sea atajado por los órganos de disciplina y control.

La desviación a que aludimos es, sin embargo, de extrema gravedad, aunque no aparezca extendida, porque supone el ejercicio del poder de juzgar de un modo que el sistema constitucional no consiente: en cuanto que el imperio de la ley que, con los matices indicados, sobrevive (artículo 117.1 CE), tiende a sustituirse por un inverosímil *iudex legibus solutus*, que recuerda la rebelión de los parlamentos judiciales contra el legislador en las postrimerías del Antiguo Régimen.

La brecha principal de esta singular, y minoritaria, orientación de la función de juzgar, se abrió en el más importante de los órdenes jurisdiccionales, el penal, que es el que pone en cuestión las libertades y derechos más esenciales de los ciudadanos.

También a este respecto las transformaciones vienen de antiguo, aunque el estallido sea de finales del siglo xx. Globalmente, aquellas están conectadas con el fin de las inmunidades penales, con lo que se ha denominado la erradicación de la «excepción jacobina» (GARAPON), de modo que la justicia penal no sea un orden represivo aplicado a clases concretas o para corregir solo algunos tipos de delitos. De un modo específico, tal vez la aplicación sin excepciones de la justicia penal provenga de las observaciones sobre la impunidad de los delitos de cuello blanco, que hacen los sociólogos del delito norteamericanos en la primera mitad del siglo xx (la fundamental ponencia *The Whithe Collar Criminal*, de E. H. SUTHERLAND, es de 1939, y su libro clásico de diez años después). Pero el levantamiento de las inmunidades de hecho ha afectado a políticos, empresarios, profesores o abogados en términos que no se habían conocido hasta el final de aquel siglo.

La generalización de la igualdad ante la ley penal, noticia óptima para la plena vigencia del Estado de Derecho, reveló sin embargo, que algunos procesos alcanzaban una singularísima relevancia pública y que permitían a los jueces que los instruían o juzgaban un protagonismo y, en su caso, lucimiento mediático hasta entonces desconocido.

La discrecionalidad para el ejercicio de acciones penales por el Ministerio Público, que los ordenamientos europeos consienten, el carácter vago y abierto de algunos tipos penales y, sobre todo,

279.
¿*iudex legibus solutus*?

280.
El ejemplo penal.

281.
El fin de las inmunidades y sus consecuencias.

282.
Plataformas mediáticas.

la enorme facilidad con que pueden modularse los hechos, presuntamente ocurridos, supuestamente punibles, en la instrucción penal, permitió que algunos jueces irrumpieran en la política o en el mundo de los negocios, más por convicción ideológica que por la necesidad de aplicar determinaciones legales. El juez, en verdad, nunca ha podido actuar aislado de la política porque, como observó P. CALAMANDREI, siempre ejecuta decisiones políticas que formula el legislador; el cambio ha consistido en el intento de generar y aplicar tales opciones políticas directamente, sin aquella intermediación legislativa o sobreponiéndose a la misma. La plaga se ha extendido enseguida como revela la creciente atención de la literatura, especializada o no, a este fenómeno (el *petit juge* en Francia; los *pretori d'asalto* y las *toghe rosse* en Italia; la jurisprudencia alternativa en todas partes).

283.
El juez y la política.

Los casos extremos no pueden considerarse, desde luego, como una manifestación del activismo judicial, que la flexibilización de la relación de los jueces con la ley, que la Constitución habilita, permite ahora en los sistemas jurídicos europeos. Como ha sostenido con razón A. BARAK, activismo solo puede haber cuando los jueces eligen entre varias soluciones posibles; pero cuando se elige entre una solución correcta y otra que no lo es no estamos ante un fenómeno de activismo, sino de incompetencia.

284.
Activismo versus
competencia.

Y tales casos extremos no ocurren siempre por razones de orden político sino más bien de carácter personal, entre las que prima el deseo de protagonismo social de algunos jueces dispuestos a sacrificar la legalidad a cambio de aparecer en los medios de comunicación, subidos en pedestales de cristal en cuya base pueden verse todavía los restos de las ofensas a derechos procesales y de libertad que estas actividades suelen llevar consigo.

La marginación de la legalidad penal (procesal y material) que conllevan estos comportamientos tienen muy variadas manifestaciones en las que no podemos detenernos ahora, aunque las hemos expuesto en otra ocasión: uso arbitrario del poder de acusar, manipulación del principio del juez natural, apertura de pesquisas o causas generales, indefensión de hecho en todo el proceso de instrucción, utilización de peritos de parte como peritos judiciales supuestamente objetivos, etc.

285.
Marginación de la
legalidad:
manifestaciones.

Una de las claves esenciales para comprender cuáles son las razones por las que este estado de cosas se mantiene, sin ser firme y severamente reprimido, es la costumbre de los jueces que utilizan dichas prácticas espurias, de abrir el proceso a un debate público, facilitando

la máxima información a los medios de comunicación, con los que se alían.

El método, y sus perversiones jurídicas, consiste en sacar, vulnerando el secreto de la instrucción y la presunción de inocencia, los asuntos a la prensa. Ello supondrá un descrédito importante para la persona del imputado, habida cuenta la tendencia a considerar incontrovertibles las afirmaciones que se contienen en cualquier escrito de imputación de fiscales o jueces. A partir de ahí, estos actuarán, como ocurría en la justicia inquisitorial y señorial anteriores a las declaraciones de derechos, partiendo de una presunción de culpabilidad y su esfuerzo no se dirigirá a otra cosa que a probarla.

La apelación al pueblo, a través de los medios de comunicación, les permitirá ponerse por encima de las exigencias procesales y aun ensanchar los tipos penales para que quepan bien las conductas que persiguen o, en último término, maniobrar los hechos para hacerlos parecerse a las conductas consideradas punibles en los Códigos.

En verdad, lo punible son todas estas tremendas desviaciones de la legalidad que, sin embargo, suelen quedar siempre impunes (y aun sin denuncia, dado el terror que los afectados sufren y el deseo de no retornar a poner el sistema penal en funcionamiento, dada la experiencia de inseguridad que han tenido).

La sobreposición del juez a la legalidad tiene en estas hipótesis dos presupuestos: el primero es negar que la verdad sea la que el Estado expresa a través de las leyes, ni la que se averigua en el proceso, sino la que resulta de un debate externo a ambos, deducido en los medios de comunicación, que aprueban o desaprueban las conductas que el juez describe. Y el segundo, una ingenua apelación —normalmente inconsciente— a la democracia directa, para que sea el pueblo quien, al margen de la legalidad formal, confirme la corrección de la conducta que el juez está siguiendo. Convocatoria que ni que decir tiene que carece de seriedad y de cualquier fundamento: primero porque no se formaliza de ninguna manera ni permite una participación cierta y generalizada; segundo, porque quien la hace carece de legitimación para esta *apellatio ad populo*; y tercera, porque, sencillamente, la Constitución ha optado por la democracia representativa y no admite tal clase de excepciones a dicha regla organizativa general.

Esta apretada explicación de algunas de las patologías que la nueva relación entre la ley y la jurisdicción ha producido en toda Europa en el orden jurisdiccional penal (añadiremos, en honor a la Justicia, que bastantes de ellas son corregidas, en lo sustantivo, por los tribunales

286.

La publicación del debate procesal.

287.

Desviarse de la legalidad: métodos.

288.

La verdad fuera de la ley.

289.

La democracia directa como alternativa.

superiores, pero ni ello es suficiente para reparar los perjuicios sufridos ni, lo que es peor, evitan la reproducción de las mismas conductas judiciales, ya en el sistema permite a los instructores separarse, sin que les exija responsabilidad, de los precedentes), tienen también manifestaciones, normalmente más discretos, en otros órdenes jurisdiccionales. Pero, sin necesidad de más consideraciones sobre el problema, el caso de la justicia penal es más significativo que ningún otro para explicar las desviaciones de la legalidad a que nos referimos, por dos razones complementarias: primera, la extraordinaria inclinación por lo penal como cauce para el enjuiciamiento y represión de conductas y para la solución de controversias, en sustitución de las jurisdicciones civil y administrativa, y, en segundo lugar, la mayor preeminencia que la ley tiene en este sector del ordenamiento (artículo 25 CE), puesto que la reserva y la predeterminación por ley de las conductas punibles y sus sanciones tiene que ser exacta, cosa que no se impone estrictamente en otros dominios de la relación Ley-Justicia. Comparativamente, por tanto, es justamente en los dominios de la represión penal (en los que, además, el Estado actúa contra la libertad, dentro de lo habilitado por la ley, frente a lo que ocurre en los órdenes jurisdiccionales que, como el contencioso-administrativo, se han desarrollado para defenderla frente al Estado) en los que la práctica del *iudex legibus solutus*, o la simple creación judicial de los delitos y las penas, resultan constitucionalmente más inadmisibles.

290.
El mal ejemplo de
lo penal.

D) **Las consecuencias de la jurisprudencia principalista para la *lex certa***

Verificadas las características de la nueva relación entre la Ley y la Justicia, y expuestos algunos abusos que, en su nombre, se cometen, queda ahora enunciar algunas consecuencias de lo dicho para marcar la relevancia que las decisiones judiciales tienen actualmente en la definición de la legalidad.

La legalidad a la que están sometidos los jueces no se resume en las determinaciones de las leyes formales, sino el ordenamiento jurídico entero, formado también por otras normas de rango diverso y por principios y valores que entrelazan el conjunto y lo conforman como un sistema coherente y ordenado de reglas.

La labor de los jueces es, primariamente, interpretar este conjunto, hallar los principios que deben servir para explicar e integrar las disposiciones que utilizan y definir las reglas que deben ser aplicadas a la

291.
Los principios
y otros
componentes de la
legalidad.

resolución de cada controversia. Estos procesos de determinación de la porción de legalidad que es aplicable para la resolución de cada litigio pueden entenderse como el alumbramiento de reglas que ya están en el ordenamiento, que el juez se limita a descubrir, o también como la creación por el juez de dichas reglas. La intervención del juez sería declarativa en el primer caso y creativa en el segundo.

El debate sobre si los jueces, al decidir controversias, crean Derecho, no ha concluido aún en la Europa continental. Todavía hoy, frente a quienes niegan tal posibilidad, como hace entre nosotros una ilustre corriente doctrinal de privatistas que va de F. DE CASTRO a L. DIEZ-PICAZO, se sitúan quienes, como M. CAPELLETTI, piensan que afirmar que el juez compite con el legislador en la creación de reglas jurídicas es una «obvia banalidad». A la postre, no es sorprendente esta polarización de las opiniones, que en los países de Europa continental en los que ha denominado el sistema de Derecho civil, es relativamente reciente, si se tiene en cuenta que la disputa viene de mucho más antiguo en los sistemas de *common law*. En estos, desde el siglo XVII, ha tenido influencia la explicación de W. BLACKSTONE, según la cual los jueces, al resolver controversias usan leyes no escritas y costumbres cuyo contenido son ellos los que tienen que alumbrar como verdaderos «oráculos vivientes». Esta sería la doctrina «declarativa» del *common law*, que centra la tarea de los jueces en la indagación y el hallazgo de reglas preexistentes. Frente a ella, la teoría creativa, defendida en el ámbito anglosajón por juristas tan notables como GRAY, HOLMES, CARDOZO o POUND, entiende como una ingenuidad que pueda sostenerse que el Derecho existe con anterioridad e independencia de las decisiones judiciales, y que el *common law* está constituido por costumbres inmemoriales. J. Ch. GRAY, puso un ejemplo para reducir al absurdo la teoría declarativa: ¿cuál era el Derecho de la época de Ricardo Corazón de León sobre la responsabilidad de una compañía de teléfonos respecto de las personas a las que envía mensajes?

Así es que la cuestión resulta polémica aun en el marco del sistema jurídico del *common law*, en el que se suele dar por descontado que la jurisprudencia es, junto a la ley, una fuente del Derecho.

Pero, dejando ahora para un apartado posterior un análisis más detenido de esta cuestión, lo que puede establecerse con seguridad, bien en el marco de las teorías declarativas, bien de las creativas, es que los jueces intervienen en la determinación de la legalidad que usan para resolver las controversias que se les someten, de un modo mucho más activo porque no aplican automáticamente la ley (a la que, desde luego, sigue sometiéndose), sino que analizan su validez y la

292.
¿Descubrimiento o creación judicial?

293.
La polémica sobre la creación judicial de Derecho.

294.
La doctrina declarativa.

295.
La teoría creativa.

296.
Trascender la ley.

complementan con principios que deben ayudarles a establecer las reglas jurídicas aplicables al caso. El resultado de estas operaciones es la formación de una jurisprudencia que condensa, al reiterarse, una legalidad que no está solo en la ley, sino que va más allá de la misma y la trasciende.

Hemos dicho antes que este cambio de posición de la Justicia en relación con la legalidad es, posiblemente, una de las transformaciones más importantes de los sistemas constitucionales europeos desde su fundación. Por lo pronto, la bases sobre las que se organizó la justicia y que sirvieron también para legitimar sus decisiones, han sido radicalmente sustituidas:

1.º La independencia de los jueces y tribunales, basada en que no dependen de más voluntad que la de la ley, sigue teniendo este mismo fundamento sustancial. Pero aquellos pueden situarse por encima de la ley y valorarla. Por otra parte, no se limitan nunca a una aplicación automatizada de sus preceptos: *crean o descubren reglas que no están expresadas en los cuerpos legales*. Ello plantea, incluso, un nuevo problema de legitimación que es de resolución compleja. Es la Constitución, desde luego, la que ampara la formación de esta clase de jurisprudencia más principialista. Pero el predominio del uso judicial de los principios y valores constitucionales reduce la significación de las opciones que, en virtud del principio democrático, se concretan en las leyes.

Aunque siempre es posible recurrir a procedimientos de selección que fortalezcan la legitimación democrática de los jueces para crear Derecho, de ninguna forma sería posible oponer esa legitimación a la de la ley. Por ello resulta más procedente entender que cuando los jueces se ven obligados a establecer reglas que complementen o expliquen las que las leyes contienen, lo hacen por razón de que el legislador no ha querido o podido ser más preciso y ha remitido al momento de la aplicación la concreción de la regla de Derecho, habilitando complementariamente al juez para buscarla o crearla.

2.º La apertura de la legalidad a los jueces, para que no se presente ante ellos el cuerpo de normas que han de aplicar como un conjunto cerrado y sin fisuras, sino abierto a complementos y explicaciones, que corresponde a aquellos encontrar y fijar, suscita otras dos cuestiones inmediatas absolutamente centrales: primera, la medida en que resulta aceptable constitucionalmente estas aperturas de la legalidad a la complementación jurisprudencial. Estas situaciones de colaboración entre la ley y los jueces para la determinación de la regla

297.
Jurisprudencia principialista.

298.
La legitimación de las decisiones judiciales.

299.
Densidad normativa y contribución judicial: límites.

jurídica aplicable está siempre relacionada con la densidad normativa de la ley. En la medida en que sus conceptos sean más indeterminados y sus prescripciones más vagas y abiertas, será más necesario un esfuerzo complementario para la concreción de la norma jurídica a aplicar.

Sin embargo, la opción por el grado de densidad regulatoria no es siempre libre para el legislador, quien no solo tiene que regular directamente determinadas materias (reserva de ley), sino que tiene que hacerlo de modo que sea un texto con forma de ley el que disponga sobre las cuestiones más sustanciales de la materia reservada. La contribución de los jueces a la definición de la legalidad no depende, por tanto, de una colaboración cuyos términos serán siempre constitucionalmente indiferentes.

La segunda cuestión crucial, es que la contribución jurisprudencial a la definición de la legalidad, puede atacar a un conjunto de principios que, aunque tiene también diferente relevancia dependiendo de la materia que se considere, son realmente capitales. Cuando la legalidad se concretó en la ley, también se ocupó esta de asegurar la predecibilidad de las respuestas que el ciudadano puede esperar del Derecho: están en la ley que las expresa de modo claro. Esta certeza disminuye, y con ella la seguridad jurídica (artículo 9.3 CE), en la medida en que más operadores jurídicos contribuyen a la formación de la legalidad. Y prácticamente desaparecen cuando la norma pierde toda estabilidad y fijeza y va siendo cambiada caso por caso.

Así puede ocurrir cuando la jurisprudencia contribuye a la fijación de la legalidad y, sin embargo, no se establece ningún orden en las decisiones de los tribunales que asegure que las decisiones precedentes de los órganos jurisdiccionales superiores sean respetadas por los inferiores y también por aquellos.

En los sistemas de *common law* el principio de *stare decisis* asegura la necesaria claridad, predecibilidad y estabilidad de las reglas jurídicas que aplican los tribunales. El cambio de coordenadas que ha afectado a los sistemas jurídicos continentales europeos ha ocurrido mientras todavía se sostenía que la jurisprudencia carece de todo valor vinculante y solo sirve de ayuda para encontrar la regla jurídica idónea que siempre es preexistente a la decisión del Tribunal. *Una corrección de estas concepciones es imprescindible porque, salvo que se quiera conducir al sistema jurídico entero hacia el caos, no es posible otorgar a la Justicia la posición tan relevante en la conformación de la legalidad que hoy tiene reconocida, sin incorporar al mismo tiempo criterios*

300.

La función constitucional de la ley y el papel de los tribunales.

301.

Predecibilidad y certeza.

302.

La necesaria ordenación de la jurisprudencia.

de ordenación de la misma (muy ensayados en los sistemas de *common law*, donde la posición protagonista de los jueces y tribunales es una característica esencial), que salvaguarden los indicados valores de seguridad y certeza.

3.º En tercer lugar, y sin el menor ánimo de exhaustividad, también resultará preciso cambiar el criterio de la irresponsabilidad de los jueces por las decisiones que adoptan, cuando abandonan la legalidad (incluyendo en ella el precedente sentado jurisprudencialmente). La exclusión de responsabilidad históricamente justificada en el proceso de *legis executio* en el que los jueces participaban sin ninguna capacidad creativa, ha quedado actualmente sin justificación. Añádase que el poder judicial, lejos de presentarse ahora «*en quelque façon nul*» como quisieron los primeros constitucionalistas, se ha rehecho convirtiéndose en un poder terrible, capaz de cuestionar cualquier decisión de legislativo o del ejecutivo. No es posible que una tarea de tal envergadura pueda desarrollarse de cualquier manera, incluso arbitrariamente o sin sometimiento a regla alguna y que ello no conlleve responsabilidades personales.

Subrayamos en este punto las responsabilidades personales porque las institucionales de la Justicia están previstas en la propia Constitución (artículo 117) y son exigibles en los términos que la LOPJ (artículos 411 y ss.) ha desarrollado. Pero el complemento de la desautorización y el apartamiento de quienes sustituyen, por su propia voluntad, tanto por malicia como por ignorancia, la legalidad (incluidos los precedentes jurisprudenciales) es una regla profiláctica imprescindible. *Un sistema jurídico que da tanta, y tan inevitable y necesaria, preeminencia a la función de la Justicia, no puede permitirse albergar en su seno ni a arbitrarios ni a ignorantes.* Lo cual, en fin, también remite a otros problemas de selección y formación de los jueces en los que no nos detendremos.

2. LA CREACIÓN JURISPRUDENCIAL DE NORMAS INTEGRANTES DE LA LEGALIDAD: HISTORIA Y POSIBILIDADES CONSTITUCIONALES

La cuestión de si en los sistemas jurídicos continentales europeos, llamados de «Derecho civil» para diferenciarlos de los sistemas de *common law*, la jurisprudencia forma parte de las fuentes del Derecho, o más humildemente, si contribuye a la formación de las reglas jurídicas o tan solo a interpretarlas y a buscarlas, es una cuestión controvertida desde el siglo XIX hasta hoy.

303.
Sobre la
responsabilidad de
los jueces.

304.
Jurisprudencia y
fuentes del
Derecho.

A) La progresiva rehabilitación histórica de la jurisprudencia hasta la reforma de 1974 del Código Civil

El punto de partida, ya recordado en el apartado anterior, es la negación misma de la jurisprudencia. El positivismo legalista desconfía de los tribunales y estima que su labor es más destructiva que otra cosa. Si se permite cualquier margen creativo a los tribunales acabarán usurpando la función del legislador. Esta es la experiencia del Antiguo Régimen que provoca una oposición frontal a la jurisprudencia en el constitucionalismo decimonónico.

Pero el restablecimiento de la jurisprudencia tardará poco tiempo en producirse. La instauración definitiva del Tribunal Supremo en España por Real Decreto de 24 de marzo de 1834 no le reconocerá directamente la facultad de formar jurisprudencia. Sin embargo, su posición de supremacía sobre los demás Tribunales del Reino alimentará enseguida dicha función. El Real Decreto de 4 de noviembre de 1838 ya usa, por primera vez, la noción de doctrina legal; y regula, además, un recurso de nulidad que puede fundarse, entre otros motivos, en la violación de aquella doctrina. Esta norma abre, por tanto, el sistema jurídico legalista a la jurisprudencia, apertura que luego ratificará la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 (artículo 1.012: «El recurso de casación puede fundarse: en que la Sentencia sea contra ley o contra *doctrina admitida por la Jurisprudencia de los Tribunales*»). El concepto de doctrina legal, como comprensivo de la jurisprudencia surgida del Tribunal Supremo, prosperó definitivamente en la Ley de Casación Civil de 22 de junio de 1870 y, finalmente, en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. Muchos civilistas y procesalistas han defendido que los conceptos de doctrina legal y jurisprudencia, tal y como se usan en la época, son equivalentes (SÁNCHEZ ROMÁN, CASTÁN, PRIETO CASTRO, GUASP), pero F. DE CASTRO y sus discípulos han negado siempre la total equiparación entre ambos conceptos.

Mientras esto ocurría en el ámbito de las leyes procesales, los sucesivos proyectos de Código Civil mantuvieron, en el plano sustantivo, un alejamiento bien evidente de la jurisprudencia. En ningún momento la aproximaron al sistema de fuentes del Derecho. El Proyecto de Código Civil de 1851 incluso llegó a recoger la prohibición de que los tribunales formaran jurisprudencia, establecida en el artículo 5 del Código napoleónico como reacción directa contra la práctica de los *arrêts de réglément* de los Tribunales del Antiguo Régimen. El artículo 13 de aquel Proyecto de Código Civil decía al respecto que «se

305.

La negación inicial de la jurisprudencia.

306.

La apertura del sistema legalista a la jurisprudencia.

307.

La primera casación.

308.

Doctrina legal y jurisprudencia.

309.

El silencio del Código Civil.

prohíbe a los jueces proveer en los negocios de su competencia por vía de disposición general o reglamento».

En el Proyecto de Código Civil de 1882 y en el Anteproyecto de 1888 tampoco hay mención alguna a la jurisprudencia, silencio que mantuvo la redacción definitivamente aprobada en 1889.

Esta negación del valor normativo y de cualquier significación de la jurisprudencia en una ley sustantiva tan importante como el Código Civil, que se ocupó de fijar nada menos que las fuentes del Derecho, contrasta con la apertura a la jurisprudencia de las leyes procesales, ya señalado, y también con el pleno convencimiento de su decisiva importancia en la fijación del Derecho, que ya pueden apreciarse en la doctrina de la época. Con ocasión de los debates del Proyecto de Código Civil se produjo, incluso, una conocida intervención de A. COMAS en el Senado el 10 de marzo de 1885, proponiendo el reconocimiento de la jurisprudencia como fuente del Derecho, en lógica correspondencia con la significación que ya le otorgaban las leyes procesales. «Todo el mundo entiende —dijo— y sabe que la doctrina legal establecida por los Tribunales, que constituye una verdadera jurisprudencia, es otra de las fuentes del Derecho...».

Pero la puesta en valor de la jurisprudencia será el meritorio trabajo de la doctrina civilista de la primera mitad del siglo XX. Muy especialmente C. DE DIEGO, PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, DE BUEN, CASTÁN, etc. Siempre con la notabilísima oposición al reconocimiento de la jurisprudencia como fuente de F. DE CASTRO, convencido de que la división de poderes no lo permite (porque no radica en los jueces y tribunales la función de dictar normas, sino la de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado), y el Código Civil, en el terreno del Derecho positivo, no lo había previsto, ya que el artículo 6.2 no citaba la jurisprudencia entre las fuentes del Derecho. Otros autores complementarían después la posición negativa de DE CASTRO advirtiendo sobre la explícita declaración constitucional (artículo 117.1) de que los jueces están sometidos únicamente al imperio de la ley y que su función es juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (L. DÍEZ-PICAZO). Se aduce también que el reconocimiento de la jurisprudencia como fuente atentaría a la seguridad jurídica porque afectaría a la certeza o fijeza que es exigible al Derecho (R. VILAR BADÍA, I. ANGLADA).

La convicción dominante entre los civilistas favorecería, sin embargo, el reconocimiento de la jurisprudencia, si no directamente como fuente, sí en alguna posición auxiliar o complementaria de las fuentes

310.

El despertar de la doctrina a la realidad.

311.

F. DE CASTRO y la función de los jueces y tribunales.

312.

Imperio de la ley y separación de poderes.

principales. El impulso de una reforma del Código Civil, desde la Comisión de Codificación, en las presidencias sucesivas de J. CASTÁN TOBEÑAS y de A. HERNÁNDEZ GIL, permitiría la redacción de una Ley de Bases para la modificación del Título Preliminar del Código Civil, que llevaría a término la reforma del Código. Concluyó con el Decreto de 31 de marzo de 1974 que aprobó el Texto Articulado del Título Preliminar.

La idea que los promotores de la reforma tenían de la jurisprudencia queda expresada en el Preámbulo del Decreto citado: «A la Jurisprudencia, sin incluirla entre las fuentes, se le reconoce la misión de complementar el ordenamiento jurídico. En efecto, la tarea de interpretar y aplicar las normas en contacto con las realidades de la vida y los conflictos de intereses, da lugar a la formulación por el Tribunal Supremo de criterios que, si no entrañan la elaboración de normas en sentido propio y pleno, contienen desarrollos singularmente autorizados y dignos, con su reiteración, de adquirir cierta *trascendencia normativa*».

La nueva redacción del Código no se atreve a dar el paso fundamental de reconocer a la jurisprudencia la capacidad de crear normas, pero se aproxima mucho a ello porque mantiene una bien pensada ambigüedad y usa conceptos que más se aproximan a la idea creativa que a su negación (nada claro está, por ejemplo, qué significado tiene la «trascendencia normativa» de la jurisprudencia).

Quizá, sin embargo, se comprenda mejor la reserva y la exacta medición de las palabras que se usan para explicar la reforma en el contexto político y jurídico que se produce: un Estado autoritario, sin Constitución, en el que la ley es la máxima expresión del Derecho.

La reforma, en definitiva, establece en el nuevo artículo 1.1 del Código que «las fuentes del Ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho». En el artículo 1.6 que «La Jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho». Y, en el artículo 1.7 que «Los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso en los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido».

Estos textos han sido interpretados por algunos civilistas notables, como una nueva prueba de la inclusión de la jurisprudencia en el sistema de fuentes (J. PUIG BRUTAU, E. LALAGUNA, DE LA VEGA BENAYAS, etc.),

313.

La jurisprudencia y su «trascendencia normativa» tras la reforma de 1974.

314.

Contexto y contenido de la reforma.

315.

La jurisprudencia en el Código Civil y en la Constitución.

y para otros como la demostración irrefutable de que la jurisprudencia no es una fuente (L. Díez-PICAZO, A. GULLÓN BALLESTEROS, M. ALBADALEJO, J. L. LACRUZ BERDEJO, F. SANCHO REBULLIDA, etc.). Se nota en los trabajos más recientes, posteriores a la Constitución, una creciente inclinación por destacar la relevancia de la jurisprudencia para construir y explicar el sistema jurídico entero (R. LÓPEZ VILAS), pero la mayoría de las exposiciones doctrinales civilistas se sitúan en un contexto histórico (el del Código Civil de 1889 y su reforma de 1974) que ha cambiado radicalmente como consecuencia de la constitucionalización de la legalidad, producida desde 1978, y su fragmentación, sobre todo en la medida en que ha dado entrada a modos de producción del Derecho muy distintos de los tradicionalmente reconocidos por el Derecho Civil español.

B) Crítica de las tesis que niegan la creación de Derecho por la jurisprudencia

Una crítica de las ideas contrarias a la creación de Derecho por la jurisprudencia puede apoyarse en las siguientes consideraciones fundamentales:

a) La primera es que el debate, aunque haya incorporado ya elementos que proceden de la Constitución, como luego se verá, denota evidentemente el peso de la historia de la jurisprudencia, que ha sido descrito, y su tardío reconocimiento en el Código Civil. Esta circunstancia ha producido una fisura evidente entre la valoración dogmática de la jurisprudencia, muy apegada al tratamiento que el Derecho positivo hacía de la misma, y la práctica, en la que, evidentemente, cualquier operador jurídico sabe el relevante papel que tienen las decisiones de contenido reiterado que adopta el Tribunal Supremo. Y no solo tienen valor como instrumentos o guías para la búsqueda de las normas aplicables, sino, al menos, para definir la interpretación y los efectos de las mismas.

Da la sensación de que el Derecho Civil, asentado en su tradición negatoria de la jurisprudencia como fuente (como rama central del Derecho tuvo que acoger la reacción contra los abusos de los tribunales del Antiguo Régimen), se puso de espaldas a la práctica (hay una corriente «pragmática» entre los civilistas, de la que CASTÁN es máximo representante, consciente de esta situación), y aun rechazó utilizar, para poder mantener a ultranza la tradición, el razonamiento jurídico con todas sus consecuencias.

316.

El peso de la historia negativa de la jurisprudencia.

La prueba de esto último es que cuando se ha razonado, desde fuera del Derecho Civil, sobre el valor de la jurisprudencia, los resultados han sido distintos y, aparentemente, incontestables.

Que no se puede negar valor normativo a la jurisprudencia, utilizando el argumento de que el Código Civil la deja fuera del sistema de fuentes, mientras que las leyes procesales admiten que se planteen recursos de casación por infracción de la doctrina establecida en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, es una observación que han manejado algunos procesalistas pero que, aplicando directamente la lógica del sistema constitucional, desarrolló I. DE OTTO. Este autor, probablemente el que mejor ha manejado el razonamiento jurídico puro en el área del Derecho Constitucional, observó que *si es posible anular una sentencia porque infrinja la jurisprudencia es porque el ordenamiento considera que aquella es antijurídica, lo que significará necesariamente que la jurisprudencia forma parte de las normas cuya infracción produce aquella consecuencia. Es decir, que forma parte del Derecho*. Continuaba I. DE OTTO su razonamiento diciendo: «O la jurisprudencia forma parte del Derecho vigente, del ordenamiento, lo que explica que pueda anularse la Sentencia infractora, o no forma parte del ordenamiento, y solo lo complementa, lo que quiere decir que el recurso de casación por infracción de la jurisprudencia sería inconstitucional porque permite que se anulen sentencias que son conformes con el ordenamiento pero contrarias a algo que no forma parte del mismo».

En cuanto que se prescinde de los condicionamientos históricos y se argumenta usando los materiales actuales y la lógica del ordenamiento completo, la valoración normativa de la jurisprudencia aparece con otra luz. Remito a la doctrina del TEDH sobre el indudable carácter normativo de la jurisprudencia, que se analiza infra en el apartado 3,B).

b) El obstáculo derivado de que en el Código Civil, artículo 1.1, no aparezca citada entre las fuentes del Derecho tampoco es definitivo para el reconocimiento del carácter normativo de la jurisprudencia. Primero porque, como ya hemos señalado, la reforma de 1974 quiso situar la jurisprudencia *en la más íntima vecindad de las fuentes tradicionales* y, además, le reconoció «trascendencia normativa». Segundo porque aunque tradicionalmente el Código Civil se ha ocupado de la definición de las fuentes del Derecho (la Constitución mantiene esa asignación, pero lo hace con ocasión del reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas: artículo 149.1.8.^a), desde luego no puede decirse que la regulación del artículo 1.1 actual sea lo suficientemente matizada: en el concepto ley hay que incluir manifestaciones tan

317.

La enseñanza de la práctica sobre el valor de la jurisprudencia.

318.

La lógica jurídica y la significación de la casación por infracción de la jurisprudencia.

319.

¿Es obstáculo que el artículo 1.1 del CC no cita la jurisprudencia entre las fuentes?

320.
Las imprecisiones
del Código.

variadas y jerarquizadas como la Constitución, las leyes orgánicas, los tratados internacionales y las normas comunitarias europeas parangonables, por referir solo algunos instrumentos normativos que han roto el carácter cerrado y único de la ley del primer constitucionalismo. También es notoria la ausencia del reglamento en la relación de fuentes, lo que ha planteado problemas, a veces injustificables, para incluir la infracción de reglamentos entre los motivos de casación.

321.
El Código y la
estructura
constitucional del
ordenamiento.

En tercer lugar, aunque el Código niegue carácter de fuente a la jurisprudencia, no nos parece que le corresponda ni el monopolio de la definición de las fuentes, que la Constitución no le entrega, ni que el hecho de que pueda prescindir de algunos centros de producción de reglas de Derecho es suficiente para que aquellos desaparezcan. Sería completamente inútil que el Código hubiera negado valor normativo a los principios generales del Derecho. No puede establecer el catálogo de fuentes de espaldas a la estructura real del ordenamiento jurídico. Además, tal decisión sería inconstitucional porque muchos principios están positivizados en la Constitución misma.

322.
Características
constitucionales de
la función
jurisdiccional.

Las mismas reflexiones pueden ser aplicadas a la jurisprudencia. La posición de los tribunales en la Constitución, que ya hemos expuesto, ponen en valor la función jurisdiccional que tiene que quedar integrada también de complementos que la doten de estabilidad y que ofrezcan seguridad a los ciudadanos. Entre estos complementos deben incluirse que sus decisiones reiteradas sean seguidas sucesivamente en el futuro, que vinculen. Esta característica forma parte de la función jurisdiccional de juzgar, que tiene, por tanto, ingredientes normativos, tal y como la define el artículo 117 CE.

c) Las opiniones negatorias del valor normativo de la jurisprudencia adolecen también, cuando menos, de una excesiva generalidad.

323.
La necesidad
de matizar:
jurisprudencia
del TC.

Considerando lo que establece el artículo 5.1 LOPJ no es posible negar valor normativo vinculante a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional («La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico y vincula a todos los jueces y tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos»). Regla esta que, por cierto, prueba también que el monopolio de la definición de las fuentes no lo tiene el Código Civil (que es una ley más a este respecto), y que la exclusión de la jurisprudencia como pieza esencial del ordenamiento jurídico, es una idea propia de la época del legicentrismo.

Considerando, igualmente, la obra inmensa del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, integrada entera en nuestro ordenamiento jurídico, no puede afirmarse, desde luego, que su jurisprudencia no tenga valor normativo, ya que, al margen de que su doctrina sobre la delimitación de las libertades comunitarias, ha completado las determinaciones de los Tratados y también ha alumbrado reglas y principios hoy en uso en todos los Estados miembros.

Estas aperturas a la jurisprudencia se han dado sin que se altere la regulación establecida en el Código Civil, que, por otra parte, se refiere solo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Suponer que esta tiene un valor menor para la integración del ordenamiento no se corresponde con ninguna lógica, ni con el hecho de que las leyes procesales (artículo 477 LEC) reconozcan la posibilidad de anular en casación decisiones judiciales por infracción de la jurisprudencia del Tribunal Supremo (la del Tribunal Constitucional y la del Tribunal de Justicia comunitario no se citan pero, en su caso, también serían incluibles en la infracción de ley como motivo casacional).

d) Los argumentos contra el valor normativo de la jurisprudencia deducidos directamente de la Constitución, no son, a nuestro juicio, muy consistentes.

L. Díez-PICAZO, que es el más notable defensor de las tesis negativas, invoca el artículo 117 CE para deducir de él los siguientes razonamientos: 1.º Los jueces y tribunales están sometidos al «imperio de la ley» (artículo 117.1) lo que les obliga a atenerse a sus normas y no a otras que la jurisprudencia establezca; 2.º, la función jurisdiccional consiste en «juzgar y hacer ejecutar lo juzgado» (artículo 117.2), tareas que se entienden desde la lógica de la separación de poderes, a la que nuestra Constitución se adscribe, y excluyen la atribución a los jueces y tribunales de ninguna función normativa; y 3.º, aunque el artículo 117.4 permite que la ley atribuya a los juzgados y tribunales otras funciones, es evidente que esta previsión es para ser usada con carácter excepcional.

A esta interpretación de la Constitución pueden oponerse, sin embargo, serias objeciones.

En primer lugar, la ley a la que alude el artículo 117.1 CE no puede ser entendida en sentido restrictivo, comprensivo de la ley formal exclusivamente. Ya nos consta que uno de los efectos de la constitucionalización de la legalidad es justamente la posibilidad de que los jueces valoren la ley, antes de aplicarla, y que, además, tengan en

324.

La obra del TJ comunitario.

325.

Los argumentos constitucionales contrarios al valor normativo de la jurisprudencia: crítica.

326.

El concepto «imperio de la ley»: significación.

cuenta los valores y principios que la Constitución proclama o en los que se inspira. El sometimiento a la ley no empece, por tanto, a que los jueces y tribunales tengan que identificar o definir las reglas que aplican a las controversias que se les someten.

Habida cuenta de lo anterior, el imperio de la ley tiene que ser entendido únicamente como supremacía de la ley sobre las decisiones de los tribunales, lo que, en relación con la jurisprudencia, *significa que la ley puede desconocerla o establecer reglas contrarias a la misma o que impongan su modificación.*

327.
Supremacía de la ley sobre las decisiones de los tribunales.

En otras Constituciones que utilizan fórmulas semejantes para referirse a la relación entre la Ley y la Justicia no se ha llegado a conclusiones distintas de las anteriormente expresadas. En la Ley Fundamental de Bonn, el artículo 97.1 declara que los jueces son independientes y están sometidos únicamente al imperio de la ley. Pero aplicar la ley significa actualizarla y concretar su interpretación, poniendo en conexión sus preceptos con otros elementos normativos del ordenamiento. El sometimiento a la ley debe ser entendido por tanto como sujeción al Derecho. Como dentro del ordenamiento actúan principios generales que tienen que tenerse en cuenta en la tarea aplicativa, la función jurisdiccional precisa crear soluciones que, cuando se reiteran, se transforman en normas.

328.
Sometimiento a la ley como sujeción al Derecho.

Y en segundo lugar, la separación de poderes no puede ser entendida, ni lo ha sido nunca en toda la historia del constitucionalismo, como se ha probado en el volumen anterior, como la asignación monopolística de la función de dictar normas al legislativo. La función de juzgar puede incluir la adopción de decisiones de relevancia normativa. La experiencia de los sistemas de *common law*, en los que la misma regla de la separación de poderes es su clave de bóveda, es una buena prueba de lo que decimos.

329.
Separación de poderes no implica monopolio de las funciones.

e) Algunos autores han defendido que el reconocimiento del carácter de fuente a la jurisprudencia acarrearía un gran quebranto de la seguridad jurídica y de la fijeza del Derecho habida cuenta la variación e inestabilidad de la jurisprudencia.

330.
El quebranto de la seguridad y fijeza del Derecho: razones y sinrazones.

Esta objeción incurre en una evidente petición de principio: precisamente las decisiones de los tribunales son inestables e inciertas porque la jurisprudencia no tiene valor normativo y su doctrina no se asume como vinculante. Si aquellas características normativas le fueran reconocidas, también la doctrina tendría que ser seguida y sería más segura y cierta.

De cualquier manera estas últimas objeciones nos ponen sobre la pista del temor que, en el fondo, subyace, a reconocer valor creativo a la jurisprudencia. Con buenas razones históricas, que ya nos constan, puede resultar estremecedor y destructivo del sistema de legalidad, seguro y estable, que ha presidido la ley hasta ahora, que se reconozca valor normativo a la jurisprudencia. Pero cuando se temen las consecuencias de esta implantación, es porque no se piensa, simultáneamente, que sería inaceptable asumir que las decisiones de los tribunales tengan valor normativo y, al mismo tiempo, no se ordene esta fuente de producción de normas. Si cada tribunal puede adoptar sus decisiones con independencia, sin atender a lo que han resuelto en casos iguales los superiores o los iguales, sin duda que el sistema abocará al caos.

Lo que impone, por tanto, que el reconocimiento de valor normativo a la jurisprudencia no se desvincule de la implantación de un sistema de precedentes, de modo bastante próximo, en cuanto a su técnica de funcionamiento, a como se usa en el *common law*. Un poco más adelante nos ocuparemos de los fundamentos constitucionales del necesario respeto al precedente jurisprudencial.

Hay que anticipar que la organización sistemática de los precedentes es constitucionalmente inexcusable, se reconozca o no valor normativo a la jurisprudencia, ya que otros principios constitucionales, como los de seguridad jurídica o de igualdad (artículos 9.3 y 14 CE), lo imponen.

En fin, a la vinculación de los tribunales por la jurisprudencia tampoco resulta oponible la independencia de aquellos, que proclama el artículo 117.1 CE. Este argumento resultaría verdaderamente insólito en los países de *common law*, habituados a tener tribunales esencialmente independientes sin que a nadie se le haya ocurrido sostener que la independencia excluye el acatamiento del precedente. Pero, desde nuestra perspectiva histórica más estrictamente positivista, si la jurisprudencia se integra en el ordenamiento, forma parte del Derecho que los jueces han de aplicar. La independencia opera dentro de ese complejo ordinamental, no por fuera de sus bordes.

3. LOS LÍMITES DE LA CONTRIBUCIÓN JURISDICCIONAL A LA DEFINICIÓN DE LA LEGALIDAD

La jurisprudencia define y completa el Derecho, lo fija. Las decisiones de los tribunales no solo tienen «trascendencia normativa» como explicó el Preámbulo del Decreto que aprobó el Texto Articulado del

331.
*La jurisprudencia
o el desorden.*

332.
*Vinculación
de la jurisprudencia
e independencia
de los jueces.*

Título Preliminar del Código Civil, con ocasión de su reforma de 1974, sino que identifican normas que no están explicitadas en las leyes. Si el proceso de definición de aquellas normas es producto de una indagación y descubrimiento, que las sentencias se limitan a declarar, o el resultado de una tarea creativa, es cuestión discutible aún en los sistemas de *common law* (de BLACKSTONE a HOLMES, de WARREN a BORK).

333.

Tarea declarativa o creativa de la jurisprudencia.

Pero se comprende que, a los efectos de ordenar la producción de Derecho a través de la jurisprudencia, los problemas técnicos son idénticos cualquiera que sea la teoría que se prefiera, como prueba la experiencia de los sistemas en que ambas han convivido.

334.

Límites constitucionales.

La cuestión que plantearémos ahora es la de los límites constitucionales de esa función constructiva —declarativa o creativa— de la jurisprudencia.

El problema es diferente según se aplique a la jurisprudencia constitucional o a la ordinaria.

A) Activismo y autorrestricción en la justicia constitucional

335.

Las peculiaridades de la jurisprudencia constitucional: la discrecionalidad misma.

Para formar la primera, el Tribunal Constitucional dispone de una discrecionalidad máxima. Bien es verdad que en la práctica se usa tal habilitación con mucha discreción y deferencia por todos los tribunales de aquel rango.

336.

Los límites de la jurisprudencia ordinaria.

La cuestión de los límites constitucionales de la jurisprudencia ordinaria son distintos. Normalmente la amplitud e importancia de las reglas que la jurisprudencia acoge *dependen de la densidad normativa de la ley, que puede abrir mucho, o cerrar casi absolutamente, el espacio a la complementación de las reglas que se establecen por los tribunales*. Y estas decisiones legislativas no son siempre constitucionalmente indiferentes, por lo que puede afirmarse que la jurisprudencia no puede sustituir a la ley en determinados encargos constitucionales.

337.

La experiencia del TS norteamericano.

El desarrollo de lo que antes se ha indicado respecto de las amplias facultades que han sido entregadas por la Constitución a los Tribunales Constitucionales, lo haremos recordando algunos extremos de la experiencia del Tribunal Supremo norteamericano, en la que se han dado por excelencia las tensiones entre el activismo y el *self-restraint*, en un marco constitucional que, por su vaguedad y simplicidad, permite llevar al extremo ambas tendencias. Con mucha más fuerza que resulta posible en los sistemas constitucionales europeos, más preci-

sos dentro de lo que cabe. Pero redimensionado, en su caso, el problema se manifiesta en términos parecidos en todas partes.

A pesar de que *Marbury v. Madison*, de 1803, haya quedado para la Historia como uno de los ejemplos máximos de autoatribución por un tribunal de la facultad de controlar la constitucionalidad de las leyes, es falsa la impresión de que el Tribunal Supremo norteamericano haya sido siempre un tribunal activista. Más bien el activismo ha sido excepcional y el *self-restraint* la regla durante sus más de doscientos años de existencia. La declaración de inconstitucionalidad de una ley por el Tribunal Supremo no ocurre sino dos veces más en los siguientes cincuenta años. Y antes y después el Tribunal Supremo ha sido normalmente deferente con el legislador.

J. B. THAYER es considerado el precursor de la doctrina de la deferencia. El artículo que publica al respecto en la *Harvard Law Review* en 1893, se convertirá en dogma de fe entre los defensores del *self-restraint*. Es él quien elabora la regla de la equivocación clara (*rule of clear mistake*), que serviría de base para sostener que la constitucionalidad de las leyes debe presumirse siempre. Si los tribunales la pusieran en cuestión habitualmente se interferiría en el desarrollo normal de la actividad de gobierno, usando además valoraciones discutibles, como son las de orden constitucional, ámbito en el que es fácil discrepar. Por ello, la regla de la equivocación clara fija un criterio de intervención límite, solo aplicable a leyes evidentemente desviadas de las prescripciones constitucionales.

O. W. HOLMES, primero en un artículo publicado en la *Harvard Law Review* en 1899 («The theory of legal interpretation») y luego en alguna de las importantes Sentencias del Tribunal Supremo en las que intervino siendo *Justice* (especialmente *Missouri v. Holland*, de 1920, y *Lochner v. New York*, de 1905), completó la doctrina y la elevó a la máxima altura. Al mismo tiempo que enseñó a todas las generaciones siguientes de juristas que «las previsiones de la Constitución no son fórmulas matemáticas» y que la Constitución no es una estructura petrificada, sino un cuerpo vivo y en cambio y adaptación constante (la *living Constitution*), también demostró la necesidad de respetar el ejercicio de la función legislativa y de desarraigat la costumbre de los tribunales de formular normas continuamente. BRANDEIS sería un elevado continuador de la misma línea desarrollada por HOLMES. Especialmente la comprensión de la Constitución como un cuerpo vivo en adaptación continua. En su opinión en la Sentencia *United States v. Moreland*, de 1922, reitera estas ideas: «nuestra Constitución no es una camisa de fuerza», «nuestra Constitución ha resistido como ley

338.

La doctrina de la deferencia.

339.

La constitución viviente y el respeto al legislador.

fundamental de un pueblo siempre en desarrollo porque posee capacidad para adaptarse».

340.
Las cláusulas
constitucionales
abiertas y cerradas.

Otro gran representante del no intervencionismo fue el juez FRANKFURTER. A él se debe la doctrina de las dos cláusulas [expuesta en la Sentencia *U.S. v. Lovett*, de 1946: en la Constitución existen cláusulas cerradas, que solo pueden interpretarse teniendo en cuenta el criterio de los constituyentes (*original intent*), y cláusulas abiertas que permiten diversas interpretaciones; es en relación con estas últimas cuando procede que el Tribunal sea deferente con el legislador].

341.
La preferred
position de algunas
libertades.

Los períodos más activistas del Tribunal Supremo, que son los que se inician en los años cincuenta del siglo XX con el Tribunal WARREN, seguido luego del período de presidencia de BURGER, desarrollan, sobre todo, un aspecto de la doctrina de sus antecesores: el reconocimiento de la posición preferente (*preferred position*) de algunas libertades (la indicación viene del voto disidente de HOLMES en *Gitlow v. New York*, de 1925, en relación con la libertad de expresión, y de la exposición de BRANDEIS en *Withney v. California*, de 1927), la desarrolla el Tribunal Supremo en la famosa nota al pie n.º 4 de la Sentencia *United States v. Carolene Products Co.*, de 1938. Dijo allí: «la normal presunción de constitucionalidad cede ante la preferencia en nuestro sistema de las grandes e indispensables libertades garantizadas por la I Enmienda».

La doctrina de la *preferred position* se aplica primero a la libertad de expresión; pero se extendió enseguida a las libertades de prensa, reunión, asociación y religiosa.

A partir del reconocimiento de esta doctrina al viejo estándar de la equivocación clara se sumaría al de la afectación a alguna libertad preferente, para justificar la intervención del Tribunal, enjuiciando y, en su caso, anulando las leyes.

342.
La igual protección
y el proceso
debido.

Los Tribunales WARREN y BURGER usarían nuevos test para ampliar su control de la actividad legislativa. La *new equal protection*, desarrollada por el primero, se aplicó en sentencias capitales en la historia del Tribunal como *Brown v. Board of Education*, de 1954, o *Green v. County School Board*, de 1968. La doctrina BURGER del *substantive due process*, serviría de base a otros fallos esenciales de su época como *Swan v. Charlotte-Mecklenburg*, de 1971, o *Regent of the University of California v. Bakke*, de 1978, realmente decisivas por las medidas de discriminación positiva que acuerdan.

Pasada esta época, el Tribunal volvió a una actitud mucho más desactivada y restrictiva con la Presidencia de W. REHNQUIST, y con la ulterior incorporación al Tribunal Supremo de R. BORK y otros defensores del originalismo. En su versión más estricta el originalismo pretende que no se puede interpretar la Constitución de modo que se añadan contenidos que no hubieran sido previstos como posibles por los *Framers*. Si este *original intent* no es evidente, el Tribunal tiene que aplicar el *self-restraint* negando así las tesis sostenidas por el grupo de grandes jueces de principios del siglo XX antes citado, de que el Tribunal pueda ir acomodando la interpretación de la Constitución a la evolución de la sociedad. Para los originalistas es falsa la proposición de Ch. E. HUGHER de que «*la Constitución es lo que el Tribunal Supremo dice que es*».

Las críticas al originalismo, generalizadas hoy, no están escasas de argumentos: la dificultad de determinar el *original intent*; cuando se puede es normal conocer la opinión de algunos constituyentes, lo que no sería equivalente al *original intent* colectivo; el originalismo provoca necesariamente una petrificación de la Constitución que es contraria a las cláusulas abiertas y el espíritu evolutivo con que tiene que ser necesariamente concebida para poder perdurar, etc. Es, desde luego, la posición interpretativa más alejada de las doctrinas sostenidas en las épocas WARREN y BURGER.

El debate en la doctrina americana sobre el activismo (animado en la actualidad por las teorías sustantivistas de R. DWORKIN y J. PERRY, entre otros) se ha reactivado después, reiniciándose un ciclo que parece continuo.

Careciendo nosotros de perspectiva histórica suficiente para formular todavía una exposición parecida sobre los criterios de interpretación de la Constitución seguidos por nuestro Tribunal Constitucional, la experiencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, sumariamente recordada, expresa como ninguna otra, en conclusión, el amplio marco de que disponen los jueces para formar la jurisprudencia constitucional. Si no se incrementa la intervención sobre la legislación es porque el Tribunal siempre ha sido consciente de que su misión no es sustituir el trabajo del legislador ni interferirlo. Pero una y otra cosa han sido posibles cuando el Tribunal lo ha creído necesario.

El Tribunal interviene contra las leyes equivocadas o contra las que no recogen los valores que aquel debe preservar.

343.

Originalismo y petrificación.

344.

Conclusión sobre los márgenes de decisión del Tribunal Constitucional.

B) Contribución de la jurisprudencia ordinaria a la certeza y predecibilidad del Derecho

345.

La jurisprudencia ordinaria, removible por el legislador.

El encuadre constitucional de la jurisprudencia ordinaria plantea algunos problemas completamente distintos de los que acaban de exponerse. La jurisprudencia constitucional opera en el plano de la supralegalidad y se imponen por ello al legislador. La del Tribunal Supremo, sin embargo, se consolida siempre en el plano infralegal: no es posible pensar en una jurisprudencia contraria a las leyes o que no sea modificable por las leyes. Cuando hemos estudiado más atrás en este Capítulo la reserva de jurisdicción ya hemos visto que no otorga ningún género de facultades que permitan preservar la jurisprudencia frente a la ley.

Este es un primer, y evidente, límite a la jurisprudencia. Pero más allá de la obviedad de que la jurisprudencia ordinaria deba formarse en el marco habilitado por las leyes (la contradicción, de existir, tendría que plantearla el tribunal que la encontrara al Tribunal Constitucional para que se pronunciara sobre la constitucionalidad de la ley controvertida), la Constitución impone otros límites a la tarea creativa de Derecho por la jurisdicción ordinaria que son los que analizaremos a continuación.

346.

Límites a la utilización de conceptos vagos.

Aun en los ámbitos constitucionales en que la definición de la legalidad está reservada exclusivamente a la ley, es imposible que esta no utilice conceptos vagos o abiertos, conceptos imprecisos o indeterminados que tengan que ser completados por la jurisprudencia. Incluso la materia penal y la sancionadora, dominadas, por imperativo constitucional (artículo 25.1 CE), como ninguna otra, por la ley, reclama que las regulaciones legales se completen por una jurisprudencia cuyos contenidos suelen ser decisivos para definir los límites de las infracciones y las sanciones.

347.

Las respuestas judiciales arbitrarias, irrazonables y erróneas.

Estas decisivas aperturas a los tribunales para que completen la definición de la legalidad son todas constitucionalmente legítimas cuando aquellos ofrecen respuestas que no sean arbitrarias, fruto de error patente o manifiestamente irrazonables. El Tribunal Constitucional, siguiendo aquí una pauta universalizada en las jurisprudencias del mismo rango, ha negado siempre que pueda crearse jurisprudencialmente Derecho utilizando interpretaciones imprevisibles, incompatibles con el tenor literal de los preceptos aplicables o inadecuados a los valores que con ellos se pretende tutelar (STC 25/1999). Partiendo de aceptar la complementariedad de la jurisprudencia, aun en los delicados dominios del Derecho punitivo, el Tribunal Cons-

titucional ha rechazado reiteradamente «aquellas aplicaciones que por su soporte metodológico —una interpretación *ilógica o indiscutiblemente extravagante*— (o axiológico) —una base valorativa ajena a los criterios que informan nuestro ordenamiento constitucional— conduzcan a soluciones esencialmente opuestas a la orientación material de la norma y, por ello, imprevisibles para sus destinatarios» (valgan como ejemplo de una jurisprudencia muy reiterada las SSTC 137/1997, 151/1997 y 42/1999, cuyos antecedentes ellas mismas recuerdan).

Las oportunidades de la jurisprudencia de contribuir a completar la legalidad dependen siempre de la densidad normativa de las regulaciones que la ley contiene. En principio, esta densidad la elige libremente el legislador, sin que la reserva a los jueces de la función de juzgar se oponga como límite. El Tribunal Constitucional ha reconocido al legislador su libertad para «elegir la densidad normativa con que pretenda regular una materia determinada» (STC 181/2000). El límite podría estar en la adopción directa por el legislador de decisiones de controversias singulares, pero, como ya hemos estudiado, más atrás en este Capítulo, si se preserva el principio de igualdad y otros valores implicados, ni siquiera este tipo de normas singulares son incompatibles con nuestro sistema constitucional.

Sin embargo, el legislador tiene que contar con la jurisprudencia cuando produce sus normas porque resulta ser un complemento necesario para evitar tanto el defecto como el exceso de regulación. El principio de legalidad, según lo impone la Constitución en algunos sectores del ordenamiento (especialmente en materia punitiva penal y sancionadora administrativa), exige que la ley describa exactamente el supuesto de hecho y defina la acción prohibida, de modo que sea posible a los destinatarios de la norma programar su conducta y saber anticipadamente las consecuencias del incumplimiento (*v.gr.*, SSTC 133/1987, 196/1991 y 25/2002). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha interpretado reiteradamente el artículo 7 del Convenio de 1950 en el sentido de que una norma sancionadora no puede considerarse «ley» a menos que esté redactada con suficiente precisión (Sentencias *Müller y otros v. Suiza*, de 24 de mayo de 1988; *Kokkinakis v. Grecia*, de 25 de mayo de 1993; *G. v. Francia*, de 27 de septiembre de 1995; *Larissis y otros v. Grecia*, de 24 de febrero de 1998, etc.). Una ley, por tanto, que no cumpla el requisito de precisión puede ser considerada inconstitucional (la *void for vagueness doctrine* también ha sido recogida por el Tribunal Supremo norteamericano; exige que «hombres de inteligencia común deben

348.

Libertad del legislador para fijar la densidad normativa de la ley.

349.

La precisión de la regulación legal.

necesariamente aventurar cuál es el significado y discrepar acerca de su aplicación», Sentencia *Connall v. General Cons. Co.*, de 1926).

De aquí, sin embargo, no se sigue que la ley tenga que agotar la regulación o que la jurisprudencia no pueda intervenir para precisarla. Las leyes reclaman normalmente, para poder ser aplicadas, el complemento de la jurisprudencia. El Tribunal Constitucional ha llegado a reconocer que determinadas regulaciones penales no eran imprecisas porque existía jurisprudencia bastante (que permitía conocer su sentido, de forma que resultaba posible una «delimitación suficientemente clara y precisa» del tipo [SSTC 113/1987, 219/1989, 297/1990]). Y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, aun exigiendo siempre que la ley sancionadora, para ser ley en el sentido del Convenio, tiene que ser precisa, ha aceptado que las leyes que limitan las libertades fundamentales no tienen por qué ser leyes formales escritas, sino que también puede tratarse de derecho jurisprudencial (Sentencia *Sunday Times*, de 26 de abril de 1979). Igualmente ha admitido que la exigencia de precisión de la ley se dé por cumplida cuando las normas legales están complementadas por una jurisprudencia que reúne aquel requisito. En la Sentencia *Kokkinakis v. Grecia*, de 25 de mayo de 1993, ya citada, el TEDH estimó satisfecha la exigencia de precisión porque «existía una jurisprudencia constante de los tribunales griegos»; habría precisión, dice el Tribunal, «cuando el individuo puede conocer, a partir del texto de la disposición relevante, y, si es necesario, con la ayuda de la interpretación que de ella han hecho los tribunales, qué actos u omisiones le harán incurrir en responsabilidad» (párrafo 52). En íntima conexión con esta doctrina está el reconocimiento, con toda naturalidad del carácter creativo de la jurisprudencia y su condición de fuente del Derecho (STEDH *Río Prada v. España*, de 21 de octubre de 2013; 93 y 117 entre otros apartados).

El exceso de densidad normativa de la ley también puede plantear problemas si, al ser demasiado precisa, no permiten que los tribunales valoren las circunstancias del caso, de modo que tengan que adoptar decisiones desproporcionadas o contrarias al principio de igualdad u otros valores. La Sentencia del TC 136/1999 se refiere justamente a un supuesto de esta clase: la regulación excesiva y cerrada conducía a los tribunales a incurrir necesariamente en desproporción, por exceso o por defecto, lo que la Sentencia citada reprueba.

La jurisprudencia participa siempre en la concreción de las reglas jurídicas. Su contribución es decisiva para ofrecer seguridad en el tráfico jurídico, previsibilidad y certeza, y para evitar la aplicación arbitra-

350.
La precisión
por la
jurisprudencia.

351.
La ley está
integrada por
jurisprudencia.

352.
Los problemas del
exceso de densidad
normativa.

ria del Derecho. Aun en los ámbitos en los que la reserva de ley es más absoluta, la jurisprudencia contribuirá a aclarar sus normas, a despejar las dudas, a potenciar la igualdad en la aplicación de la ley.

Para que la jurisprudencia pueda cumplir esta función esencial (aun en los casos en que haya que negarle valor normativo porque opere en ámbitos en que la reserva de ley sea completa o absoluta, como el TC entiende que ocurre en materia punitiva, donde estima que no se puede utilizar una fuente distinta de la ley (SSTC 78/1984, 51/1997), es necesario que sus criterios vinculen vertical y horizontalmente a todos los órganos jurisdiccionales.

Sin perjuicio de que consideraremos en el apartado siguiente cuáles son los fundamentos constitucionales que imponen entre nosotros el respeto a los precedentes jurisprudenciales por todos los órganos jurisdiccionales, ahora podemos concluir que, por un lado, la contribución de la jurisprudencia a la determinación de la legalidad es constitucionalmente inexcusable, y por otro, que para que la jurisprudencia cumpla su función de asegurar la claridad y certeza, que es un componente constitucionalmente inescindible de la legalidad, es necesario que sea uniformada por el Tribunal Supremo, por ser el órgano judicial que ocupa la cúspide del sistema. Y, en fin, para que esta uniformidad se mantenga se debe imponer como obligatorio el seguimiento de los principios que contiene, es decir, que, con las matizaciones que enseguida se expondrán, debe vincular a todos los órganos judiciales vertical y horizontalmente.

Considerando que la jurisprudencia tiene contenido normativo —descubierto en el ordenamiento o creado— o, al menos, contribuya a fijar la legalidad dándole certeza, activando así consecuencias de los principios de seguridad jurídica e igualdad, se comprenderá que los cambios súbitos de jurisprudencia puedan afectar, como un componente más de la legalidad, a los ciudadanos, cuando las consecuencias previstas para sus conductas anteriores al cambio eran hasta entonces distintos.

C) Los límites a la retroactividad y la prospectividad de la jurisprudencia

Se plantea así el problema de la retroactividad o, en su caso, prospectividad de la jurisprudencia, cuestión esta ampliamente debatida en los sistemas de *common law* y escasamente desarrollada entre

353.

Supuestos en que la legalidad solo se integra por leyes.

354.

Sobre la jurisprudencia única y previsible.

355.

Los efectos sobre los derechos de los cambios jurisprudenciales.

356.

Retroactividad o prospectividad de la jurisprudencia.

nosotros, en justa correspondencia con la baja atención que ha merecido la jurisprudencia como elemento constructivo de la legalidad.

El debate, entre la doctrina, en aquellos sistemas, se centra en si los cambios de jurisprudencia que afectan a medidas o regulaciones sancionadoras o restrictivas de los derechos fundamentales, pueden ser retroactivos o, por el contrario, tienen que ser necesariamente prospectivos. En el primer caso, la cuestión controvertida en el proceso tiene que resolverse según la nueva resolución judicial que deroga el precedente. En cambio, si la decisión es prospectiva no afectará al caso controvertido ni a ningún supuesto de hecho anterior al cambio de doctrina, que se resolverán conforme al precedente derogado.

357.
Efectos.

Aunque ambas alternativas cuentan con defensores, es más común en Inglaterra la aplicación retroactiva del cambio de doctrina jurisprudencial. Realmente, en el plano teórico, esta retroactividad está en plena consonancia con la teoría declarativa del *common law* que entiende que la formulación jurisprudencial del Derecho es siempre el resultado de la activación o hallazgo de principios y reglas que ya están en el sistema y que los jueces se limitan a declarar.

358.
Retroactividad y
teoría declarativa
de la
jurisprudencia.

En Estados Unidos la retroactividad se excluye habitualmente, o se somete a severos condicionamientos, cuando se deducen del cambio consecuencias imprevistas y perjudiciales. Es más notoria esta restricción en materia penal. Aunque la irretroactividad de la nueva jurisprudencia siempre se aplica con más flexibilidad que la de la ley nueva, tanto los tribunales como la doctrina tienden a aplicar la prohibición de leyes *ex post facto* a la jurisprudencia. En la Sentencia *Bruhl v. City of Columbia*, de 1964, el Tribunal dijo: «si el legislador estatal no puede aprobar una ley *ex post facto*, en virtud de la cláusula que prohíbe ese tipo de leyes, entonces, en virtud de la cláusula del debido proceso, tampoco la Corte Suprema de un Estado puede alcanzar exactamente el mismo resultado a través de una interpretación judicial». En la Sentencia *Rogers v. Tennessee*, de 2001, el Tribunal Supremo utiliza una argumentación más matizada y acepta la irretroactividad de la nueva jurisprudencia cuando resulte inesperada o produzca indefensión. Frente a esta restricción, el juez Scalia ha recordado en su voto disidente, de nuevo, la doctrina de las leyes *ex post facto* para establecer la siguiente comparación: «los representantes elegidos por el pueblo no pueden, de modo retroactivo, convertir en asesinato lo que no era asesinato cuando tuvieron lugar los hechos; pero sí pueden hacer exactamente eso los jueces establecidos por el pueblo», lo que, desde luego, no le parece defendible.

359.
La justificación de
la irretroactividad.

La alternativa a la retroactividad es considerar que la doctrina derogatoria de un precedente establecido solo tendrá alcance prospectivo. Es decir, no tendrá efectos para resolver el caso sometido a decisión del Tribunal, pero se aplicará sucesivamente a todos aquellos que se refieren a hechos positivos al cambio de precedente.

360.
Fundamentos de la prospectividad.

La prospectividad, a pesar de que parece una solución más conforme con la seguridad y certeza del Derecho y con la protección de las libertades, también ha planteado muchas críticas porque *permite a los tribunales crear nuevo Derecho sin aplicarlo al caso que tienen planteado*. Cuando se actúa de esta manera el Tribunal se sitúa, en verdad, en el lugar del legislador. Sin presión por tener que solucionar el caso, el Tribunal se pone más fácilmente en el ejercicio de un poder normativo innovativo que debe dejar ordinariamente al legislador, que es el que tiene legitimación democrática para hacerlo. Además, con la aplicación prospectiva del fallo, al no resolver lo que se les ha planteado en el caso concreto, los jueces declinan la parte esencial de su función y desarbolan el funcionamiento del sistema judicial porque ni los abogados ni sus clientes tendrán interés en apelar, con lo que tampoco se debatirá hasta el final la nueva doctrina, etc.

361.
Críticas de la prospectividad.

La cuestión de la retroactividad de la jurisprudencia nueva apenas ha tenido otras manifestaciones entre nosotros que en materia penal (Sentencias de la Sala 2.^a del TS de 11 de mayo de 1994, 13 de abril de 1998, 20 de marzo de 1998 y 20 de julio de 2001). Como ha estudiado bien V. FERRERES COMELLA, el resultado de esta jurisprudencia es bastante ambiguo y frecuentemente cambiante. Seguramente por entender que la jurisprudencia no crea Derecho. Siendo así, tiene sentido lógico pensar que los cambios de doctrina no tienen por qué afectar a los interesados.

362.
Aplicaciones en España.

Sin embargo, esta última consideración es, a todas luces, irrazonable, como no hace falta que justifiquemos más, porque, se estime o no que la jurisprudencia puede crear Derecho (en el ámbito el Derecho punitivo es donde más razones constitucionales pueden invocarse para que las respuestas a la cuestión sean al máximo restrictivas), ninguna duda cabe de que la certeza y la previsibilidad del Derecho dependen esencialmente de las posiciones que adopten los tribunales al aplicarlo. Y a buen seguro que ello es más importante en la medida en que más graves son para la libertad las previsiones del legislador. Por tanto, la conclusión tiene que ser que la prohibición de retroactividad ha de concebirse como absoluta, se entienda o no que la jurisprudencia crea Derecho. La Sentencia del TEDH *Ríos Prada v. España*, de 21 de octubre de 2013, revisó la denominada «doctrina Parot», esta-

363.
Los cambios de jurisprudencia afectan a los derechos.

364.
Prohibición de retroactividad de la jurisprudencia.

blecida por la STS 197/2006, de 28 de febrero de 2006, por considerar que esta última suponía un cambio de interpretación del Código Penal imprevisible para un condenado. En concreto, el Tribunal Supremo había decidido en dicha sentencia que las redenciones de penas concedidas a los detenidos debían aplicarse a cada una de las penas dictadas, y no al límite máximo de encarcelamiento de treinta años fijado en el artículo 70.2 del Código Penal. Dado que la demandante había sido condenada a cumplir múltiples penas, como consecuencia de dicha doctrina debería cumplir treinta años de cárcel efectivos sobre los cuales las redenciones de pena, a las que supuestamente debería tener derecho, no tuvieron ninguna incidencia. El TEDH observa «que la aplicación de la “doctrina Parot” a la situación de la demandante privó de cualquier efecto útil a las redenciones de penas por trabajo a las que tenía derecho de conformidad con la ley y decisiones definitivas dictadas por los jueces de ejecución de las penas» (parágrafo 107). De lo que concluye que «este giro jurisprudencial ha tenido como efecto la modificación, de forma desfavorable para la demandante, del alcance de la pena impuesta».

El Tribunal Constitucional ha aceptado en su Sentencia 150/1997 la revisión de sentencias firmes por cambios jurisprudenciales favorables. Para ello no ha sido preciso invocar el principio de irretroactividad de las normas desfavorables (que, si se afirma —como hace el TC en materia punitiva— que la jurisprudencia no contiene normas, no le sería de aplicación) sino considerar que la nueva jurisprudencia es un hecho nuevo que debe tenerse en consideración por los tribunales, mucho más si la doctrina que venían aplicando resulta contraria a la Constitución (cfr. artículo 954.4 LECrim. Y Acuerdos de la Sala de lo Penal del TS de 30 de abril de 1999 y 19 de octubre de 2001).

365.
*Aplicación
retroactiva de la
jurisprudencia
favorable.*

4. LA PREDECIBILIDAD Y ESTABILIDAD DE LA JURISPRUDENCIA: LA ORGANIZACIÓN DEL SISTEMA DE PRECEDENTES Y SU JUSTIFICACIÓN CONSTITUCIONAL

La indebida marginación de la función que la jurisprudencia cumple en la definición de la legalidad, unas veces completando reglas jurídicas, otras consolidando principios que deben matizar la aplicación del Derecho, y siempre interpretando y clarificando el sentido de las disposiciones legales, ha determinado que tampoco se haya intentado nunca establecer criterios técnicos que contribuyan a clarificar, unificar, hacer comprensible y estabilizar la doctrina de los tribunales. Son contados los estudios que se refieren a esta cuestión que, además, salvo error por nuestra parte, nunca han aparecido en España, vinculados al

proceso de configuración del bloque de la legalidad, tal y como estamos haciendo ahora nosotros.

No es que la jurisprudencia siga siendo menospreciada, como en teoría propuso el primer constitucionalismo. Los estudios sobre las doctrinas jurisprudenciales relativas a las diversas instituciones jurídicas y regulaciones positivas menudean cada vez más. La crítica que aquí se formula se refiere a la falta de cultura, técnica y práctica de ordenación de los criterios jurisprudenciales en el marco de un sistema que los jerarquice, los establezca y los clarifique.

El enorme avance experimentado por la jurisdicción en el Estado constitucional, por razones que hemos reiterado, ha ampliado su función en la determinación de la legalidad, y con ello todos los sistemas continentales europeos, asentados en la tradición de que el Derecho es lo que la ley establece, se van acercando cada vez más, irremediablemente para los nostálgicos (o para quienes crean en la superioridad de aquel sistema), a la convicción de que el Derecho es lo que los tribunales dicen en relación con cada problema o conjunto de problemas.

Aquella luminosa observación del juez O. W. HOLMES de que el problema del Derecho no es otro que el de predecir qué es lo que los tribunales van a resolver en un caso determinado, se ha extendido también por toda Europa marcando de cerca la crisis del legicentrismo.

Así son las cosas en el Derecho de nuestro tiempo. El empecinamiento en sostener una tradición en la que la jurisprudencia no era una fuente del Derecho, o era una subfuente, o una herramienta para alumbrar las reglas más oscuras de las fuentes verdaderas, ha paralizado la construcción de un sistema de ordenación de la jurisprudencia que incremente su legitimidad.

En efecto, uno de los problemas más serios que pueden afectar a un Estado de Derecho es la impredecibilidad de las respuestas que se pueden esperar de los tribunales cuando se les somete un asunto concreto. Es, seguramente, la mayor quiebra técnica posible y la mayor fuente de críticas y de deslegitimación de la Justicia. Con seguridad que en las mediciones habituales sobre el descrédito de la Justicia como servicio público (considerada durante años por la ciudadanía como el de funcionamiento menos satisfactorio), aquella circunstancia tiene un peso esencial.

Cuando la jurisprudencia está ordenada con criterios claros, los ciudadanos, y sus asesores pueden predecir las respuestas judiciales

366.

Jerarquizar, estabilizar y clarificar la jurisprudencia.

367.

Predecir las decisiones de los tribunales.

368.

La impredecibilidad y la deslegitimación de la Justicia.

369.
*Predecibilidad y
 legalidad.*

mucho mejor (nótese que la predecibilidad ha sido incluida también por nuestro Tribunal Constitucional como un componente de la legalidad, hasta el punto de que considera contrarias a los principios de legalidad y seguridad las sentencias que contienen razonamientos imprevisibles [cfr. STC 13/2003, de 28 de enero, con muchos antecedentes]). Para que ello sea posible la opinión o doctrina de los tribunales tienen que estabilizarse, lo que exige que aquellos respeten los precedentes establecidos. Y justamente, como conviene toda la doctrina de los países en los que se aplica el régimen de precedentes, aquel respeto a las opciones seguidas en ocasiones anteriores es una destacadísima fuente de legitimación de los tribunales.

370.
*El recurso a la
 técnica del
 precedente.*

Al margen de la credibilidad y legitimación que aporta, el régimen de precedentes contribuye también principalísimamente a evitar que se planteen ante los tribunales asuntos que ya se sabe cómo van a ser resueltos. POSTNAN ha podido establecer que en Estados Unidos el 90 por 100 de los juicios federales concluyen en primera instancia. No son apelados como es absolutamente ordinario en España, porque mientras aquí es prácticamente imposible saber cuál será la respuesta que dará el Tribunal encargado de resolver la apelación, allí es prácticamente seguro que —salvo que se puedan apreciar circunstancias diferenciales— se aplicará la misma solución establecida en ocasiones precedentes. También es posible que se fomente la solución de las controversias antes de plantearlas ante los tribunales (los arreglos *pre-trial*), alternativa que es difícil de animar entre nosotros porque los sucesivos recursos sirven también aquí para aplazar el cumplimiento de obligaciones seguras. También porque no es sorprendente que el litigio termine resolviéndose a favor de quien no tenga los mejores argumentos.

371.
*Reducir asuntos
 judiciales.*

372.
*Disuadir de la
 apelación.*

Cuando se postula, como aquí hacemos, la incorporación a nuestro Derecho de técnicas semejantes, no se está importando gratuitamente una tradición lejana a las ideas dominantes hasta ahora en los sistemas jurídicos continentales europeos (aunque este volumen está repleto de evidencias de la aproximación entre aquellos y los sistemas anglosajones, muchos de los cuales proceden del impulso globalizador que resulta de la europeización del Derecho), sino por necesidades de legitimación, predecibilidad y certeza, que vienen impuestas por la aplicación correcta de principios básicos de nuestra propia Constitución, como enseña se probará.

373.
*¿Imitar fórmulas
 extrañas?*

A la postre, es verdad que en España carecemos en absoluto de tradición en la aplicación del sistema de precedentes, pero tampoco en los sistemas anglosajones dicha técnica pertenece a convicciones

ancestrales que formen parte de la historia más profunda del *common law*, sino soluciones arbitradas, por las mismas razones que ahora invocamos nosotros, entre mediados y finales del siglo XIX. En Inglaterra se cita como origen la Sentencia de la *House of Lords*, de 1861, *Beamish v. Beamish*, y la consolidación de estos principios en la Sentencia *London Tramways v. London County Council*, de 1898. Se dice en esta última que la *House of Lords* está obligada por sus decisiones porque, en otro caso, los tribunales inferiores no podrían conocer cuál de sus decisiones anteriores habría de seguir, ni los abogados aconsejar a sus clientes con seguridad y claridad.

La cuestión está vinculada también a la posición que los tribunales ocupan en un sistema jurídico. Si está subordinada estrictamente a la ley de modo que su tarea es operar subsumiendo hechos en reglas preestablecidas, con un automatismo casi exacto, sus decisiones serán predecibles en la medida en que la ley las predetermine. Pero si la función de los tribunales se eleva y se les pide que combinen las reglas de la ley con los principios y otros valores de la Constitución, y terminen de definir el contenido de las normas jurídicas, la necesidad de ordenar y clasificar sus decisiones se convertirá en un postulado ineludible del Estado de Derecho.

Si además conviven en el sistema jurídico varios órdenes jurisdiccionales autónomos, la necesidad se multiplica (Tribunal comunitario europeo, Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo, Tribunales Superiores de Justicia).

Los criterios sobre los que tiene que organizarse la puesta en valor y aplicación del precedente pueden resumirse en los siguientes principios:

A) Los dos requisitos organizativos principales para que pueda operar un sistema de precedentes ya existen en nuestro Estado. Son la articulación jerarquizada de los diferentes órdenes jurisdiccionales que, en efecto, acaban en el Tribunal Supremo que es el órgano fuente de la jurisprudencia (artículo 1.6 CC). Ello sin perjuicio de que pueda reconocerse similar valor a las decisiones de los Tribunales Superiores de Justicia no susceptibles de casación. Por otro lado, es necesaria la publicación de las resoluciones en las que se contiene la doctrina que se ha de observar. También entre nosotros la difusión, en colecciones oficiales y privadas, de los fallos es suficiente.

B) El hábito de identificar la parte de las Sentencias que pueden servir para constituir precedentes es, sin embargo, bastante menor entre nosotros. Tanto los autores, como los abogados y los propios

374.*La predecibilidad y la ley.***375.***Criterios para organizar los precedentes.***376.***Jerarquización de los tribunales.***377.***Publicación.*

378.
Identificar la *ratio decidendi*.

tribunales citan cualquier párrafo de las sentencias que pueda servir para apoyar sus argumentos. Sin embargo, no todo el repertorio de argumentos o disquisiciones que una sentencia contiene puede ser invocado como un auténtico precedente, sino únicamente su *ratio decidendi*, es decir, aquella parte de la argumentación que el Tribunal usa directamente para resolver la controversia que se le ha sometido. En la doctrina anglosajona suele distinguirse, dentro de cada sentencia, el *rationale*, el *dictum* y el *holding*. Constituyen el primero la totalidad de los razonamientos que la sentencia contiene, cualquiera que sea su valor y trascendencia para adoptar la decisión; el *dictum* o *dicta* (coincidente con las expresiones *obiter dictum* u *obiter dicta* que utilizamos nosotros más frecuentemente) son formulaciones de la sentencia que pueden tener trascendencia jurídica pero que no están inmediatamente relacionadas, ni son el fundamento, de la decisión; y el *holding* coincide, en fin, con lo que en nuestra tradición se denomina *ratio decidendi* con el contenido expresado.

379.
Obiter dictum y otros razonamientos.

Pues bien, la fijación del precedente necesita identificar la *ratio decidendi* de las sentencias.

380.
La práctica y la importancia de la unanimidad: crítica.

C) La anterior identificación será más fácil en la medida en que las decisiones de los tribunales sean *unánimes*, lo que (desgraciadamente, porque se debe al seguimiento habitual de los criterios del ponente, sin que siempre se hayan estudiado suficientemente los asuntos por el resto de los integrantes del Tribunal, práctica que también es urgente erradicar) es *habitual*, porque en nuestra tradición, la sentencia se adopta sobre la base de una sola argumentación, rara vez —en la justicia ordinaria— acompañada de votos particulares.

381.
Gradación de la vinculación.

El grado de coincidencia de los miembros del Tribunal, y también la claridad y reiteración con que se pronuncian, permitirá modular la fuerza del precedente. Es lógico, desde estas consideraciones, la apreciación de que existen precedentes absolutamente obligatorios al lado de otros que tienen menos fuerza vinculante.

382.
Flexibilidad de la vinculación.

D) En todo caso, el precedente, no obstante su carácter vinculante, tiene que ser admitido con cierta flexibilidad. Por una parte, es necesario cambiarlo cuando se aprecie que estaba formado de un modo jurídicamente erróneo o, simplemente, cuando cambien las circunstancias porque, si no, sería imposible que el Derecho se fuese acomodando a las características de la sociedad y a las necesidades de los ciudadanos en cada momento.

Pero, además, al aplicarlo a casos sucesivos es necesario usar con atención la técnica de las distinciones, para poder diferenciar supues-

tos que presenten alguna característica singular, no tenida en cuenta al establecer las decisiones anteriores. Es importante la aplicación de las distinciones no solo porque así lo exige el principio de igualdad, sino también porque resultaría completamente inadmisibles y gravemente contraria a Derecho y a la función que se espera de los tribunales, la repetición automatizada de las decisiones anteriores con completa indiferencia de las peculiaridades del caso. Es cómodo el método para los tribunales pero su empleo conduce a la más severa injusticia, bloqueo y corrupción de la delicada maquinaria de la Justicia. No puede ser, el precedente, la justificación para no estudiar casos que solo aparentemente son idénticos y resolverlos por aproximación.

383.
La técnica de las distinciones.

E) El cambio de precedente será más o menos frecuente dependiendo de los criterios que hayan usado los tribunales al fijarlo. Si la argumentación que va a servir de precedente está formulada estableciendo reglas abstractas, generales, que pretenden orientar ampliamente a los ciudadanos sobre la solución que se dará a otros casos futuros, es más fácil que el precedente sea flexible y pueda perdurar. Esta alternativa, denominada maximalista en el *common law*, tiene como contraria la minimalista, en la que el precedente se presenta con mucha menos amplitud y tiene que ser adaptado a las peculiaridades de casos sucesivos o cambiado. No sirve este último tipo de precedente sino para los casos que son *to the point*, mientras que el método maximalista de fijar precedentes, se parece más a la forma de reflexionar del legislador; es, como ha dicho SUNSTEIN, una *rule bound justice*.

384.
Precedentes amplios y concretos.

Unos y otros procedimientos resaltan que la jurisdicción no solo sirve para resolver controversias, sino que tiene también otras misiones institucionales que le obligan a tratar de estabilizar la convivencia y a formular reglas que puedan servir para ordenarla en el futuro.

Nos referiremos ahora, finalmente, a la fundamentación constitucional de la obligatoria observancia del precedente en las resoluciones judiciales.

385.
Fundamentación constitucional del precedente.

El Tribunal Constitucional tiene fijada una doctrina, reiteradamente utilizada en relación con los precedentes, que se contiene, por ejemplo, muy expresivamente, en la Sentencia 133/2002, cuyas consideraciones jurídicas fundamentales reproducimos:

386.
La jurisprudencia del TC sobre el cambio de criterio de los tribunales.

«Respecto de la queja en la que se alega la lesión del artículo 14 CE, hemos de recordar que los principios de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, que garantiza el artículo 9.3 CE, imponen a los órganos judiciales que en sus resoluciones no se aparten arbitrariamente de los precedentes pro-

pios. En definitiva, nuestra doctrina ha afirmado de modo reiterado, que el artículo 14 CE excluye que una decisión judicial dictada en un proceso aparezca como fruto de un mero voluntarismo selectivo frente a las decisiones adoptadas en otros casos anteriores resueltos de modo diverso (SSTC 55/1988, de 24 de marzo y 193/2001, de 1 de octubre).

Un mismo órgano judicial, en consecuencia, no puede cambiar arbitrariamente, el sentido de sus decisiones adoptadas con anterioridad en supuestos esencialmente iguales, sin una argumentación razonada de dicho cambio que permita deducir que existe un apartamiento del precedente que responda a una interpretación abstracta y general de la norma aplicable y no a una respuesta *ad personam*. Ello no impide que los órganos judiciales puedan cambiar su criterio y apartarse conscientemente de sus resoluciones precedentes, pero este apartamiento del precedente ha de ser consciente y razonablemente fundamentado o, en ausencia de una motivación expresa, ha de resultar patente que existe un efectivo cambio de criterio, bien por inferirse con certeza del contenido de la propia resolución, bien por existir otros elementos de juicio externos que así lo indiquen, lo cual suele ocurrir cuando existen otros procedimientos posteriores coincidentes con la línea abierta por la resolución impugnada.

Resultará vulnerado el derecho a la igualdad en esta vertiente cuando se acredite que la resolución que es objeto del recurso de amparo significa una ruptura ocasional de la línea que el propio órgano judicial viene manteniendo con reiteración en supuestos esencialmente iguales (por todas, SSTC 200/1990, de 10 de diciembre; 25/1999, de 8 de marzo; 176/2000, de 26 de junio; 57/2001, de 26 de febrero; 122/2001, de 4 de junio; 111/2001, de 7 de mayo; 193/2001, de 1 de octubre; 74/2002, de 8 de abril); conforme a nuestra doctrina, se produciría la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva proclamado en el artículo 24.1 CE por el resultado arbitrario que supone que un mismo asunto litigioso obtenga respuestas judiciales distintas (SSTC 150/2001, de 2 de julio, FFJJ 3 y 4; 162/2001, de 5 de julio, FFJJ 2 y 4; y 229/2001, de 26 de noviembre FFJJ 2 y 4)».

El Tribunal Constitucional ha perfilado muy exactamente el test que tiene que aplicarse a las sentencias para determinar si vulneran efectivamente el derecho a la igualdad al desviarse de las resoluciones adoptadas en ocasiones precedentes. La Sentencia 111/2002 desglosa dicho test en las siguientes operaciones: en primer lugar es preciso determinar la existencia de una línea jurisprudencial arraigada y continuada en el tiempo; segundo es necesario mostrar que los mismos supuestos se han resuelto de forma contradictoria; tercero tiene que concurrir el elemento de alteridad, es decir, que las sentencias que se

387.

El método para identificar desviaciones del precedente.

invoquen como antecedente tienen que referirse a sujetos distintos del actor; en cuarto lugar, debe tratarse de resoluciones dictadas por el mismo órgano judicial; y por último, tiene que carecer la decisión de motivación que justifique un cambio de criterio, a fin de excluir la arbitrariedad o inadvertencia.

La posición del Tribunal Constitucional en materia de precedentes tiene, al menos, una lectura positiva: sin ninguna duda el Alto Tribunal estima que el precedente vincula. Por tanto, no es indiferente para los órganos judiciales, ni tampoco para los ciudadanos, la posición que han mantenido aquellos con ocasión de resolver con anterioridad controversias iguales. Sin embargo, el reconocimiento de dicha eficacia es muy restrictivo porque el Tribunal la concibe como una *autovinculación* del órgano judicial que lo ha decidido por sus propias resoluciones anteriores. Es decir, que *la jurisprudencia constitucional no se preocupa por el problema de la unificación de la jurisprudencia y por la existencia de precedentes únicos*, permitiendo, en consecuencia, que los tribunales puedan decidir los asuntos que se les someten de modo completamente diferente, aunque aquellos sean iguales.

Ni que decir tiene que, por esta sencilla razón, la jurisprudencia constitucional expuesta queda lejos de resolver los problemas que hemos considerado en las páginas anteriores. El Tribunal, en efecto, ni alcanza a establecer un concepto de precedente que sea satisfactorio y tenga virtualidad ordenadora de la jurisprudencia, en el sentido que hemos reclamado, ni se preocupa por los objetivos fundamentales que con la introducción de un concepto que opere en tal sentido se tratan de alcanzar: fundamentalmente, asegurar la máxima certeza del Derecho y previsibilidad de las resoluciones judiciales, valores ambos que, como hemos insistido en decir, forman parte de la legalidad.

Es evidente que nuestro ordenamiento jurídico ofrece mayores posibilidades de incrementar la eficacia jurídica de la jurisprudencia. Por lo pronto, según acaba de decirse, considerando que los principios y valores que se protegen con aquella, son elementos inescindibles de la legalidad. Pero, además, la vinculación de los tribunales inferiores por la jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo, es una cuestión que se deduce sin esfuerzo de la vieja incorporación a las leyes procesales de la vulneración de la jurisprudencia como fundamento del recurso de casación [en la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000, artículo 477; y en la LJCA de 13 de julio de 1998 artículos 88.1.d) y 96 y siguientes. La clamorosa falta de una prescripción semejante en la Ley de Enjuiciamiento Criminal ha sido

388.

El precedente vincula.

389.

Limitación al precedente del mismo órgano judicial.

390.

La certeza y la previsibilidad forman parte de la legalidad.

391.

La vulneración de la jurisprudencia como fundamento de la casación.

suplida por la jurisprudencia equiparando las infracciones de jurisprudencia a las de ley].

En el ámbito de lo contencioso-administrativo una línea jurisprudencial muy arraigada, de la que es una excelente muestra la Sentencia de 20 de abril de 1990, ha utilizado directamente la noción de precedente, para subrayar que la jurisprudencia del Tribunal Supremo vincula a los tribunales inferiores, y que tal eficacia puede hacerse valer en los recursos de casación, de los que resultará la anulación de la sentencia que contradiga aquella jurisprudencia. «Tal doctrina legal —dice la sentencia citada— se constituye en un *precedente judicial*, según la terminología acuñada por el *case law*, que nos impone como consecuencia del principio de seguridad jurídica, en relación con el de igualdad de todos ante la Ley, consagrados en los artículos 9 y 14 de nuestra Constitución, para cuyo remedio en caso de quebrantamiento está prevista precisamente la revisión antes mencionada, donde se permite y obliga a rescindir las Sentencias que estén en contradicción con el criterio jurisprudencial dominante».

392.
Seguridad e
igualdad.

Bien es verdad que el valor vinculante de la jurisprudencia no puede entenderse en un sentido completamente rígido, que impida utilizar la técnica de la diferenciación, cuando esté justificada. «La deseada estabilidad de la doctrina jurisprudencial —ha dicho la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 1995—... no puede entenderse en un sentido inmovilista, total y absoluto que suponga el estancamiento del Derecho, sino que debe acogerse con prudente flexibilidad en aras de su constante progreso y de su ponderada actualización en una continua y renovada evolución que permita, excepcionalmente, alterar el principio de unidad de la jurisprudencia siempre que concurren razones suficientes y justificadas».

393.
Estabilidad versus
flexibilidad.

El soporte constitucional y legislativo para un acogimiento completo de la doctrina del precedente, con los condicionamientos y límites expuestos, es más que suficiente entre nosotros. Faltará para que se imponga, no solo la corrección y ampliación de la jurisprudencia constitucional, y aun de la ordinaria, que contamos hasta ahora, sino también con un cambio general de actitudes. Ello es necesario, en primer lugar, de los jueces y tribunales, que tendrán que aplicarse más en una disciplina de análisis de sus propias resoluciones y de estudio de las ajenas; en segundo lugar, de los órganos de la Administración de la Justicia que han de velar porque la selección y formación de los jueces y magistrados ponga todo el énfasis necesario en la utilización de los indicados métodos. Y en tercer lugar, de la propia doctrina científica, en la que también es apreciable una resistencia, nada larvada, a esta clase de cambios,

394.
Los cambios
generales de
actitudes.

porque suponen la adaptación de un modo de estudiar y exponer el Derecho más conceptual y especulativo, propio de la tradición europea de los últimos dos siglos, para incorporar a la investigación, a la docencia, y a la aplicación del Derecho, también otros métodos mucho más pragmáticos. Pero, como observó GENY, al terminar el siglo XIX, no es posible que la doctrina (como ocurría entonces con la dominante Escuela Exegética) se mantenga entretenida en la disección de las determinaciones de las leyes formales, mientras que la jurisprudencia, sin aparentar ser fuente del Derecho, produce fundamentales transformaciones en el sistema jurídico (GENY alude, en concreto, a los radicales cambios en la concepción de muchas instituciones del Código Civil).

395.
*Los jueces y la
doctrina científica.*

VI. LA DELIMITACIÓN POR LA LEGALIDAD DE LAS POTESTADES ADMINISTRATIVAS Y LAS TÉCNICAS DE CONTROL DE SU ATRIBUCIÓN Y EJERCICIO

1. INTRODUCCIÓN: SEPARACIÓN DE PODERES, PROGRAMACIÓN NORMATIVA Y CONTROL JUDICIAL DE LAS RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS

Todavía hoy tenemos pocas palabras que añadir al artículo 16 de la Declaración de Derechos de 1789 cuando proclamó que una sociedad en la que no está implantada la separación de poderes ni garantizados los derechos, no tiene Constitución. Verdaderamente estos siguen siendo los argumentos centrales del Derecho Público, como todas las páginas precedentes explican.

Retomamos, sin embargo, ahora el núcleo central de las relaciones entre poderes, para exponer lo que, sin duda, ha sido el problema más controvertido a lo largo del siglo XX: la cuestión del papel que tienen que cumplir los poderes legislativo y judicial en la definición y el control de las potestades que corresponden a la Administración.

El equilibrio entre poderes no radica nunca, como se deduce de lo mucho que llevamos expuesto sobre ello, en la asignación a cada uno de ellos de esferas exclusivas de actuación exentas de la intervención de cualquier poder distinto. Por el contrario, es propio del poder legislativo su condición irresistible, el poder ejercerse sobre cualquier materia, y, sobre todo, en punto a su relación con los demás poderes del Estado, su condición superior (artículos 117.1 y 103.1 CE) y la función que tiene atribuida de delimitar el ámbito legítimo de actuación de aquellos.

Por lo que concierne a los jueces y tribunales están sometidos al imperio de la ley (artículo 117.1 CE), y tienen la función de controlar que la actuación de la Administración siempre se ajuste a la ley y al Derecho. Por tanto, también interfieren en la actuación administrativa declarándola contraria a Derecho y, cuando procede, indicando cuál debería haber sido la decisión correcta.

Las potestades administrativas se encauzan, por tanto, en el marco de decisiones del legislativo y bajo el control de los tribunales. Esta constatación es elemental, pero sirve de marco para plantear los problemas de relaciones entre poderes que, a partir de ese equilibrio básico, se suscitan.

El legislador define o delimita las potestades de la Administración. Lo hace con diferente concreción, según las materias. Pero siempre le resulta constitucionalmente posible precisar el contenido legítimo de aquellas potestades. Incluso predefiniendo el sentido en que tienen que ser ejercitadas. Al decidir estas regulaciones puede precisar mucho el contenido de las potestades de la Administración o, por el contrario, dejar a esta un amplio margen de libertad para que complete las decisiones legales o elija, a la vista de las variables situaciones que pueden presentarse en cada momento, lo que más convenga al interés general. A la postre, la Administración no es otra cosa que una compleja organización al servicio del interés general (artículo 103.1 CE), de modo que tiene buena lógica que el legislador le deje márgenes de libertad para decidir cómo ejecuta su función esencial.

396.
La ley puede o no predefinir el contenido de las decisiones administrativas.

La doctrina más asentada sobre la mecánica de la atribución de potestades a la Administración, apenas ha prestado atención, hasta recientemente, a los problemas de su instrumentación normativa. M. BACIGALUPO, siguiendo de cerca el debate alemán sobre dicho extremo, ha resaltado su importancia en una monografía valiosa.

397.
La instrumentación normativa de la atribución de potestades y la diferenciación básica entre lo reglado y lo discrecional.

La formulación clásica de las relaciones entre la ley y las potestades administrativas tenía establecido que la ley atribuye las potestades y delimita su alcance. Dependiendo del grado de definición legal del contenido de las facultades que se atribuye a la Administración, las potestades serán regladas, si su ejercicio es una operación casi automática, consistente en aplicar a un supuesto de hecho las consecuencias predeterminadas en la ley, o serán discrecionales si la ley deja a la Administración la posibilidad de elegir entre varias opciones que son todas admisibles y válidas en términos de Derecho.

Esta exposición clásica no es desacertada, pero sí insuficiente. Por lo pronto, el legislador no es completamente libre a la hora de decidir

el grado de predeterminación con que tiene que regular las potestades administrativas. La Constitución le obliga a utilizar una densidad mínima en algunos casos. Los estudiaremos enseguida con más atención. Pero anticiparemos que así ocurre cuando la materia está reservada a la ley. El legislador no puede dejar abiertas sus decisiones para que sean completadas o concretadas por la Administración, porque si así hiciera, relajaría su función constitucional y se desentendería de la adopción de decisiones que la Constitución confía precisamente al legislador. La doctrina de la esencialidad explica la reserva de ley de un modo muy ilustrativo de lo que ahora queremos decir: la ley tiene que regular con suficiente densidad las cuestiones principales que suscita la materia reservada, de modo que las decisiones fundamentales puedan adoptarse a partir de las reglas, aunque sean mínimas, que ella establece. También es necesaria una programación normativa amplia de las decisiones administrativas cuando se ponen en juego derechos o principios constitucionales. Una regulación insuficiente puede vulnerar el principio de seguridad jurídica, la certeza que dicho principio impone a las normas, la previsibilidad de las consecuencias de lo dispuesto, la igualdad de trato ante situaciones repetitivas que sean parangonables o la confianza legítima en la estabilidad de la regulación, etc.

Estos principios imponen que el legislador se atenga a un grado de densidad en la programación de la actividad administrativa, que permita protegerlos y respetarlos. Pero, como dicha programación no siempre es posible, también exigen que, en su defecto, se establezcan compensaciones organizativas y procedimentales: que las decisiones administrativas se adopten, por ejemplo, por órganos colegiados en los que puedan integrarse entidades en las que tengan representación colectivos o grupos de intereses; o que los procedimientos de decisión estén abiertos a la participación de las entidades y particulares interesados. De este modo, el debilitamiento de la legitimación resultante de la predeterminación normativa de la decisión administrativa, se compensa por los procedimientos de actuación. (Es muy importante considerar los matices que introduce en las consideraciones anteriores la STJUE de 3 de diciembre de 2009, que exige que el legislador no dicte normas densas, en determinados sectores regulados, que reduzcan excesivamente la discrecionalidad de las Agencias reguladoras).

La delimitación que lleva a cabo el legislador de las potestades administrativas influye directamente en su control judicial. Aunque el principio de separación de poderes impuso durante un largo período de tiempo, que ya hemos estudiado en el volumen anterior, que la

398.

La Constitución impone directamente que, en algunas materias, la ley establezca una mayor densidad regulatoria de las decisiones administrativas.

399.

Compensaciones procedimentales de las regulaciones insuficientes del contenido de las potestades administrativas.

400.
 Regulación
 legislativa de las
 potestades
 administrativas y
 control judicial.
 ¿Tienen los
 tribunales la
 competencia para
 definir sus
 funciones de
 control?

Justicia no interfiriera en las actuaciones administrativas, dicha situación cambió paulatinamente: primero para admitir, al menos, el control de las decisiones basadas en una regulación legal previamente determinante. Y más tarde, también el enjuiciamiento de las decisiones discrecionales. Especialmente después de que las leyes (en España, la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 27 de diciembre de 1956) o las Constituciones impusieron el sometimiento de toda la actuación administrativa al control final de los tribunales. Actualmente dicha sumisión general resulta de lo establecido en los artículos 24, 103.1 y 106.1 CE.

Pero, al igual que ocurre con la predeterminación legal de las potestades administrativas, los referidos enunciados solo sirven para plantear el problema del control judicial de las decisiones administrativas, pero no para atisbar sus problemas esenciales.

Los tribunales controlan la actividad de la Administración. Pero ¿en qué grado? Los tribunales pueden adoptar resoluciones que declaren que lo actuado por la Administración es contrario a Derecho, con lo que la decisión quedará anulada; pueden invitar al órgano administrativo competente a que sustituya su decisión nula por otra ajustada a Derecho; o pueden, en fin, anular la decisión administrativa y sustituirla por otra acordada directamente por el tribunal con los contenidos que determinen en su propia sentencia.

Si los tribunales pudieran elegir libremente cualquiera de las opciones básicas indicadas, tendríamos que afirmar que el ordenamiento constitucional *les atribuye la competencia de la competencia para definir las potestades que comprende la función de juzgar*, «para fijar los límites últimos del control judicial que ejercen» (F. OSSENBÜHL). Pero no es así, evidentemente. Los límites de ese control dependen, sobre todo, del grado de predeterminación legal de las potestades administrativas. Mientras mayor sea la densidad de la regulación legal, más amplios serán los parámetros con que contarán los tribunales para valorar la decisión que enjuician o, en su caso, para sustituirla.

Notaremos luego con más detalle que el parámetro de control no son solo las leyes que definen el alcance de la potestad, sino el Derecho, que incluye otras normas distintas de la ley y también un amplio abanico de principios generales, constitucionalizados o no.

Pero retengamos ahora que el déficit de programación normativa repercute en el control judicial del ejercicio de las potestades administrativas. Es posible que ese déficit impida que los tribunales ejerzan un control adecuado, en cuyo caso, la situación puede resultar contraria

al derecho a la tutela judicial efectiva que proclama el artículo 24 de la Constitución. Por tanto, no se trata de que los tribunales controlen la actividad administrativa sino que lo hagan con la extensión y profundidad que exige la tutela de los derechos fundamentales.

Esta exigencia es el anverso de otra con la que es necesario conjugarla: una intervención judicial injustificadamente intensa de la actividad de la Administración puede invalidar o desactivar la función que le atribuye el artículo 103.1 de la Constitución de atender los intereses generales. Así ocurre si los jueces y tribunales, en supuestos en que el legislador permite a la Administración concretar sus políticas de actuación u optar entre diversas decisiones jurídicamente indiferentes, enjuician su actuación e imponen su sustitución por decisiones directamente arbitradas en el proceso judicial.

La cuestión es extraordinariamente delicada y polémica y habremos de estudiarla enseguida con atención. Pero la conclusión que aparece como evidente, después de estas consideraciones introductorias, es que lejos de mantenerse el ejercicio de las potestades administrativas separado del legislador y de los tribunales, existe entre aquellas y estos una interrelación continua: la delimitación de las potestades administrativas depende de decisiones del legislador: y la intensidad del control judicial de su ejercicio está vinculado al grado de programación de la decisión que la norma contiene. Esto último sin perjuicio de que las potestades administrativas no están sometidas solamente a la ley que las delimita (cuando tal norma exista, lo que, fuera de los casos impuestos por la reserva de ley o por el respeto a otros principios constitucionales, como el de seguridad o el de igualdad, es prescindible —cfr., supra, epígrafe III.1 de este volumen—), sino al Derecho, lo que pone en juego otras reglas y principios que tienen que ser observados por la Administración al actuar y sirven de criterio a los tribunales para resolver sobre la regularidad jurídica de lo decidido en sede administrativa.

2. LOS GRADOS DE DETERMINACIÓN LEGAL DE LAS POTESTADES ADMINISTRATIVAS: LO REGLADO Y LO DISCRECIONAL

A) **Atribución de potestades y definición del interés general**

En el ordenamiento jurídico español se tratan con bastante imprecisión, y habitualmente como términos intercambiables, los conceptos de potestad y de competencia. El artículo 2.4 LOFAGE, de 14 de abril

401.

Una insuficiente regulación de las potestades administrativas puede ser contraria al artículo 24 CE, al no permitir un control judicial adecuado.

402.

Un exceso de control judicial puede desapoderar a la Administración de sus funciones constitucionales.

403.

Potestades y competencias: el uso legal y doctrinal ambivalente de dos conceptos.

de 1997, aun manejando separadamente ambos conceptos, parece aceptar que tienen un régimen jurídico unitario: «las potestades y competencias administrativas que, en cada momento, tengan atribuidas la Administración General del Estado y sus Organismos públicos por el ordenamiento jurídico, determinan la capacidad de obrar de una y otros».

A veces, parece que se utiliza el concepto de competencia como más amplio que el de potestad; habría que entenderlo, por tanto, como un complejo de facultades o potestades de actuación. Otras veces se emplea el concepto de potestad como el más genérico. Como la Administración pública tiene una estructura compleja, integrada por multitud de órganos, las potestades se reparten entre ellos de modo mucho más concreto y específico, determinándose de esta forma la competencia de cada órgano, que sería la medida o posición de potestad que les corresponde.

El concepto de potestad que ha usado más la doctrina administrativa toma como referente la exposición de Santi ROMANO, y sigue su influencia. Explica inmejorablemente sus características por comparación con la figura de los derechos subjetivos. Estos suponen la existencia de un obligado frente a quien se ostenta aquella posición subjetiva, y surgen de relaciones jurídicas concretas (de pactos o contratos). Las potestades suponen poderes generales de actuación conferidos por el ordenamiento jurídico, cuya titularidad no implica la existencia de otros sujetos obligados, sino, simplemente, potencialmente afectados y sometidos a dicha potestad, de cuyo ejercicio pueden derivar beneficios (una regulación favorable) gravámenes (una nueva exacción tributaria), o situaciones neutrales o indiferentes (como ocurre, normalmente, con el ejercicio por la Administración de su potestad de organización).

Estas potestades de la Administración son una especie de otra categoría técnica o género, más amplio, de potestades, entre las que pueden incluirse algunas que el ordenamiento atribuye a sujetos privados. La potestad de acción, o de poner en marcha un proceso judicial, o la patria potestad, son las manifestaciones más frecuentes. Tampoco frente a estas potestades hay otros individuos con obligaciones concretas, sino solo sujetos a las consecuencias de su utilización. Solo cuando se ejerciten y se concreten en decisiones que afecten de modo particular a un sujeto, surgen las obligaciones específicas de hacer o no hacer.

404.

Las características de las potestades administrativas y los derechos subjetivos, en la doctrina de Santi ROMANO.

405.

Potestades públicas, potestades privadas.

A diferencia de estas potestades privadas, las potestades públicas y, en particular, las administrativas son siempre serviciales o fiduciarias. Quiere esto decir que el ordenamiento no permite que sus titulares las ejerzan para su provecho o beneficio, sino siempre para atender o satisfacer intereses ajenos, los intereses comunes de los ciudadanos, denominados en las leyes habitualmente intereses generales. El artículo 103.1 de la Constitución se refiere a esta posición servicial de la Administración Pública, otorgándole el máximo rango normativo posible: «La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales...».

Esta circunstancia condiciona todo el régimen jurídico de las potestades y competencias administrativas, que el ordenamiento regula tratando de asegurar que los intereses generales sean efectivamente atendidos. En muchas materias, la propia Constitución reclama que sea el legislador el que defina los intereses generales y provea de los procedimientos y medios necesarios para satisfacerlos. Ocurre, al menos, todas las veces que una materia está reservada a la ley. La elección de los objetivos de interés general estará hecha en la ley, y la Administración tendrá, cuando el legislador lo disponga, una función complementaria e instrumental, meramente aplicativa de los mandatos del legislador. La atribución a la ley de la tarea de definir los intereses generales viene dada, unas veces, por la relevancia que la materia tiene, en sí misma, para la colectividad, y otras porque en la acción pública aparecen inmediatamente implicados derechos de los ciudadanos. Esto último ocurre en todas las intervenciones limitativas de derechos que asumen los poderes públicos, empezando por las sanciones administrativas.

Las leyes tenderán, en estos casos, a enmarcar al máximo las potestades de la Administración para que no se desvíen de las opciones asumidas por el legislador. Este efecto de sometimiento a la ley en las tareas aplicativas se hace posible con cierta frecuencia habilitando a la Administración de poderes perfectamente determinados y específicos, que, en conjunto, señalan el espacio en que aquella puede desenvolverse sin incurrir en vulneraciones de la ley habilitante. Por ejemplo, en materia de sanciones administrativas, la ley concreta con la máxima exactitud posible las infracciones que pueden justificar el ejercicio de la potestad sancionadora, las sanciones concretas que pueden imponerse y el procedimiento que ha de seguirse para actuar válidamente (cfr. SSTC 42/1987, 93/1992, 116/1993, 306/1994, 120/1996, etc.).

En otras muchas ocasiones, la intervención previa del legislador para definir los intereses que deberán atenderse al desarrollar políticas

406.

El carácter servicial de las potestades administrativas.

407.

La definición por ley de los intereses generales: grados de concreción y contribución de la Administración a su fijación.

408.

Los fundamentos constitucionales del diferente grado de especificación legal de los intereses generales.

públicas sobre una determinada materia, no llegan a tanta precisión. Unas veces ocurrirá así porque la Constitución no impone al legislador que adopte él las decisiones esenciales, y otras porque, aun pudiendo hacerlo, se abstiene de regular la materia o lo hace en términos muy generales y de principio. Los intereses generales no quedan totalmente definidos en la ley, y al tiempo, tampoco las potestades administrativas resultan completamente delimitadas.

En estas hipótesis, también las potestades administrativas resultan vinculadas por el ordenamiento jurídico, de las dos maneras siguientes, que actúan siempre de modo complementario y acumulativo. Las propias Administraciones Públicas a las que bien el legislador, o bien la Constitución en términos aún más imprecisos, le confía la atención de los intereses generales, dictan normas, establecen directrices o formulan planes o programas, en los que el contenido de aquellos intereses aparece mucho más especificado, y las competencias y potestades que es necesario actuar para satisfacerlos se concretan. Estas son operaciones de *definición administrativa de los intereses generales* y de *autoatribución de las potestades precisas para atenderlos* y adoptar las decisiones que convengan.

Se lleven a término o no estas *operaciones secundarias de especificación* de las políticas necesarias para satisfacer los intereses generales y de concreción de las potestades que van a ponerse a su servicio, las actuaciones de la Administración siempre resultarán constreñidas por su sometimiento general al Derecho (artículo 103.1 CE). Es bastante común en las exposiciones doctrinales sobre la significación del principio de legalidad, pretender que todas las actuaciones administrativas están precedidas de una ley que las habilita, lo que, sin embargo, al no resultar preciso en términos constitucionales, no es cierto. Así lo demuestra también la práctica administrativa, en esto universal, que en nuestro país puede rastrearse fácilmente desde los orígenes del constitucionalismo, como hicimos en el volumen anterior. En ocasiones, la habilitación de poderes de actuación es imprescindible porque la Constitución encomienda al legislador la adopción de las decisiones esenciales en una materia determinada, y en otras no lo es porque no existe aquella reserva previa. Pero cuando ocurre esto último, la acción administrativa tiene que someterse a los principios y derechos consagrados en la Constitución, y también a las demás reglas jurídicas de la misma, y a las que, en cada momento, establezca la legislación positiva. El Derecho, en su conjunto, será no solo un límite objetivo para el ejercicio de las potestades, sino que en ocasiones reclamará también que la propia Administración se autovincule y esta-

409.

La autovinculación administrativa en el ejercicio de sus potestades.

410.

Habilitación por ley y otras formas de delimitación de las potestades administrativas.

blezca los parámetros y objetivos a que va a someter sus decisiones en el futuro. Los principios de seguridad jurídica —como sus componentes de certeza y previsibilidad de las decisiones públicas— o el de igualdad —que exigirá que todas las decisiones con contenidos similares se atengan a una misma programación—, entre otros principios constitucionales, podrán imponerlo.

Lo que se deduce de lo anterior es que *la relación de la Administración con el ordenamiento jurídico no es uniforme por la sencilla razón de que aquel no tiene una formación plana, ni las normas y principios que lo integran tienen siempre la misma virtualidad para definir los intereses generales y las potestades de que se dota a la Administración para obtenerlos*. La respetada y brillante exposición que los profesores E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ hicieron de las potestades administrativas, que ha tenido una influencia decisiva en una generación entera de juristas y, por supuesto, en la jurisprudencia dominante, incurre en el defecto principal de tratar de explicar la posición de la Administración por relación al ordenamiento en su conjunto, sin distinguir las normas que lo integran y la diferente posición constitucional de las mismas. Aunque esta es una alternativa metodológica conscientemente elegida por los autores, resulta incapaz de explicar la mecánica de la legalidad con todos los matices. Estos se han hecho más ineludibles después de que la dominación del ordenamiento entero por la ley única ha decaído, y la legalidad se ha constitucionalizado, fragmentado e integrado también por principios y construcciones jurisprudenciales en los términos que tenemos ya expuestos.

La explicación del régimen de las potestades en el marco de un ordenamiento complejo en el que el legislador no tiene confiada la misma función en relación con todas las materias de que se ocupan los poderes públicos, también nos permite corregir la idea de que las potestades tengan siempre que atribuirse a la Administración por la ley de modo específico y no genérico. Ninguna duda cabe de la necesidad de lo primero cuando se trata de la potestad sancionadora, pero difícilmente puede afirmarse esa misma especificidad de la potestad reglamentaria, cuyo objeto no aparece precisado por la ley sino cuando se refiere a reglamentos de ejecución, que han de completarla y desarrollarla, pero no cuando se trate de reglamentos independientes de la ley. En todos estos casos los reglamentos servirán al proceso de especificación de las competencias, de su mejor delimitación o concreción. Esta mayor especificación podrá venir exigida, como veremos, más adelante, por los principios de previsibilidad, taxatividad o certeza de las potestades públicas, pero no por imposición de la reserva de ley.

411.

La relación de la Administración con el ordenamiento jurídico no depende sólo de la ley habilitante, sino también de otro conjunto de factores.

412.

Las atribuciones genéricas de potestades. Justificaciones constitucionales.

Las leyes no solo no delimitan exactamente, especificando y concretando, las competencias administrativas, cuando la Constitución no impone al legislador una programación completa de los medios y actuaciones que han de ponerse a contribución de los intereses generales, sino que más bien no tiene por qué hacerlo y, a veces, incluso no debe hacerlo si quiere preservar algunas garantías establecidas en la Constitución.

413.
Justificación
de la no
intermediación de
la ley en la
definición de los
intereses generales.

Una breve explicación complementaria bastará para aclarar lo anterior: el legislador no está siempre constitucionalmente obligado a definir con todo pormenor ni las competencias ni las actuaciones que tienen que ejecutarse en sede administrativa para procurar la satisfacción de los intereses generales. Como hemos dicho, tanto la definición de los objetivos como la autoatribución de las potestades precisas para alcanzarlos, pueden dejarse a la libertad dispositiva de la Administración. Si no concurren valores, principios o materias en las que la Constitución ha exigido una definición legislativa de las decisiones esenciales, no habrá razón constitucional para imponer la intervención legislativa (que, no obstante, en virtud del principio de primacía de la ley, siempre podrá producirse si el legislador lo decide).

414.
Los fundamentos
de la atribución
genérica de
potestades en el
caso de las
Administraciones
locales.

Existen otras hipótesis en las que la definición genérica de las potestades viene impuesta por la necesidad de respetar alguna garantía constitucional. Es el caso de la garantía institucional de la autonomía local proclamada en el artículo 140 de la Constitución. La autonomía local implica el reconocimiento a los entes locales de todas las potestades y competencias que sean precisas para atender sus fines. La garantía institucional impone que dicha asignación sea genérica, porque la asignación específica limita la capacidad de opción de los entes locales para definir sus propias políticas, lo que supondría una vulneración de la autonomía local (sobre la libertad de opción como componente de la autonomía local, la jurisprudencia constitucional se ha pronunciado reiteradamente SSTC de 28 de julio de 1981, 23 de diciembre de 1982, 16 de mayo de 1983, 27 de febrero de 1987, 21 de diciembre de 1989, 11 de noviembre de 1988, 19 de octubre de 1989, 2 de abril de 1992, 13 de abril de 2000,...). Tanto es así que una norma esencial del bloque de la constitucionalidad, la LOTC, ha tenido que ser revisada (mediante Ley Orgánica 7/1999, de 21 de abril) para permitir a los entes locales que planteen conflictos contra leyes estatales o autonómicas que vulneren su autonomía. También, en estricta correspondencia con la necesidad de respetar la garantía de la autonomía local, el artículo 25 LRBRL de 2 de abril de 1985, usa una cláusula general de apoderamiento en favor de los entes locales: «El Municipio, para la gestión de sus intere-

415.
La posición del TC
sobre la autonomía
local.

ses y en el ámbito de sus competencias, podrá promover toda clase de actividades, y prestar cuantos servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal».

Por supuesto, también existen cláusulas generales de apoderamiento fundadas en razones distintas de las hasta ahora explicadas, como son principalmente las situaciones de emergencia o necesidad, estudiadas entre nosotros por V. ÁLVAREZ GARCÍA (en el ámbito positivo, las previstas en la propia legislación de régimen local, las emergencias sanitarias consideradas en la Ley General de Sanidad de 25 de abril de 1986, y especialmente de los estados de alarma, excepción y sitio, contemplados en el artículo 116 CE y regulados en la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio).

Aunque las competencias se atribuyan en términos no específicos, sino genéricos, por alguna de las razones explicadas, se someten siempre a un proceso de concreción ulterior que, si no lo acomete el legislador, tiene que ser una tarea inmediata de la propia Administración encargada de actuarlas. En ocasiones, esa mayor especificación vendrá impuesta por exigencia de los principios de previsibilidad y certeza de la decisión. En otras se trata de un *problema esencialmente organizativo*, pero que complementa de modo decisivo la mecánica general de la legalidad.

En cuanto a esto último, una cosa es que la ley no sea siempre la norma que especifique el contenido de las potestades o de las competencias administrativas, y otra bien distinta que estas no hayan de ser concretadas, mediante procesos que, en una mayoría de casos, se desarrollan en el seno de la organización administrativa. Porque se trata, en efecto, de asignar, dentro del gran marco estructural de cada Administración Pública, las atribuciones que han de ostentar específicamente cada uno de sus órganos. Esta operación de ordenación es indispensable porque, en otro caso, se producirían conflictos constantes y sería difícil la satisfacción ordenada de los fines elegidos. Pero tiene, como decimos, una enorme repercusión en la mecánica de la legalidad porque, una vez atribuidas las competencias a cada órgano, la validez de sus decisiones depende de que se mantengan dentro del ámbito de las competencias que cada uno tiene atribuidas [artículo 62.1.b) LRJAP].

A efectos de concretar las atribuciones que pertenecen a cada Administración Pública o sus órganos, la indiferenciación técnica, con la que se usaban en nuestra legislación los conceptos de potestad y competencia, se ha descartado aceleradamente. La opción de nuestra Constitución por un sistema administrativo fuertemente descentrali-

416.

La especificación de las competencias de cada órgano de la Administración.

417.

Utilización de la noción de competencia en la Constitución.

zado ha sido decisiva porque, a partir de entonces, se ha hecho visible una necesidad organizativa que, si bien también está presente en los Estados centralizados, resulta enormemente potenciada: definir con claridad las atribuciones de cada Administración territorial. La Constitución ha usado de modo preferente, y casi exclusivo, el término competencia para llevar a término aquella distribución de poderes.

En la legislación actual, aunque a veces los términos se usan como equivalentes y en otras ocasiones las competencias incluyan, sin duda, todos los poderes públicos precisos para satisfacer los fines a que aquellas deben servir (es el sentido amplio que, por ejemplo, tiene el concepto competencia en los artículos 148 y 149 de la Constitución), potestad es una noción que cuando la usan las leyes, la refieren a poderes de actuación más generales, no identificados por la materia sobre la que recaen o el sector en el que operan, sino que pueden ser aplicados de manera transversal u horizontal, de modo instrumental, con ocasión de cualquier intervención de los poderes públicos. Se denominan competencias, más habitualmente, en la legislación, los poderes de actuación, gestión o decisión que se utilizan para la actuación en sectores concretos o en relación con los ciudadanos. Esta diferenciación entre los dos términos está hecha del modo que decimos en la LRBRL: su artículo 4 atribuye a las entidades locales las potestades reglamentaria, expropiatoria, tributaria, de planificación, de revisión de oficio, y el artículo 27 se refiere a las competencias materiales que los municipios ostentan sobre determinados asuntos de relevancia para los intereses locales. Pero ni siquiera estos supuestos de empleo diferenciado de los conceptos de potestad y competencia aclaran mucho su régimen jurídico.

Algunas veces, pues (como en los artículos 148 y 149 CE), las competencias comprenden las potestades. Estas son instrumentales por relación a las actuaciones materiales que emprenden los poderes públicos en cualquier sector. Rara vez, en la legislación positiva, las competencias son el resultado de la fragmentación de potestades más genéricas (ocurre así, por ejemplo, en materia de expropiación forzosa, cuando algunas decisiones que integran el procedimiento se atribuyen a órganos concretos: por ejemplo, el acuerdo de necesidad de ocupación al Subdelegado del Gobierno —artículo 20 LEF de 16 de diciembre de 1954— o la fijación del justiprecio al Jurado Provincial de Expropiación —artículos 31 y siguientes de la misma ley—). Es más normal que las potestades se regulen como poderes instrumentales de actuación más genéricos y distintos de las competencias, que recaen sobre sectores materiales más concretos en los que se desen-

418.

La significación de los conceptos de potestad y competencias en la legislación vigente.

419.

Potestades y competencias en la LRBRL.

420.

El concepto amplio de competencia incluye las potestades necesarias para ejercerla con eficacia.

vuelven las políticas públicas para la obtención de intereses generales, como hemos visto que hace la legislación de régimen local.

Lo que resulta ineludible es que estos procesos de asignación de competencias sean llevados a término por la ley o se ejecuten en el seno de la organización administrativa, concluyan en la asignación específica a cada órgano de las atribuciones que le corresponden. Sin ninguna duda, forma parte de la legalidad este proceso de concreción o especificación, pero es normal, sin embargo, que no sea la ley la que los ejecute.

La primera gran operación de ordenación de las competencias es la de carácter territorial, que concluye en la separación de las que corresponden al Estado, a las Comunidades Autónomas y a las entidades locales. Dada la trascendencia de esta operación, sus pautas principales las establece la Constitución misma (artículos 140, 148, 149 y 150 principalmente), y las completan normas del máximo rango (los Estatutos de Autonomía y otras leyes orgánicas y la legislación de régimen local). Pero concluido ese gran reparto territorial la asignación de competencias materiales, finalistas o instrumentales, en el seno de cada Administración Pública, es un proceso en el que la actuación directa del legislador decae paulatinamente hasta que al final se convierte en una cuestión puramente organizativa, que se deja a la iniciativa de cada Administración en concreto.

El legislador no interviene en los procesos distributivos finales, sino que se limita a establecer el régimen jurídico general a que tiene que atenerse el ejercicio de las competencias. En la actualidad esa disciplina está en los artículos 12 y siguientes LRJAP de 1992. Parte del principio general de que «la competencia es irrenunciable y se ejercerá precisamente por los órganos administrativos que la tengan atribuida como propia», e, inmediatamente, contempla las excepciones y matizaciones a ese principio general, y las formas de colaboración en el ejercicio de competencias.

Estos minuciosos procesos de distribución de responsabilidades en el seno de las Administraciones Públicas, especificando en forma de competencias las capacidades de acción que corresponden a cada órgano, sirven para ordenar su actuación, hacerla más eficaz y evitar conflictos. La atribución específica de cada órgano es un importante componente de la legalidad, como ya hemos dicho, puesto que las decisiones que no se atienen a las reglas de competencia son inválidas. Pero, todo ello establecido, hay que añadir que la especificación de las competencias de cada órgano no sirve para medir la libertad y

421.

El proceso de la asignación de las competencias a cada órgano.

422.

La distribución de competencias entre Administraciones territoriales.

423.

El reparto de competencias entre órganos de la Administración.

424.

El régimen jurídico general de las competencias establecido en la LRJAP.

425.

Atribución de competencias y condiciones de ejercicio de las mismas son técnicas diferentes.

autonomía con la que pueden desarrollar las actuaciones encaminadas a la satisfacción de los intereses generales.

Esta última circunstancia no dependerá de la minuciosidad, especificación o grado de detalle con que cada competencia haya sido asignada al órgano al que corresponda, sino de la predeterminación con que el legislador haya regulado el contenido de las decisiones que puede adoptar aquel órgano al ejercitarlas. Una cosa, pues, es contar con poderes de actuación, y otra la libertad para determinar su utilización, adoptando decisiones desvinculadas de la ley.

Precisamos seguidamente estas cuestiones.

B) Potestades regladas y potestades discrecionales. Los elementos reglados de lo discrecional

Si los fines a que tiene que dirigirse la actuación administrativa y las decisiones que puede legítimamente adoptar, en su función de servicio a los intereses generales, están predeterminados en la norma, las potestades de la Administración están vinculadas a las previsiones de dicha regulación y se denominan, por ello, regladas. Si la Administración, por el contrario, puede definir su propia política de actuación y optar, dentro del marco de la legalidad, entre diversas decisiones, todas las cuales son indiferentes para el ordenamiento y válidas, estamos ante una potestad discrecional.

426.

Definición de lo reglado y lo discrecional.

427.

La discrecionalidad como libertad para definir el interés general.

La libertad de opción que la Administración ejercita cuando cuenta con poderes discrecionales, le permite definir ella misma, total o parcialmente, los intereses generales a los que sirve. Quiere ello decir que será la propia Administración la que formule sus propias políticas de actuación determinando su contenido. Esta idea de la discrecionalidad es la que recogió la Exposición de Motivos de la LJ de 1956: «la discrecionalidad surge cuando el ordenamiento jurídico atribuye a algún órgano *competencia para apreciar en un supuesto dado lo que sea de interés general*». La actuación discrecional consiste en definir con libertad lo que son intereses generales, o lo que conviene para la mejor satisfacción de los intereses generales ya definidos por el legislador sin concretar totalmente las políticas que ha de seguir la Administración para atenderlos eficazmente. Este proceso requiere elegir, sacrificar intereses subordinados o secundarios, sean públicos o privados, en beneficio del interés general que se presente como preferente (GIANNINI). La discrecionalidad, explicada de otro modo, solo se legitima cuando se usa para satisfacer los intereses generales

428.

La elección de un interés con sacrificio de otros.

(A. NIETO). La discrecionalidad significa libertad de determinación. Para que exista es necesario que el legislador, al definir las potestades administrativas, haya dejado ese margen de libertad en que consista la discrecionalidad. Si las normas previas programan completamente la conducta a seguir por la Administración, no le quedará a esta margen para «apreciar... lo que sea de interés general» porque ya habrá hecho el legislador ese trabajo. La discrecionalidad depende, en conclusión, de la densidad con que el legislador se haya ocupado de decidir lo que concierne al interés general. Solo en los casos en que las decisiones no se completan en vía legislativa, y la Administración puede contribuir a determinarlas usando opciones políticas propias, definidas con independencia, las potestades que ejercita pueden denominarse discrecionales.

Todas las veces en que las normas predeterminan el contenido de la decisión administrativa, lo anticipan, de modo que lo que se permite al órgano actuante no es otra cosa que verificar si los hechos a los que ha de aplicar la norma son los previstos en la misma, estamos ante una potestad reglada.

Se verá en la exposición que sigue que dos conceptos aparentemente tan distantes, son, en verdad bastante más complejos de lo que aparentan, y se presentan a veces en la práctica de modo que no resulta fácil discernir si estamos ante una potestad reglada o discrecional.

Una de las circunstancias que contribuyen a la confusión, es que la discrecionalidad de una potestad administrativa no depende solamente de la medida en que la ley que la atribuye permite a la Administración participar con libertad en la adopción de decisiones. En muchas ocasiones esa libertad de determinación no resulta de la ley atributiva de potestad, sino del conjunto del ordenamiento jurídico, que acumula muchas reglas y principios que son aplicables al ejercicio de la potestad y que pueden reducir mucho su ámbito dispositivo.

La discrecionalidad o libertad de opción de un órgano se concentran siempre en un pequeño espacio que, como si fuera el agujero de una rosquilla (R. DWORKIN) está completamente rodeado de normas y principios que determinan sus límites.

De este modo, competencias definidas con cierta amplitud por las leyes específicas, pueden verse muy reducidas por las regulaciones de otros sectores, o por la necesidad de respetar principios generales.

La distancia entre lo discrecional y lo reglado también puede reducirse por voluntad propia de la Administración. Aunque, a nuestro jui-

429.

El grado de discrecionalidad depende de la densidad de la regulación legal.

430.

Los rasgos de lo reglado.

431.

Los linderos entre lo reglado y lo discrecional son frecuentemente difusos.

432.

Un núcleo libre rodeado de reglas.

433.

La reducción de los límites de lo discrecional y lo reglado por voluntad de la Administración.

cio, discrecionalidad es una noción que debe equipararse a la formación libre de políticas de actuación por parte del poder público que las formula, *la Administración Pública, aun contando con aquella libertad, puede programarla*. Al hacerlo, dictará disposiciones, circulares, o elaborará planes o programas que predeterminarán el sentido en que los órganos administrativos tendrán que pronunciarse en supuestos concretos. Cuando esto ocurra, la actuación administrativa ulterior será de simple constatación de que los hechos reúnen las características previstas anticipadamente y las decisiones correspondientes se adaptarán al programa.

434.

Cambios en la política programada y variaciones del grado de discrecionalidad.

En muchas ocasiones en que la Administración regula sus propias potestades (o las reparte entre sus órganos, o completa su definición mediante operaciones de autoatribución) ocasiona esta transformación de lo discrecional en reglado. Si las decisiones se separan de la política programada serán inválidas. Pero ello, sin embargo, no impedirá que en el futuro la Administración puede cambiar la orientación de su política entera, porque dispone de potestades discrecionales para definirla.

435.

La discrecionalidad con posición de poder independiente del legislador y de los tribunales.

A veces la discrecionalidad se define como una verdadera posición de independencia del legislador y de los tribunales. En Alemania, M. BULLINGER ha manejado esta concepción como salida a lo que él considera que son excesos en el sometimiento de la Administración. Sus decisiones están muy intervenidas por el legislador y, además, se pueden valorar en profundidad por parte de los tribunales, que pueden anularlas y sustituirlas. A juicio de BULLINGER esta concepción de la Administración tan subordinada a los demás poderes, está enraizada en la desconfianza que, en épocas históricas anteriores, generó la actuación del ejecutivo, pero que ya no tienen razón de ser. En el Estado de Derecho, la Administración tiene encomendadas funciones tan relevantes como las de los demás poderes y su legitimación no puede tampoco ponerse en entredicho.

La reacción de BULLINGER no ha sido solitaria porque se enmarca en otros intentos doctrinales de reconstruir un espacio (o incluso reserva constitucional, como estudiaron en su momento MAURER y SCHNAPP) independiente de los demás poderes en el que la Administración desarrolle sin condiciones su actividad. Y también ha tenido sus correlatos entre la doctrina española que ha usado sus tesis para apoyar justamente la misma clase de debate.

436.

La exención de control jurisdiccional sobre el núcleo de lo discrecional.

Aunque la reivindicación de BULLINGER se ha orientado hacia el problema de los límites de control jurisdiccional de las decisiones discre-

cionales, plantea una cuestión clave para la definición de la discrecionalidad que merece la pena ser considerada. La independencia de la Administración que su tesis reclama, determina que no hay discrecionalidad ni cuando el legislador se interfiera y predetermine o condicione el contenido de la decisión administrativa, ni tampoco cuando los jueces pueden controlar esa decisión.

En cuanto a este último extremo, una potestad discrecional reclamaría, para serlo, ser insusceptible de todo control jurisdiccional o, como mínimo, que no pueda ser sustituida la decisión administrativa por la de ningún otro poder público.

Algunos aspectos de esta proposición no son, en verdad, nada novedosos. Nos retrotraen a una manera de articular las relaciones ante la Administración y la Justicia que se mantuvo durante todo el siglo XIX y, entre nosotros, también durante un largo período del siglo XX. La jurisdicción contencioso-administrativa tenía entonces por objeto el control de las decisiones administrativas de carácter reglado. Se entendía que solo en estos casos los tribunales podían encontrar en las normas los parámetros necesarios para contrastar lo decidido por la Administración. Pero esta circunstancia no se daba, en absoluto, en el caso de las potestades discrecionales, que se entendían como atribuciones exentas, independientes de la ley, que la Administración podía ejercer con total libertad y sin intervención de los tribunales.

La Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de SANTAMARÍA DE PAREDES, de 13 de septiembre de 1888, que en este punto se limitó a recoger lo que había sido práctica durante todo el siglo, estableció que el recurso contencioso-administrativo solo podía referirse a las resoluciones «que emanan de la Administración en ejercicio de sus facultades regladas» (artículo 1.2.º), la misma idea repitió el texto definitivo de la Ley de lo contencioso de 22 de junio de 1894; en el párrafo segundo de su artículo 2, se explicaba: «Se entenderá que la Administración obra en ejercicio de sus facultades regladas, cuando deba acomodar sus actos a disposiciones de una ley, de un reglamento o de otro precepto administrativo». El artículo 4 del Reglamento de 22 de junio de 1894 definió, en positivo, cuáles eran las cuestiones que correspondían «señaladamente» a la potestad discrecional.

Evidentemente una relación de este género entre la Administración y la Justicia ya no es defendida seriamente por nadie ni es posible en el marco de las Constituciones actuales. La nuestra atribuye a los tribunales el control pleno de la actividad administrativa (artículos 24 y 106.1), que está sometida, en su totalidad a la ley y al Derecho.

437.

La discrecionalidad como potestad exenta de control jurisdiccional en la legislación histórica.

438.

La exención de control de lo discrecional en la Ley de la jurisdicción de 1888.

Pero la configuración de la discrecionalidad como una potestad de actuación independiente tanto del legislador como de los tribunales, tiene otras connotaciones de gran interés a las que es preciso prestar atención.

La cuestión a resolver es si la discrecionalidad depende solo del modo en que el legislador configura las potestades administrativas como se ha venido sosteniendo tradicionalmente entre nosotros (se sigue aquí una concepción estática de la legalidad que procede directamente de M. HAURIOU), o si, además, la existencia de potestades discrecionales depende de la actitud de los tribunales. Puede decirse que esta es una perspectiva dinámica de la discrecionalidad que hace depender la autonomía de la decisión administrativa de lo que resuelvan los tribunales al enjuiciarla. La importancia de esta perspectiva jurisdiccional de la discrecionalidad ha sido marcada incluso por la doctrina más enraizada en la versión legalista de la legalidad (en Francia, AUBY, DRAGO, CHAPUS).

439.

El contenido de la discrecionalidad depende de su control jurisdiccional.

440.

¿En qué medida depende de la jurisdicción la existencia de potestades discrecionales?

La relación de la discrecionalidad con la jurisdicción es relevante, a efecto de la definición de una potestad como perteneciente a tal género, al menos en los dos supuestos siguientes:

1.º Como la jurisprudencia, en los términos que ya hemos estudiado, debe considerarse parte integrante de la legalidad, la delimitación y ejercicio de las potestades administrativas está condicionado por aquella en términos semejantes a como lo está por otras normas y principios que integran el ordenamiento. Las potestades administrativas no puedan ejercerse contra los criterios de la jurisprudencia. Por tanto, esta constriñe el núcleo de libertad de que dispone la Administración rodeándolo de otro círculo de prescripciones establecidas por un poder externo que lo condiciona o limita.

2.º Para saber si una potestad es verdaderamente discrecional, o al menos para establecer las dimensiones de la libertad de configuración de sus decisiones de que dispone la Administración, hay que considerar, como ha notado D. J. GALLIGAN, la actitud de los tribunales frente a esas decisiones. Si la discrecionalidad es una potestad finalista, que permite a su titular elegir entre diferentes opciones que serán, cualquiera de ellas, concluyentes, será necesario esperar a que los tribunales lo confirmen, porque si, pese a las iniciales precisiones de las normas, aquellos creen que el ordenamiento ofrece parámetros suficientes para anular y, sobre todo, sustituir, la decisión de la Administración, podrá ponerse en duda que se trate de una discrecionalidad verdadera.

441.

La jurisprudencia como límite de las potestades administrativas.

442.

La negación judicial de la discrecionalidad aparente.

De modo que la configuración de la discrecionalidad no depende solo del momento estático de su asignación por las normas, sino también del dinámico de su ejercicio y control por los tribunales. No es discrecional una potestad que se ejerce dentro de márgenes, aparentemente atribuidos por la norma, si los tribunales, al controlarla, deciden que dichos márgenes no existían.

Quedan, naturalmente, al margen de estas observaciones sobre la función jurisdiccional de concreción de la discrecionalidad, las resoluciones judiciales que anulan decisiones administrativas no porque ejerciten una libertad de elección que no tienen, sino porque incurran en otras infracciones del ordenamiento jurídico.

Cuestión distinta es si la intervención judicial en la definición de la discrecionalidad está plenamente justificada en Derecho, y las dimensiones admisibles de tal intervención.

Este problema involucra todo lo concerniente al control judicial de la discrecionalidad, las técnicas que se utilizan para aplicarlo y los límites con que deben emplearse, asuntos todos estos de los que trataremos más adelante. Pero es posible plantear la cuestión en términos un poco más generales ahora.

Alguna doctrina ha tratado de precisar los límites de aquella intervención judicial distinguiendo entre la discrecionalidad jurídica y la oportunidad política. La discrecionalidad para la adopción de políticas sería la que tiene siempre disponible el legislador y solo excepcionalmente la Administración. La discrecionalidad jurídica es la que usan siempre los jueces y tribunales cuando, al interpretar las normas, tienen que crear decisiones que les sirvan para resolver los casos que tienen planteados. La discrecionalidad política es también una discrecionalidad finalista, concluyente, no compartible sin la voluntad de su titular; la jurídica es normalmente de carácter instrumental, en cuanto apoya la adopción de decisiones finalistas. La discrecionalidad política, cuando la usa el legislador o la Administración es, en los términos usados por R. DWORKIN, una discrecionalidad fuerte, en cuanto incuestionable e insustituible (el sujeto que utiliza la potestad discrecional no está vinculado al adoptar sus decisiones por pautas establecidas por ninguna otra autoridad); la jurídica es una discrecionalidad débil porque, al actuarse, utiliza criterios que están en el ordenamiento jurídico. Pero los jueces, en estos casos de discrecionalidad débil, pueden encontrar en el ordenamiento la solución más adecuada, la más justa, y sustituir de esta manera la opción seguida por la Administración.

443.

Discrecionalidad política y discrecionalidad jurídica.

444.

Discrecionalidad fuerte e insustituible.

445.

Discrecionalidad débil e interpretación de las normas.

La intervención de los tribunales en la definición o delimitación del ámbito libre de decisión que la discrecionalidad comporta depende del tipo de decisión administrativa de que se trate. Cuando la discrecionalidad de la Administración resulta de la falta de complitud de las normas que aplica, de las palabras vagas con que definen los conceptos, de la «*open texture*», en palabras de HART, de su lenguaje, o de la propia tendencia del legislador a ganar eficiencia, reduciendo las regulaciones conflictivas, como ha enseñado POSNER, desde el análisis económico del Derecho, los tribunales usan herramientas jurídicas propias para interpretar las normas y rellenar sus lagunas, completando la determinación legal de las potestades administrativas en un sentido que puede legítimamente diferir del empleado para adoptar la decisión administrativa que enjuician.

446.

La intervención de los tribunales cuando la decisión administrativa se apoya en interpretaciones de las normas.

Lo que puede ponerse en cuestión con buenos fundamentos es que estos supuestos de «discrecionalidad jurídica», derivados de la simple indeterminación de las normas, sean realmente casos de discrecionalidad y no, más simplemente, una variante de potestades regladas en las que la norma de cobertura precisa ser concretada en un proceso interpretativo.

447.

¿Existe la discrecionalidad jurídica?

Desde una perspectiva estrictamente positivista, la apertura del lenguaje de las leyes permite crear normas nuevas al interpretarlas y aplicarlas a un caso concreto (H. KELSEN). Pero considerando, como hemos dicho antes, que en la delimitación de la discrecionalidad han de tenerse en cuenta las actitudes de los tribunales, conviene reservar la denominación de discrecionales, en sentido estricto, para aquellas potestades que se ejercen dentro de márgenes de apreciación que permitan adoptar decisiones definitivas, no sustituibles por ningún otro órgano. Siempre con la advertencia de que la concurrencia de libertad de decisión no es incompatible con el control judicial de la resolución adoptada, que podrá anularse, sin negar aquella libertad, cuando se infrinja el ordenamiento por cualquier causa. Incluso, sin negar aquella libertad, es posible que el análisis jurisdiccional de su ejercicio demuestre que fue mal utilizada, como veremos más adelante.

448.

La interpretación crea normas.

449.

Lo discrecional alude a decisiones definitivas e insustituibles.

Siendo lo esencial para que una potestad sea discrecional, en sentido propio, la concurrencia de un poder de decisión independiente y no sustituible, se comprende que es perfectamente compatible con la discrecionalidad administrativa su control jurisdiccional por razones externas a la decisión misma, y que no tienen que ver con la libertad de opción usada por la Administración, sea por causas formales o pro-

cedimentales, o por otros fundamentos sustantivos consistentes, por ejemplo, en la vulneración de principios generales del Derecho.

Es, por ello, perfectamente posible que puedan controlarse algunos de los elementos reglados que siempre integran cualquier potestad discrecional. La Exposición de Motivos de la LJCA de 1956, ya consideró, a los efectos de ampliar el control jurisdiccional de la discrecionalidad, que esta «no puede referirse a la totalidad de los elementos de un acto, a un acto en bloque... la discrecionalidad, por el contrario, ha de referirse siempre a alguno o algunos de los elementos del acto».

La jurisprudencia ha precisado en múltiples ocasiones que *la existencia misma de la potestad y su contenido, así como que el órgano actúe con la competencia* precisa para decidir y que su resolución está dirigida a atender *los fines previstos* en el ordenamiento jurídico, son elementos reglados de cualquier decisión discrecional, controlables por los tribunales que pueden acordar, si aquellos parámetros aparecen vulnerados, anular la actuación que está enjuiciando.

C) En particular, el tiempo en el ejercicio de la potestad y su utilización obligatoria

Los problemas que ambas cuestiones plantean, sucintamente descritos, son los siguientes:

En cuanto al tiempo, a pesar de su influencia en la eficacia de las decisiones administrativas y también de que es un importante factor de coste para los particulares y empresas que se relacionan con la Administración, se ha considerado habitualmente como un elemento integrante de la más pura discrecionalidad de la Administración.

Las primeras construcciones dogmáticas del Estado de Derecho tenían en cuenta el factor tiempo como una garantía básica. R. VON MOHL lo consideraba un elemento del Estado de Derecho: las leyes tenían que ser ejecutadas rápidamente por la Administración. Esta preocupación conecta con principios bien asentados en la Ciencia de la Policía de la que estos autores son herederos parciales. En R. VON GNEIST, ya en la segunda mitad del siglo XIX, se hace la misma valoración del factor tiempo. Pero, poco a poco, su importancia va decayendo en la medida en que el debate sobre las garantías del Estado de Derecho se centra en el contenido de las decisiones, abandonando la cuestión del tiempo en el que se adopten o la duración de los procedimientos. Es O. MAYER quien asegura la definitiva eliminación del factor tiempo como un principio básico del Estado de Derecho; mientras

450.

Los elementos reglados de la discrecionalidad.

451.

Potestad, competencia y fin como elementos reglados.

452.

El problema del tiempo en el ejercicio de las potestades.

453.

El factor tiempo en las primeras construcciones del Estado de Derecho.

454.

El progresivo abandono del problema de la duración de los procedimientos.

que la primacía de la ley es una regla indiscutiblemente vinculante, el momento y la duración de la su ejecución quedaba sometida a la discrecionalidad de la Administración.

455.

Los progresos de la doctrina del silencio como paliativo parcial.

La influencia de O. MAYER se proyecta sobre el Derecho francés, donde se establecen las mismas conclusiones inmediatamente. MICHAUD escribía en 1913 que «la Administración podía incluso dejar dormir (laissez sommeiller) incluso una ley de carácter imperativo». A pesar de ello, en Francia ya había empezado a construirse la doctrina del silencio administrativo para paliar algunos efectos de la dominación discrecional del tiempo por la Administración. Pero no se consiguió con ello superar el problema. A mediados de los años setenta escribió P. KIRCHHOF una brillante monografía, *Verwaltung und Zeit*, en la que se resaltaba que la competencia para decidir acerca del momento y la duración de una actuación confiere un enorme poder a la Administración, que resultaba preciso someter a límites jurídicos. No se avanzó sin embargo, en las reformas, que, a lo más, se limitaron a ampliar las hipótesis en que el silencio habría de entenderse como positivo. Y ello a pesar de que el propio Tribunal Constitucional Federal reivindicó la importancia del plazo, sobre todo en los procedimientos de autorización complejos. M. BULLINGER ha añadido recientemente propuestas para mejorar este problema, pero más centradas en el ámbito de la gestión que en la reducción de la discrecionalidad.

456.

El tiempo de las decisiones administrativas en la Ley 30/1992.

En el Derecho español, la Ley 30/1992, tras sus reformas de 1999, ofrece un panorama normativo algo más constrictivo de la discrecionalidad de la Administración en el manejo del tiempo. Aunque las consecuencias jurídicas del incumplimiento de los plazos establecidos en las leyes se presentan muy relajadas (artículo 63.3: «la realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido para ellas solo implicará la anulabilidad del acto cuando así lo imponga la naturaleza del término a plazo»), se establece la obligación de que las Administraciones resuelvan los procedimientos en el plazo ordinario de tres meses, salvo que se fije un plazo especial que, en todo caso, no podrá ser superior a seis meses (artículo 42.2 y 3). Una gran contribución a la valoración del factor tiempo es la posibilidad de exigir responsabilidad personal a los funcionarios que incumplan los plazos, como permite el artículo 42.7 de la misma ley. Pero, en fin, la institución del silencio administrativo (artículo 43) sigue siendo la garantía básica de los derechos de los ciudadanos frente a la manipulación administrativa de un factor, como el tiempo, que domina con una amplia discrecionalidad.

457.

La técnica del silencio administrativo como solución parcial.

En cuanto al ejercicio facultativo u obligatorio de las potestades administrativas discrecionales, también depende del tipo de actuación

nes de que se trate, porque mientras la inactividad o falta de respuesta administrativa en algunos casos puede dar lugar a reclamaciones contencioso-administrativas, en otros la jurisprudencia defiende a ultranza que la adopción de políticas o decisiones depende siempre de una elección discrecional insusceptible de revisión.

Lo primero tiene actualmente su adecuado reflejo en el artículo 29 LJ de 13 de julio de 1998. Regula un contencioso por inactividad que puede iniciarse por cualquier interesado cuando la Administración «está obligada a realizar una prestación concreta a favor de una o varias personas». Dicha prestación ha tenido que ser prevista en una disposición general que no precise actos de aplicación, y que no haya sido ejecutada en el plazo de tres meses desde que formule la oportuna reclamación. También puede usarse esta acción para conseguir la ejecución de actos firmes que no son llevados a efecto por la Administración en el mismo plazo indicado.

Quedan fuera del ámbito de estos procedimientos por inactividad todas las acciones que pretendan exigir a la Administración una decisión, cuando el contenido de esta no está suficientemente programado en una norma previa. La jurisprudencia constitucional en materia de concesiones y licencias de televisión es el mejor ejemplo de toda esta extensa gama de asuntos. Reiteradamente, el Tribunal Constitucional se negó a reconocer el derecho a obtener de la Administración Pública una licencia o concesión de televisión (aun reconociendo que la disponibilidad del medio influía en el ejercicio de un derecho fundamental como la libertad de información: STC 12/1982, de 31 de marzo, que abre una línea jurisprudencial muy reiterada, por ejemplo, en las Sentencias 44/1982, 74/1982, 106/1986, 21/1988, 181/1990, 206/1990, 119/1991, 168/1993, 244/1993, 127/1994, 108/1995, 146/1995, 167/1995), por no haber sido regulados previamente los aspectos técnicos y procedimentales en cuyo marco la actividad televisiva privada tendría que desenvolverse. Pero, en vivo contraste con esa doctrina, ha reconocido directamente el derecho a emitir por televisión cuando, aun sin regulación previa, y pese a no haber obtenido licencia, se trate de pequeñas emisoras de ámbito local o por cable, cuya implantación no afecta decisivamente a la utilización del espectro radioeléctrico (SSTC 31 y 240 de 1998, 281 y 307 de 1994, 12/1995, 47/1996). Prima la garantía del derecho fundamental sobre la programación normativa de la actividad.

Las sanciones administrativas constituyen un dominio en el que tiene una especial relevancia la cuestión de saber si los órganos competentes pueden decidir con libertad si ejercen o no sus potestades.

458.

El ejercicio obligatorio de las potestades administrativas.

459.

La acción por inactividad en la LJ de 1998.

460.

Inactividad administrativa en los casos de falta de regulación normativa previa.

461.

Sobre el ejercicio discrecional de la potestad sancionadora.

La regla general es la incoación y resolución discrecional de los expedientes. Esta misma pauta se sigue en Derecho comparado (A. NIETO ha recogido el ejemplo del artículo 47.1 de la Ley alemana reguladora de las infracciones: «la persecución de las infracciones depende de la discrecionalidad vinculada de la Administración sancionadora, quien puede ordenar el archivo del expediente mientras el procedimiento sea de su competencia»). El ejercicio obligatorio de la facultad, en pocas ocasiones encuentra reflejo en la legislación (un ejemplo de ello es el Real Decreto 320/1994, de 25 de febrero, que aprueba el Reglamento de procedimiento sancionador en materia de tráfico: «los agentes de la autoridad encargados del servicio de vigilancia de tráfico deberán denunciar las infracciones que observen cuando ejerzan funciones de vigilancia y control de la circulación vial —artículo 752 del Texto Articulado—»).

462.

Libertad para atender las denuncias y legitimación para impugnar las decisiones de inadmisión o la pasividad administrativa.

Considerando las escasas expresiones regulatorias existentes sobre el carácter discrecional de la potestad sancionadora, la jurisprudencia ha tratado de justificarlo apoyándose más directamente en que los particulares pueden, desde luego, denunciar los hechos constitutivos de infracción que conozcan, pero carecen de cualquier tipo de legitimación que les permita constituirse como parte en el expediente, «pues ni tienen facultad alguna de iniciativa procesal ni legitimación para obligar al órgano sancionador a investigar el hecho denunciado, por lo que tampoco pueden interponer recursos contra acuerdos adoptados en esta materia» (ATC 940/1987, de 22 de julio, y SSTS de 18 de junio de 2002, 15 de julio de 2002, 19 de febrero de 2002, entre otras muchas que siguen una doctrina jurisprudencial muy asentada, que ellas mismas citan). Como excepción, la jurisprudencia admite la legitimación de quien puede obtener un beneficio o perjuicio directo del ejercicio de la potestad sancionadora. Al menos, el derecho se extiende a la incoación del expediente y el desarrollo de las correspondientes diligencias de investigación.

463.

Discrecionalidad sancionadora y principios constitucionales.

La jurisprudencia se mantiene, en relación con las denuncias, en unos términos prácticos que convierten el ejercicio de la potestad sancionadora en una facultad, como ha precisado A. NIETO. Reducir tanta discrecionalidad es posible. Por lo pronto, cuando su ejercicio puede afectar a principios constitucionales, como el de interdicción de la arbitrariedad, el de igualdad o el de tutela judicial efectiva, como puede ocurrir siempre que se niega la acción a un ciudadano cuando el ordenamiento jurídico habilita su ejercicio (v.gr., artículo 235 de la Ley sobre Régimen de Suelo y Ordenación Urbana; STS de 22 de enero de 1998).

En el ámbito del Derecho comunitario europeo, la inactividad de los órganos competentes para formular políticas públicas o decidir, ha sido sometida a controles que conviene recordar.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea mantiene una jurisprudencia que afirma la discrecionalidad de la Comisión para tramitar las denuncias que recibe por infracciones de los Estados, estableciendo también la correlativa falta de legitimación de los particulares para plantear ante el Tribunal acciones por incumplimiento (SSTJ de 14 de febrero de 1989, 12 de junio de 1992, 20 de febrero de 1997, etc.). Pero, al mismo tiempo, desde la notable Sentencia de 22 de mayo de 1985, el Tribunal de Justicia ha aceptado acciones por omisión que le han permitido deliberar sobre si los órganos comunitarios están obligados a actuar, aunque no puede imponerse por vía judicial el contenido de sus políticas. Esta jurisprudencia ha desarrollado un importante análisis de las justificaciones de la inactividad. Por ejemplo, para analizar cuándo son razonables las alegaciones sobre las *dificultades* que presenta su ejercicio o las *consecuencias* de la decisión.

En fin, todo lo expresado son consideraciones sobre los límites a la discrecionalidad derivados de la existencia de elementos reglados en toda potestad discrecional. Pero para tener un panorama completo de este mismo fenómeno es necesario considerar que pocas veces una decisión administrativa no está afectada por otros componentes reglados que la limitan: el respeto a lo establecido en ocasiones precedentes; la necesidad de atenerse a los créditos disponibles; la valoración de los hechos conforme a las alegaciones y pruebas obrantes en el expediente; la asunción de los criterios establecidos con carácter general en programas o planes internos que establecen la política o la disciplina a que la propia Administración ha decidido, en uso de su discrecionalidad, vincularse para resolver todos los supuestos de iguales características, etc.

3. LA LIBERTAD DE ELECCIÓN Y LOS MÁRGENES DE APRECIACIÓN: CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS Y DOCTRINA UNITARIA DE LA DISCRECIONALIDAD

A) **Desarrollo y consolidación de la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados**

Para toda la doctrina, al menos hasta mediados del siglo xx, la discrecionalidad era una categoría unitaria que se aplicaba a todos los

464.

La jurisprudencia comunitaria: la discrecionalidad de la Comisión para atender denuncias.

465.

La explicación unitaria del fenómeno de la discrecionalidad hasta mediados del siglo xx.

casos en que existía indeterminación en las regulaciones legales, o insuficiencia, o simplemente omisión de cualquier regulación. Existía discrecionalidad tanto en los casos en que el proceso intelectual para comprender lo establecido en el precepto legal era más o menos complejo, como cuando la decisión no estaba en la norma sino que dependía de la voluntad del aplicador. Había discrecionalidad, por tanto, según esta doctrina histórica, si la aplicación del Derecho requería de la Administración una actividad cognitiva o de constatación, o si reclamaba de su parte una actividad volitiva, en la que le restaran márgenes para expresar su voluntad y opinión.

466.

La reducción del concepto amplio de discrecionalidad para reducirlo a la elección de las consecuencias jurídicas.

Es la doctrina alemana la que, principalmente en los años cincuenta, lleva a cabo una reducción de ese concepto amplio de discrecionalidad (H. PREUSS, O. BACHOF, D. JESCH, K. OBERMAYER, K. STERN), para dejarlo limitado a aquellos supuestos en los que las normas permiten a la Administración decidir en el plano de las consecuencias jurídicas de la aplicación. No serán, para aquella doctrina, discrecionales las operaciones de mera cognición, para identificar los supuestos de hecho normativos que las regulaciones han querido contemplar, sino las de carácter volitivo, que reclaman decisiones en el plano de las consecuencias jurídicas. Si se reconoce a la Administración, en dicho ámbito, libertad de opción, existirá discrecionalidad. Las decisiones que, en tal caso, puede adoptar la Administración, consistirán en actuar o no hacerlo, y, en caso positivo, dar a su decisión cualquier contenido admisible en Derecho, eligiendo entre diversas opciones posibles.

Esta es la doctrina de la *Rechtsfolgeermessen*, de las consecuencias jurídicas. Contribuirá a una reducción notable del ámbito de la discrecionalidad.

467.

No hay discrecionalidad cuando se trata de aplicar conceptos vagos.

El más eminente efecto de la consolidación de esta nueva concepción de la discrecionalidad, es que no existe una potestad de tal género cuando lo que se trata es de aplicar por la Administración conceptos vagos, imprecisos, inconcretos, que no delimitan, en fin, exactamente, el ámbito de la realidad a que se refieren, porque, en tal caso, la operación aplicativa no será volitiva sino puramente cognitiva, plano intelectual este en el que no existe discrecionalidad.

468.

La aparición de la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados.

Tales conceptos empezarán a denominarse conceptos normativos, o conceptos jurídicos, indeterminados, y la distinción de los mismos con la discrecionalidad será unánimemente reconocida por la doctrina y la jurisprudencia a partir de los años sesenta.

La doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados acabó perfeccionándose cuando se acertó a dar una respuesta adecuada al

siguiente problema: aunque la constatación de lo expresado en la norma solo requiera una opción cognoscitiva que debe conducir a la identificación de lo que aquella ha pretendido exactamente, es necesario reconocer la dificultad de hallar la solución exacta. Esta dificultad siempre introduce en el proceso de concreción del concepto un margen de volición. Pero como en la teoría de la *Rechtsfolgeermessen* el marco de volición es propio de discrecionalidad, la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados acertó a crear otra noción que pudiera explicar aquel margen volitivo en las operaciones de precisión de un concepto vago. Se construyó entonces la doctrina del «margen de apreciación» (*Beurteilungsspielraum*), que igualmente otorga una cierta libertad, o al menos tolerancia jurídica, para considerar que en la concreción del supuesto de hecho normativo, pueden seguirse diversas opciones.

La teoría de los conceptos jurídicos indeterminados se trasladó a España en un estudio clásico de E. GARCÍA DE ENTERRÍA (*La lucha contra las inmunidades del poder*), publicado, por primera vez, en 1962, que tuvo una influencia enorme tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. De los desarrollos de la doctrina se han ocupado luego diversos autores, entre los que destacan la primera monografía, que elabora F. SÁINZ MORENO, en línea con la doctrina fundadora, y la de M. BACIGALUPO, ya revisora de las concepciones clásicas.

La exposición de GARCÍA DE ENTERRÍA (de la que luego otros autores españoles han sacado consecuencias imprevistas por él, exagerando tanto en más como en menos) constata que las leyes utilizan a veces conceptos determinados (lo son, muy especialmente, los conceptos de tiempo —mayoría de edad a los dieciocho años, jubilación a los sesenta y cinco o los setenta—, físicos —nocturnidad, peso, altura de un inmueble—, días o meses completos, etc.), y otros conceptos indeterminados como buen fin, falta de probidad, justo precio, oferta más ventajosa, interés público, etc. Esta alternativa de usar conceptos jurídicos determinados o indeterminados, al establecer una regulación, está presente en todas las ramas del Derecho (los conceptos de buena fe, o de diligencia del buen padre de familia son clásicos en el Derecho Civil; los de nocturnidad, alevosía o abusos deshonestos, típicos del Derecho Penal, etc.).

La aportación fundamental de la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados es considerar que así como la discrecionalidad permite a la Administración elegir entre varias opciones, todas las cuales son jurídicamente indiferentes y válidas, la aplicación de aquellos remite siempre a una única solución justa, sin alternativas, que la Admi-

469.

La dificultad de llegar a una cognición exacta: el margen de apreciación.

470.

La introducción en España de la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados.

471.

El uso de conceptos indeterminados por las normas.

472.

Los conceptos jurídicos indeterminados remiten a una solución justa.

nistración debe encontrar. Los conceptos jurídicos indeterminados no son sino aplicaciones de la ley que los utiliza, por lo que remiten siempre a un problema de interpretación de la ley. La Administración tendrá que constatar los hechos, usando, si las precisa, las pruebas necesarias, dándoles luego la significación que la norma les ha otorgado. El hallazgo técnico es de enorme envergadura al permitir separar de las potestades discrecionales unos tipos de enunciados que no otorgan ninguna facultad de elección y que, por tanto, han de permitir un control pleno por parte de los tribunales.

473.

Ampliando la solución justa: el margen de apreciación.

No obstante, la precisión exigible al intérprete para que concrete el contenido de los conceptos jurídicos indeterminados, no puede llegar al extremo de excluir un cierto margen de tolerancia, dentro del cual todas las variantes posibles de la «única solución justa» se estiman legítimas y jurídicamente admisibles. Es el margen de apreciación o *Beurteilungsspielraum* a que hemos aludido antes.

474.

La estructura de los conceptos: núcleo y zona de incertidumbre.

A los efectos de determinar mejor el marco de ese margen legítimo de apreciación, D. JESCH, siguiendo de cerca a Ph. HECK distinguió entre el núcleo de los conceptos (*Begriffskern*) y su halo (*Begriffshof*). El primero delimita un ámbito de absoluta certeza sobre la significación del concepto. El segundo marca la zona de incertidumbre que existe en cualquier concepto jurídico, y que es más amplia en el caso de los conceptos jurídicos indeterminados.

La doctrina española que ahora exponemos utilizó para explicar la estructura de los conceptos un criterio trizonal que es más antiguo que el anterior, procede de W. JELLINEK. En la estructura de todo concepto indeterminado sería identificable un núcleo fijo, un halo y una zona de certeza negativa. La única zona de incertidumbre es el halo, porque las otras dos permiten decidir con seguridad qué es, en positivo, lo que el concepto contiene o, en negativo, lo que excluye. Utilizando conceptos muy ilustrativos, como el de justiprecio, GARCÍA DE ENTERRÍA explica que la zona de certeza del precio de una casa es siempre fácil de determinar usando para establecerlo una cifra mínima que sea aceptable según estimaciones comunes; y también que la zona de certeza negativa permite establecer cantidades que, dadas todas las circunstancias concurrentes, con seguridad no vale. El halo del concepto ocupa todo el espacio que queda entre las dos zonas de seguridad, manteniéndose una incertidumbre dentro de la que puede moverse la Administración legítimamente porque todas las soluciones que adopta sin salirse de esa zona serán consideradas legítimas y válidas. El halo marca los límites del margen de apreciación con que cuenta la Admi-

nistración Pública al interpretar y aplicar los conceptos jurídicos indeterminados.

Esta exposición doctrinal ha sido asumida por la jurisprudencia, que la usa con gran reiteración para controlar la utilización que hace la Administración de innumerables conceptos jurídicos indeterminados. Los tribunales invalidan las decisiones de la Administración cuando no se acomodan a la interpretación justa de los conceptos indeterminados que utilizan. Por ejemplo, las Sentencias de 8 de febrero, de 9 de marzo, 3 de julio y 9 de diciembre de 1993, consideran de aquella clase el concepto de «necesidad de ocupación» en la expropiación forzosa. Las Sentencias de 22 de septiembre, 3 de octubre, 3 de diciembre de 1992 y 1 de junio de 1999, se refieren al de «urgencia» en el mismo ámbito. Las de 10 y 15 de mayo de 1994 y 14 de febrero de 1995 al de «utilidad pública». También son conceptos jurídicos indeterminados el de «interés nacional» (Sentencia de 19 de junio de 1999), «candidato más adecuado» (STS de 12 de diciembre de 2000), «buena conducta cívica» (SSTS de 11 de abril de 2000, 7 de octubre de 2000, 30 de noviembre de 2000, 22 de noviembre de 2001, 21 de marzo de 2002), «proposición más ventajosa» (SSTS de 6 de octubre de 1999, 30 de mayo y 13 de junio de 2000, con muchísimos antecedentes), «núcleo de población» (STS de 12 de octubre de 1999 y 9 de mayo de 2000), «proyecto arquitectónico» (SSTS de 30 de octubre de 1999 y 17 de mayo de 2000), «interés social» (STS de 1 de marzo de 1999) y *finalmente, y sobre todo, «interés público»* (STS de 22 de junio de 1999, y, como primera avanzadilla, SSTS de 11 de noviembre de 1994, 23 de enero, 23 de febrero, 26 y 31 de mayo de 1995, etc.).

Para el análisis de todos estos conceptos y su diferenciación con la discrecionalidad, las sentencias citadas usan la siguiente argumentación, absolutamente consolidada, que sigue de cerca las exposiciones doctrinales antes referidas: «las decisiones basadas en el principio de discrecionalidad han de partir del supuesto de la existencia de diversas soluciones alternativas jurídicamente indiferenciadas entre las que ha de efectuarse la elección, mientras que en los supuestos en los que la habilitación legal para seleccionar se confiere mediante el mandato de aplicación de un concepto jurídico indeterminado... la decisión del órgano actuante requiere un proceso intelectual en el que, atendiendo a la realidad de las circunstancias que se le muestran, y no a su libre juicio, ha de concluirse en cuál... es el único supuesto de solución justa» (STS de 30 de mayo de 2000).

475.

La recepción por la jurisprudencia de la doctrina del halo de los conceptos.

476.

La distinción entre discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados según la jurisprudencia.

477.

El progreso del control judicial con el empleo de la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados.

La ampliación progresiva del criterio de los conceptos jurídicos indeterminados ha servido extraordinariamente al empeño de controlar jurisdiccionalmente la actividad de la Administración.

B) Crisis de la teoría. El problema del margen de apreciación se presenta en términos idénticos en las potestades discrecionales

Ha sido precisamente el éxito de la doctrina y la ampliación progresiva de los conceptos considerados indeterminados, y no atributivos de potestades discrecionales, lo que ha determinado las primeras y fuertes *crisis de la teoría*. Algunos autores han considerado que son conceptos jurídicos indeterminados nociones constitucionales o legales que, para otros, son habilitantes de poderes discrecionales. Y, a la restricción de las libertades de la Administración para definir y gestionar sus propias políticas que de ello resulta, ha venido a sumarse la afirmación de que aquellos nuevos conceptos indeterminados no dejan a la Administración ningún margen de apreciación, con lo que la discrecionalidad desaparecería del todo.

Ocasión para plantear estas preocupaciones (tan justas, ciertamente, porque la discrecionalidad forma parte inescindible de cualquier forma de gobierno, y resulta imprescindible para la gestión de los asuntos públicos) la ha dado, muy especialmente, la incorporación a la nómina de los conceptos jurídicos indeterminados el del «*interés general*», una noción completamente central para explicar las funciones y objetivos de los poderes públicos tanto en la Constitución como en la legislación ordinaria (en esta las muestras son incontables, en la primera, compruébese en los artículos 34.1, 44.2, 47, 76.1, 124.1, 128.1, 128.2, 149.1.20 y 24, y, especialmente, para lo que ahora tratamos, 103.1).

La primera reflexión extensa sobre la noción de interés general como concepto jurídico indeterminado la llevó a cabo F. SÁINZ MORENO. Aplicando la doctrina establecida sobre la interpretación de estos conceptos, concluía que las decisiones basadas en el interés público solo admiten una solución justa, lo que llevaba a excluir cualquier libertad de opción de la Administración a la hora de definir los intereses generales, cuando el legislador dejara abierta la concreción de las decisiones correspondientes. Sin embargo, SÁINZ MORENO se detuvo a las puertas de esta conclusión, estimando que las opciones que siguiera la Administración, aplicando el concepto de interés general, solo serían inválidas si fueran irrazonables o arbitrarias, pero no le cerró el margen

478.

Las primeras crisis de la teoría de los conceptos indeterminados.

479.

La crisis derivada del exceso: el interés general como concepto indeterminado.

480.

Las primeras propuestas de incluir al interés general en la nómina de conceptos jurídicos indeterminados.

para optar, al menos dentro de márgenes razonables. Sin embargo, dar un paso adelante estaba al alcance de la mano, y lo dio G. FERNÁNDEZ FARRERES defendiendo que la Administración tenía el «deber de apreciar y valorar ante cada situación concreta y específica la solución más adecuada al interés general». No cabrían, pues, varias soluciones, sino una sola, como es propio de la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados. En materia de intereses generales siempre habrá una solución *más justa*, y esta, precisamente, es la que tendrá que encontrar la Administración.

La aceptación también por GARCÍA DE ENTERRÍA, en su obra posterior, de que el interés era un concepto jurídico indeterminado, le permitió incluso atisbar la posible «*desaparición misma de la categoría de la discrecionalidad*».

M. BELTRÁN llamó razonablemente la atención sobre los riesgos de la conversión del interés general en concepto jurídico indeterminado. Se reducía, de esta manera, la libertad de disposición que el legislador había entregado a la Administración para que gestionara los intereses generales, definiendo, dentro del marco legal, lo que más conviniera a su juicio. Esta habilitación se puede sustituir, aplicando la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados, por los jueces, que no tienen una encomienda legal parecida a la de la Administración. Este desplazamiento final de la Administración no era solo un mal augurio para la discrecionalidad (sobre cuya necesidad para los poderes públicos nadie discute) sino el aldabonazo final que anunciaba su liquidación.

Estas observaciones ponían de manifiesto las consecuencias a que podía conducir una proyección excesiva de los conceptos jurídicos indeterminados. En alguna medida, y salvadas las distancias, recuerdan la flexibilidad con que se usó durante los primeros años de constitucionalismo los conceptos de lo gubernativo y lo contencioso, que hemos estudiado en el volumen anterior, para ensanchar o reducir el control jurisdiccional de las decisiones administrativas. En términos parecidos ampliando la relación de conceptos jurídicos indeterminados se puede conseguir el efecto expansivo del control jurisdiccional.

E. GARCÍA DE ENTERRÍA volvió de nuevo sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado, encuadramiento que le parece incuestionable, para salvarlo de alguna de las exageraciones indicadas cuando todas ellas estaban a punto de oír la campana de su definitiva desautorización.

Entre otras cuestiones, el análisis defensivo del interés general como concepto jurídico indeterminado introduce dos aclaraciones

481.

De la doctrina del margen de apreciación a la doctrina de la única solución justa.

482.

De la única solución justa a la desaparición de la discrecionalidad.

483.

Postulación, crítica y defensa del interés general como concepto jurídico indeterminado.

fundamentales: la primera es que, aunque las decisiones administrativas basadas en el concepto indeterminado interés general son, como todas las de su clase, revisables por los tribunales, no hay que olvidar el margen de apreciación con que la Administración cuenta y que le permite manejarse con *cierta flexibilidad al fijar la solución justa*. De este margen se olvidan tanto quienes creen que el interés general conduce a una única solución posible como quienes piensan que siempre resultará posible desplazar la decisión administrativa por otra adoptada, sin la misma legitimación, en sede judicial. La segunda observación es que no todos los conceptos jurídicos indeterminados tienen una estructura idéntica. Por el contrario, «hay conceptos indeterminados que incorporan normas de experiencia; otros, en cambio, son conceptos de valor... Los primeros se ventilan en la apreciación de los hechos (el edificio está en ruina o no)... los segundos, en la medida en que implican juicios de valor, bien sean técnicos («impacto ambiental») o políticos («interés público», «utilidad pública») son los que proporcionan a la primera y decisoria apreciación por la Administración una cierta presunción a favor de su juicio dentro del «halo» del concepto...». Lo que, dicho de otro modo, también supone aceptar que el control judicial puede ser más firme y penetrante en el primer caso que en el segundo.

De todas maneras, esta observación de que no todos los conceptos jurídicos indeterminados plantean problemas aplicativos o interpretativos de las normas, sino que reclaman juicios valorativos, más o menos libres, es de extraordinaria importancia, *porque acerca la naturaleza de esta clase de conceptos, de nuevo, a la discrecionalidad*.

E. DESDENTADO ha evidenciado también la necesidad de distinguir diferentes tipos de conceptos jurídicos indeterminados. Mientras que unos, quizá los de más corriente empleo en las leyes, plantean problemas de aplicación de las normas que se resuelven utilizando criterios de interpretación comunes, otros han de aplicarse manejando valoraciones acerca de lo que sea más interesante para el interés público. La diferencia es importantísima en términos de control de una y otra clase de conceptos, porque mientras para enjuiciar los primeros los tribunales se limitan a interpretar la norma (operación para la cual ellos mismos cuentan con una discrecionalidad parangonable con la que disponen la Administración), en el segundo caso han de hacer valoraciones para las que el ordenamiento tiene conferida una función o, si se quiere, misión, más específica a la Administración Pública.

Mientras evolucionaba en España de la manera indicada la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados, en Alemania, la patria de la

484.

Los conceptos indeterminados que no sólo plantean problemas de interpretación, sino también de opción y valoración.

485.

El progresivo abandono o modulación de la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados en la doctrina alemana.

idea, también la doctrina había sacado consecuencias de la experiencia de su aplicación. Por lo pronto, la advertencia de que ni los conceptos indeterminados ni la discrecionalidad se manifiestan con las mismas características dependiendo del ámbito donde se proyectan, de manera que ni siquiera es admisible que se aplique el margen de apreciación a algunos tipos de decisiones administrativas. Como F. OSSENBÜHL ha propuesto, debería hacerse una *aplicación tópica de la doctrina del margen de apreciación*.

Es también la consideración de que muchos conceptos jurídicos indeterminados reclaman aplicaciones valorativas, que exigen el reconocimiento de una mayor libertad de opción de la Administración al aplicarlos, lo que ha conducido al retorno a una doctrina unitaria de la discrecionalidad (unitarismo dominante antes del desarrollo de la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados) que consideraría que tanto la discrecionalidad como los conceptos jurídicos indeterminados son manifestaciones de un mismo fenómeno: *la concreción de normas abiertas, en fase aplicativa, por la Administración*. A esta corriente, de la que ha dado cuenta entre nosotros M. BACIGALUPO, se han sumado autores tan importantes actualmente como R. KLEIN, P. LERCHE, K. ENGISCH, R. SCHOLZ. Uno de los exponentes de estas tesis unitaristas, H. DREYER, ha expresado de este modo su fundamento: «el concepto jurídico indeterminado, la potestad discrecional, el margen de apreciación, la libertad de configuración en la planificación, la discrecionalidad volitiva y cognitiva, etc., se revelan en el fondo como meras variaciones de un solo y decisivo fenómeno: el del margen de decisión del ejecutivo, controlado jurisdiccionalmente con intensidad variada y caracterizado por elementos de elección, ponderación y valoración». Aunque en el marco de procesos argumentativos diferentes, también algunos autores españoles habían observado, sin necesidad de referirse a aquella doctrina, que el denominado margen de apreciación de los conceptos jurídicos indeterminados remite a una idea parecida al de la libertad de opción en la discrecionalidad (M. SÁNCHEZ MORÓN, M. BELTRÁN; muchos años atrás, J. A. GARCÍA-TREVIJANO, M. MARTÍN GONZÁLEZ y otros).

Esta tendencia a la integración, en un cuerpo de doctrina único, de todas las manifestaciones de la acción administrativa desarrollada en un marco abierto por el legislador, también permite recuperar para una explicación coherente de estos fenómenos otras tendencias actuales que solo ven discrecionalidad en la determinación de los hechos y no en las voliciones, ya que si la discrecionalidad pudiera versar sobre las consecuencias jurídicas, la Administración podría optar por dar un

486.

El retorno a una doctrina unitaria de la discrecionalidad.

trato diferente a situaciones iguales (W. SCHMIDT, M. BACIGALUPO), lo que, obviamente, sería inadmisibile.

487.

La unidad del problema de la discrecionalidad en la teoría del Derecho.

Añadiremos que también desde la Teoría del Derecho las explicaciones dominantes sobre los procesos aplicativos de normas abiertas o vagas, que dejan diversas opciones al operador, dan a todos estos fenómenos un tratamiento unitario. R. DWORKIN admite que la aplicación de las normas plantea casos simples, que los jueces resuelven usando una discrecionalidad simple que se conjuga en la interpretación de la norma. Y en otros en los que la búsqueda de la solución plantea problemas más serios. Cuentan en estos casos los jueces, para resolverlos, con discrecionalidad. Pero ni en uno ni en otro caso disponen de la posibilidad de decidir con libertad, porque en todas las ocasiones en que las normas plantean problemas interpretativos, *solo existe una única solución justa*. DWORKIN afirma que desde que se ha reconocido la existencia de principios y valores en el ordenamiento, la discrecionalidad ha desaparecido puesto que, utilizándolos, los jueces deben poder encontrar la solución justa. Tendrán que manejar, en los casos complejos, muchos principios e información del ordenamiento. Pero este es el trabajo que se espera del juez Hércules que actúa en los complejos ordenamientos de nuestro tiempo.

En la teoría de L. H. HART también la discrecionalidad aparece solamente en los casos difíciles. Siempre surgen estos —como no podía ser de otro modo en un convencido positivista— de la redacción de los textos legales, de su vaguedad, de la textura abierta de su lenguaje. Distingue HART, en estas normas incompletas, entre una zona de certeza y otra de penumbra; en esta última existen diversas posibilidades de opción entre las que hay que elegir.

488.

HART v. DWORKIN.

489.

El problema de la jerarquización de los valores para aplicarlos a la determinación de la solución justa.

HART ha polemizado, como es conocido, con DWORKIN defendiendo la inexistencia de la única solución justa que este último propugna. Aunque se aceptara que, conjugando valores y principios, se puede acertar a rellenar de respuestas la norma imprecisa, no existen criterios en el ordenamiento para jerarquizar aquellos principios y valores, de manera que no habría razón para dar primacía a la respuesta basada en uno o un grupo de ellos.

Nos interesa, de todas maneras, de estas concepciones de la discrecionalidad, su consideración global de todos los fenómenos de aplicación de las normas que dejan un margen de decisión a un poder ajeno al legislador y, en nuestro caso, principalmente, a la Administración.

490.

Unidad de la doctrina de la discrecionalidad y control jurisdiccional.

Aunque estudiaremos inmediatamente las técnicas de control de la discrecionalidad, debemos advertir que el retorno a la unidad de todos los fenómenos indicados, no significa, en absoluto, un retroceso en el sometimiento de la actividad administrativa al Derecho y su verificación por los tribunales. No hay razón para suponerlo. Lo que sí será precisa es la aplicación tópica, que proponía OSSENBÜHL, de los márgenes de apreciación y su control, por la sencilla razón de que la discrecionalidad presenta innumerables variaciones que es necesario tener presentes.

El tratamiento unitario de todos estos fenómenos de aplicación de la legalidad por la Administración sirve, por el contrario, para evitar algunas polémicas estériles entre juristas, que comulgan de los mismos principios, y para hacer innecesariamente compleja la aplicación y explicación de las técnicas de control de la Administración. Además, desde luego, de evitar la injustificable generalización de la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados (que ni son iguales, como hemos dicho, ni es aceptable que comprendan siempre los mismos márgenes de apreciación), sin que se sepa muy bien *con qué criterios se puede clasificar una noción legal como concepto indeterminado y luego someterlo a un régimen diferenciado del de la discrecionalidad*.

La consideración unitaria de la discrecionalidad permite establecer una primera conclusión sobre los márgenes de decisión con que cuenta la Administración y las posibilidades de control de que disponen los tribunales, bastante útil, aunque normalmente marginada, seguramente por obvia, en las exposiciones doctrinales habituales: la discrecionalidad será menor, y las posibilidades de control jurisdiccional mayores en la medida en que la norma que se aplica programe más extensamente la actuación de la Administración. Crecerá el control en directa proporción a la densidad normativa con la que se haya preconfigurado la decisión que tiene que adoptar la Administración. Siempre que la norma que se aplica, o cualquier otra, contenga un mandato dirigido a la Administración, será posible corregir conforme a estos parámetros, en sede jurisdiccional, sus actuaciones.

Si la norma, al definir la actuación que espera de la Administración, ha usado un concepto que remite a criterios de experiencia, ese concepto contribuirá a densificar la regulación y a propiciar el control de lo que sigue siendo discrecional. Si la norma utiliza conceptos que exigen valoraciones a la Administración que la aplica, podrán considerarse los criterios que ha usado la Administración y corregirlos si resultan contrarios a algún principio general que debería haber observado. En fin, se aplican a estos procesos decisorios, todos los criterios de

491.

Los efectos de la doctrina unitaria de la discrecionalidad: el control jurisdiccional de las decisiones administrativas depende de la programación normativa de la misma.

control que la jurisprudencia y la doctrina han decantado hace muchos años, y de los que no se espera, en el complejo Estado social de Derecho de nuestro tiempo, retroceso alguno.

4. LOS LÍMITES DE LAS POTESTADES DISCRECIONALES Y SU CONTROL JUDICIAL

492.

El Derecho Administrativo trata del control de la discrecionalidad.

A) Sobre el progresivo perfeccionamiento de las técnicas de control y su utilización por los tribunales

Que el Derecho Administrativo trata principalmente del control de la discrecionalidad, es una observación de B. SCHWARTZ, que, como todas las que ponen delante de los ojos lo evidente y comúnmente percibido, no hay más remedio que compartir.

493.

La exención total del control del ejecutivo: orígenes y fundamentos.

En Estados Unidos, cuyo sistema administrativo estudia SCHWARTZ, los tribunales han dejado atrás con muchísimo esfuerzo una idea de la separación de poderes, vigente allí durante decenios, que impedía totalmente a los jueces enjuiciar las decisiones del ejecutivo. Esta prohibición se expresa de modo radical en algunos conocidos escritos de JEFFERSON («Nada en la Constitución ha dado a los jueces un derecho para decidir sobre el ejecutivo, como tampoco al ejecutivo para decidir sobre ellos...»). El Tribunal Supremo se atuvo a ella, a pesar del atrevimiento y la creatividad que MARSHALL demostró en *Marbury v. Madison*, de 1803, porque lo que se aceptó entonces es la intervención judicial en lo concerniente, exclusivamente, a las cuestiones de relevancia constitucional. Esta concepción contraria a la interferencia del judicial en la actividad de los demás poderes fue propagada con enorme fuerza en el influyente período de mandato del Presidente Jackson. Y, aun al final del siglo XIX, una conocida Sentencia del Tribunal Supremo, *Killbourn v. Thomson*, de 1881, seguiría repitiendo la doctrina jeffersoniana. En el siglo XX, sin embargo, la *judicial review* no dejó de expandirse, sobre todo para controlar la actividad de las Agencias.

494.

El progreso de las técnicas de control en Europa.

En Francia y en España desde que se creó la jurisdicción contencioso-administrativa, no se ha parado nunca el progreso del control judicial de la discrecionalidad administrativa. El instrumental inicial, bastante modesto, circunscrito a los análisis de la competencia del órgano, la observancia del procedimiento, o los vicios de forma, concluyó en Francia con la magna construcción de la doctrina de la desviación de poder que supone, verdaderamente, un extraordinario avance del contencioso-administrativo (*arrêt Lesbats*, de 1864: las potestades

495.

La creación de la técnica de la desviación de poder.

tienen que emplearse para el fin previsto en la norma habilitante, y no para otros fines distintos, sean públicos o privados). Todo lo que ha seguido, como decimos, ha sido siempre el afinamiento de aquellas mismas técnicas o la articulación de otras que sitúen los privilegios jurídicos de la Administración en la posición que los intereses públicos, a que aquella sirve, reclamen, pero que ofrezcan un garantía completa de los derechos y libertades de los ciudadanos.

En España, el sometimiento de la discrecionalidad al control judicial ha sido un proceso bastante más lento que en Francia, impulsado además, al menos hasta la Ley de 1956 de la jurisdicción contencioso-administrativa, por el legislador, más que por la jurisprudencia que en aquel vecino país ha sido la impulsora de la mayor parte de los progresos. En 1888 la Ley Santamaría de Paredes, cuyas regulaciones dominaron el contencioso durante decenios, limitó el ámbito de lo contencioso a los actos reglados de la Administración, como ya hemos recordado. Y de aquella fecha hasta 1956, la jurisdicción, más que progresar, se vio sometida a largos retrocesos temporales, sobre todo en los años posteriores a la guerra Civil de 1936-1939 (la jurisdicción contenciosa se suprime con la guerra, y solo se restablece parcialmente, para que conozca sobre reclamaciones funcionariales, unos años después).

1956 no solo es el año del restablecimiento pleno del contencioso en España, sino también el del establecimiento de la sorprendente (para la época y sus circunstancias políticas) apertura al control judicial de las potestades discrecionales de la Administración. Está en su Exposición de Motivos la definición de discrecionalidad (facultad de «apreciar en un supuesto dado lo que sea de interés general») y la afirmación de que es controlable por la jurisdicción contencioso-administrativa, porque por más libertad de decisión que atribuya a los órganos que la detentan, siempre existe un fondo reglado, algunos «elementos» reglados, en todo acto discrecional que son susceptibles de control. Esta magna transformación del ámbito de lo contencioso se emborrona, no obstante, en parte, con la exclusión de control, de algunas clases de actos (algunos de ellos, como los actos de gobierno, artículo 2.b), paradigmáticamente discrecionales, aunque se trate de justificar la exclusión en que, verdaderamente, tales actos no tienen la naturaleza de actos administrativos), pero se corona, en cambio, con la incorporación de la desviación de poder como técnica de control de la actividad administrativa (artículo 70.2 LJCA), que no es que sirviera de mucho en la práctica (apenas se utilizó y rara vez sirvió para anular un

496.

El progreso del control de la discrecionalidad en España.

497.

El control de la discrecionalidad en la LJCA de 1956.

acto administrativo) pero entusiasmó con razón a la doctrina de la época por el cambio radical de concepciones que comportaba.

498.
La profundización
en el control
de la
discrecionalidad
por determinación
de la CE.

El impulso final lo aportó, sin embargo, la Constitución de 1978 y la jurisprudencia (constitucional y ordinaria) que ha interpretado sus preceptos capitales: el artículo 24, en cuanto reconoce el derecho de todos los ciudadanos a la tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses legítimos, el artículo 103.1, que impone el sometimiento pleno de la Administración Pública a la ley y al Derecho; y el artículo 106, en fin, que somete toda la actividad administrativa al control judicial. Estas prescripciones, la consagración constitucional de otros principios generales y un cambio radical de las actividades de los tribunales han supuesto un progreso extraordinario en el sometimiento de la Administración al Derecho.

Cuál ha sido el desarrollo ulterior de las técnicas de control jurisdiccional, así como sus contenidos actuales es lo que vamos a tratar en los apartados sucesivos. Concluiremos esta sumaria presentación del apasionante cambio experimentado en las relaciones entre la Administración y la Justicia, con una reflexión preliminar sobre las críticas y las defensas que la situación establecida ha suscitado.

499.
Sobre las
reacciones a los
excesos de control
jurisdiccional.

Después de muchos años de progreso en el control jurisdiccional de la Administración, la doctrina de diversos países se ha planteado si no ha llegado el momento de parar la intervención de los tribunales en la Administración. La reacción ha sido incentivada, sobre todo, por el hecho de que un porcentaje significativo de sentencias judiciales no se limitan a enjuiciar y, en su caso, anular las resoluciones administrativas, sino que acuerdan también la sustitución de su contenido por otro, que se va arbitrando en el procedimiento, en el marco de las pretensiones de las partes, y que el tribunal impone. Estas operaciones de sustitución pueden verse como una asunción por los tribunales de la tarea de administrar, encomendada por la Constitución y las leyes a las Administraciones Públicas. Como prueba de que una intervención de este género no es aceptable en el equilibrio clásico entre los poderes del Estado, se exhiben algunas sentencias que, en diferentes países, han hecho un severo ejercicio de *self restraint* (mantenimiento en el Reino Unido del limitativo test de la Sentencia *Wednesbury*, de 1948, la marcha atrás en la novedosa técnica del *bilan coût-avantages*, puesta en pie en el *arrêt Ville Nouvelle Est*, de 1971, en Francia, la Sentencia *Kalkan*, de 1978, en Alemania y hasta la Sentencia *Chevron*, de 1984, en Estados Unidos, cuya orientación es prácticamente inexplicable desde las coordenadas jurídicas de los Estados del continente europeo).

500.
La sustitución de
las decisiones
administrativas por
decisiones
judiciales.

501.
Control judicial y
reserva de
Administración.

Algunos de los caminos ensayados por la doctrina para ofrecer alternativas al crecimiento del poder judicial de control ya las hemos estudiado. Entre ellas, por ejemplo, el intento de justificar en la Constitución la existencia de una «reserva de Administración», que marcaría un espacio plenamente disponible para los órganos administrativos e impenetrable para los tribunales. Pero, entre nosotros, donde se ha puesto más énfasis es en la necesidad de reconocer que en un Estado democrático como el que la Constitución proclama, la Administración refuerza extraordinariamente su legitimación y sus decisiones, en correspondencia, son, necesariamente, más autónomas e independientes de cualquier otro poder.

La cuestión es especialmente crítica si lo que se considera es la sustitución de las decisiones administrativas por otras acordadas por los tribunales con ocasión de valorar la legalidad de aquellas. Si los jueces se ponen en el lugar de la Administración y la sustituyen, reclaman también para ellos una legitimación que la Constitución no les confiere y cambian completamente el equilibrio y las funciones de los poderes.

Entre la doctrina actual, nadie ha defendido con más firmeza que E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ el progreso en el control judicial de la Administración, incluida la posible sustitución de las decisiones administrativas por otras impuestas judicialmente. L. PAREJO y M. SÁNCHEZ MORÓN han defendido la existencia de zonas de independencia de la Administración irreductibles judicialmente. Más próximos a estas posiciones que a las primeras, pueden considerarse autores como A. NIETO o J. LEGUINA. Y en aplicaciones matizadas M. BELTRÁN, E. DESDENTADO, M. BACIGALUPO, M. J. ALONSO y C. D. CIRIANO VELA, por citar solo a los que con más empeño han reflexionado recientemente sobre el control de la discrecionalidad.

En nuestro criterio, y pese a las apariencias, no son radicales las diferencias entre las corrientes doctrinales españolas sobre el control de la discrecionalidad (M. ATIENZA ha hecho la misma observación). No es posible defender seriamente que la Constitución limite el control judicial de la actividad administrativa porque eso supondría aceptar que no está la Administración plenamente sometida a la ley y el Derecho, que la tutela judicial de los ciudadanos presente fisuras y límites o que no tiene virtualidad plena el sometimiento de la Administración a la Justicia, limitaciones, cualquiera de ellas, contrarias a los términos expresos de los artículos 103.1, 24 y 106.1 CE.

502.

Control judicial y legitimación democrática.

503.

¿Existe un criterio para fijar límites a la intervención judicial?

504.

No hay límites constitucionales al control jurisdiccional.

Algunas exageraciones y defectos en la explicación han podido justificar que se presenten como opuestas posiciones que, en nuestro criterio, no lo son radicalmente.

Compartimos que la aplicación del Derecho, que es de lo que se trata, no permite que se pongan límites fijos al control jurídico de las decisiones de la Administración. La intervención judicial habrá de ser tan extensa como el Derecho permita, porque eso, justamente, es lo que manda la Constitución. Y si el Derecho postula no solo la anulación sino también la sustitución de la decisión impugnada por otra encontrada, y valorada como más justa, en el marco del proceso judicial, es perfectamente legítima su imposición, sin que se conmueva ni uno solo de los pilares sobre los que se asienta, en nuestra Constitución, el equilibrio de poderes.

Esta es nuestra posición jurídica a la que atenderá la exposición que siga sobre las técnicas de control judicial de la discrecionalidad.

Todo lo cual no significa que no nos parezca, al mismo tiempo, perfectamente razonable la crítica de los excesos que se puedan cometer por los tribunales en nombre de supuestos principios constitucionales interpretados con ligereza o para la ocasión. Porque tales extralimitaciones, cuando se producen, determinan una ilegítima sustitución de la Administración y también un desplazamiento de la ley que, en definitiva, es la que atribuye a la Administración, y no a los tribunales, la atención de determinadas tareas de interés general.

Como complemento de lo anterior, es también fundamental plantearse si la organización de nuestros tribunales y la ordenación de sus decisiones, en un marco jurídico cierto y seguro, simbolizado en una jurisprudencia clara, predecible y estable, es la adecuada para que desempeñen las enormes responsabilidades que las extensísimas funciones de control, que ahora desempeñan, reclaman sin excusa alguna.

No es posible que un sistema jurídico atribuya tan altas tareas a una jurisdicción que no reúne los mínimos requisitos de previsibilidad y ordenación que son exigibles. Faltando estos, se facilita que el poder judicial —ese poder tan terrible para los hombres, como advirtió MONTESQUIEU— actúe acentuando su arbitrio, e intervenga sobre la Administración manejando, cuando se le antoje, criterios no avalados por el razonamiento jurídico. Nos remitimos a lo expuesto más atrás en este Capítulo sobre la imperiosa necesidad de someter a criterios más rigurosos la creación jurisprudencial del Derecho.

505.

El empleo de principios de interpretación inestable y, de nuevo, sobre la intervención de la jurisprudencia en la definición del Derecho.

506.

Los requisitos de claridad y previsibilidad de las decisiones judiciales, como contrapartida.

507.

La regularidad en la atribución de la potestad como premisa.

B) Previsibilidad y concreción de las potestades discrecionales

La verificación de que las potestades que la Administración ejerce le han sido regularmente atribuidas, y que tienen un ámbito o dimensiones determinados o específicos, es el primero de los controles que pueden practicarse sobre la discrecionalidad. No existe decisión alguna válida si el órgano que actúa carece de potestad, su titular no ha sido regularmente investido, o si aquella se ejerce sobrepasando los límites de la habilitación legal.

Estos límites son de muchas clases, como iremos estudiando en los epígrafes sucesivos, pero anticiparemos ahora algunas consideraciones al más básico de todos. No se refiere este, como es común en los demás, a los denominados «abusos de la discrecionalidad» en que pueda incurrir la Administración al utilizarla, sino a las condiciones mismas de su atribución. Concretando: sin perjuicio de los problemas concernientes a su ejercicio, las potestades no pueden atribuirse a la Administración de forma que sea imposible determinar su alcance y predecir cómo serán ejercidas por su titular.

Esta exigencia de la legalidad, en lo que concierne a la atribución de potestades discrecionales, ha sido bastante descuidada hasta ahora por la doctrina y la jurisprudencia, y es, sin embargo, absolutamente capital. La advertencia sobre que las potestades tengan que ser específicas se justifica, como también hemos hecho nosotros más atrás, en que resulta completamente contrario a la idea de legalidad la existencia de un poder subordinado que pueda ejercitarse sin que estén bien delimitados los supuestos de hecho y los fines que justificarán su ejercicio. También hemos apuntado la idea de que en el marco de una organización tan compleja como la Administración Pública, las potestades tienen que distribuirse de modo concreto y específico porque, si no, su puesta en práctica acarrearía continuos conflictos e insuficiencias.

Lo que queremos añadir ahora a todo ello hace referencia, fundamentalmente, al contenido de la potestad. Su extensión o ámbito material es lo que podíamos denominar la *densidad dispositiva* de la potestad. Esta depende esencialmente del legislador. Al atribuir potestades a la Administración el legislador esta habilitándola para que complete decisiones ya enmarcadas en la regulación previa o para que defina los intereses generales dentro de los límites que la regulación establece. El ámbito material y la libertad de opción que comporta la atribución de una potestad discrecional depende, en consecuencia, de la programación normativa de la decisión administrativa

508.

La predecibilidad de las competencias: contenido de la doctrina.

509.

El contenido material de las potestades y competencias debe especificarse de modo claro.

510.

La predeterminación o concreción del contenido de las competencias administrativas por el legislador.

que lleva a cabo el legislador, enmarcándola o anticipando su contenido (en este caso, naturalmente, solo de forma parcial porque si no la discrecionalidad desaparecería).

La programación de la discrecionalidad es una exigencia que puede imponerse, por razones constitucionales, imperativamente, tanto al legislador como a la propia Administración titular de la misma. En el primer caso, una defectuosa programación de las potestades discrecionales puede determinar, incluso, la inconstitucionalidad de la ley que las atribuye. En el segundo caso, la insuficiente autoprogramación por la Administración de sus potestades discrecionales puede acarrear la invalidez de las decisiones singulares que adopte al ejercerlas.

La primera consecuencia expresada significa también que el legislador no tiene libertad absoluta ni para atribuir potestades discrecionales a la Administración, ni para decidir qué contenido de poder habilita. El ejemplo más simple es la atribución de potestades administrativas en materias reservadas a la ley. Desde el punto de vista de la doctrina de la reserva de ley, la norma legal es constitucionalmente legítima siempre que contenga las determinaciones esenciales, principales o básicas. Pero si la norma habilita a la Administración para que concrete la regulación y lo hace atribuyendo un poder discrecional amplio, tal operación atributiva de potestad será constitucionalmente incorrecta. No nos referimos solamente a la renuncia de la ley a formular la regulación que le corresponde, entregándola al reglamento, porque este es un caso de infracción directa de la reserva de ley. Aludimos, sobre todo, a los casos en que la regulación legal tiene que ser aplicada por la Administración valorando situaciones de hecho, o utilizando criterios técnicos de toda clase, que produzcan una seria indeterminación o inseguridad respecto del sentido en que la ley será llevada a la práctica.

Cuando las leyes contienen regulaciones restrictivas de los derechos y libertades, esta exigencia de que contengan suficiente densidad como para que sus aplicaciones administrativas sean previsibles y no permitan un ejercicio no igualitario o injusto, son especialmente severas. El Tribunal Constitucional ha aplicado tanto a la regulación legal de las sanciones administrativas como a la sanciones penales el mismo mandato de determinación. Se trata, en estos casos, *de que los ciudadanos pueden programar sus comportamientos sin temor a sanciones por conductas cuya tipificación no está clara, y depende de actos aplicativos singulares de la Administración* (SSTC 133/1987, 101/1988, 93/1992, 120/1996). Aunque el mandato de determinación parte de aceptar que las normas son necesariamente abstractas y que

511.

Los límites constitucionales que se imponen a la definición de las competencias administrativas por la ley.

512.

La irregularidad constitucional de las leyes que atribuyen potestades indeterminadas y de ejercicio inseguro.

513.

El mandato constitucional de determinación de los poderes que interfieren o limitan el ejercicio de los derechos.

514.

Lenguaje vago y libertad en la aplicación de los conceptos.

el lenguaje legal es habitualmente vago y versátil, el Tribunal Constitucional estima que la indeterminación de los conceptos no puede producir el efecto de que su aplicación dependa de una decisión prácticamente libre de la Administración. Esta doctrina, repetidamente invocada respecto de la aplicación de leyes de contenido indeterminado por los tribunales, es exactamente aplicable también al ejercicio por la Administración de sus potestades de limitación y sanción, por razones análogas. La STC 120/1996, de 8 de julio, ha recordado muy expresivamente (al otorgar el amparo solicitado por un policía local sancionado por una norma de uniformidad que impedía llevar el pelo más largo de lo correcto, incluso recogido con «coleta», por vulneración de la igualdad de trato con las funcionarias del cuerpo y, en lo que ahora interesa, indeterminación de la norma), que el principio de legalidad «se traduce en la imperiosa exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y las sanciones correspondientes, de manera que la norma punitiva aplicable permita predecir con suficiente grado de certeza las conductas que constituye infracción y el tipo y grado de sanción del que pueda hacerse merecedor quien la cometa...». Desde esta perspectiva, la sentencia concluye que no puede sancionarse usando un tipo que no está suficientemente determinado en la norma, y que hace impredecible la sanción.

El uso de conceptos vagos e indeterminados por las leyes solo es constitucionalmente legítima en estos ámbitos cuando su concreción puede hacerse usando criterios técnicos lógicos o de experiencia que permiten prever sus consecuencias. El principio de la *lex certa* afecta a todas las regulaciones que tienen contenido limitativo de los derechos y condicionan la atribución de potestades discrecionales a la Administración para que complete las decisiones del legislador.

En materia tributaria la jurisprudencia constitucional ofrece otros ejemplos de la misma exigencia: las normas estatales que regulan los principios a que tiene que atenerse la aplicación de las diferentes clases de tributos, no pueden dejar a la Administración amplias potestades discrecionales para que resuelva con libertad sobre cuestiones esenciales. Las SSTC 185/1995 y 233/1999 han repetido la doctrina de que «en estos casos la ley debe establecer los criterios o límites que sean idóneos para impedir que la actuación discrecional de la Administración en la apreciación de los factores técnicos se transforme en actuación libre o no sometida a límite».

Incluso creemos que es perfectamente aplicable al problema que ahora nos ocupa, la prohibición de regulaciones abiertas, atributivas por tanto de amplias facultades discrecionales a sus aplicadores

515.
Previsibilidad de la decisión administrativa y prolongaciones de la técnica de la lex certa.

516.
Las competencias inconcretas con efectos disuasorios sobre el ejercicio de las libertades.

—sean los tribunales o la Administración—, que producen efectos disuasorios para la libertad. Esta doctrina ha tenido una amplia aplicación en el Derecho norteamericano, especialmente en relación con las regulaciones que producen autorrestricción o desaliento en el empleo de las libertades consagradas en la I Enmienda, y especialmente la libertad de expresión. Cuando la imprevisión de la ley, y la atribución subsiguiente de potestades discrecionales a sus aplicadores, desincentiva o produce lo que L. TRIBE ha llamado el efecto «espada de Damocles», sobre la libertad de expresión, esa regulación resulta constitucionalmente inaceptable. En Estados Unidos esta doctrina está recogida, por ejemplo, en las Sentencias *Schmith v. Goguen*, de 1974, y *Reno v. American Civil Liberties Union*, de 1997). En España el Tribunal Constitucional se había referido ya expresamente al efecto de «desaliento de la recta actividad informativa» de una determinada regulación (STS 190/1996), pero ha sido en la Sentencia 136/1999 (asunto *Mesa Nacional de Herri Batasuna*) cuando ha utilizado más pormenorizadamente esta argumentación, valorando si son constitucionalmente admisibles los conceptos legales vagos (en el caso, además, de naturaleza punitiva) que constriñen el uso de la libertad de expresión ante la posibilidad de sufrir consecuencias negativas. La indeterminación produce ese «efecto disuasorio» y tal «incertidumbre puede inhibir de modo natural el ejercicio de tales libertades, necesarias para el funcionamiento democrático cuando tal ejercicio se refiere a los partidos políticos y el momento en el que se dirigen a recabar la voluntad de los ciudadanos».

La exigencia de que las leyes que atribuyen poderes discrecionales programen suficientemente su ejercicio cuando, especialmente, puedan afectar a derechos o libertades, está muy asentada en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que la aplica indiferentemente a la discrecionalidad otorgada a los tribunales o a la Administración.

Esta jurisprudencia se inició con ocasión de aplicar el Convenio de 1950 para determinar los límites de las restricciones a la libre correspondencia de los presos. La Sentencia *Silver*, de 25 de marzo de 1983, es el punto de arranque que luego han seguido la Sentencia de 2 de agosto de 1984 (*Malone v. Reino Unido*) y otras que se mencionarán luego.

Refiriéndose a la interpretación de las palabras «prevista en la ley» que utiliza el apartado 2 del artículo 8 del Convenio, dice el Tribunal, entre otras cosas, que exige «que la ley sea accesible; el ciudadano debe poder disponer de suficiente información, según las circunstan-

517.

Los límites de los conceptos legales vagos que no determinan las atribuciones de la Administración.

518.

Programación de la discrecionalidad y jurisprudencia del TEDH.

519.

El ciudadano tiene que contar con información y las potestades tienen que determinarse de forma previsible.

520.

El ciudadano tiene que poder ajustar su conducta con seguridad.

cias, sobre las normas jurídicas aplicables a determinado caso. Por otro lado, solo se puede considerar ley la norma que se exprese con la suficiente precisión para permitir al ciudadano que ajuste su conducta y que pueda en su caso, con los adecuados asesoramientos, *prever razonablemente*, según sean las circunstancias, *las consecuencias que pueda ocasionar una acción determinada*» (también STEDH *Sunday Times*, de 26 de abril de 1979). El concepto «prevista en la ley» también hace referencia, según el Tribunal, a «*la calidad de la ley*». Ello significa que tiene la ley que ofrecer garantías bastantes contra el uso arbitrario del poder. Estas posibilidades son mayores cuando las potestades de la Administración se ejercen sucintamente. Pero el riesgo existe siempre que la ley no precise «las situaciones y requisitos que permiten a la autoridad pública interferir el ejercicio de los derechos» que garantiza el Convenio. «*La ley que concede una facultad discrecional —dice el TEDH— debe fijar su alcance*, aunque no sea necesario incluir en ella el detalle de las normas y procedimientos que hayan de tenerse en cuenta... el grado de precisión que se exige a la ley depende de la materia de que se trate... [pero] la ley pugnaría con la supremacía del derecho de que se trate *si la facultad discrecional concedida a la Administración no tuviera límites*. Por tanto, la ley debe *determinar el alcance y las modalidades del ejercicio de dicha facultad con suficiente claridad*, teniendo en cuenta la finalidad que se persigue —para facilitar así el individuo la adecuada protección contra la arbitrariedad—» (Sentencia *Malone* citada).

El TEDH ha hecho múltiples aplicaciones de esta exigencia de determinación de los poderes discrecionales que las leyes atribuyen a la Administración. En su Sentencia de 24 de marzo de 1988 (*Olsson v. Suecia*), en un supuesto de injerencia administrativa, habilitada por la ley, en la vida familiar (tutela de menores), precisó, citando la Sentencia *Gillow*, de 24 de noviembre de 1986, que «la ley que atribuye una facultad discrecional *no falta al requisito de previsibilidad si precisa su alcance y la manera de utilizarla con suficiente claridad* teniendo en cuenta la legítima finalidad perseguida para proporcionar al individuo la adecuada protección contra una injerencia injusta». La ley iría contra la preeminencia de los derechos «si el poder de apreciación concedido al ejecutivo no conociera límites», según expresa, para valorar las potestades de intervención de una Administración Pública en materia de libertad religiosa, la Sentencia *Asan y Tchaouch v. Bulgaria*, de 26 de octubre de 2000. Una regulación de la obtención y registro de datos por un servicio de la Administración Pública, donde no se establece «ni el género de informaciones que pueden ser consignadas, ni las categorías de personas susceptibles de ser objeto de medidas de vigilan-

521.

La calidad de la ley, al fijar el alcance de la potestad, impide un alcance arbitrario.

522.

La previsibilidad y la claridad de los poderes discrecionales: jurisprudencia del TEDH.

523.
Los límites no
convierten las
potestades
discrecionales en
regladas.

cia tales como la recolección y conservación de datos, ni las circunstancias en las cuales pueden ser tomadas medidas, ni el procedimiento a seguir», etc., atribuye un poder discrecional sin medida (Sentencia *Rotaro v. Rumanía*, de 4 de mayo de 2000). La misma doctrina aplica a la denegación por la Administración de una autorización para recibir, mediante antenas parabólicas, emisiones de televisión vía satélite, en tanto que las normas mencionadas no indicaban exactamente los criterios a observar para otorgar o no las concesiones (Sentencia *Autronic v. Suiza*, de 22 de mayo de 1990). También sobre las potestades de ordenación de la caza del zorro (Sentencia *Gashman y Harry v. Reino Unido*, de 25 de noviembre de 1999), etc.

Estas exigencias de previsibilidad y certeza de las atribuciones de potestades discrecionales en ámbitos en los que aparece involucrado el ejercicio de los derechos y libertades, no debe llevar, desde luego, a la conclusión de que en tales materias, y en general en todas las reservadas a la ley, la observancia de aquellos principios excluye la discrecionalidad administrativa. No cabe duda de que limita su atribución y exige la imposición de condiciones a su ejercicio. Pero no puede cerrar el camino a que la Administración, con ocasión de aplicar estos tipos de normas, tenga que hacer valoraciones políticas, técnicas o de otro tipo que le lleven a plantearse varias opciones válidas y legalmente indiferentes para la decisión.

524.
La certeza obliga a
la ley y también a la
Administración.

Como se ha podido comprobar, tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos anudan los requisitos de previsibilidad y certeza a la reserva de ley (en términos generales *STEDH Río Prada v. España* de 21 de octubre de 2013, apartados 79 y 83 y la jurisprudencia que en ellos se cita). Es cierto que la densidad de la regulación legal vendrá impuesta constitucionalmente por la necesidad de que la regulación de las libertades se acomode a los criterios de previsión, claridad, certeza, estabilidad, etc., que, además de los de máxima legitimación democrática, están en el fondo de las reservas de ley. Pero tanto aquellos principios, como otros complementarios, pueden operar dentro como fuera de la reserva de ley. Exista o no reserva de ley, respecto de una determinada actividad material que la Administración Pública desarrolle, los principios de taxatividad y certeza, con sus corolarios de previsibilidad de las respuestas que aquella pueda adoptar en relación con una determinada solicitud o comportamiento de un ciudadano, imponen también que la propia Administración programe sus políticas en todos los casos en que las normas le dejen capacidad para elegir libremente entre diferentes opciones posibles. La jurisprudencia del TJ comunitario ha hecho estas

mismas observaciones en una jurisprudencia muy reiterativa. «Un régimen de autorización administrativa —dice la Sentencia de 22 de enero de 2002— no puede legitimar un comportamiento discrecional de las autoridades nacionales, que prive de eficacia a las disposiciones comunitarias y, en particular, a las relativas a las libertades fundamentales, objeto del procedimiento principal (véanse las Sentencias de 23 de febrero de 1995, *Bordessa y otros*, apartado 25; de 20 de febrero de 2001, *Anilir y otros*, apartado 37, y de 12 de julio de 2001, *Smits y Peerbooms*, apartado 90). Por consiguiente, para que un régimen de autorización administrativa previa esté justificado, aun cuando introduzca una excepción a dichas libertades fundamentales, dicho régimen debe, en cualquier caso, basarse en criterios objetivos, no discriminatorios y *conocidos de antemano*, de forma que queden establecidos los *límites del ejercicio de la facultad de apreciación* de las autoridades nacionales, con el fin de que esta no pueda utilizarse de manera arbitraria». La expresión normativa más general de estos principios es la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre, relativa a los servicios en el mercado interior que se estudia, más adelante, en otro volumen de esta obra.

Si la materia sobre la que la Administración interviene, en tales hipótesis de ejercicio de poderes discrecionales, está reservada a la ley, el defecto de programación de la ley solo puede ser subsanado en términos de Derecho por una autoprogramación bastante de la propia Administración. El Tribunal Constitucional no ha establecido una regla semejante, hasta donde conocemos hoy, en relación con la Administración porque no se ha planteado el problema en tales términos, pero sí lo ha dicho respecto de los jueces: los déficit de determinación de la ley solo son corregibles mediante una seria y justificada motivación de sus decisiones, de manera que dicha argumentación complemente la insuficiente determinación de la ley que se aplica. En el mismo sentido, la necesidad de que la Administración programe sus decisiones, se atenga a los precedentes y motive sus actos está en proporción directa con la determinación del contenido de sus potestades en el texto de la ley que las habilite.

Cuando es el caso que la Administración no opera en sectores tan delicados como los que están reservados a la ley y no concurren tan severas razones como las derivadas de dicha técnica constitucional para que sus decisiones tengan un grado razonable de previsibilidad y determinación, entran en juego otros principios constitucionales que las exigen en un grado que, si no es igual, es parangonable. Los ciudadanos tienen derecho a que los poderes públicos no sean arbitrarios

525.

Programación legal y autoprogramación administrativa de las decisiones.

526.

Los fundamentos constitucionales de la autovinculación administrativa.

527.

La seguridad jurídica de que las decisiones administrativas son previsibles.

528.

La previsibilidad y certeza operan también al margen de la reserva de ley.

(artículo 9.3 CE), y para que tal hipótesis quede reducida al mínimo, los poderes públicos con los que se relacionan tienen que actuar asegurando que decidirán de modo igual situaciones equiparables y que lo harán de modo objetivo e imparcial, de forma que los administrados que se relacionen con ellos, por conveniencia o necesidad, tengan un grado elevado de seguridad jurídica de que las respuestas que van a recibir son las razonables. Todo lo cual conduce a la necesidad de que las decisiones administrativas se ajusten también a postulados de certeza y predeterminación adecuados para combatir cualquier posibilidad de infracción de aquellos principios. Nótese que la taxatividad y la certeza son exigencias de la seguridad jurídica más que derivaciones directas de la reserva de ley. Por tanto, igualmente reclamables desde cualquier ámbito o sector material, externo a aquella reserva, en el que actúe la Administración.

Cómo se alcanza tal resultado es ahora fácil de concluir: cuando la Administración Pública dispone de amplias potestades discrecionales, opere o no en ámbitos reservados a la ley, está obligada a autoprogamar sus decisiones, definiendo las políticas que va a seguir en cada sector de su actividad. La discrecionalidad de que dispone le permitirá acordar libremente dichas políticas, modificarlas o sustituirlas, pero los actos concretos que adopte al ejecutarlas serán predecibles por los ciudadanos y, por tanto, acordes con las exigencias de igualdad, imparcialidad y seguridad jurídica. Es muy importante la autoprogamación siempre, pero muy especialmente en los casos en que, por razones fundadas en el Derecho comunitario europeo, no puede el legislador estatal proceder a una regulación densa y circunstanciada de las potestades administrativas, sino que impone una cierta abstinencia del legislador en favor de la Administración a la que se confía la búsqueda directa de las opciones regulatorias más adecuadas. En este sentido, la STJUE de 3 de diciembre de 2009 (*vid. supra reserva de Administración*).

529.

Los instrumentos de la autovinculación.

La programación a que nos referimos podrá consistir en la concreción de las políticas que la Administración va a seguir en normas de valor reglamentario, o en planes, programas, instrucciones o meras anticipaciones sin valor vinculante (*soft law* estricto). Pero también pueden utilizar los órganos administrativos otras políticas de legitimación propia, y de protección de los derechos ciudadanos, alternativas. A medida en que la densidad de la regulación legal sea más débil, la falta de predeterminación de la conducta del poder público ejecutivo y la certeza de su decisión tendrá que compensarse (el déficit de legalidad puede completarse por el rigor, la fundamentación y la argumen-

530.

La autovinculación administrativa en la jurisprudencia del TS.

tación en la fase aplicativa de la norma, como ya el Tribunal Constitucional tiene aceptado), de modo que en los procedimientos que sigue la Administración para formar sus decisiones participen más intensamente organizaciones representativas de los intereses que se conjugan en la decisión a adoptar.

El Tribunal Supremo no ha abierto aún su jurisprudencia decididamente al control de la discrecionalidad usando como criterio el grado de determinación y seguridad de las decisiones administrativas, y verificando la autovinculación cuando, por las razones indicadas, resulta exigible. Existen, sin embargo, amplias parcelas de la actividad administrativa en las que tales especificaciones y concreciones resultan imprescindibles. Muchas regulaciones económicas (por ejemplo, la utilización de la técnica de las autorizaciones generales sirve para establecer parámetros únicos de aplicación de las normas que sustituyen, en beneficio de la seguridad de los administrados, su aplicación individualizada), sancionadores (es posible concretar los criterios administrativos, reduciendo la discrecionalidad mediante circulares interpretativas o instrucciones de carácter técnico; por ejemplo, la autovinculación en materia de medio ambiente o de inspección industrial; o tributarias (circulares o respuestas a consultas que establecen criterios sobre la aplicación de las regulaciones fiscales).

En el ámbito de la gestión tributaria una serie reiterada de votos particulares del Magistrado P. SALA SÁNCHEZ, han puesto de manifiesto, por primera vez, la importancia constitucional de la autovinculación administrativa (en cuatro SSTS de 28 de octubre de 1997). Refiriéndose a la dudosa regulación de los efectos de la suspensión de las actividades inspectoras, sostiene que «el principio de seguridad jurídica es un valor salvaguardado constitucionalmente —artículo 9.3— que, al garantizar la certeza del Derecho, subyace en el reconocimiento y defensa de los derechos fundamentales y, desde luego, en toda la regulación y razón de ser del instituto de la prescripción. Es más, a este principio sirve, decididamente, *la autovinculación que la propia Administración puede imponerse aun cuando la ley no la exija de modo expreso*. Constituye esta autolimitación una de las técnicas a través de las que se manifiesta —y hace posible— el principio de vinculación positiva de la Administración a la ley y al Derecho que resulta del artículo 103 de la Constitución.

La vinculación positiva mencionada no precisa, al menos estrictamente, de una habilitación específica de la ley para la actuación administrativa de que se trate, sino que puede producirse mediante el ejercicio de la potestad reglamentaria y, dentro de ella, del esta-

531.

Participación y representatividad de los órganos con competencias discrecionales.

blecimiento de una serie de limitaciones por la propia Administración que sean conformes con la ley, aun cuando no hayan encontrado en ella una previsión concreta. Sin embargo, es sabido que este principio —el de la autovinculación se entiende— manifiesta toda su virtualidad, no única pero *principalmente, hasta el punto* de que se erige en uno de los instrumentos más valiosos para reducirlos y asegurar la antes mencionada sumisión de toda la actividad administrativa a la ley y al Derecho...».

532.

Autoprogramación y tutela judicial efectiva.

La otra compensación posible está en la elevación del carácter representativo del órgano administrativo que decide. Es cierto que la Administración es un complejo organizativo sin legitimación democrática directa, pero tal principio, que tiene valor general no puede entenderse sin excepciones. Para lo que ahora defendemos bastará con decir que no tiene la misma representatividad democrática una dirección general de la Administración del Estado que un Ayuntamiento y, dentro de este, el Pleno de la corporación que su Alcalde.

Una última observación, en fin, sobre los fundamentos de la exigencia de autoprogramación de las potestades discrecionales: el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE) solo podrá tener una plena eficacia en la medida en que los tribunales cuenten con parámetros de control, ciertos y estables, para valorar la legalidad de las decisiones administrativas. Por tanto, la autoprogramación de las decisiones discrecionales se convierte en una prioridad para la defensa de aquel derecho, ante decisiones potencialmente libres, cambiantes, no fundamentadas y, en fin, arbitrarias.

533.

Los hechos son elementos reglados de la decisión administrativa.

C) La determinación de los hechos

La verificación por los tribunales de los hechos en que se basan las decisiones de la Administración se ha convertido, sin ninguna duda, en la más importante, y de uso más habitual, de todas las técnicas de control de la discrecionalidad. Más que un control de la discrecionalidad propiamente dicho, el enjuiciamiento relativo a los hechos que sirven de base a la decisión administrativa opera sobre un elemento de esta que tiene siempre carácter reglado. Es un juicio, por tanto, sobre la parte reglada del acto, más que sobre sus elementos discrecionales (las SSTS de 21 de enero de 1997 y 27 de mayo de 1998 se refieren a que los hechos determinantes «en su existencia y características escapan a toda discrecionalidad: los hechos son tal como la realidad los exterioriza. No le es dado a la Administración inventarlos o desfigurarlos aunque tenga facultades discrecionales para su valoración»).

534.

La inicial definición de los hechos en vía administrativa, sin control judicial posterior.

Aunque el empleo de esta técnica de control está bien arraigada, al menos desde la Ley de 1956, la progresión en su empleo ha sido realmente extraordinaria en los últimos años. Han contribuido a este desarrollo diversas circunstancias, pero la primera de todas ha sido, la apertura a los tribunales de la posibilidad de indagar sobre la concurrencia de los hechos en que se basa la decisión que enjuician. Hasta la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956, prevaleció una concepción de la jurisdicción puramente casacional o revisora de lo actuado por la Administración. La constatación de los hechos y, en su caso, su valoración, correspondía a la Administración. Los tribunales habían de atenerse a las pruebas establecidas en vía administrativa y limitaban el debate contencioso a las cuestiones puramente jurídicas. Desde la Ley de 1956, esta restricción fue radicalmente superada. En el proceso contencioso-administrativo se pueden celebrar cualquier clase de pruebas. El recurrente puede solicitar la utilización de todos los medios de prueba admitidos en Derecho para poner en conocimiento del tribunal la realidad de los hechos, contradiciendo, en su caso, la constatación o la valoración de los mismos que haya hecho la Administración. El Tribunal Constitucional ha establecido en diferentes ocasiones que no basta con que los tribunales, al controlar una resolución administrativa, se remitan a los fundamentos de hecho y valoraciones establecidas en la misma, sino que deben entrar en la constatación de los hechos y en su apreciación, incluso cuando ha sido llevada a cabo por un organismo de carácter técnico (por ejemplo, SSTC 224/1992, de 14 de diciembre; 115/1997, 16 de junio; 25/2000 de 31 de enero; 264/2000, de 13 de noviembre y otras citadas en ellas).

En la jurisprudencia actual, la total apertura del procedimiento contencioso para que puedan fijarse con exactitud los hechos que sirven de base a la resolución recurrida, es ya una situación firmemente asentada. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que, como la jurisprudencia del Tribunal Supremo recuerda reiteradamente «la doctrina del control por los tribunales de las potestades discrecionales por los hechos determinantes, nada tiene que ver con la apreciación de las pruebas por las sentencias de los tribunales de instancia» (Sentencias de 18 de marzo y 25 de junio de 2002, como ejemplo de una jurisprudencia muy reiterada). La prueba de los hechos ha de hacerse en el recurso contencioso-administrativo en primera instancia, y no con ocasión de los recursos de casación que puedan plantearse ante el Tribunal Supremo. En el marco de la casación no es posible revisar la apreciación de la prueba hecha en primera instancia, a no ser que pueda justificarse que tal apreciación fue manifiestamente errónea, irrazonable o arbitraria.

535.

La plenitud de la prueba en el proceso contencioso.

536.

Control de los hechos determinantes y limitaciones a la revisión en casación de lo probado.

537.

Verificación y calificación de los hechos.

El control de los hechos determinantes se refiere tanto a su existencia en la realidad, como a su calificación o valoración por la Administración. La primera operación debe conducir a una conclusión exacta, porque siendo los hechos pura expresión de una determinada realidad, solo es posible concluir la verificación en el sentido de que tal realidad existe o no existe. Además, la Administración puede tener que calificarlos o valorarlos para decidir. Cuando así ocurre, la Administración puede haber hecho la calificación aplicando estrictamente criterios derivados del ordenamiento, de carácter jurídico por tanto, o, por el contrario, utilizando elementos externos al ordenamiento, reglas de experiencia u opciones de mera oportunidad. En el primer caso, el control de la calificación puede ser más profundo que en el segundo. Aquel plantea una mera cuestión de interpretación. Este, sin embargo, puede situarse en el centro de la libertad de elección que es propia de la discrecionalidad. Por esta razón, es común en la doctrina observar la diferente intensidad del control judicial, en una y otra hipótesis (E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ) para, incluso, postular que no pueda controlarse la calificación de los hechos sino en los casos en que sea manifiestamente errónea (M. SÁNCHEZ MORÓN y E. DESDENTADO). La STS de 4 de julio de 2001 se plantea con toda amplitud que «en relación con los presupuestos de hecho a los que la norma anuda el ejercicio de la potestad discrecional, el órgano judicial puede controlar su existencia y la propia calificación jurídica efectuada por la Administración».

538.
Corresponde a la Administración probar los hechos en que basa sus resoluciones y explicitados en la motivación.

La determinación de los hechos es, por tanto, esencialmente un problema de prueba. A quien corresponde probar los hechos es, en primer lugar, a la Administración Pública antes de adoptar la decisión. Esta tiene que apoyarse, para ser legítima, en una previa constatación de los hechos que se llevará a cabo en el marco del procedimiento. Al término del mismo, la motivación que acompañe a la resolución que se adopte, deberá expresar cuáles son los hechos en que se basa y la valoración que el órgano decisor ha hecho de los mismos. La STS de 4 de febrero de 1995 ha establecido, en el sentido indicado, que «la atribución legal de discrecionalidad no supone en ningún caso libertad para decidir *prescindiendo de justificar la realidad de la situación concreta*, sino que, antes bien, la discrecionalidad *obliga a razonar y motivar* la decisión adoptada de forma suficiente, de suerte que aunque una norma atribuya una potestad discrecional a la Administración, esta viene obligada a una valoración correcta y racional de los hechos determinantes o presupuestos que condicionan su actuación, de tal modo que cuando el órgano decisor sienta como base de su resolución unos criterios erróneos o no ajustados a la realidad de los hechos,

o sus conclusiones no resultan armonizables con los juicios técnicos emitidos en el expediente, la decisión puede ser combatida y debe ser anulada en vía jurisdiccional (SSTS de 15 de octubre de 1981, 22 de febrero de 1984, 15 de junio y 13 de julio de 1984, 9 y 15 de diciembre de 1986, 26 de enero de 1987, 7 de febrero de 1987...).

La realidad de los hechos es, por tanto, absolutamente decisiva para el control de la discrecionalidad. La STS de 26 de febrero de 2001 ha establecido en este sentido que no puede aceptarse una decisión administrativa de desafectación de un camino, a efectos de la ulterior permuta del terreno, justificando aquella en el desuso, cuando se ha podido constatar que «dicho camino es usado de forma regular y sirve de acceso a la vivienda de los recurrentes y de los restantes vecinos que la tienen ubicada en las inmediaciones».

El control tiene que referirse no solo a la existencia de los hechos, sino también a si la decisión administrativa guarda relación con ellos. En la STS de 18 de febrero de 2002 se anula una resolución por la que se había declarado desierto un concurso, porque para acordarlo la Administración no tuvo en cuenta la realidad que resultaba del expediente («no guarda relación de causa a efecto el hecho de que pueda haber duda sobre cuál sea la oferta más ventajosa y la decisión de declarar desierto el concurso para redactar otras condiciones, cuando resulta que aquella duda no deriva de la inidoneidad de las antiguas condiciones, ni de los informes emitidos para adjudicar el contrato conforme a las mismas»). La STS de 4 de julio de 2001 ha establecido que es necesario extender el control «a la congruencia o discordancia de la solución elegida por la Administración con la realidad a la que se aplica». Esta valoración se ha convertido en una técnica de uso frecuente en el ámbito del planeamiento urbanístico. Dice a este respecto la STS de 23 de noviembre de 1998 que el control jurisdiccional de estos aspectos discrecionales de la potestad de planeamiento, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1990, con citas sobre la formación del criterio jurisprudencial —SSTS de 1 de diciembre de 1986, 15 de diciembre de 1986, 19 de mayo de 1987, 21 de diciembre de 1987, 18 de julio de 1988, 23 de enero de 1989, 17 de junio de 1989, 20 de marzo de 1990, 8 de octubre de 1990, 24 de octubre de 1990, 18 de diciembre de 1990...— «se extenderá, en primer término, a la verificación de la realidad de los hechos para, en segundo lugar, *valorar si la decisión planificadora discrecional guarda coherencia lógica con aquellos*, de suerte que cuando se aprecie una incongruencia o discordancia de la solución elegida con la realidad que integra su presupuesto o una desviación injustificada

539.

Control de la realidad de los hechos y de la coherencia de la decisión con los mismos.

de los criterios generales del plan, tal decisión resultará viciada por infringir el ordenamiento jurídico y más concretamente el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos».

540.

La carga de la prueba de los hechos incumbe ordinariamente a quien impugna.

El proceso contencioso-administrativo, que tiene carácter impugnatorio de la decisión de la Administración, y en el que se trata de revisar la legalidad de lo resuelto por ella, la carga de probar la no concurrencia de los hechos o la errónea calificación de los mismos, corresponde habitualmente a la parte recurrente que es la que impugna su veracidad o su valoración. La STS de 19 de mayo de 1998 se opone, en este sentido, al alegato del recurrente que se limitaba a protestar contra la insuficiente justificación de la decisión administrativa impugnada; la sentencia estableció que una simple argumentación en tal sentido no basta, añadiendo que «es doctrina harto consolidada de este Tribunal (Sentencias de 18 de marzo de 1998, 11 de diciembre de 1997 y las en ellas citadas)... que el éxito alegatorio argumental, frente al ejercicio de tal potestad (discrecional) en casos concretos y determinados, tiene que *basarse en una clara actividad probatoria que deje bien acreditado que la Administración ha incurrido en error, o al margen de la discrecionalidad, o con alejamiento de los intereses generales a que debe servir...* En el caso que nos ocupa, la parte demandante ni siquiera ha propuesto la práctica de prueba alguna, desconociendo u olvidando que la prueba pericial en estos supuestos (ordenación del suelo) es fundamental; se ha limitado a emitir opiniones absolutamente subjetivas y ayunas de prueba; por el contrario, además de razonamientos claramente explicativos, la Administración demandada ha aportado documentación que corrobora su actuación ajustada a Derecho».

541.

Posibilidades de invertir la carga de la prueba: la buena fe procesal.

En el marco del proceso contencioso-administrativo, la ley habilita la posibilidad de que se celebre un período de prueba a instancia del recurrente, que es el momento idóneo para utilizar todos los medios de prueba que considere pertinentes. En algunas ocasiones, cuando la prueba de los hechos es extremadamente complicada o puede ser imposible (diabólica), el Tribunal Supremo acepta su inversión. Por ejemplo, la STS de 14 de noviembre de 2000, dice que tal prueba de los hechos corresponde a quien ejercita la pretensión como previene el artículo 1.214 del Código Civil. Pero esta carga puede alterarse «según los casos, aplicando el criterio de la finalidad, en virtud del principio de buena fe en su vertiente procesal, *pues hay datos de hecho fáciles de probar para una de las partes que sin embargo pueden resultar de difícil acreditamiento para otra*». En diversas ocasiones la Sala Tercera del Tribunal Supremo acepta esta inversión de la carga

de la prueba, cuando se trata de resolver sobre la existencia de desviación de poder. La STS de 14 de julio de 1995, recordando una doctrina ya asentada en otras anteriores, establece que «la carga de los hechos que forman el soporte de la citada desviación de poder corresponde a quien ejercita la pretensión de reconocimiento del defecto invalidatorio del acto, sin olvidar que, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de 23 de junio de 1987, la regla general derivada del artículo 1.214 del Código Civil «puede intensificarse o alterarse, según los casos, aplicando el criterio de la facilidad en virtud del principio de buena fe en su vertiente procesal: hay datos de hecho fáciles de probar para una de las partes que sin embargo pueden resultar de difícil acreditamiento para otra»».

Dada la dificultad, en algunos casos, de llegar a una verificación absoluta de los hechos discutidos, la jurisprudencia admite actualmente la utilización de la prueba de presunciones. La STS de 9 de junio de 2003 (ponente: LEDESMA BARTRET) se refiere a un supuesto en el que resultaba imprescindible la utilización de la prueba de presunciones, a los efectos de determinar si un concurso celebrado en determinadas condiciones de restricción de la oferta, a los efectos de adjudicar la retransmisión televisada de partidos de fútbol, se hizo con la intención de «cerrar el mercado para alterar las normas de libre competencia de los operadores que actúan en el mercado relevante», recordó que «muy reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, dictada precisamente en asuntos de defensa de la competencia, se pronuncia sobre la validez de la prueba de presunciones, recogiendo la doctrina del TC; así cabe citar las Sentencias de 16 de febrero de 1995, 18 de diciembre de 1996 o la de 25 de febrero de 1998, esta última dictada en el recurso 6753/1992 que dice al respecto que «de la doctrina del TC contenida en reiteradas Sentencias (174/1985, 129/1988) puede sentarse que el derecho de presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial en un proceso pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria; pero para que esta prueba pueda desvirtuar dicha presunción debe satisfacer las siguientes exigencias constitucionales: los indicios han de estar plenamente probados, no puede tratarse de meras sospechas, y se debe explicitar el razonamiento en virtud del cual, partiendo de los indicios probados, ha llegado a la conclusión de que el imputado realizó la conducta infractora». En nuestro caso, del dato de la fecha del concurso, de la duración, del contenido material, del reconocimiento de los derechos de tanteo y retracto así como de la imposibilidad de que las cadenas excluidas puedan gozar siquiera de resúmenes de las jornadas, obtenemos la

542.

Utilización de la prueba de presunciones.

543.

El valor de los medios de prueba y la supuesta preferencia de los informes de funcionarios públicos.

conclusión de que lo que se pretendía era cerrar el mercado para alterar las normas de la libre competencia».

En cuanto al valor que ha de otorgarse a los diferentes medios de prueba que pueden utilizarse, alguna jurisprudencia sigue reconociendo preferencia a los informes hechos por funcionarios o agentes administrativos. Pero dicha preferencia no es absoluta. La STS de 22 de marzo de 1997, refiriéndose a una decisión administrativa que resolvía cuestiones que requerían de un juicio previo de carácter técnico y especializado, reconoció, utilizando lo ya establecido sobre la discrecionalidad técnica, en la STC de 6 de febrero de 1995 que existe una presunción de certeza o de razonabilidad en la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos administrativos establecidos para realizar tales calificaciones técnicas, pero se trata de una presunción *iuris tantum* que cabe desviar, como dice el Tribunal Constitucional en la sentencia citada, «si se acredita la infracción o el desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano calificador. Esta desviación puede justificarse, si la opinión técnica se funda «en patente error, debidamente acreditado por la parte que alega». En el caso resuelto por la citada Sentencia del Tribunal Supremo, referida a una resolución denegatoria de la instalación de un matadero, la Sala apreció que la Administración había «incidido en una equivocada apreciación de los presupuestos de hecho determinantes». Y esta errónea valoración la llevó a vulnerar el ordenamiento jurídico. El Tribunal Constitucional ha tenido otras ocasiones de pronunciarse contra la supuesta preferencia absoluta de los informes de agentes públicos o contenidos en documentos públicos. En su Sentencia de 26 de abril de 1990, sin perjuicio de reconocer que las actas extendidas por la Inspección de Hacienda tienen naturaleza de documentos públicos que hacen prueba, subrayó que tienen el valor de un elemento probatorio más, pero no puede reconocérseles, sin embargo, un valor determinante y absoluto.

Sin embargo alguna jurisprudencia del Tribunal Supremo sigue reconociendo un valor probatorio preferente a los informes evacuados por funcionarios públicos. Un buen ejemplo es la STS de 15 de febrero de 1993, relativa a la no renovación de una autorización para el funcionamiento de un salón recreativo, por tener tal funcionamiento una incidencia negativa en el medio social. Esta valoración se hizo por la Comisión Nacional del Juego en base a dos informes sucesivos de la Jefatura Superior de Policía correspondiente. Aunque el recurrente empleó diversos medios de prueba para combatir tales informes, la Sentencia concluyó que «frente a los elementos de juicio antes enume-

544.
Presunción *iuris*
tantum de certeza.

545.
Preferencia *iuris*
tantum y
apreciación de la
prueba por el
tribunal.

rados no puede prevalecer la prueba testifical practicada en primera instancia a solicitud del recurrente, ya que no puede darse más valor a las declaraciones de unos testigos, propuestos por la parte interesada, que a las afirmaciones realizadas por los órganos competentes de la Administración...», aunque, en el caso, tales declaraciones testificales también fueron acompañadas de otros medios de prueba, como del Jefe de la Policía Municipal o del Secretario de la Corporación Local.

La negación de la preferencia absoluta de los informes y documentos públicos no debe ser obstáculo, sin embargo, para la valoración racional y libre de la prueba por el órgano decisor, proceso intelectual que inevitablemente conduce a dar mayor credibilidad y fuerza a unas pruebas que a otras.

En íntima relación con el valor que debe darse a las opiniones de los agentes públicos, se sitúa lo decidido en la STS de 16 de febrero de 1990, también referida a una Resolución de la Comisión Nacional del Juego, por la que se acordó retirar un carnet profesional. Esa decisión está condicionada en el Reglamento del Juego del Bingo de 1979 (artículo 28.2), a una apreciación libre de «las condiciones de moralidad y competencia de su titular». Pero el Tribunal advierte, que aun existiendo libre apreciación, la concurrencia de aquellas condiciones tiene que ser comprobada y valorada. Y ni una cosa ni otra había hecho la resolución impugnada. La Sentencia invoca, entre otros fundamentos del control de la decisión administrativa, los hechos determinantes «y sobre todo su fehaciente existencia y correcta apreciación». En el caso, sin embargo, la conducta moralmente inapropiada que se estaba imputando al titular de la licencia revocada, consistió en haber participado en hechos, que de ser ciertos, serían delictivos y merecedores de sanción. Pero el organismo administrativo que adoptó la decisión recurrida los dio por ciertos, sacando la consecuencia revocatoria, sin llevar a cabo las debidas comprobaciones.

La verificación de los hechos es absolutamente imprescindible para la utilización de todas las demás técnicas de control de la discrecionalidad, como se verá fácilmente siguiendo los razonamientos de la jurisprudencia como expondremos con más detalle en epígrafes sucesivos. Bastarán ahora los siguientes ejemplos:

La determinación de los hechos está muy vinculada a la utilización de la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados. La STS de 9 de junio de 2003, antes citada, acepta que la noción de «mercado relevante» es un concepto jurídico indeterminado; un caso, por tanto, de aplicación e interpretación de la ley que ha creado el concepto y,

546.

Utilización de hechos sancionables sin calificación previa en el procedimiento.

547.

La influencia de la determinación de los hechos en las demás técnicas de control de la discrecionalidad.

548.
 La determinación
 de los hechos y la
 racionalidad de la
 decisión.

siendo así, «el juez puede fiscalizar la aplicación siempre que se le facilite procesalmente el conjunto de hechos relevantes y las pruebas que pueden ser oportunas para realizar tal valoración, revisando la inicial aplicación del concepto jurídico indeterminado llevado a cabo por la Administración». Es, dice la sentencia, «el conjunto probatorio que ha sido facilitado al juez de instancia», el que ha servido «para la determinación de la zona de incertidumbre identificable en todo concepto jurídico indeterminado».

En cuanto a la vinculación de la prueba de los hechos con el juicio relativo a la racionalidad de la decisión administrativa, la STS de 3 de enero de 1996 estableció que «el control jurisdiccional de tales facultades discrecionales se basa en la verificación de la realidad de los hechos, valorando si la decisión planificadora guarda coherencia con aquellos, de tal modo que si es apreciada su discordancia o desviación de los criterios generales del Plan la decisión resultaría viciada, pues de la racionalidad discrecional de la actuación administrativa, emana una radical necesidad de coherencia con el desarrollo de los criterios de planificación». En la STS de 27 de mayo de 1998 también se alude a que la falta de prueba impide hacer una valoración sobre la racionalidad y razonabilidad de una precisión de contenido urbanístico. La STS de 30 de octubre de 1991 aprecia igualmente, aplicando el criterio de la racionalidad, que «el control jurisdiccional ha de tener como fin el determinar si la decisión planificadora discrecional guarda coherencia con los hechos».

549.
 Hechos y
 discrecionalidad
 técnica.

En cuanto a la relación de la prueba de los hechos y su valoración con el control de la discrecionalidad técnica, aunque la jurisprudencia, como veremos, tiende a respetar las estimaciones técnicas de, por ejemplo, los tribunales calificadores, existen hipótesis de control utilizando, entre otras técnicas, la de los hechos determinantes. Como establece la STS de 30 de marzo de 1999, aunque se dejen a salvo los juicios que haga un tribunal calificador, esta regla tiene su límite, cuando se «evidencie un resultado manifiestamente arbitrario o una apreciación de los hechos a todas luces errónea». De un modo más explícito, y a los efectos de controlar una declaración de no apto, en el examen de conducir motos, la STS de 7 de abril de 1998, que se «quebrantaría el derecho a la tutela judicial efectiva, al quedar inimpugnables las estimaciones técnicas de dichos tribunales calificadores», si el tribunal no pudiera verificar en qué medida «concurren los supuestos fácticos que hacen posible la aplicación de la norma jurídica»; para lo cual no tiene inconveniente en analizar cómo, en el caso, «al realizar las pruebas de aptitud no obtuvo la suficiente aceleración y no realizó el

frenado de urgencia». Los hechos demostraron un ejercicio correcto de la discrecionalidad técnica.

También es fundamental la determinación de los hechos para la valoración de la decisión administrativa desde el punto de vista de su proporcionalidad, la igualdad, la arbitrariedad, la confianza legítima, etc., como veremos en epígrafes sucesivos.

D) La desviación de poder. Ciclos en su utilización como técnica de control. Problemas aplicativos. Interpretación jurisprudencial

Posiblemente la desviación de poder sea, de todas las técnicas que se usan para el control jurisdiccional de las potestades discrecionales, la más conocida y prestigiosa. Si se considera que es una técnica utilizada desde mediados del siglo XIX y que ha venido aplicándose desde entonces con cierta continuidad, tal vez pueda considerarse que aquellos méritos están justificados. Más discutible, sin embargo, es la cuestión de su eficacia como instrumento de control. Considerando que de lo que trata la desviación de poder es de la determinación de los casos en que las autoridades y agentes de la Administración usan las potestades que tienen concedidas para fines distintos de los previstos en la norma, siempre se ha visto en la aplicación de este método de valoración de las decisiones administrativas, una cierta crítica de la conducta de las autoridades y agentes públicos. Teniendo en cuenta esta circunstancia, se comprende bien que la desviación de poder haya pasado por momentos de gran prestigio, y otros en los que la doctrina no ha dudado en referirse a su inutilidad, o al menos a su crisis manifiesta (aun en la patria de origen de esta técnica de control, Francia, es recurrente la apelación a la «*crise du détournement de pouvoir*»).

La desviación de poder como técnica de control nació, en efecto, en Francia, y se desarrolló en la jurisprudencia del *Conseil d'État*. Con antecedentes en los *arrêts Duchesne*, de 14 de junio de 1852, y *Syndicat des arrosages de Sainte-Cecile*, de 4 de mayo de 1854, suele fijarse el establecimiento de la doctrina en el *arrêt Vernes*, de 19 de mayo de 1858, y su consolidación en los *arrêts Lesbats*, de 15 de febrero de 1864 y 17 de junio de 1865. Por primera vez se declara en estas resoluciones que la utilización de una potestad relativa a la organización de la circulación para asegurar una situación de monopolio de una determinada empresa, suponía la utilización de aquella potestad para fines distintos de los previstos en la norma que la había otorgado.

550.

Los orígenes de la técnica de la desviación de poder.

551.

La primera jurisprudencia del Conseil d'État.

552.

La regulación en España.

El concepto de desviación de poder lo maneja V. AUCOC en sus famosas *Conférences sur l'Administration*. Y E. LAFERRIÈRE es el primero que teoriza sobre esta nueva figura.

553.

La definición de la desviación de poder en la LJ de 1956.

En España, el concepto empieza a utilizarse como alternativo de las expresiones exceso de poder, abuso de poder y abuso de derecho, como demostró S. MARTÍN-RETORTILLO. El artículo 290 del Estatuto Municipal de 1924 regulaba un recurso por abuso de poder, y en el artículo 235 se refería a la desviación de poder. En todo caso, como argumentó el citado autor, puede considerarse aquella norma la primera que utiliza en España el concepto de desviación de poder.

554.

Consolidación en la LRJAP, la Constitución y la LJCA 1998.

La historia posterior no tiene demasiado interés a nuestros efectos. La consagración definitiva de la desviación de poder se produce con la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27 de diciembre de 1956. La recepción de esta técnica se concluye con el mayor entusiasmo aparente, ya que no solo se invoca como una de las causas que pueden justificar la anulación de los actos administrativos, sino que la ley se preocupa incluso de explicar en qué consiste la misma. El artículo 83.2 LJCA de 1956 estableció que «la sentencia estimará el recurso contencioso-administrativo cuando el acto o la disposición incurriere en cualquier forma de infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder». Y en el párrafo siguiente establecía que «constituirá desviación de poder el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico». La Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, también aludiría a la desviación de poder en los artículos 48 y 115.1, como uno de los vicios invalidantes de los actos administrativos. Aunque las leyes de la jurisdicción contencioso-administrativa y de procedimiento administrativo vigentes (Leyes de 13 de julio de 1998 y de 26 de noviembre de 1992, respectivamente, artículos 70.2 de la primera y 63.1 de la segunda) mantienen la referencia a la desviación de poder en los mismos términos que sus predecesoras (con el cambio de una palabra en el artículo 70.2, que comienza diciendo «se entiende por desviación de poder...», donde el artículo 83.3 de la anterior LJCA decía «constituirá desviación de poder...»), la importancia de la figura ha crecido con su constitucionalización, que toda la doctrina es unánime en ver en el artículo 106 de nuestra Ley Fundamental. Dispone dicho precepto que «los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de esta a los fines que la justifican». En la alusión del sometimiento de la potestad a los fines está la mención implícita a la desviación de poder, ya que la sus-

tancia de esta figura es justamente la desatención de los fines que justifican la atribución de la potestad.

Como antes decíamos, la técnica de la desviación de poder ha pasado por diversas épocas en lo que concierne a su utilización por los tribunales para el control de la actividad administrativa. La desviación por un órgano administrativo de los fines que tiene encomendados, se entendió en algún momento que suponía, más que un reproche de orden jurídico, la imputación de un desvalor de orden moral. En ocasiones, además, estos desvalores podían situarse en la vecindad del Código Penal. De manera que, de un modo expreso o larvado, circulaba por la jurisprudencia una cierta convicción de que el crédito que la Administración Pública merece, y la presunción de honorabilidad de que deben disfrutar sus servidores, impedía la utilización habitual de la indicada técnica de control (a pesar de que la Ley de la Jurisdicción de 1956 fue la primera en advertir, en su Exposición de Motivos, que la desviación de poder es un vicio de legalidad estricta y no de moralidad administrativa; véase como ejemplo de acogida final de estas ideas la STS de 4 de marzo de 1996).

A esta razón moral, se sumaron otras dos que sirvieron para abundar en el desplazamiento de la desviación de poder: la dificultad de probarla, por una parte, y la fulgurante aplicación de otras técnicas de control de la discrecionalidad, de más sencillo manejo y de mayor eficacia.

En la actualidad, se observa un moderado reverdecimiento del empleo de la técnica de la desviación de poder para el control de la actividad discrecional, como estudió oportunamente C. CHINCHILLA. En nuestro criterio, aunque el análisis de la jurisprudencia actual revela esa aplicación más frecuente, la proporción de los casos en los que se estima la existencia de desviación de poder, en relación con los que se emplea cualquier otra forma de control de discrecionalidad, y muy especialmente, la verificación de los hechos determinantes, sigue siendo insignificante. Pero el reflotamiento de la desviación de poder en la jurisprudencia actual ha podido hacerse, sobre todo, mejorando su aplicación en los tres extremos fundamentales siguientes: primero, se ha superado parcialmente el carácter estrictamente subjetivo que había tenido tradicionalmente el análisis de la desviación de poder, para enfatizar la perspectiva objetiva de la desviación (no importa solo la intención del titular del órgano del que procede la decisión, sino también el dato objetivo de la desviación del fin previsto en la norma); en segundo lugar, se ha flexibilizado la exigencia de la prueba de la desviación, habida cuenta de que la jurisprudencia tradicional recla-

555.

Las dificultades aplicativas: los juicios morales sobre la conducta de los agentes públicos.

556.

Desviación de poder: vicio de legalidad.

557.

¿El fin de la crisis?

558.

Objetivación de la técnica.

559.

El problema de la prueba: la posible utilización de las presunciones.

560.
*Compatibilidad con
 otras formas de
 control.*

maba pruebas diabólicas, imposibles para el recurrente, concernientes a la intención realmente perseguida con la decisión administrativa impugnada (STS de 14 de octubre de 1992: «una reciente corriente jurisprudencial ha flexibilizado el rigor de otra anterior, que exigía una prueba absoluta y plena, flexibilización debida a las dificultades que siempre tiene la probanza de motivaciones internas, exigiéndose en esta nueva corriente jurisprudencial tan solo una acreditación que permita al tribunal formar su convicción —SSTS de 7 de marzo de 1986 y 19 de enero de 1989—»). Y en tercer lugar, porque frente a la jurisprudencia tradicional que exigía siempre que la desviación de poder se aplicara como última ratio, en defecto de otras fórmulas de control de la decisión administrativa viciada, actualmente aquella se aplica por la jurisprudencia, si resulta posible, de modo acumulado a las demás técnicas de intervención.

En el dominio del Derecho europeo también la aplicación de la desviación de poder, como vicio de legalidad, ha quedado positivizada en el artículo 263, segundo párrafo, del TFUE, que, a efectos del control de la legalidad de los actos legislativos o administrativos de las instituciones, asigna al Tribunal de Justicia la competencia «para pronunciarse sobre los recursos por incompetencia, vicios sustanciales de forma, violación de los tratados o de cualquier norma jurídica relativa a su ejecución, o desviación de poder...». Sobre la definición de la desviación de poder también se han planteado, en la jurisprudencia europea, dudas semejantes a las que manifiesta nuestro Tribunal Supremo sobre si se trata de un simple vicio de legalidad o también lo es de moralidad. Igualmente se plantea, como en Derecho interno, el problema de la prueba. Pero la posición del Tribunal de Justicia aplica con franqueza dicha técnica de control. La STJ de 15 de mayo de 2008, *España v. Consejo de la Unión Europea* (ap. 49), concluye: «Según reiterada jurisprudencia, un acto solo adolece de desviación de poder cuando existen indicios objetivos, pertinentes y concordantes de que dicho acto ha sido adoptado con el fin exclusivo o, al menos, determinante de alcanzar fines distintos de los alegados o de eludir un procedimiento específicamente establecido por el Tratado CE para hacer frente a las circunstancias del caso».

561.
*Desviación del fin:
 otros fines públicos,
 fines privados.*

En la jurisprudencia del TEDH se encuentran pocas aplicaciones de la técnica de la desviación de poder (un caso en STEDH *Conka v. Bélgica*, de 5 de febrero de 2002, ap. 37). Pero el principio consta en el artículo 18 del Convenio de 1950: «Las restricciones que, en los términos del presente Convenio, se impongan a los citados derechos y

libertades no podrán ser aplicadas más que con la finalidad para la cual hayan sido previstas».

Todos estos avances aparecen ahora claramente expresados en la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Un buen número de sentencias se ha ocupado de ofrecer una definición lo más exacta posible de la desviación de poder, partiendo siempre, desde luego, de que se trata de la utilización de las potestades administrativas, para otros fines distintos de los previstos en la norma, sean aquellos otros fines de carácter público o de carácter privado (STS de 4 de marzo de 1996: «la desviación de poder definida en el artículo 83.3 de la Ley de la Jurisdicción como el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico, es apreciable no solo en los supuestos extremos en que el fin realmente perseguido es un fin meramente privado o particular —no público, por tanto— del agente, funcionario o autoridad administrativa actuante, o de terceros, sino también en los supuestos en los que, aun siendo público y estimable el fin perseguido, este es, sin embargo, distinto del previsto y fijado por la norma atributiva de la potestad ejercitada»). Partiendo de este núcleo común, las diferentes sentencias ponen énfasis en alguno de los elementos que integran la desviación de poder.

Algunos ejemplos: la STS, Sala 3.^a, de 20 de noviembre de 1998, establece que «la jurisprudencia (cfr. Sentencia de 19 de septiembre de 1992) ha precisado los requisitos que deben concurrir para la apreciación del vicio de desviación de poder: 1) Es necesario un acto aparentemente ajustado a la legalidad, pero que en el fondo persigue un fin distinto al interés público querido por el legislador; 2) Se presume que la Administración ejerce sus potestades conforme a Derecho; 3) No puede exigirse, por razón de su propia naturaleza, una prueba plena sobre la existencia de la desviación de poder, pero tampoco puede fundarse su apreciación en meras presunciones o conjeturas, siendo necesario acreditar la concurrencia de hechos o elementos suficientes para formar en el Tribunal la convicción de que la Administración acomodó su actuación a la legalidad, pero con finalidad distinta de la pretendida por la norma aplicable». La Sentencia, Sala 3.^a, de 13 de octubre de 1997, reitera esta misma definición, asentada en la Sección 7.^a de dicha Sala, como reflejan otras muchas Sentencias de estos mismos ponentes.

Una delimitación de la técnica de la desviación de poder que se repite con frecuencia en la jurisprudencia, es la que se apoya en los

562.
Jurisprudencia.

563.
Los elementos de la desviación.

564.
Los principios generales que rigen la desviación de poder, según el Tribunal Supremo.

siguientes principios que tomamos ahora de la Sentencia de 3 de julio de 2001 (en el mismo sentido, Sentencias de 2 de junio de 1995, 14 de julio de 1995, 20 de noviembre de 1997, 14 de julio de 1998, 16 de marzo de 1999, 26 de octubre de 1999, 5 de abril de 2000, 13 de junio de 2000, 14 de noviembre de 2000, 9 de diciembre de 2000, 12 de diciembre de 2000, 13 de febrero de 2001, 31 de mayo de 2001):

«a) El ejercicio de potestades administrativas abarca subjetivamente toda la diversidad de órganos de la Administración Pública, en la extensión que confiere la ley a este concepto (artículo 1.2 LJCA).

b) La actividad administrativa tanto puede consistir en un hacer activo como en la deliberada pasividad cuando concurre en el órgano administrativo competente una obligación específica de actuación positiva (SSTS, Sala 5.ª, de 5 de octubre de 1983 y 3 de febrero de 1984).

c) Aunque el terreno más apropiado para su desarrollo es el de la llamada actividad discrecional de la Administración, no existe obstáculo que impida, apriorísticamente, su presencia en la actividad reglada, pues "si el vicio de desviación de poder es más difícil aislarlo en el uso de las potestades o facultades regladas, no lo es menos que nada se opone a la eventual coexistencia de vicios —infracción del ordenamiento jurídico o ilegalidad genérica en los elementos reglados del acto— producido precisamente para encubrir una desviación del fin público específico asignado por la norma (STS, Sala 5.ª, de 8 de noviembre de 1978)".

d) La desviación de poder puede concurrir con otros vicios de nulidad del acto, pues si la doctrina jurisprudencial ha tendido a adoptar la posición "que sostiene que las infracciones legales tienen un trato preferente y deben resolverse en primer término para establecer por el cauce del recurso jurisdiccional el derecho vulnerado" (STS, Sala 5.ª, de 10 de noviembre de 1983), lo cierto es que "la existencia de otras infracciones en el acto administrativo no excluye, antes bien posibilita y es medio para lograrla, la desviación de poder" (STS, Sala 5.ª, de 30 de noviembre de 1981).

e) En cuanto a la prueba de los hechos que definen la desviación de poder, "siendo generalmente grave la dificultad de una prueba directa, resulta perfectamente viable acudir a las presunciones, que exigen unos datos completamente acreditados —artículo 1249 del Código Civil— de los que con un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano —artículo 1253 CC— deriva en la persecución de un fin distinto del previsto en la norma" (STS, Sala 4.ª, de 10 de octubre de 1987).

f) La prueba de los hechos que forma el soporte de la desviación de poder, corresponde a quien ejercita la pretensión de reconocimiento

del efecto invalidatorio del acto; sin olvidar que, como señala la STS, Sala 4.^a, de 23 de junio de 1987, la regla general deducida del artículo 1214 del Código Civil puede intensificarse o alterarse, según los casos, aplicando el criterio de facilidad, en virtud del principio de buena fe en su vertiente procesal: hay datos de hecho fáciles de probar para una de las partes que sin embargo pueden resultar de diferente acreditamiento para la otra.

g) Finalmente, es necesaria la constatación de que en la génesis del acto administrativo se ha detectado la concurrencia de una causa lícita reflejada en la disfunción entre el fin objetivo que emana de su naturaleza y de su integración en el ordenamiento jurídico y el fin subjetivo instrumental propuesto por el órgano decisorio, a cuyo tenor es difícil, en no pocas ocasiones, determinar el vicio de desviación de poder (aunque) ello no debe significar obstáculo para afrontar en cada caso concreto el análisis de las sentencias en las que se precise la existencia de dicho vicio (STS, Sala 3.^a, de 28 de abril de 1992). Y esta disfunción es igualmente apreciable tanto si el órgano administrativo "persigue con su actuación un fin privado, ajeno por completo a los intereses generales, como si la finalidad que pretende obtener, aunque sea de naturaleza pública, es distinta de la prevista en la norma habilitante, por estimable que sea aquella" (STS, Sala 5.^a, de 24 de mayo de 1986, y STS, Sala 3.^a, de 11 de octubre de 1993)».

Estos principios han servido a la jurisprudencia para manejar con más decisión la desviación de poder como técnica de control, como puede verse en la siguiente selección de decisiones de interés.

La STS de 29 de mayo de 2001 considera que es desviación de poder la aprobación de un proyecto de carreteras, en el que se preveía la realización de determinadas obras públicas, cuyo interés social o utilidad pública no aparecía con evidencia, siendo más claro que se pretendía con la aprobación del proyecto favorecer a un establecimiento hotelero de propiedad particular para el que se establecía una vía de servicio para conectarlo con la autovía. La STS de 30 de junio de 2000 estima que existe desviación de poder, en los supuestos en los que un plan de urbanismo se modifica con el único propósito de ponerlo al servicio de un interés particular, consistente, en el caso, en la legalización de unas obras que ya habían empezado a ejecutarse y cuya ilegalidad había sido apreciada. La STS de 2 de junio de 2000 estima que existe desviación de poder cuando un Ayuntamiento deniega una licencia argumentando sobre posibles deterioros del paisaje y, al mismo tiempo, encarga la redacción de un proyecto industrial para idéntica extracción de mineral en los mismos terrenos de propiedad municipal. La Sentencia de 19 de septiembre de 1997 recoge una

565.

Supuestos básicos de desviación de poder en la jurisprudencia.

566.

En las obras públicas.

567.

En el planeamiento urbanístico.

568.

En las licencias.

569.

Revisión de planes.

570.
Calificación de
terrenos.

doctrina jurisprudencial muy reiterada sobre el amplio margen de discrecionalidad, o *ius variandi*, que corresponde a la Administración al configurar planes de urbanismo; pero estima que existe desviación de poder cuando no se justifica debidamente una revisión del planeamiento que tendía, en definitiva, a legalizar una anulación anterior de una modificación de idéntico contenido. La STS de 21 de enero de 1997 también estima que existe desviación de poder en un caso de modificación de normas subsidiarias del planeamiento basada no en intereses generales, sino en satisfacer una petición particular de que se cambiara la calificación de una zona agrícola protegida para pasar a ser urbanizable, circunstancia esta a la que además, se refería explícitamente la memoria de la Resolución que aprobó la modificación de las normas, sin aportar al mismo tiempo una motivación suficiente del cambio, mucho más necesaria cuando se había producido otra modificación poco tiempo antes.

571.
Tramitación de
expedientes.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo acepta también que la desviación de poder pueda producirse con ocasión del ejercicio de potestades no decisorias sino puramente procedimentales o de trámite y también que la desviación ocurra con ocasión de la adopción de decisiones de carácter organizativo.

572.
En decisiones de
organización.

En cuanto a lo primero, la desviación puede producirse por una irregular tramitación de un expediente administrativo, cuando con ello se evita que un interesado pueda obtener los fines perseguidos con su solicitud, retrasando la adopción de la resolución, para dar ventaja o prioridad a otro solicitante (resolver tres meses antes un expediente de licencia que se inició cinco meses después del interesado por el recurrente), reclamando el cumplimiento de requisitos, que ya constan como cumplidos, etc. (STS de 5 de abril de 2000).

573.
Supresión de
órganos.

En materia de organización administrativa, la STS de 12 de junio de 1999 acepta con carácter general que la infracción consistente en desviación de poder puede cometerse «en el ejercicio de la potestad organizatoria, tanto si se actúa a través de la aprobación de un reglamento como si se trata de dictar un acto individual». Sostiene, en el caso examinado, que el reglamento de un hospital se dictó incurriendo en desviación de poder, porque implicó el ejercicio de la potestad de organización para un fin distinto: en concreto, se acordó la supresión de una unidad de urgencias pero la finalidad de la decisión era amortizar la plaza de jefe de dicha sección. La STS de 15 de marzo de 1993, en un supuesto de ejercicio de la potestad organizatoria para amortizar y suprimir una plaza de jefe de sección, también apreció desviación de poder al constatar que la decisión «no perseguía el fin de la mejora del

574.
Ceses de
funcionarios.

servicio sanitario, sino el de tomar represalias contra el Sr. M. por haberse opuesto en forma persistente a las decisiones de la Diputación relativas a la organización del servicio de urgencias de dicho hospital».

En el ámbito interno de la Administración, la jurisprudencia examina si el cese acordado de un funcionario en un determinado puesto de trabajo, se debe a razones organizativas y de gestión, o a razones meramente políticas (SSTS de 30 de marzo y 10 de diciembre de 1998). Sin embargo, la Sentencia de 13 de junio de 1997 admite que existe desviación de poder en una decisión de cese de un empleado público en la que no se apreciaban motivaciones de carácter público, sino más bien la finalidad extrajurídica «de liberar a esos superiores de quien, desde un puesto de jerarquía inferior, pero actuando en el legítimo ejercicio de sus funciones... había constatado... patentes irregularidades, de trascendencia incluso penal, susceptibles de perjudicar los intereses personales de sus superiores». La Sentencia de 31 de mayo de 1995 considera que existe desviación de poder en el cese de un funcionario que, hasta entonces, llevaba una carrera profesional ascendente, a partir del momento en que este se enfrentó con el director general del organismo al que servía, con ocasión de un conflicto surgido con determinados sindicatos. También hay desviación de poder en el traslado de un funcionario invocando una aparente «necesidad del servicio» que no se justifica suficientemente (STS de 14 de marzo de 1995). Un número significativo de sentencias se ha ocupado de examinar diferentes imputaciones por desviación de poder producidas con ocasión de la selección de personal para las Administraciones Públicas. La Sentencia de 20 de noviembre de 1998 estima que no puede apreciarse desviación de poder por el simple hecho de que un catedrático jubilado, suegro de uno de los opositores a una jefatura de servicio de determinado hospital, ocupara un lugar en la propia mesa del tribunal porque el local donde se celebraba la prueba era muy pequeño y hubo de acomodar a los asistentes. De esta proximidad al tribunal no puede deducirse, sin más, que todos los miembros del mismo hubieran desviado su voluntad del deber que allí ejercían. Tampoco le parece suficiente a la STS de 13 de octubre de 1997 que una acusación de «endogamia», que se trató de probar en términos estadísticos, de la Universidad en la selección de sus profesores, ni tampoco el hecho de que un determinado profesor hubiera prestado servicios en la Universidad que convocó la plaza, sean fundamentos suficientes como para apreciar desviación de poder en la propuesta del tribunal calificador. Sin embargo, la jurisprudencia acepta que existe desviación de poder, cuando se designa como letrado consistorial de un ayuntamiento a un determinado ciudadano, sin que la decisión fuera guiada «ni en su

575.

Selección de personal, oposiciones y concursos; nombramientos.

génesis ni en su culminación por los principios constitucionales de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, que inspiran la selección de personal de la Administración, sino por el deseo de atribuir esa plaza» al sujeto beneficiado (STS de 16 de mayo de 1991).

También puede concurrir desviación de poder, cuando se aprovecha una supuesta ejecución de una sentencia, para adoptar medidas represivas contra un funcionario, sin que tales medidas se correspondan con ninguna sanción regularmente impuesta (STS 27 de diciembre de 1996).

576.

Las etapas de la recepción de los principios generales en la jurisprudencia.

E) **La aplicación de los principios generales del Derecho para el control de la discrecionalidad, razonabilidad, interdicción de la arbitrariedad, igualdad, confianza legítima, enriquecimiento injusto y otros**

Por razones que ya tenemos explicadas con suficiente detalle, y sobre las que no volveremos ahora, los principios generales del Derecho han alcanzado extraordinario relieve en el Estado de Derecho constitucional. Son objeto de múltiples utilidades por la jurisprudencia. Una de las más significativas, y que nos importa ahora a nosotros, es la relativa al control de la discrecionalidad. Como hemos visto más atrás, la aplicación de los principios en el ámbito del Derecho Público, fue, inicialmente, obra de la jurisprudencia del *Conseil d'État*, a la que tardó mucho más tiempo en incorporarse nuestra jurisprudencia administrativa. Las primeras aplicaciones jurisprudenciales de los principios generales atrajeron para el Derecho Público algunos de los que ya estaban consolidados en la tradición del Derecho Civil. Posteriormente, la jurisprudencia administrativa crea un sistema de principios generales propio, sin abandonar aquella primera base. Y en la etapa final, que ahora vivimos, se ha producido una fuerte constitucionalización de los principios generales, ya que la mayor parte de los que la jurisprudencia usa, o han sido expresamente proclamados y reconocidos por la Constitución, o están en estrecha conexión, en el caso de no ser reconocidos expresamente, con derechos o reglas constitucionales que sirven para interpretar y aplicar de modo ordinario.

Tampoco resulta posible ahora hacer un análisis exhaustivo de la totalidad de los principios generales que aparecen mencionados en la jurisprudencia. Habiendo expuesto ya la teoría general de los principios generales y conociendo su función en el ordenamiento, no parece preciso dicho repaso pormenorizado. Nos limitamos, por tanto, a referirnos a los que resultan más frecuentemente utilizados a los efectos

577.

Interdicción de la arbitrariedad.

de valorar la legalidad o la adecuación a la Constitución de las decisiones de los poderes públicos.

a) *Razonabilidad de la decisión administrativa e interdicción de la arbitrariedad*

Tanto la jurisprudencia constitucional como la contencioso-administrativa están haciendo un uso reiteradísimo de los principios de razonabilidad y de interdicción de la arbitrariedad, este último expresamente consagrado, como ya sabemos, en el artículo 9.3 CE.

Ambos principios se emplean con carácter general para medir la legitimidad constitucional de cualquier decisión de los poderes públicos, ya se trate de decisiones del legislador, de los jueces o de la Administración.

En términos generales, una decisión de cualquier poder público se considera arbitraria cuando no es el resultado de un proceso de aplicación de las reglas del ordenamiento, sino el fruto de una manifestación de la voluntad particular del órgano que la adopta, sin una cobertura razonable en la Constitución o en las demás reglas que constituye el Derecho vigente en un momento dado.

Cuándo el apartamiento del Derecho es suficientemente importante como para que la decisión pueda considerarse arbitraria e incurrir en la prohibición que recoge el artículo 9.3 CE, es la cuestión. La jurisprudencia ha utilizado múltiples test para medir la arbitrariedad de una decisión: concurre cuando, por ejemplo, no encuentra fundamento en las normas porque las consecuencias que se extraen de sus determinaciones no son racionales; o también cuando al aplicar una regla de Derecho se infringen otros principios, como el de igualdad o el de proporcionalidad; o en el caso de que el órgano que decide incurre en manifiesto error de hecho al aplicar las previsiones normativas; o, si contando con la posibilidad de optar por varias soluciones, no se fundamenta o motiva razonablemente la elección; o el razonamiento es manifiestamente inaceptable por su incoherencia, o por no haber tenido en cuenta opciones más relevantes; o, sencillamente, por conducir a resultados absurdos, etc.

Examinaremos ahora cómo maneja estos criterios la jurisprudencia en relación con el legislador y los tribunales, para referirnos ulteriormente a su empleo para el control de la discrecionalidad administrativa.

578.

Arbitrariedad y apartamiento del proceso aplicativo del Derecho.

579.

Criterios para identificar la arbitrariedad.

580.

Arbitrariedad del legislador.

581.
Vinculación entre
arbitrariedad y
racionalidad y
razonabilidad.

Para el caso del legislador, el Tribunal Constitucional tiene establecida una doctrina firme y notoriamente restrictiva de la aplicación del principio de prohibición de arbitrariedad a las decisiones legislativas. En la STC 142/1993, siguiendo lo resuelto en la STC 108/1986, el Tribunal Constitucional ha establecido, en el sentido indicado, que «el juicio de arbitrariedad respecto del legislador solo aparecería si la norma impugnada *careciera de toda explicación racional*». Se aprecia en esta sentencia una vinculación entre la idea de arbitrariedad y las de racionalidad y razonabilidad, que es constante en la jurisprudencia. Determinar, pues, cuándo una decisión legislativa no reúne dichos requisitos mínimos es la cuestión. Un parámetro seguro lo ha encontrado, en algunas ocasiones, el Tribunal Constitucional en la falta de proporcionalidad de la decisión: lo no proporcional no es razonable. La STC 66/1985 lo dice claramente: «el juicio de proporcionalidad no puede hacerse con base en la interdicción de la arbitrariedad del artículo 9.3, sino solamente cuando la eventual *falta de proporción* implique un sacrificio excesivo e innecesario de derechos que la Constitución garantiza».

582.
Razonabilidad y
vulneración del
principio de
igualdad.

La razonabilidad se vincula, en otras ocasiones, a la idea de igualdad. La STC 181/2000, de 29 de junio, recuerda una serie anterior muy extensa donde se identifican los criterios que tienen que reunirse para que pueda justificarse objetivamente el trato especial de una situación similar a otra. La STC 176/1993 es una de las muchas que, aplicando el principio de igualdad, concluye que este «veda la utilización de *elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación objetiva y razonable*; prohibiendo —dice— el principio de igualdad, en suma, aquellas desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos o razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados». Las diferencias han de ser además «proporcionadas a la finalidad perseguida por el legislador, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos». Citando la STC 110/1993, FJ 4.º, la STC 176/1993, antes citada, concluye: «en resumen, el principio de igualdad no solo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida por el legislador».

583.
Igualdad y
proporcionalidad.

584.
Arbitrariedad de los
tribunales.

585.
Decisiones que
incurren en error
patente o son
arbitrarias,
irrazonadas o
irrazonables.

Respecto de la aplicación de los criterios de razonabilidad y de interdicción de la arbitrariedad a las resoluciones judiciales, también la jurisprudencia constitucional refleja un uso permanente de tales pará-

metros de control. Por ejemplo, en la STC 155/2002, de 22 de julio, se deduce del artículo 24.1 CE la exigencia, reiteradamente impuesta por la jurisprudencia constitucional, de que las sentencias se encuentren motivadas («es decir, que contengan los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión»), pero subrayando decididamente que el requisito no se cumple con cualquier clase de motivación. Por el contrario, es necesario que «tal motivación esté fundada en Derecho, esto es, que el fundamento de la decisión sea la aplicación no arbitraria de las normas que se consideren adecuadas al caso, pues tanto si la aplicación de la legalidad es fruto de un *error patente, como si fuere arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable*, no podría considerarse fundada en Derecho, dado que la aplicación de la legalidad sería tan solo una mera apariencia» (SSTC 112/1996, de 24 de junio, FJ 2.º; 119/1998, de 4 de junio, FJ 2.º; 25/2000, de 25 de enero, FJ 2.º; y 82/2001, de 26 de marzo, FJ 2.º). De este modo, la propia resolución debe evidenciar, de una manera incuestionable, que es una aplicación razonada de las normas que se consideran aplicables al caso (SSTC 23/1987, de 23 de enero, FJ 3.º; 28/1987, de 16 de febrero, FJ 2.º; 154/1997, de 29 de septiembre, FJ 4.º; 147/1999, de 4 de agosto, FJ 3.º; y 109/2000, de 5 de mayo, FJ 2.º). Por consiguiente, el Derecho que otorga a los ciudadanos el artículo 24 de la Constitución no es solo a obtener una respuesta motivada de los tribunales, sino que además dicha sentencia esté fundada razonadamente en Derecho. La STC 155/2002 concluye al respecto que «una resolución judicial puede tacharse de arbitraria cuando, aun constatada la existencia formal de una argumentación, no es expresión de la administración de justicia, sino mera apariencia de esta por *ser fruto de un mero voluntarismo judicial o expresar un proceso deductivo irracional o absurdo*» (SSTC 148/1994, de 12 de mayo, FJ 4.º; 244/1994, de 15 de septiembre, FJ 2.º; 64/1997, de 17 de marzo, FJ 3.º; y 160/1997, de 2 de octubre, FJ 7.º).

La cuestión esencial, como en el caso del enjuiciamiento de la arbitrariedad del legislador, es la determinación de los criterios que pueden usarse para decidir si una resolución judicial es, o no, razonable. En este punto reaparecen criterios de valoración que la jurisprudencia constitucional utiliza universalmente para analizar la compatibilidad con la Constitución de la actividad de otros poderes públicos. Tal es el caso de la aplicación del parámetro de la igualdad. Una decisión judicial, en este sentido, no vulnera el principio de igualdad cuando aplica la ley razonablemente, y tal ocurre si se ha respetado la finalidad o función de la institución legal que se está aplicando al caso (STC 185/1999). Pero hay un componente de la igualdad, manejado

586.
Voluntarismo
judicial y decisiones
absurdas.

587.
Test para la falta de
razonabilidad.

588.
Test del principio
de igualdad.

589.
Test de la
seguridad jurídica.

590.
El precedente
como parámetro.

también por la jurisprudencia constitucional en combinación con la seguridad jurídica, que puede aplicarse a la valoración de la razonabilidad de las decisiones judiciales. Se trata de las sentencias que se separan de lo resuelto en casos precedentes. A esta cuestión nos hemos referido extensamente al tratar del carácter vinculante de la jurisprudencia en nuestro Derecho. Bastará con resumir que, como dice la STC 193/2001, «los principios de seguridad jurídica y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos impiden a los órganos judiciales que en sus resoluciones se aparten arbitrariamente de los precedentes propios... sin que medie una fundamentación suficiente y razonable... lo que prohíbe el principio de igualdad en la aplicación de la ley es el cambio irreflexivo o arbitrario, lo que equivale a sostener que el cambio es legítimo, *cuando es razonado, razonable y con vocación de futuro*; esto es, destinado a ser mantenido con cierta continuidad, con fundamento en razones jurídicas objetivas que excluyan todo significado de resolución *ad personam*, siendo ilegítimo si constituye solo una ruptura ocasional de una línea que se viene manteniendo con normal uniformidad» (SSTC 201/1991, de 28 de octubre, FJ 2.º; 46/1996, de 25 de marzo, FJ 5.º; 71/1998, de 30 de marzo, FJ 2.º; 188/1998, de 28 de septiembre, FJ 4.º; 240/1998, de 15 de septiembre, FJ 6.º; 25/1999, de 8 de marzo, FJ 5.º; 176/2000, de 26 de junio, FJ 3.º; 57/2001, de 26 de febrero, FJ 2.º; 122/2001, de 4 de junio, FJ 2.º, por todas).

591.
Decisiones
arbitrarias por
incurrir en error o
ser absurdas.

En definitiva, la interdicción de la arbitrariedad se vincula, en toda esta jurisprudencia, con la discriminación, que existe cuando el órgano judicial se aparta sin fundamentación suficiente de decisiones precedentes (STC 128/1991).

592.
Premisas
inexistentes,
quebras lógicas en
el razonamiento;
error.

Otro parámetro usado con frecuencia en la jurisprudencia constitucional para medir la falta de razonabilidad a la que vincula la vulneración del principio de interdicción de la arbitrariedad, en el caso de las resoluciones judiciales, es la indagación sobre la calidad del razonamiento jurídico. El Tribunal Constitucional tiene establecido que son contrarias al principio de tutela judicial efectiva las decisiones judiciales que «se funden en una interpretación de la legalidad que pueda estimarse arbitraria o manifiestamente irrazonable, o sean resultado de un error patente» (SSTC 214/1999, de 29 de noviembre; 133/2000, de 16 de mayo; 295/2000, de 11 de diciembre; 134/2001, de 13 de junio; 164/2002, de 17 de septiembre, entre otras muchas). La STC 217/2002 dice al respecto que «no pueden considerarse suficientemente razonadas aquellas resoluciones judiciales que a primera vista y sin necesidad de mayor esfuerzo intelectual y argumental se com-

593.
La elección de la
norma aplicable.

prueba que parten de premisas inexistentes o patentemente erróneas o siguen un desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas». Bien es verdad que corresponde a los jueces y tribunales seleccionar e interpretar las normas aplicables, pero dicha operación es controlable a efectos de verificar «si se ha tratado de una selección arbitraria o manifiestamente irrazonable» (SSTC 23/1987, de 23 de febrero, FJ 3.º; 90/1990, de 23 de mayo, FJ 4.º; 180/1983, de 31 de mayo, FJ 3.º), o ha sido fruto de un error patente, o si de la selección se ha seguido daño para otro derecho fundamental distinto del de tutela judicial efectiva (SSTC 50/1984, 131/1990, 102/2000, 200/2000, entre otras muchas). Entre otras cosas importantes, esta jurisprudencia refleja que no basta, para no incurrir en arbitrariedad, con motivar las resoluciones, sino que la motivación tiene que ser seria y bien fundada. No basta con conocer las razones, puesto que, a efectos jurídicos, es indiferente que exista motivación o que no exista cuando, en el primer caso, es tal su grado de arbitrariedad o de falta de razonabilidad que es, en verdad, una simple apariencia (SSTC 147/1999, 25 y 87/2000). Así ocurre cuando las resoluciones judiciales «parten de premisas inexistentes o patentemente erróneas o siguen un desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas», como aclara la citada Sentencia 158/2002. La STS de 30 de septiembre de 2009, cuyo contenido repite la STS, Sala 3ª, de 6 de noviembre de 2013 (recurso 2736/2010), sostiene que «El cumplimiento de los deberes de motivación y de congruencia se traduce, en síntesis, en una triple exigencia: de un lado, la exteriorización de un razonamiento que, siendo jurídico, por discurrir sobre aquello que en Derecho pueda ser relevante, se perciba como causa de la decisión a la que llega el juzgador; de otro, la extensión de tal razonamiento, explícita o implícitamente, a las cuestiones que, habiendo sido planteadas en el proceso, necesiten ser abordadas por depender de ellas la decisión; y, en fin, una decisión cuyo sentido abarque, inequívocamente, todas las pretensiones deducidas...».

La aplicación del criterio de la razonabilidad y el principio de interdicción de la arbitrariedad al control de las decisiones administrativas tiene semejantes perfiles a los que acaban de indicarse.

También en este caso, para determinar si una decisión administrativa es arbitraria se utiliza como primer criterio el examen de la motivación de la misma. La motivación cumple un papel fundamental, ciertamente, porque tiene que servir de modo concreto para conocer los argumentos que utiliza la Administración.

594.

Vulneración de otros derechos.

595.

Arbitrariedad de las decisiones administrativas.

596.

Valoración de la motivación.

597.

Falta de motivación y carencia de fundamentos objetivos y razonables.

Las decisiones motivadas tienen, al menos, una apariencia de fundamentación objetiva. Es cierto, como ha señalado T. R. FERNÁNDEZ, que la motivación de la decisión marca «la diferencia entre lo discrecional y lo arbitrario, y ello, porque si no hay motivación que la sostenga, el único apoyo de la decisión será la sola voluntad de quien la adopta...». Alguna jurisprudencia que el propio autor cita ha aplicado esta consecuencia rígida de la falta de motivación (SSTS de 30 de junio de 1982, 15 de octubre y 26 de noviembre de 1985, 3 de diciembre de 1986). Debe reconocerse, no obstante, que es posible que la falta de motivación no determine, sin más, la existencia de arbitrariedad. Todos los actos discrecionales deben motivarse, según exige el artículo 54.f) LRJAP. Pero la motivación es un elemento formal cuya ausencia no siempre determina la nulidad absoluta del acto administrativo, sino que puede constituir una irregularidad no invalidante (artículo 63.2 LRJAP). Decimos por ello que la falta de motivación puede no ser siempre arbitraria. Lo será, sin embargo, aquella falta de motivación que se corresponda con la verdadera inexistencia de motivos que justifiquen la decisión adoptada por la Administración (E. DESDENTADO). También incurrirá en arbitrariedad cualquier decisión que, aunque motivada, no tenga un fundamento objetivo y razonable, se apoye en una defectuosa interpretación de la realidad, o en hechos inexistentes, o erróneamente apreciados, o en una interpretación del ordenamiento manifiestamente carente de lógica.

La propia interpretación correcta de los hechos en que se funda la decisión es un criterio para determinar la posible existencia de arbitrariedad, como ya hemos estudiado en un epígrafe anterior, al que ahora nos remitimos, al tratar de la obligación administrativa de determinar y probar los hechos que sirven de base a sus decisiones.

Se puede comprobar muy fácilmente en la jurisprudencia la conexión que habitualmente se establece entre el test de la razonabilidad y los demás parámetros que se usan para controlar la discrecionalidad administrativa, como ocurre con los hechos determinantes o la desviación de poder, que ya tenemos estudiados. Un buen ejemplo lo ofrece la Sentencia del Tribunal Constitucional 73/1998, de 31 de marzo. El ejercicio de una potestad discrecional, supone siempre alguna libertad de opción. Esta libertad lleva consigo, dice la Sentencia «la presunción de certeza o de razonabilidad de la actuación administrativa apoyada en la especialización y en la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación». Pero aquella presunción es *iuris tantum* y es posible desvirtuarla «si se acredita la infracción o el desconocimiento del proceder razonable que se presume en

598.

Arbitrariedad y hechos determinantes.

599.

Vinculación entre el test de la razonabilidad y los demás parámetros de control de los elementos reglados: hechos, fin...

600.

Arbitrariedad por desviación de poder y error de hecho.

601.

Arbitrariedad por falta de previsibilidad de la decisión.

el órgano calificador, bien por *desviación de poder*, arbitrariedad o ausencia de toda justificación del criterio adoptado, entre otros motivos por fundarse en patente *error*, debidamente acreditado por la parte que la alega (STC 153/1993)». La ausencia de lógica o razonabilidad en la valoración de la prueba es un elemento habitualmente considerado para evaluar la arbitrariedad de la decisión (por ejemplo, SSTs, 3.^a, de 16 de noviembre y 9 de diciembre de 2009, o 9 de marzo de 2015 (rec. 1744/2013)).

La arbitrariedad puede estar en la misma desviación de poder o en el error de hecho. También en la interpretación de las normas, o incluso en la insuficiente previsión en las mismas de las conductas que se exigen a los ciudadanos. Hemos tratado de todo ello extensamente al analizar el importante problema de la predeterminación de las decisiones administrativas. Una predeterminación insuficiente puede acarrear también que la decisión adoptada por la Administración sea arbitraria. Un ejemplo en la STC 120/1996, de 8 de julio, sin perjuicio de remitirnos a lo ya explicado sobre esta cuestión: el principio de legalidad exige una «*predeterminación normativa* de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, de manera que la norma punitiva aplicable permita predecir con suficiente grado de certeza las conductas que constituyen infracción y el tipo y grado de sanción del que puede hacerse merecedor quien la cometa» (también SSTC 42/1987, 219/1989 y 93/1992, entre muchas). Esta garantía se pierde si la Administración al aplicar las normas lleva a cabo *interpretaciones arbitrarias* de las mismas, que resulten contrarias a la seguridad jurídica. También se pierde la determinación si la norma se aplica subsumiendo dentro de su ámbito de un modo no razonable hechos no contemplados por aquella.

Como ocurre con la aplicación del test de la arbitrariedad a las decisiones legislativas o a las judiciales, también la jurisprudencia se vale de la discriminación como criterio para determinar la existencia de arbitrariedad en las decisiones administrativas. La Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2002 señala que cualquier análisis sobre la razonabilidad de una decisión administrativa de carácter discrecional tiene que «respetar la libertad de opción y estimación que conlleva la discrecionalidad y, por ello, no podrá ser sustituido por un simple juicio de discrepancia». Pero, partiendo de tal premisa, subraya que la diversidad de trato derivada de una decisión discrecional «será discriminatoria cuando no presente justificación alguna, o cuando la justificación utilizada para darle soporte sea ostensiblemente equivocada

602.

Arbitrariedad en la interpretación de la norma aplicada.

603.

Discriminación como test de arbitrariedad administrativa.

604.

Discriminaciones no justificadas.

605.

El control de la razonabilidad de la opción elegida.

desde criterios que comúnmente sean considerados como representativos de una lógica elemental».

Hasta el momento, nuestra jurisprudencia no ha utilizado muy extensamente el control de los factores que han sido considerados relevantes para la decisión administrativa, a los efectos de determinar si esta se ha dejado influir por criterios irrelevantes o no ha tomado en consideración los que realmente lo eran para el caso.

Los tribunales ingleses usan a este propósito el test derivado del caso *Wednesbury (Associated Provincial Picture Houses Ltd v. Wednesbury Corporation, de 1948)*, tal y como lo expresó en la ocasión Lord GREENE: los jueces han de realizar un control objetivo de que la alternativa elegida por el órgano administrativo no es irrazonable. Los tribunales deben hacer un control negativo, han de verificar que no es irracional o absurda la decisión adoptada por la Administración. Será de este carácter, según expuso Lord GREENE, cuando ninguna persona sensata aceptaría una decisión semejante. Pero debe tenerse en cuenta que no se trata de valorar la decisión de la Administración, ni usar como parámetro de control las propias opiniones del tribunal. No se trata de determinar cuál sería la mejor decisión, sino de establecer que la medida controlada no sería razonablemente adoptada por ninguna persona sensata.

606.

Vinculación de la arbitrariedad y otras técnicas de control.

Siempre se plantea el problema complementario, usando esta forma de control, de saber con qué criterios ha de valorarse como irrazonable una decisión administrativa. Al no existir ninguna jerarquización, entre los valores, establecida de modo expreso en el ordenamiento, el test al que aludimos puede conducir a optar por la aplicación de soluciones sin más base que el criterio subjetivo de quien juzga.

En conclusión, el test de la arbitrariedad está conociendo en nuestra jurisprudencia una amplísima aplicación, que lo conecta con otras fórmulas clásicas de control de la discrecionalidad, que resultan también enriquecidas y perfeccionadas.

607.

El principio de proporcionalidad.

Permite aquel test, en cuanto a la motivación, determinar la existencia de motivos de la decisión administrativa; verificar si la fundamentación es adecuada; si no se ha sustituido la fundamentación por fórmulas retóricas, difícilmente explicativas de lo decidido. Desde el punto de vista de los hechos, es posible comprobar si la decisión administrativa ha respetado realmente la realidad de los hechos, o si se han tenido en cuenta factores relevantes o se han considerado algunos que no lo son en absoluto. Desde el punto de vista de la aplicación de

la norma, también el test de la arbitrariedad permite valorar si se ha tenido en cuenta el mayor valor que, eventualmente, el ordenamiento jurídico puede reconocer a algún dato concurrente.

b) *El principio de proporcionalidad*

El principio de proporcionalidad ha tenido gran desarrollo en la jurisprudencia comunitaria, constitucional y administrativa de los últimos años. En la comunitaria, aplicaciones del principio de proporcionalidad en relación con decisiones del legislador y de la Administración, pueden seguirse, por ejemplo, en las Sentencias del Tribunal de Justicia de 19 de marzo de 2002 (*Comisión v. Italia*), de 22 de enero de 2002 (*Canal Satélite Digital*), 15 de enero de 2002 (*Weidacher*), 11 de diciembre de 2001 (*Kvitsjoen v. Comisión*), 2 de octubre de 2001 (*Martínez y De Gaulle*), 12 de julio de 2001 (*Tate & Lile*), 12 de marzo de 2002 (*Omega Air*), 7 de febrero de 2002 (*Kuijer v. Consejo*), etc.

Por lo que respecta a la jurisprudencia constitucional es común la afirmación de que el principio de proporcionalidad no está consagrado como tal en la Constitución y, además, normalmente no puede invocarse autónomamente sino siempre en relación con algunos otros principios o derechos consagrados en la misma. Con carácter general, la STC 55/1996, de 28 de marzo, ha dicho que «el principio de proporcionalidad no constituye en nuestro ordenamiento constitucional un canon de constitucionalidad autónomo, cuya alegación pueda producirse de forma aislada respecto de otros preceptos constitucionales. Otros desarrollos y aplicaciones, por ejemplo, de SSTC 66/95, 55/96, 136/99, etc., que citan y siguen de cerca la jurisprudencia del TEDH. Es, si quiere decirse así, un principio que cabe inferir de determinados preceptos constitucionales..., y como tal, opera esencialmente como un criterio de interpretación que permite enjuiciar las posibles vulneraciones de concretas normas constitucionales». Pero insiste en que «no puede invocarse de forma autónoma y aislada el principio de proporcionalidad, ni cabe analizar en abstracto si una actuación de un poder público resulta desproporcionada o no». De esta manera, ha vinculado el Tribunal Constitucional el principio de proporcionalidad con el valor justicia (SSTC 160/1986, F 6.º; 50/1995, F 7.º; 173/1995, F 2.º), el principio del Estado de Derecho (STC 190/1987, F 6.º), el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (SSTC 6/1988, F 3.º; 50/1995, F 7.º), o de la dignidad de la persona (STC 160/1987, F 6.º).

608.
Jurisprudencia
comunitaria
europea.

609.
El principio de
proporcionalidad en la
jurisprudencia
constitucional.

610.
Vinculación con
otros principios y
reglas.

611.
Vinculación con los
valores de justicia,
interdicción de la
arbitrariedad,
dignidad y otros.

612.

Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales y otras normas que lo recogen.

En la jurisprudencia administrativa, el principio de proporcionalidad es de aplicación frecuente porque, en verdad, es un principio consagrado desde antiguo en el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (artículo 6); y hoy en el artículo 84.2 LRBRL de 1985. Aunque ubicado en un sector concreto del ordenamiento, la jurisprudencia ha manejado dicho principio como de general aplicación en toda la actividad administrativa.

613.

Fundamento del principio de proporcionalidad en la jurisprudencia.

En la jurisprudencia administrativa el principio de proporcionalidad se hace derivar directamente del artículo 106.1 de la Constitución (SSTS de 6 de diciembre de 1986, 7 de febrero y 29 de diciembre de 1987, 30 de abril y 22 de julio de 1988, 8 de julio y 16 de octubre de 1989, 18 de abril de 1990), para lo cual se argumenta que aunque dicho precepto alude al sometimiento de la actuación administrativa a los fines que la justifican (lo que se puede entender como una alusión a la desviación de poder), también reclama la necesidad de armonía entre los medios utilizados por la Administración y la finalidad perseguida. Partiendo de estas premisas, la STS de 16 de mayo de 1990 contempla la aplicación del principio de proporcionalidad a dos tipos de supuestos: con carácter ordinario, en todos aquellos casos «en los que el ordenamiento jurídico admite la posibilidad de elegir uno entre varios medios utilizables». Y con carácter excepcional y en conexión con los principios de buena fe y equidad, en los supuestos en los que aun existiendo un único medio, este resulta evidentemente inadecuado y excesivo en relación con las características del caso contemplado. La misma doctrina ha reiterado el Tribunal Supremo en Sentencias ulteriores como las de 3 de diciembre de 1991, 28 de abril de 2000 y 2 de octubre de 2002.

614.

Tres test para medir la observancia de la discrecionalidad.

La observancia del principio de proporcionalidad puede ser medida utilizando los tres tests que aplica ordinariamente la jurisprudencia comunitaria europea, siguiendo las pautas de lo establecido en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y otras jurisprudencias comparadas. Dichos tests son sucesivamente el de idoneidad, el de necesidad de la medida y el de proporcionalidad estricta.

615.

Test de idoneidad.

El test de idoneidad sirve para medir si la decisión administrativa es adecuada para alcanzar el fin que el órgano administrativo se propone. La Administración solo posee discrecionalidad para elegir entre medidas eficaces. Si la decisión adoptada no es idónea, puede ser controlada por los tribunales. La determinación de la idoneidad puede remitir bien a máximas de experiencia, o reclamar la aplicación de conocimientos especializados. En este último caso, la idoneidad es

616.

Determinación de la idoneidad.

una cuestión de prueba que se puede practicar, a cargo de los peritos adecuados, en el marco del proceso.

El test de la necesidad de la medida requiere examinar si existen otras alternativas menos gravosas. Este examen es imprescindible cuando la medida afecta a derechos o intereses individuales, especialmente en el caso de medidas de limitación. En ocasiones, la búsqueda de la alternativa menos gravosa puede plantear conflictos entre intereses públicos y privados, o también entre los intereses de diversos particulares. En cuanto a lo primero, por ejemplo, la medida menos lesiva para los particulares puede ser la más nociva para el medioambiente. En cuanto a lo segundo, lo que es muy lesivo para un particular puede ser muy beneficioso para otro. A la postre, cuando el ordenamiento jurídico no ofrece criterios concretos ni una escala o jerarquía de valores, la elección de la alternativa más conveniente corresponde siempre a la Administración. Será adecuada a la legalidad cuando no infrinja ninguna otra regla o principio que limite la decisión.

La tercera verificación de los límites de la proporcionalidad es que la decisión administrativa no va a producir desventajas que no sean compensables con los beneficios que esperan obtenerse con la consecución de los fines que la decisión persigue. El análisis a efectuar por los tribunales sería, en este caso, de identificar los beneficios que la decisión produce, para valorar si compensan las desventajas. En Francia la aplicación de esta técnica ha conocido algunos casos ejemplares que han levantado también una fuerte polémica doctrinal. La técnica allí llamada del *bilan coûts-avantages*, se aplicó por primera vez en el *arrêt* de 28 de mayo de 1971, *Ministre de l'Équipement et du Logement v. Fédération personnes concernées par le projet actuellement dénommé «Ville Nouvelle Est»*. Se trataba de una operación urbanística en Lille para crear un complejo universitario y una ciudad nueva de veinte mil habitantes. Una asociación había propuesto una solución alternativa para desplazar el eje de la carretera y salvar ochenta inmuebles. El Consejo de Estado tuvo que plantearse si la expropiación a que el proyecto daría lugar era realmente de utilidad pública. Lo peculiar del caso es que el Consejo de Estado, que hasta entonces solía practicar un control general y abstracto de las expropiaciones, efectuó un control específico de la operación, valorando los perjuicios de intereses particulares, el coste financiero, los inconvenientes para otros intereses sociales, etc., para decidir si la operación reunía las condiciones para ser considerada de interés público. La misma metodología de control aplicó, poco tiempo después, en su *arrêt Sainte Marie de l'Assumption*, de 20 de octubre de 1972, en el que resolvió que un

617.

Test de la necesidad de la medida.

618.

Análisis costes-beneficios.

619.

El bilan coûts-avantages en la jurisprudencia del Conseil d'État.

620.

El método.

proyecto de trazado de una autopista reportaba beneficios que no compensaba los efectos negativos que proyectaba sobre un hospital existente en la zona.

621.

Crítica de la sustitución de la Administración por los tribunales.

Esta clase de aplicaciones de la discrecionalidad planteó serias críticas en Francia. El *Conseil d'État* abandonó la metodología, o la aplicó excepcionalmente muy poco después de inaugurada. La crítica se fundó en que con tales parámetros los tribunales tienden a posicionarse como superiores jerárquicos de los órganos administrativos, sometiéndolos casi a una tutela y decidiendo lo que el interés público reclama preferentemente, incluso, lo que es más notorio, cuando el ordenamiento jurídico no lo determina de un modo específico.

622.

El principio de confianza legítima.

c) *El principio de confianza legítima*

Uno de los principios generales que ha tenido una entrada más exitosa en nuestro ordenamiento jurídico, aplicándose reiteradamente por la jurisprudencia, es el de confianza legítima. La primera sentencia del Tribunal Supremo que se refiere, aunque algo ambiguamente, al principio de confianza para el control de una decisión administrativa, es la de 28 de febrero de 1989. Se había suscitado en el contencioso la denegación de una subvención a un centro privado de formación profesional de la que había venido disfrutando en el curso académico anterior. El Tribunal valoró esta denegación del siguiente modo: «Con el acto denegatorio de la subvención se quebrantó la *fides* o confianza del administrado que ejercita una actividad de interés social y que para él contenía una gravosa tarea en la creencia de que también sería subvencionado en el segundo período, como ya lo había sido en el primero...». Aunque la argumentación de la sentencia se inclinaba por aceptar que se había constituido un «vínculo contractual» entre el interesado y la Administración, un comentario de F. MARÍN RIAÑO vio en ella la recepción del principio de confianza legítima consagrado en el Derecho comunitario europeo. En verdad, de tal principio la sentencia propiamente no hablaba, aunque sí trataba del problema de la preservación de la confianza de los administrados. Pero seguramente esta colaboración doctrinal sirvió para centrar más la significación del principio de confianza manejado por la jurisprudencia de forma que, a partir de entonces, las sentencias del mismo ponente (MARTÍNEZ SANJUÁN) se refieren por extenso y con mayor precisión al principio de confianza legítima. En nuestro ordenamiento jurídico el principio que mencionamos se recibe a través de la jurisprudencia comunitaria. Pero es general el reconocimiento de que su origen último está en el Dere-

623.

La primera invocación de la confianza; STS de 28 de febrero de 1989.

624.

De la versión contractualista a la seguridad jurídica: confianza legítima.

625.

Origen en el Derecho alemán.

cho alemán. El punto de partida está en una sentencia del Tribunal Superior Administrativo de Berlín de 14 de noviembre de 1956. Trataba la sentencia de la pretensión de revisar una pensión de viudedad con ocasión de un traslado de la viuda titular de la misma, y tras habersele asegurado que su pensión sería abonada por las autoridades competentes del *Land* de destino. A partir del reconocimiento, en este caso, del principio de confianza legítima (*Vertrauensschutz*), la doctrina no ha hecho sino desarrollarse y consolidarse en una verdadera «marcha triunfal» (F. OSSENBÜHL). Del Derecho alemán fue recogido por la jurisprudencia comunitaria europea (entre muchas, por ejemplo, las Sentencias *Hauptzollant Hamburg*, de 26 de abril de 1988; *Comisión v. Italia*, de 20 de septiembre de 1990; *Chomel*, de 27 de marzo de 1990; *Sofrimport*, de 26 de junio de 1990; *Mulder*, de 19 de mayo de 1992; etc.), y reconociendo directamente ese origen, por la jurisprudencia española.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 1990 es a la primera que cabe atribuir la utilización directa del concepto de «confianza legítima» y también la primera referencia a su origen alemán y comunitario. En la ocasión dijo el Tribunal que la presunción de legalidad de los actos administrativos no permite «atacar al principio jurídico de la confianza legítima» —base del de seguridad jurídica reconocido por la citada Ley fundamental (quiere decir la Constitución)—, que postulado por la doctrina jurídica alemana, ha sido recibido por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, cuando el administrado confía legítimamente en la estabilidad de la situación jurídica creada por la misma Administración». Dos sentencias inmediatas de 1 de febrero de 1990 (ponente MARTÍNEZ SANJUÁN) y otra de 27 de enero de 1990 (ponente GONZÁLEZ NAVARRO) consolidan definitivamente la recepción del principio de que tratamos en el ordenamiento español. A esta recepción y sus consecuencias se refiere por extenso la primera de las sentencias citadas en términos que merecen ser reproducidos: «En el conflicto que se suscita entre la legalidad de la actuación administrativa y la seguridad jurídica derivada de la misma, tiene primacía esta última por aplicación de un principio que, aunque no extraño a los que informan nuestro ordenamiento jurídico, ya ha sido recogido implícitamente por esta Sala que ahora enjuicia, en su Sentencia de 28 de febrero de 1989 y reproducida después en su última de 26 de enero de 1990, y cuyo principio si bien fue acuñado en el ordenamiento jurídico de la República Federal de Alemania, ha sido asumido por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de las que forma parte España, y que consiste en el «principio de protección de la confianza legítima» que ha de ser apli-

626.

La recepción y aplicación del principio en la jurisprudencia comunitaria.

627.

El concepto confianza legítima en la jurisprudencia del TS: consolidación.

628.

El conflicto del principio y sus efectos según la jurisprudencia.

629.

Expansión y desarrollos.

630.

Recepción en la
LRJAP: artículo 3.1.

cado no tan solo cuando se produzca cualquier tipo de convicción psicológica en el particular beneficiado, sino más bien cuando se basa en *signos externos producidos por la Administración lo suficientemente concluyentes para que le induzcan razonablemente a confiar en la legalidad* de la actuación administrativa, unido a que, dada la ponderación de intereses en juego —interés individual e interés general—, la revocación o la dejación sin efectos del acto hace crecer en el patrimonio del beneficiario que confió razonablemente en dicha situación administrativa, unos perjuicios que no tiene por qué soportar...». A partir de estas primeras sentencias, la aplicación del principio de confianza legítima ha conocido, como ya hemos dicho, una notabilísima expansión, utilizándose por la jurisprudencia del Tribunal Supremo para el control de muy variadas actuaciones administrativas. Incluso la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, incorporó tras su reforma operada por la Ley 4/1999, una mención expresa al indicado principio, al que se somete la totalidad de la actividad administrativa. Dice ahora el inciso final del artículo 3.1 de la Ley que las Administraciones Públicas «deberán respetar en su actuación los principios de buena fe y confianza legítima».

631.

Proyecciones del
principio:
responsabilidad,
licencias,
concesiones...

Por lo que concierne a la jurisprudencia, la utilización del principio se proyecta a toda la actividad administrativa. Por ejemplo, en materia de responsabilidad por daños causados por la actividad administrativa (Sentencia de 5 de diciembre de 1995), en materia de licencias (Sentencias de 19 de junio de 1996, 17 de febrero de 1997 y 31 de marzo de 1998), concesiones (Sentencia de 17 de febrero de 1999). En todas ellas se establecen las condiciones básicas para que el principio de confianza legítima pueda ser invocado: tiene que reclamarse el mantenimiento de una situación legal (STS de 21 de febrero de 2000), la confianza tiene que basarse en hechos o manifestaciones expresas de la Administración; estas manifestaciones no pueden haber sido inducidas por el administrado suministrando informaciones falsas a la Administración (STS de 15 de enero de 1999). El Tribunal Supremo ha reconocido la rápida expansión de la doctrina de la confianza legítima y fijado sus aplicaciones posibles, con apoyo en los criterios mantenidos por el TJUE. Es expresiva, en este sentido, la STS, 3ª, de 23 de junio de 2014 (rec. 3701/2012): «El principio que exige proteger la confianza legítima no resulta novedoso ni extravagante en nuestra jurisprudencia. Son varias las sentencias que le han dado operatividad en distintos ámbitos para amparar a administrados que han actuado bajo la cobertura del mismo. Pueden así consultarse las sentencias de 23 de noviembre de 1984 (repertorio de jurisprudencia 1984/5956), 30 de junio de 2001 (casación 8016/95), 26 de abril de 2010 (casación 1887/05), 28 de

632.

Requisitos para su
aplicación.

noviembre de 2012 (casación 5300/09) y 22 de enero de 2013 (casación 470/11), las dos penúltimas dictadas en materia tributaria, que no hacen sino adoptar los criterios ya sentados en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, conforme a la que el principio que nos ocupa vincula a todos los poderes públicos: (i) si la creencia del administrado que lo sustenta se basa en signos externos y no en meras apreciaciones subjetivas o convicciones psicológicas y, (ii) ponderados los intereses en juego, la situación de quien legítimamente se ha fiado de la Administración es digna de protección [Sentencias de 26 de abril de 1988, *Kruechen* (316/96); 1 de abril de 1993, *Lageder y otros* (asuntos acumulados C-31/91 a C-44/91); 5 de octubre de 1993, *Driessen y otros* (asuntos acumulados C-13/92 a C-16/92); 17 de julio de 1997, *Affish* (C-183/95); 3 de diciembre de 1998, *Belgo-codex* (C-381/97); y 11 de julio de 2002, *Marks & Spencer* (C-62/00)]».

La aplicación del principio de confianza legítima se ha extendido también a las normas reglamentarias (la Sentencia de 27 de enero de 1990 es la primera que se refiere a un cambio de criterio administrativo contenido en una ordenanza municipal). Esta aplicación ha llevado a la jurisprudencia al importante problema de si los principios de seguridad jurídica y confianza legítima pueden impedir a la Administración derogar, modificar o dejar sin efecto regulaciones reglamentarias. La respuesta ordinaria (que resume la STS de 11 de junio de 1996) es que «no existe principio de Derecho, ni precepto legal alguno, que obligue a la Administración a mantener a perpetuidad todos los reglamentos aprobados, y afirmar lo contrario es tanto como consagrar la congelación definitiva de las normas sin posibilidad alguna de modificación, lo cual es evidentemente insostenible por privar al ordenamiento de su esencial condición dinámica». En términos semejantes, y en relación con cambios normativos que afectaban al acceso a determinados empleos públicos, se pronuncia la STS de 10 de mayo de 1999.

Son muy destacadas las Sentencias del Tribunal Supremo que han deducido del principio de confianza legítima la posibilidad de exigir responsabilidad patrimonial al Estado legislador. Esta doctrina, alentada por la mayor parte de la doctrina que la ha comentado, ha merecido una enjundiosa crítica de E. GARCÍA DE ENTERRÍA. El arranque de esta línea jurisprudencial puede situarse en la Sentencia de 5 de marzo de 1993, continuada luego por otras muchas entre las que destacamos las de 17 de febrero de 1998, 26 de noviembre de 1999, 29 de febrero de 2000, 13 de junio de 2000, etc. Estas dos últimas se derivan, además, de una Sentencia del Tribunal Constitucional que había utilizado el principio de confianza para anular por retroactivo un precepto legal

633.

Aplicación a normas reglamentarias.

634.

Confianza legítima y modificación de las normas.

635.

No existe principio de Derecho que imponga la petrificación de las normas.

636.

La cuestión de la responsabilidad del Estado por vulneración de la confianza legítima.

637.

Solución de la jurisprudencia.

que establecía un gravamen complementario sobre determinadas máquinas recreativas. Las empresas reclamaron al Gobierno daños y perjuicios y luego plantearon la acción indemnizatoria por responsabilidad ante el Tribunal Supremo. Se consolida entonces una jurisprudencia que establece la regla de que «por definición la ley declarada inconstitucional encierra en sí misma, como consecuencia de la vinculación más fuerte de la Constitución, el mandato de reparar los daños y perjuicios concretos y singulares que su aplicación pueda haber originado».

En general, respecto de la responsabilidad patrimonial derivada de los cambios de criterio de la Administración, la STS, 3.^a, de 20 de febrero de 2015 (rec 4427/2012) argumenta lo siguiente: «Lo determinante, pues, para que el daño sea indemnizable, no es que la actuación de la Administración sea antijurídica (irrelevante al efecto), sino que el perjuicio que se causa al particular sea antijurídico porque no tenga obligación de soportarlo, y, entendemos, de la sucesión temporal de las actuaciones, que la mercantil recurrente no tenía obligación de soportar las consecuencias de un cambio totalmente legítimo en la política medioambiental, cuando, tras la oportuna tramitación, acababa de obtener la aprobación de un Proyecto y las autorizaciones y licencias pertinentes para la construcción de la planta, siendo, precisamente, la quiebra de esa confianza legítima en la legalidad y perdurabilidad del Plan Sectorial, con base en el cual se aprobó su Proyecto, una pauta interpretativa (que no la única) para determinar la antijuridicidad del daño irrogado».

638.
*Confianza legítima
y precedentes
administrativos.*

El mantenimiento de los precedentes por parte de la Administración es otro ámbito en el que la apelación al principio de confianza legítima aparece más reiterada en la jurisprudencia (SSTS de 18 de abril de 1993 y 28 de julio de 1997, entre otras). Esta última es particularmente interesante porque considera que es arbitraria y contraria al principio de confianza legítima la sanción de una práctica restrictiva de la competencia producida en el ámbito editorial, cuando dicha práctica no solo había sido hasta entonces tolerada sino incluso estimulada por la propia Administración (la solución, no obstante, ha merecido algunas críticas doctrinales como la de J. GARCÍA LUENGO). La cuestión jurídica a resolver es si la consciente inaplicación de normas sancionadoras por la Administración, constituye una actitud tolerante que debe ser mantenida cuando se presenten situaciones iguales pero protagonizadas por otros ciudadanos distintos. Es diferente la solución que debe darse, para resolver esta cuestión, a las prácticas simplemente toleradas (no hay precedentes que puedan invocarse contra la legali-

639.
*Tolerancia
administrativa y
confianza del
infractor.*

dad) y las prácticas estimuladas por la Administración, que son seguidas de buena fe por los administrados.

La incorporación, en fin, del principio de confianza legítima a la jurisprudencia constitucional se ha efectuado casi siempre en relación con los principios de seguridad jurídica y, especialmente, con el de irretroactividad de las normas (SSTC 197 y 205/1992, 173/1996, 182/1997, 273/2000). Y también con los casos de validaciones legislativas (especialmente las citadas SSTC 182/1997 y 273/2000). Pero con el principio que más intimidad ha alcanzado en la jurisprudencia reciente tal vez sea con el de buena fe. Inicialmente, la jurisprudencia contencioso-administrativa utilizó la referencia a la buena fe contenida en el artículo 7.1 del Código Civil. Ulteriormente, tras la reforma de 1999 de la Ley 30/1992 (artículo 3.1), se maneja también habitualmente el reconocimiento expreso del principio de buena fe como rector de la actividad administrativa (Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2000, 19 de enero, 13 de julio y 21 de diciembre de 2001, 22 de abril, 14 y 16 de junio de 2002, entre muchas). Los dos principios, el de buena fe y el de confianza legítima se consideran en el apartado 2 de la Exposición de Motivos de la Ley 4/1999, de modificación de la Ley 30/1992, como «derivados del de seguridad jurídica». Una expresión jurisprudencial de esta relación entre los mencionados principios fundamentales está en la STS de 16 de mayo de 2000.

d) *Interdicción del enriquecimiento injusto*

Entre los principios generales que maneja la jurisprudencia contencioso-administrativa, merece también una alusión el principio que prohíbe el enriquecimiento injusto. En algún ordenamiento comparado de prestigio como el alemán, existe una consagración expresa de la obligación de restituir de quien se enriquece sin causa a costa de otro (artículo 812 del Código Civil). Sin embargo, en nuestro Código Civil no hay una referencia al enriquecimiento injusto hasta que se incorpora una mención lateral en el artículo 10.9 con ocasión de la reforma de 1974. Luego, el principio ha aparecido en algunas leyes especiales mercantiles, como en la Ley Cambiaria y del Cheque, artículo 65, o en la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (artículos 18, 19 y 20). La aplicación de la figura del enriquecimiento injusto ha sido, entre nosotros sobre todo, obra de la jurisprudencia civil (proceso estudiado minuciosamente por L. Díez-PICAZO; para el ámbito jurídico-administrativo, el estudio de referencia es el de M. REBOLLO PUIG). Y de esta doctrina se ha valido también ulteriormente la jurisprudencia contencioso-admini-

640.

Jurisprudencia constitucional.

641.

Vinculación con el principio de buena fe.

642.

Buena fe, confianza y seguridad jurídica.

643.

El enriquecimiento injusto.

644.

La falta de referencia expresa en el CC.

645.

El principio en leyes especiales.

646.

La construcción del principio por la jurisprudencia civil: STS de 28-1-1956.

647.

Aplicación en la jurisprudencia contencioso-administrativa: fundamentos.

nistrativa. La jurisprudencia civil ha pasado de la regla de la prohibición de enriquecimientos torticeros establecida en *Las Partidas*, a la construcción de una acción de enriquecimiento sin causa, en la que están mucho mejor determinados los requisitos que tienen que concurrir para que el principio indicado pueda activarse. En esta tarea constructiva es fundamental la conocida Sentencia de 28 de enero de 1956, señalada como el punto de partida de una ampliación del ámbito de la acción y de superación de su carácter inicialmente subsidiario.

648.

Requisitos: enriquecimiento; empobrecimiento; relación de causalidad; falta de justo título.

La jurisprudencia contencioso-administrativa utilizó la figura del enriquecimiento injusto desde finales de los años sesenta. Pero las dos sentencias básicas de referencia en las que el principio queda definitivamente consolidado en el ámbito administrativo, son las de 22 de enero y 10 de noviembre de 1975. Esa línea jurisprudencial ha continuado hasta la actualidad, como reflejan las Sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 30 de abril y 12 de septiembre de 2001 o 15 de abril de 2002. Los requisitos que exige esta jurisprudencia para la aplicación, en definitiva, del principio de restitución del enriquecimiento injusto, son los procedentes de la jurisprudencia civil que, desde la Sentencia referida de 28 de enero de 1956, se resumen en las siguientes reglas: a) enriquecimiento o aumento del patrimonio del enriquecido, constituido por cualquier ventaja o atribución patrimonial abocada a producir efectos definitivos; b) el empobrecimiento de quien reclama o de aquel en cuyo nombre se reclama, pecuniariamente apreciable, aunque entendido en su más amplio sentido, siempre que no provenga directamente del comportamiento de quien lo sufre; c) relación causal entre empobrecimiento y enriquecimiento, de forma que este sea el efecto de aquel. O, dicho en otros términos, que al enriquecimiento siga un correlativo empobrecimiento; d) la falta de causa o de justificación del enriquecimiento y del correlativo empobrecimiento. Este último requisito, que es el más difícil de verificar en la práctica, se suele resolver en la jurisprudencia haciéndolo equivaler a la falta de justo título para conservar en el patrimonio el incremento o valor ingresado, o se utiliza la técnica de la *conditio indebiti*, o también la *conditio* por intromisión o invasión en bienes ajenos o la *conditio* por una prestación frustrada, para justificar, en definitiva, la antijuridicidad del enriquecimiento.

F) En especial, el control de la discrecionalidad de carácter político y técnico

a) *El análisis tópico de la discrecionalidad*

Concluiremos ahora el análisis de la discrecionalidad y su control, estudiando la medida de este último en algunos supuestos específi-

cos. Manejaremos estos casos concretos en la convicción de que todos los principios y técnicas que hemos explicado hasta ahora no tienen una aplicación uniforme en relación con todas las hipótesis de discrecionalidad como, por otra parte, resulta absolutamente obvio. El control de la discrecionalidad por los tribunales depende, como hemos indicado detenidamente en un epígrafe anterior, del grado de predeterminación del comportamiento administrativo por el ordenamiento, o, complementariamente, de la medida en que la legalidad condiciona y restringe las posibilidades de opción del órgano administrativo llamado a decidir. El debate doctrinal, tan típico en materia de discrecionalidad, acerca de si los jueces y tribunales pueden no solo anular sino también sustituir la decisión administrativa por otra establecida en la propia sentencia, es en buena medida artificioso. El alcance del control no puede suponer nunca, como es evidente, que los tribunales se pongan en el lugar de la Administración y decidan por ella. La misión de aquellos consistirá fundamentalmente en la verificación de si se ajustan o no a la legalidad los actos administrativos, declarando su nulidad en caso negativo. Pero es posible que se pueda determinar que en el marco del procedimiento concreto en el que se adoptó la decisión administrativa objeto de control, no existían realmente diversas opciones libremente elegibles por el órgano administrativo que decidió, sino que solo existía una única opción. Cuando se puede obtener esa conclusión en el marco del proceso judicial, estaremos ante una hipótesis de lo que la doctrina alemana ha denominado la reducción a cero de la discrecionalidad (*Ermessensreduzierung auf Null*). Cuando ello ocurre, el tribunal puede no solo anular la decisión, sino declarar también cuál debió ser el contenido correcto de la decisión administrativa.

Nos parece que con estas precisiones ha de interpretarse lo establecido en el artículo 71.2 LJCA de 1998, cuando prohíbe que los órganos jurisdiccionales «determinen el contenido discrecional de los actos anulados». En efecto, no es sustituible la libertad de opción o de valoración de la Administración por la propia del órgano judicial, sino en los casos extremos en que pueda reducirse aquella discrecionalidad a cero. No hay sustitución, en tal caso, sino un proceso de indagación sobre la única solución posible, que es la que la sentencia finalmente declara. Por razones que son fáciles de comprender, esas posibilidades de sustitución judicial son prácticamente nulas cuando los tribunales analizan la legalidad de disposiciones reglamentarias. Aun cuando estas sean de mera ejecución de leyes previas, la potestad reglamentaria siempre actúa sobre opciones variadas que no pueden sustituirse en sede judicial. De aquí que el artículo 71.2 LJCA establezca que «los

649.

El necesario análisis tópico de la discrecionalidad.

650.

La cuestión del alcance del control judicial: ¿anulación o sustitución?

651.

Sustitución en los casos de reducción de la discrecionalidad a cero.

652.

La prohibición de determinar judicialmente el contenido de las decisiones discrecionales y la redacción de los preceptos reglamentarios anulados.

órganos jurisdiccionales no podrán determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anularen...». Este precepto corrige en términos más restrictivos lo que establecía el artículo 85 LJCA de 1956 para el limitado supuesto de las ordenanzas fiscales. La jurisprudencia acepta que este poder de sustitución es aún más restringido si lo que se trata es de suplir la actividad administrativa reglamentaria (STS de 14 de diciembre de 1998).

Utilizamos ahora tres supuestos típicos y bastante distintos de decisiones administrativas que comprenden casos de máxima discrecionalidad, que se dan cuando el órgano administrativo maneja opciones políticas que puede elegir con libertad plena, y otros en los que las decisiones tienen un componente técnico o práctico cuya corrección puede contrastarse recurriendo a criterios de experiencia o a la opinión de expertos en la materia a la que la decisión administrativa se refiere.

653.

Los actos políticos.

b) *La doctrina de los actos políticos: contenido y transformaciones*

Un caso de máxima discrecionalidad posible lo constituyen los actos tradicionalmente denominados políticos o de gobierno, recogidos en nuestra legislación desde finales del siglo XIX, y que ha hecho desaparecer como concepto legal (no como idea doctrinal, naturalmente, ni como concepto técnico) la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 13 de junio de 1998. La conocida historia de los actos políticos empezó en Francia al principio del siglo XIX. Fue una noción utilizada por el Consejo de Estado, en un momento en que su debilidad institucional era máxima, precisamente para evitar tener que conocer de algunas decisiones de fuerte relevancia política. Explícitamente la primera resolución que utiliza el concepto de acto de gobierno es el *arrêt Laffite*, de 1 de mayo de 1822. El *Conseil d'État* excluirá de su competencia el conocimiento de cuestiones relativas a las consecuencias de la caída del régimen napoleónico. En el caso *Laffite* se discutía la validez de la renta otorgada por Napoleón a la princesa Borghese, y que ella había enajenado ulteriormente a favor del banquero Laffite. Una ley posterior a Waterloo, de 12 de enero de 1816, privó a todos los miembros de la familia Bonaparte de cuantos bienes hubiesen adquirido a título gratuito, entre los cuales la renta de la princesa Borghese. El cesionario Laffite reclamó ante el Consejo de Estado el pago de la renta, pretensión que el Consejo resolvió

654.

Origen en la jurisprudencia del Conseil d'État.

655.

Arrêt Laffite de 1822: la doctrina del móvil político.

declarándose incompetente, teniendo en cuenta el contenido político de la cuestión: «*La réclamation tient à une question politique dont la décision appartient exclusivement au Gouvernement*». La Ley de 12 de enero de 1816 era, para el Consejo de Estado, un acto de suprema política, un «*acte tout politique*», y por tanto «no puede ser juzgado por las reglas ordinarias del Derecho Administrativo, y contra la cual no cabe una oposición por vía contenciosa».

A este importante *arrêt* inaugural de la doctrina del móvil político, seguirán luego otros principalmente relacionados con reclamaciones patrimoniales de las familias reinantes. De este tipo son los *arrêts* de 5 de diciembre de 1838, *Famille Napoléon Bonaparte*, y de 22 de agosto de 1839, *Héritiers de Napoléon Bonaparte*. El *Arrêt Murat*, de 23 de julio de 1823, había incluido los actos diplomáticos también entre los irrevisables en sede contenciosa por razón de su contenido. La doctrina general, así establecida, se mantiene en otros diversos *arrêts* que gotean por todas las décadas del siglo XIX (*Arrêt Prince Louis Napoléon*, de 22 de agosto de 1844; *Arrêt Famille Orleáns*, de 18 de junio de 1852; *Arrêt Duc d' Aumale*, de 9 de mayo de 1867, etc.). La técnica se aplica también para inadmitir el control de las decisiones de policía afectantes a la seguridad interior del Estado (*Arrêts Boulet*, de 5 de enero de 1855, y *Dautreville*, de 10 de enero de 1856). No llegó a generalizarse, de modo completo, en la jurisprudencia del Consejo de Estado (como puso de manifiesto L. ROLLAND, y ha destacado entre nosotros N. GARRIDO), la doctrina del móvil político en el sentido de que se excluyeran de control la totalidad de los actos que tuvieran una motivación política. Se aplicó más en concreto esta doctrina para el caso de los conflictos generados por los privilegios dinásticos ya mencionados, pero, en los demás casos, aunque el Consejo de Estado utilizó la idea del móvil político, fue elaborando a lo largo del siglo XIX una casuística más matizada de actos políticos insusceptibles de control.

En todo caso, la jurisprudencia del *Conseil d'État* cambia radicalmente a partir de la Ley de 24 de mayo de 1872, que le reconoce definitivamente plenitud de su función jurisdiccional, aplicándose el denominado sistema de justicia delegada (artículo 9: «El Consejo de Estado resuelve soberanamente sobre las demandas de anulación por exceso de poder interpuestas contra los actos de las diferentes autoridades administrativas»). La consecuencia jurisprudencial más destacada, en lo que ahora nos interesa, es el abandono de la doctrina del móvil político, a partir del *Arrêt Prince Napoléon*, de 1875, que abre un nuevo período. Niega entonces el Consejo, que el acto de gobierno se caracterice por tener una motivación política. El abandono de este

656.

Las decisiones políticas no pertenecen a la jurisdicción.

657.

Desarrollo jurisprudencial de la doctrina.

658.

La utilización de la doctrina para excluir el control de decisiones relativas a privilegios dinásticos, relaciones diplomáticas y otros: casuística.

659.

El cambio de fundamento de la doctrina del acto político: *Arrêt Prince Napoléon*, de 1875.

660.

La definición del acto político según criterios casuísticos y negación de la doctrina del móvil.

criterio anterior, exigirá al Consejo de Estado seleccionar los supuestos en los que debe excluirse el control de un acto de procedencia gubernamental. En las importantes conclusiones del Comisario David, se afirmaba que «la calificación de un acto como acto de gobierno no puede dejarse arbitrariamente a voluntad del Gobierno». Y hecha esta negación, el problema subsiguiente de la jurisprudencia del *Conseil d'État*, hasta la actualidad, será buscar los criterios que sirvan para definir los actos políticos. En la negación de la vieja doctrina insistirán los *arrêts* del Consejo *Marquigny y Bouffier*, ambos de 5 de noviembre de 1880. El Tribunal de Conflictos se sumaría a esta misma doctrina a partir del *Arrêt Dufeuille*, de 25 de marzo de 1889.

661.

La permanencia de la dogmática del acto político hasta hoy.

No recorreremos ahora la tortuosa historia del acto de gobierno en la doctrina jurisprudencial francesa, empeñada casi siempre en aclarar mediante un sistema de simple lista cuál es el elenco de actos que pueden considerarse como políticos y excluidos de control jurisdiccional. Algunas veces los criterios dogmáticos empleados para la calificación se han hecho, como VILLARY dijo del acto de gobierno mismo, inencontrables. Pero la categoría del acto político ha tenido siempre una extraña virtud autorregenerativa en el Derecho francés, porque con cierta frecuencia la jurisprudencia insiste sobre la posibilidad de incluir en la lista de actos de gobierno nuevas clases de decisiones gubernamentales. Por ejemplo, *Arrêts D'Attilio*, de 25 de septiembre de 1998, y *Association Comité Tous Frères* de, 27 de noviembre de 2000.

662.

El acto político en el Derecho administrativo español.

En nuestro Derecho, la historia del acto político es algo más simple, aunque también ha sido la jurisprudencia la que ha tenido que hacer el esfuerzo principal para delimitar la categoría.

663.

Aparición en el Reglamento de la Ley de 1888 de la JCA.

En la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 13 de septiembre de 1888, se excluía del conocimiento de los tribunales de lo contencioso-administrativo, como ya nos es conocido, las cuestiones referidas a la «potestad discrecional» (artículo 4). La mención concreta de los actos políticos como cuestiones que corresponden «señaladamente a la potestad discrecional» aparecerá en el Reglamento de la citada Ley, aprobado el 29 de diciembre de 1890 (con modificación de 22 de junio de 1894), artículo 4. No precisaba el precepto cuáles eran específicamente las «cuestiones que, por la naturaleza de los actos de que nazcan o de la materia sobre la que versen, pertenezcan al orden político o de gobierno». Fue la jurisprudencia la que estableció las precisiones correspondientes. Pero es notable que en el citado Reglamento no existe una separación tajante entre lo administrativo y lo político, porque también los actos políticos son una manifestación de la actividad administrativa discrecional. La separación de lo polí-

664.

Formación jurisprudencial del concepto.

665.

Separación del acto político y el acto administrativo discrecional en la LJ de 1956.

tico de lo administrativo aparecerá mucho después en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 26 de diciembre de 1956. En la Exposición de Motivos de la Ley se explica que los actos políticos no son una especie del género de actos discrecionales, caracterizados por un grado máximo de discrecionalidad, «sino actos esencialmente distintos por ser una la función administrativa y otra la función política, confiada únicamente a los supremos órganos estatales». El artículo 2.b) de la Ley citada excluía del conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa, en consecuencia, «las cuestiones que se susciten en relación con los actos políticos del Gobierno, como son los que afecten a la defensa del territorio nacional, relaciones internacionales, seguridad interior del Estado y mando y organización militar, sin perjuicio de las indemnizaciones que fueran procedentes, cuya determinación sí corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa». La jurisprudencia que hubo de aplicar este precepto, que tiene ahora escaso interés para nosotros, utilizó en una primera etapa la doctrina del móvil político para identificar las categorías de actos a las que se quería referir el artículo 2.b) citado, y más tarde fue achicando el ámbito de los actos políticos utilizando, por un lado, el criterio de que solo el Gobierno podía emanar actos políticos excluidos de control en virtud de aquel precepto, y por otro lado, reduciendo a una serie más limitada de materias los casos en los que era posible considerar que una decisión gubernamental tenía la condición de acto político.

La historia reciente del acto político y de la jurisprudencia en esta materia tiene dos fases perfectamente identificables, iniciada la primera después de la aprobación de la Constitución, y la segunda tras la aprobación de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998.

El primer cambio en la jurisprudencia vino determinada por lo establecido en el artículo 106.1 CE sobre el control pleno por los tribunales de todas las decisiones administrativas, por el sometimiento pleno de la Administración a la ley y al Derecho (artículo 103.1), la función de los tribunales respecto del control de la legalidad (artículo 117.1) y el reconocimiento del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24).

La Ley de la Jurisdicción de 1998, por su parte, aportó la novedad de deducir de la Constitución, y en particular de los principios indicados, que no podía contemplarse normativamente ninguna categoría de actos, sean o no de naturaleza política, exentos de control judicial. Es posible que dicho control se limite al examen de alguno de los elementos de la decisión, pero la nueva ley excluye la inmunidad abso-

666.

Artículo 2.b) de la LJ de 1956 y la jurisprudencia.

667.

La evolución postconstitucional de la noción de acto político.

668.

La LJ de 1998: desaparición de la categoría de los actos políticos.

669.

Explicación de la eliminación de la categoría en la Exposición de Motivos de la LJ.

luta. Por estas razones, no recogió, entre las exclusiones de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, la establecida en el viejo artículo 2.b) antes citado de la Ley de 1956. Tal reforma la explica la Exposición de Motivos de la nueva ley en los siguientes términos: «La Ley parte del sometimiento pleno de los poderes públicos al ordenamiento jurídico, verdadera cláusula regia del Estado de Derecho. Semejante principio es *incompatible con el reconocimiento de cualquier categoría genérica de actos de autoridad —llámense actos políticos, de Gobierno, o de dirección política excluida per se de control jurisdiccional—*. Sería ciertamente un contrasentido que una ley que pretende adecuar el régimen legal de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa a la letra y al espíritu de la Constitución, llevase a cabo la introducción de toda una esfera de actuación gubernamental inmune al Derecho. En realidad, el propio concepto de «acto político» se halla hoy en franca retirada del Derecho Público europeo. Los intentos encaminados a mantenerlo, ya sea delimitando genéricamente un ámbito en la actuación del poder ejecutivo regido solo por el Derecho Constitucional, y exento del control de la jurisdicción contencioso-administrativa, ya sea estableciendo una lista de supuestos excluidos del control judicial, resultan inadmisibles en un Estado de Derecho».

670.

La renovación de la jurisprudencia: doctrina de la STS de 28-6-1994.

Después de entrar en vigor la Constitución y antes de la aprobación de la Ley de 1998, el Tribunal Supremo adaptó la vieja doctrina del acto político a la Constitución en una serie de sentencias decisivas. La primera importante es la de 28 de junio de 1994 (caso del nombramiento del Fiscal General del Estado). La sentencia se plantea directamente el problema de si la designación del Fiscal General es una resolución gubernamental en la que se hace efectiva una opción política, más que tratarse de una decisión exclusivamente administrativa.

671.

Jurisprudencia del TC sobre decisiones gubernamentales no controlables por la JCA.

El Tribunal Supremo acepta la existencia de actuaciones políticas del Gobierno no sometidas a control jurisdiccional (Sentencias de 9 de junio y 2 de octubre de 1987). El Tribunal Constitucional había sostenido lo mismo desde su Sentencia de 15 de marzo de 1990, en el sentido de admitir una actividad política del Gobierno no sujeta a revisión judicial. En la Sentencia de 15 de marzo de 1990 citada dijo, a tal propósito, que «no toda actuación del Gobierno, cuyas funciones se enuncian en el artículo 97 del Texto Constitucional, está sujeta al Derecho Administrativo. Es indudable, por ejemplo, que no lo está, en general, la que se refiere a las relaciones con otros órganos constitucionales, como son los actos que regula el Título V de la Constitución o la decisión de enviar a las Cortes un proyecto de ley u otros semejantes, a través de las cuales el Gobierno cumple también la función de direc-

672.

La exclusión total de control es contraria al principio de legalidad y al de tutela judicial efectiva.

ción política que le atribuye el mencionado artículo 97 de la Constitución. A este género de actuaciones del Gobierno, diferentes de la actuación administrativa sometida a control judicial, pertenecen las decisiones que atribuyen prioridad a unas u otras parcelas de la acción».

Aun partiendo de estos criterios, la Sentencia del Tribunal Supremo de 1994, antes citada, se manifiesta sobre la imposibilidad de aplicar en el nuevo orden constitucional el principio de exclusión total de los actos políticos, porque tal doctrina resulta contraria al principio de legalidad proclamado en el artículo 9 de la Constitución y al derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24.1.

Al tener que dar primacía al principio de legalidad, recuerda que, para resolver el caso concreto, es fundamental lo que establece el artículo 29.1 del Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal, que impone que la elección de Fiscal General del Estado se haga «entre juristas españoles de reconocido prestigio con más de quince años de ejercicio efectivo de su profesión». Por mucho contenido político que tenga la decisión de nombrar a un jurista y no a otro, la necesidad de que cumplan el indicado requisito ha sido impuesta por el legislador, y la jurisdicción puede valorar su concurrencia «sin tocar en absoluto la libertad del Gobierno para optar políticamente entre la multiplicidad de juristas en la que concurre aquella circunstancia o incluso la de promover la pertinente reforma legislativa que suprima del Estatuto el mencionado requisito». Pero mientras esté vigente el control judicial será necesario. La Sentencia añade: «No desconocemos que esta doctrina se mueve en el límite de lo jurisdiccionalmente posible, pero incardinada al mismo tiempo en la importante tradición de la jurisdicción contencioso-administrativa, dirigida a reducir las inmunidades del poder ejecutivo, procurando que las legítimas y necesarias apreciaciones y decisiones políticas de este se hagan efectivas dentro de los linderos previamente marcados por el poder legislativo».

Un segundo paso muy relevante en el control jurisdiccional de los actos políticos se produjo con ocasión de varias Sentencias de 4 de abril de 1997, del Pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en las que se planteó, con ocasión de diferentes recursos, el control jurisdiccional de una decisión del Consejo de Ministros de no desclasificar determinados documentos que habían sido considerados secretos mediante un Acuerdo de 1986.

El Tribunal Supremo acepta que dichas decisiones no constituyen meros actos administrativos sino que cabe enmarcarlas en el ámbito

673.
*Las Sentencias del
 Tribunal Supremo
 de 4 de abril de
 1997
 (desclasificación de
 documentos
 secretos).*

de las potestades de dirección política que atribuye al Gobierno el artículo 97 de la Constitución. Esta clase de decisiones está excluida del normal control por otros poderes o instituciones del Estado, lo que constituye una excepción de gran trascendencia al entendimiento normal del principio de control jurisdiccional de la actividad administrativa. La justificación de esta excepción radica en la preservación del orden constitucional, ya que se pone en juego la «seguridad y defensa del Estado» [artículo 105.b) CE]. A juicio de la Sentencia la documentación cuya desclasificación se solicitaba formaba parte de lo que merece ser calificado legal y constitucionalmente como afectante a la seguridad del Estado. Pero, aceptando esta valoración recuerda también que la jurisprudencia ya citada «ha admitido pacíficamente la existencia de actuaciones políticas del Gobierno no sometidas al control jurisdiccional». Esta misma doctrina es aplicable al caso concreto que la sentencia enjuicia, pero compatibilizándola con las exigencias del principio de legalidad consagrado en el artículo 9 CE y el de tutela judicial efectiva del artículo 24.1. Estos principios constitucionales obligan a que la jurisdicción asuma el control también de los actos de dirección política en los casos en que «el legislador —dice la Sentencia de 1997 citada— haya definido mediante *conceptos judicialmente asequibles los límites o requisitos previos a los que deben someterse dichos actos de dirección política*, en cuyo supuesto los tribunales debemos aceptar el examen de las eventuales extralimitaciones o incumplimiento de los requisitos previos en que el Gobierno hubiera podido incurrir al tomar la decisión». Esta idea de los «conceptos judicialmente asequibles» es de la que se vale el Tribunal para afirmar que así como es posible establecer la vinculación que pueda existir entre los documentos, su clasificación como secretos y la seguridad del Estado, es también posible determinar negativamente la concurrencia de circunstancias que «o bien eliminen totalmente la afección a dicha seguridad o bien la aminoren en términos que —ponderando los intereses jurídicos en juego— nos permitan dar prevalencia, en su caso, al derecho constitucional a la tutela judicial efectiva invocado por los recurrentes para pedir la desclasificación». Es, por tanto, el derecho a la tutela judicial efectiva «el que abre la brecha para que el en apariencia ajustado a Derecho criterio del Gobierno de no desclasificar los documentos, sea sometido a revisión judicial en cuanto a su compatibilidad con el mencionado derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, cualquiera que haya sido la convicción del Gobierno sobre la realidad material a que aquellos aluden o acerca de su repercusión actual sobre la seguridad del Estado».

674.

Los «conceptos judicialmente asequibles».

675.

Ponderación de los intereses en juego y graduación de las exigencias de la seguridad.

676.

La concurrencia de otros bienes, principios o derechos más dignos de protección.

Con estos criterios el Tribunal Supremo examina, en concreto, si los intereses constitucionales en tensión habían sido adecuadamente ponderados por el acuerdo impugnado. El análisis lo concluye afirmando que tal ponderación no fue correcta, porque debió dar prevalencia al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 CE. Tanto más cuando los papeles clasificados habían de ser utilizados en un proceso penal en el que estaba involucrada la protección de bienes jurídicos tan relevantes en un Estado de Derecho como el derecho a la vida, la libre actuación de la justicia o la inviolabilidad del domicilio, mientras que la seguridad del Estado en el caso quedaba mínimamente afectada. Tampoco le parecieron suficientes los argumentos utilizados para justificar la denegación de la desclasificación. Estos criterios de ponderación son, en fin, los que en las demás Sentencias de 4 de abril de 1997 se utilizan como imprescindibles para decidir si, aun perteneciendo la clasificación de documentos por razones de seguridad a la potestad de dirección política del Gobierno, insusceptible en principio de control jurisdiccional, debe primar sobre ella el derecho a la tutela judicial efectiva cuando dicha seguridad no quede cuestionada, o no suponga un sacrificio injustificadamente excesivo de otros derechos constitucionales.

La jurisprudencia en materia de actos políticos se había decantado, pues, en sentido de aceptar su control jurisdiccional limitado, en aplicación directa de los principios constitucionales, antes de que la categoría del acto político fuera eliminada de la Ley de la Jurisdicción de 1998.

Después de esta Ley, las sentencias del Tribunal Supremo revelan una mayor libertad de intervención en relación con algunas clases de actos de dirección política, pero se mantiene también decididamente la exclusión del control de algunos de ellos.

Dichas sentencias que sintetizan la doctrina jurisprudencial, explican, como hace la de 4 de diciembre de 2000, la limitada intervención sobre los actos políticos que se practicaba por los tribunales en el marco de la Ley de 1956, y los avances ulteriores en base a las previsiones contenidas en los principios constitucionales de legalidad y de tutela judicial efectiva, hasta llegar a la importante Sentencia de 28 de junio de 1994, ya referenciada. Usando estos parámetros, el Tribunal Supremo ha rechazado reiteradamente el reconocimiento de la condición de actos políticos a algunas clases de resoluciones que venían considerándose tales con anterioridad, a los efectos de practicar un control efectivo de su legalidad. Esta jurisprudencia, como recuerda la Sentencia de 13 de diciembre de 2001, «ha precisado la necesidad de

677.

Los límites a la exención de control jurisdiccional de las decisiones gubernamentales que afectan a la seguridad del Estado: las exigencias de la legalidad y la tutela judicial efectiva.

678.

La jurisprudencia sobre los límites y los fundamentos del control jurisdiccional de las decisiones de carácter político tras la LJCA de 1998.

679.

Algunos ejemplos de actos de contenido político susceptibles de control: actos graciables, convocatorias de elecciones, comisiones rogatorias, decisiones de extradición, iniciativa legislativa...

hacer efectivo el respeto al principio de legalidad, cualquiera que sea la naturaleza objetiva del acto realizado por el Gobierno (Sentencias de 31 de mayo de 1993 y 28 de junio de 1994), *haciendo susceptibles de control jurisdiccional los conceptos judicialmente asequibles inherentes a todo acto de gobierno* (Sentencia del Pleno de esta Sala de 4 de abril de 1997), incluso en los que, como ocurre en el presente caso, se ejerce una potestad calificada por el Abogado del Estado de graciable». La misma sentencia considera controlable un acto por el que se otorga una condecoración a un jefe de policía fallecido. La Sentencia de 14 de diciembre de 2000 considera pertinente, aun reconociendo su condición de acto político, la admisibilidad de un recurso contra un acto de convocatoria de elecciones autonómicas. Se ha sostenido sin titubeos la competencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para examinar la legalidad de la actitud negativa del Gobierno para tramitar una comisión rogatoria (Sentencia de 24 de julio de 2000); asimismo se considera revisable una decisión del Gobierno relativa a la extradición de una persona (Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 1999); por su condición de acto del Gobierno, actuando como órgano político y no como órgano de la Administración, considera la STS de 16 de febrero de 2000 (asunto Pinochet) que no se puede pretender obtener un pronunciamiento judicial que sustituya la decisión del Gobierno de no recurrir una decisión adoptada por un Gobierno extranjero; tampoco es controlable la iniciativa legislativa ejercida por el Gobierno, porque es esta una actividad en la que predomina «un principio de conveniencia y utilidad política», no recurrible ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (SSTS de 3 de diciembre de 1998 y de 26 de octubre de 1999, siguiendo una doctrina que ya está establecida en las SSTC de 15 de mayo y 26 de noviembre de 1990). Tampoco son actos, en fin, susceptibles de control, los acuerdos de las comisiones mixtas constituidas entre el Estado y las Comunidades Autónomas cuando son el precedente de proyectos legislativos que rigen, por ejemplo, la financiación de aquellas (STS de 29 de enero de 1999), etc. El control de la potestad de indulto es posible pero ha de referirse solo a los elementos reglados de la decisión; la jurisprudencia utiliza la categoría de «acto graciable» en este caso. La STS de 16 de febrero de 2005, cuya doctrina siguen otras muchas como las de 30 de enero de 2014 (rec. 407/2012) o 14 de noviembre de 2014 (rec. 251/2014) afirma que «el acuerdo negatorio de la concesión de indulto constituye un acto graciable, como categoría distinta de los actos discrecionales y controlable exclusivamente en cuanto a sus elementos reglados por esta Sala».

El estado de la doctrina de los actos políticos que resulta de la jurisprudencia pos-constitucional, tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo, permite establecer las siguientes conclusiones:

Primera: Aunque la noción de acto político ha dejado de ser un concepto legal en la LJCA de 1998, la jurisprudencia sigue reconociendo la existencia de actos de dirección política de naturaleza distinta de los actos administrativos.

Segunda: No obstante lo anterior, la consagración constitucional del principio de legalidad (artículo 9.3), de sometimiento pleno de la Administración a la ley y al Derecho (artículo 103.1), de control judicial de la totalidad de la actividad administrativa (artículo 106), y de tutela judicial efectiva (artículo 24.1), determina que no exista en nuestro Derecho ninguna categoría de actos de los poderes públicos exentos de control. Por consiguiente, también los actos de naturaleza política lo son en la medida en que la legalidad los somete al cumplimiento de requisitos o criterios que pueden ser apreciados en sede judicial.

Tercera: El método para el control de estos actos de componente básicamente político es sustancialmente el mismo que se emplea para el control de los actos discrecionales. En definitiva, la intensidad del control depende de lo que la jurisprudencia denomina «conceptos judicialmente asequibles» o, dicho como lo hemos explicado nosotros en epígrafes precedentes, de la densidad o predeterminación normativa de la decisión del ejecutivo que se trata de controlar.

Cuarta: Utilizando dichos conceptos, o contando con una predeterminación legal suficiente, es posible no solo llegar a anular las decisiones adoptadas por no cumplir los requisitos que las normas determinan, sino también, cuando la Administración no tiene ninguna posibilidad de opción y su discrecionalidad está reducida a cero, determinar judicialmente cuál es la única decisión legalmente adecuada (v.gr., para el caso de actos de componente político, las sentencias sobre los papeles del CESID en las que se declara la pertinencia de levantar el secreto, sin limitarse a anular simplemente la decisión sometida a control).

c) *Los límites de la discrecionalidad de la potestad de planeamiento*

Frente a una jurisprudencia tradicional que negaba el control jurisdiccional de las decisiones de planeamiento, por considerarlas «como un reflejo, en tono menor, del poder legiferante» (STS de 24 de noviembre de 1981), típicamente discrecionales, adoptadas por la

680.
*La discrecionalidad
en la potestad de
planeamiento.*

681.
La jurisprudencia tradicional y sus transformaciones.

682.
El papel de los principios generales del Derecho.

683.
Coherencia interna del planeamiento y opciones arbitrarias.

684.
Anulación de las decisiones no razonables y contrarias a la situación de hecho y determinación de la solución correcta.

685.
Anulación y sustitución de la decisión administrativa.

Administración usando criterios técnicos o sociológicos formados en ejercicio de su función de salvaguardar el interés público (STS de 11 de julio de 1987), desde mediados de los años ochenta la jurisprudencia cambió radicalmente este criterio (J. DELGADO BARRIO, T. R. FERNÁNDEZ fueron los primeros en estudiarlo). Desde las primeras sentencias se hace un uso amplio de los principios generales del Derecho, cuya función en el ordenamiento se pondera en este ámbito como en ningún otro (los principios generales son, dice la conocida STS de 1 de diciembre de 1986, «la atmósfera en la que respiramos jurídicamente»). Por ello, la decisión planificadora discrecional solo es admisible si guarda coherencia lógica con aquellos. En caso de incongruencia o discordancia de la solución elegida con la realidad, se produciría una infracción del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos consagrado en el artículo 9.3 CE. Usando este criterio para valorar la legalidad de una concreta decisión de planeamiento, el Tribunal Supremo, en la Sentencia de 1 de diciembre de 1986 citada, llegó a la conclusión que establecer un cuartel en un lugar calificado anteriormente como zona verde, no tenía sentido alguno desde el punto de vista de la coherencia del planeamiento.

Otras varias sentencias consolidaron la doctrina enjuiciando, sin ninguna reticencia, si las soluciones adoptadas por la Administración para calificar terrenos como urbanos o no urbanizables, o al ubicar infraestructuras o servicios, o decidir sobre la estructura de las edificaciones o la conservación de inmuebles, son correctas desde el punto de vista de la situación fáctica, y coherentes con la ordenación urbanística existente y las demás opciones elegidas por el plan para la misma zona o entorno (Sentencias de 22 de septiembre y 15 de diciembre de 1986). Ahondando en estos criterios, el Tribunal Supremo ha llegado no solo a declarar nulas las decisiones de planeamiento arbitrarias, no razonables o incoherentes con las situaciones de hecho, sino también a determinar directamente la decisión más correcta (STS de 15 de diciembre de 1986: «El control jurisdiccional sobre la actividad discrecional de la Administración conduce, desde luego, a la anulación de las calificaciones urbanísticas que resulten incoherentes con las líneas generales de planeamiento o discordantes con la realidad de los hechos. *También permite, en ocasiones, establecer directamente la nueva calificación de la zona, pero para ello es preciso que inequívocamente aquellos criterios conduzcan a una sola solución coherente*»). Es decir, que es posible, no solo la anulación del acto de planeamiento, sino también su sustitución por lo acordado judicialmente, cuando sea posible reducir a cero la discrecionalidad. Ocurrirá así cuando apli-

cando los parámetros legales, y considerando la situación de hecho, solo exista una alternativa posible.

De esta misma línea jurisprudencial son muestra otras sentencias importantes ulteriores como la de 4 de abril de 1988 (que no comparte la doctrina «de que la revisión jurisdiccional de una calificación urbanística contenida en un plan deba limitarse a examinar su legalidad por no estar permitido a la jurisdicción modificar la solución elegida por la Administración»). Cuando la solución adoptada por la Administración no está respaldada en datos objetivos, es incongruente o discordante con la realidad, o carece de justificación fáctica, la revisión jurisdiccional puede ser plena en el sentido de alcanzar no solo a la anulación de lo decidido, sino también a su sustitución por la decisión correcta declarada en sede jurisdiccional. El Tribunal Supremo ha utilizado profusamente el principio de interdicción de la arbitrariedad (artículo 9.3 CE) para expandir de este modo su función de control de la discrecionalidad (STS de 20 de marzo de 1990: «La no aplicación de las reglas relativas a alturas en relación con las nuevas anchuras establecidas en la modificación del planeamiento aquí impugnada, vulnera las exigencias de racionalidad que derivan del principio de interdicción de la arbitrariedad de la Administración —artículo 9.3 CE—»).

Un ejemplo típico del modo de razonar de la jurisprudencia que consideramos lo ofrece la Sentencia de 22 de febrero de 1999, que recuerda una amplia serie de sentencias que han interpretado el artículo 78 de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, Texto Refundido de 9 de abril de 1976 (SSTS de 23 de marzo de 1982, 28 de diciembre de 1983, 26 de febrero de 1984, 19 de mayo, 29 de mayo, 25 de junio y 21 de septiembre de 1987, 7 y 20 de marzo, 17 de junio y 11 de julio de 1989, etc.). El precepto citado determina cuáles son los terrenos que deben constituir el suelo urbano. Sus términos aparecen actualmente repetidos en la legislación urbanística autonómica. Tal determinación legal constituye un límite de la potestad administrativa del planeamiento, «sin que quede margen para la discrecionalidad en la actuación administrativa». La norma en cuestión contiene una prescripción clara, al establecer que «constituirán el suelo urbano» los terrenos que reúnan las condiciones que en él se indican. Una regla de planeamiento que se aparte de estos criterios es perfectamente controlable judicialmente. El Tribunal podrá declarar su nulidad, y, en su caso, determinar cuál debería haber sido la correcta solución. La consolidada jurisprudencia constituida por las sentencias que venimos citando y, entre otras, las de 20 de marzo, 8 de octubre, 24 de octubre y 18 de diciembre y 22 de

686.

El caso del control de la discrecionalidad para calificar suelo como urbano.

diciembre de 1990, han declarado, como dice expresamente esta última, que el control jurisdiccional de la potestad de planeamiento ha de extenderse «en primer término, a la verificación de la realidad de los hechos para, en segundo lugar, valorar si la decisión planificadora discrecional guarda coherencia lógica con aquellos, de suerte que cuando se aprecie una incongruencia o discordancia de la solución elegida con la realidad que integra su presupuesto o una desviación injustificada de los criterios generales del plan, tal decisión resultará viciada por infringir el ordenamiento jurídico, y más concretamente el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos —artículo 9.3 de la Constitución— que, en lo que ahora importa, aspira a evitar que se traspasen los límites racionales de la discrecionalidad y se convierta esta en fuente de decisiones que no resulten justificadas». Esta misma línea jurisprudencial tiene expresiones abundantísimas en otras muchas sentencias en cuyo contenido no resulta ya preciso insistir (una muestra, en un solo año: SSTS de 20 de enero, 23 de febrero, 29 de abril, 6 de mayo, 23 y 29 de septiembre, 9 y 14 de octubre y 25 de noviembre de 1998).

d) *La discrecionalidad técnica: exámenes, concursos y contratos*

687.

Control de la discrecionalidad técnica.

Analizaremos, por último, el alcance del control jurisdiccional de las potestades discrecionales en algunos casos en los que tradicionalmente se ha entendido que la intervención judicial ha de ser limitada porque la decisión administrativa es de carácter técnico. Estaríamos en estos supuestos ante decisiones basadas en valoraciones, experiencias o conocimientos que los órganos administrativos poseen de un modo más destacado, de forma que es necesario reconocerles, *iuris tantum*, una presunción de rigor y exactitud en la elección de la opción más adecuada para el interés general. El control de la discrecionalidad técnica plantea, de modo muy intenso, la cuestión de si los jueces y tribunales, en el marco de un proceso administrativo, disponen de recursos técnicos suficientes para valorar debidamente la opción seguida por la Administración y, más aún, si es aceptable en términos de Derecho, habida cuenta que su función no es intercambiable con la administrativa, que sustituyan dicha decisión por otra.

688.

Los límites que la técnica impone al control jurisdiccional.

Dos ámbitos típicos en que la discrecionalidad técnica se manifiesta son el de las oposiciones y concursos relativos a la selección y carrera del personal al servicio de las Administraciones públicas, y, por otra parte, el de la contratación administrativa.

689.

La discrecionalidad técnica de las comisiones y tribunales calificadores de oposiciones y concursos.

En materia de oposiciones y concursos, como, en general, en relación con cualquier decisión administrativa basada en juicios pedagógicos o concernientes a la idoneidad de un determinado candidato para ocupar un puesto de trabajo en la Administración, existe una jurisprudencia reiterada, incluso posterior a la Constitución, negatoria de cualquier posibilidad de que los tribunales puedan sustituir la decisión adoptada por la Administración con base a los juicios emitidos por las comisiones o tribunales calificadoros de oposiciones y concursos (SSTS de 22 de noviembre de 1983, 21 de noviembre de 1985, 27 de junio de 1986). Todas ellas, entre otras, mantienen una posición contraria, por las razones indicadas, a revisar las decisiones administrativas basadas en la opinión de comisiones técnicas. El Tribunal Supremo ha hablado de la «soberanía» de tales comisiones juzgadoras a las que hay que atenerse «sin que su superior decisión pueda ser sustituida por quien no forma parte del tribunal» (STS de 11 de noviembre de 1992). El Tribunal Supremo sostiene, además, su doctrina basándose en la objetividad e imparcialidad que es necesario reconocer a los órganos administrativos juzgadores, así como en el carácter técnico de sus conocimientos, que no poseen en el mismo grado los tribunales de justicia (más desarrollados en las SSTS de 2 de marzo de 2015 —rec. 718/2011—, y 25 de febrero de 2015 —rec. 4083—). La posibilidad de recurrir a pruebas periciales para poner en cuestión con ellas la valoración o calificación hecha por el tribunal, también ha sido rechazada sistemáticamente por la jurisprudencia, apoyándose en que de poco le valen al tribunal estas pruebas periciales porque no tiene potestad para fiscalizar una actuación que es esencialmente discrecional en su dimensión técnica (SSTS de 2 de julio, 15 de julio y 21 de noviembre de 1985, 25 de abril de 1995, 27 de abril de 1990). Los órganos de selección de personal, en definitiva, adoptan decisiones que vinculan a los tribunales de lo contencioso-administrativo, y la prueba pericial no puede enervar la valoración técnica efectuada por los mismos, según declara la STS de 8 de julio de 1994.

Como veremos enseguida, esta jurisprudencia presenta algunas vacilaciones y titubeos. Por lo pronto, resulta notoriamente incoherente si se comparan los argumentos en que se apoya con la inclinación que el Tribunal Supremo muestra a la hora de controlar las decisiones adoptadas, por ejemplo, por los jurados de expropiación, que son igualmente comisiones administrativas de carácter técnico, especializadas e imparciales, cuyas resoluciones, sin embargo, controla y sustituye con toda normalidad (entre muchas, como muestra de los primeros meses de un solo año, SSTS de 25 de enero, 3 de febrero,

690.

Soberanía, objetividad e imparcialidad de los órganos calificadoros.

691.

Matizaciones y aperturas de la jurisprudencia sobre control de concursos.

692.

Legalidad y técnica en la jurisprudencia del TC.

8 de febrero, 24 de febrero, 25 de febrero, 3, 17 y 21 de marzo de 1997).

El Tribunal Constitucional, al menos inicialmente, se situó exactamente en la misma posición de la jurisprudencia comentada del Tribunal Supremo sobre oposiciones y concursos. La STC 39/1983, de 17 de marzo, con ocasión de analizar una decisión sobre provisión de un puesto de trabajo administrativo, afirma que al margen de una posible apreciación de desviación de poder, que no se daba en el caso, la resolución administrativa impugnada no plantea «una cuestión de legalidad, sino una cuestión técnica, y escapa, por tanto, al control jurisdiccional». El Tribunal Constitucional entiende, por tanto, que las valoraciones técnicas son inmunes al control jurisdiccional y su enjuiciamiento no plantea cuestiones que puedan denominarse de estricta legalidad.

Algunas matizaciones a esta doctrina aparecen en la STC 110/1991, de 20 de marzo, en cuanto que se acepta la posibilidad de hacer valer el derecho a la aplicación de los principios de mérito y capacidad en el acceso a la función pública, formulando, a tal efecto, una crítica razonada de la valoración que haya llevado a cabo el tribunal calificador, para determinar, por ejemplo, que se ha incurrido en desviación de poder, o en discriminación, o en una valoración errónea de los méritos y capacidades. Pero la negación del control puro de la discrecionalidad técnica, en la materia que estamos analizando, la ha seguido sosteniendo el Tribunal Constitucional en sentencias posteriores como la 97/1993, de 22 de marzo.

La decisión de los órganos administrativos solo sería, según la jurisprudencia constitucional reiterada, revisable, cuando se incurra en error manifiesto, en discriminación, o en clara arbitrariedad. Para el caso de las oposiciones y concursos, esta posibilidad de control está claramente establecida en la STC 215/1991, en la que el Tribunal analiza el alcance de las competencias de las comisiones de reclamaciones que regulaba el artículo 43 de la derogada Ley de Reforma Universitaria. Ante estas comisiones se puede reclamar contra las decisiones adoptadas por los órganos encargados de enjuiciar los méritos aportados y las pruebas celebradas. Pero la función de las comisiones de reclamaciones, según la citada sentencia, se limita a «verificar el efectivo respeto por las comisiones juzgadoras de la igualdad de condiciones de los candidatos y de los principios de mérito y capacidad de los mismos». De manera que la no ratificación de sus propuestas solo puede producirse en aquellos supuestos en los que «... resulte manifiesta la arbitrariedad de la adjudicación efectuada y, por tanto, evi-

693.

Elementos controlables que son presupuesto de la decisión técnica.

694.

Error manifiesto, discriminación y arbitrariedad.

695.

Contratos y concesiones administrativas: control de la discrecionalidad en la ejecución.

dentes el desconocimiento de los principios de mérito y capacidad que rigen el concurso y el menoscabo del derecho a la igualdad de los candidatos no propuestos».

Por lo que concierne a los concursos relativos a la adjudicación de contratos o concesiones administrativas, la jurisprudencia insiste en que la encargada de resolver no puede sustituir «la ponderación de las propuestas u ofertas efectuadas... por otra distinta que suponga una revisión subjetiva, sin una evidencia definitiva de la clara superioridad de una u otra oferta y sin nuevos elementos probatorios» (STS de 19 de julio de 2000). A partir de los años noventa especialmente, la jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS de 2 de abril y 11 de junio de 1991, 25 de mayo de 1998, 19 de julio de 2000, entre otras muchas) acepta que en los concursos es posible controlar la elección que lleva a cabo la Administración competente cuando decide sobre la «*proposición más ventajosa*». La jurisprudencia parte de que este es un concepto jurídico indeterminado. Es posible verificar, por tanto, si la decisión que ha adoptado la Administración es la correcta. Pero para rectificar la apreciación que aquella haya hecho, resulta necesario justificar que ha obrado de un modo arbitrario o irrazonable. Dentro de los márgenes de decisión que la Administración tiene cuando ha de tomar en cuenta «criterios técnicos o de conveniencia (económica, social, organizativa)», su decisión será siempre ajustada a Derecho si «no se aparta de las bases o pliego de cláusulas, no aparezca como arbitraria, o, en fin, realice una aplicación inadecuada del concepto de mayor ventaja que incorpora la norma jurídica». De lo que puede concluirse, en fin, que «el Tribunal no puede sustituir materialmente el criterio de la Administración si no evidencia en su razonamiento que ha efectuado una aplicación arbitraria de los conceptos que incorpora la norma». Al elegir la proposición más ventajosa, la Administración debe moverse dentro de los límites marcados por la interdicción de la arbitrariedad y el interés público.

La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Tercera) de 27 de marzo de 2001 ha sintetizado la doctrina en materia de control de las adjudicaciones de concursos. Otras muchas sentencias en los últimos años han delimitado de modo bastante exacto los parámetros que deben utilizarse para enjuiciar las decisiones administrativas en esta materia (SSTS de 20 y 21 de julio, 2 de octubre y 28 de noviembre de 2000, 27 de marzo de 2001, 13 de febrero de 2001, 17 de julio de 2001, 9 de abril de 2002, 4 de junio de 2002 y 18 de febrero y 11 de marzo de 2002). Recordaremos sus puntos esenciales:

696.

Test para determinar la ilegalidad de la decisión.

697.

Los criterios para el control de las adjudicaciones.

698.

Margen de apreciación de la proposición más ventajosa.

— El concurso representa una forma de contratación que implica flexibilidad en la selección del contratista, y la Ley de Contratos ofrece un abanico de soluciones alternativas en función de la conveniencia e idoneidad de las ofertas respecto del objeto del concurso.

— El artículo 134 de la Ley de Contratos del Sector Público, de 30 de octubre de 2007, ha limitado decisivamente la discrecionalidad en la adjudicación de contratos definiendo más concretamente los criterios de valoración de «la oferta económicamente más ventajosa». Pero ya la jurisprudencia anterior a dicha Ley había considerado que la noción de proposición «más ventajosa» es un concepto jurídico indeterminado cuya aplicación por la Administración es controlable jurisdiccionalmente. La mayor parte de los conceptos y valores que es necesario poner en juego para determinar cuál es la oferta más favorable desde aquel punto de vista tienen un «halo de indeterminación», zona de incertidumbre o penumbra, en cuya definición tiene que reconocerse a la Administración libertad de decisión. Sus opciones no pueden ser sustituidas en este punto por los tribunales. La potestad de apreciar cuál es la proposición más favorable permite a la Administración elegir entre varias opciones. Pero, como ha dicho la STS de 17 de julio de 2001, la decisión de la Administración «puede quedar sometida al control jurisdiccional cuando esa elección se haya producido conculcando el interés público para cuya defensa fue concebida la discrecionalidad, pero nunca sustituyendo en ese juicio valorativo a la Administración en la determinación de los elementos de oportunidad y conveniencia tenidos en cuenta al decidir» (en el mismo sentido, STS de 9 de abril de 2002).

— El control judicial de la adjudicación de concursos debe ser especialmente preciso al valorar la observancia de los hechos determinantes de la decisión (STS de 2 de octubre de 2000), la adecuación a los pliegos de condiciones, la razonabilidad de la decisión administrativa (SSTS de 18 de mayo de 1982, 23 de junio de 2000 y 17 de julio de 2001), su motivación (SSTS de 23 de junio y 3 de noviembre de 2000), el respeto a otros principios constitucionales (STS de 20 de julio de 2000) entre los cuales los de igualdad (SSTS de 25 de septiembre, 2 de octubre y 28 de noviembre de 2000), interdicción de la arbitrariedad (STS de 27 de marzo de 2001, que resume la jurisprudencia establecida al respecto), o los de buena fe y seguridad jurídica (STS de 23 de junio de 2000), etc. Con arreglo a estos parámetros, podrá anularse una decisión administrativa y también, eventualmente, sustituirla cuando sea perfectamente determinable que la opción seguida

699.

Anulación y límites a la sustitución.

700.

Parámetros a tener en cuenta en la decisión judicial.

701.

Posibilidades de sustituir la elección de la Administración por otra decidida en la sentencia.

por la Administración es incorrecta y que solo existe otra alternativa adecuada a la legalidad.

— La jurisprudencia sostiene, con carácter general, que los tribunales no pueden sustituir la decisión adoptada por la Administración en la adjudicación de un concurso ni designar, al resolver un contencioso, nuevos adjudicatarios a cambio de los elegidos por el órgano administrativo competente. Pero la jurisprudencia presenta excepciones, normalmente referidas a los casos en los que la programación normativa de la resolución del concurso hace que la decisión sea prácticamente reglada (STS de 2 de octubre de 2000). La reducción de la libertad de opción de la Administración y la posibilidad de sustituir su decisión, también se presenta en los casos en que solo existen dos alternativas a elegir y una de ellas queda descartada por no cumplir requisitos formales establecidos en las normas que rigen el concurso (SSTS de 2 de octubre de 2000, y 21 de julio de 2000).

VII. LA DECISIÓN EJECUTORIA Y OTRAS POSICIONES SINGULARES DE LA ADMINISTRACIÓN ANTE LA JUSTICIA

1. DECISIÓN EJECUTORIA Y EJECUCIÓN FORZOSA. FUNDAMENTOS. RECONSIDERACIÓN DE LA DOCTRINA DE LA AUTOTUTELA

Hemos estudiado ya la formación de un privilegio administrativo, procedente del Antiguo Régimen y consolidado en el siglo XIX, no obstante la creación de la jurisdicción contencioso-administrativa, consistente en la facultad de la Administración de ejecutar por sí misma sus decisiones, sin necesidad de impetrar el auxilio de la Justicia, y sin que medie ningún debate previo sobre su adecuación a la legalidad. Las decisiones administrativas primero se cumplen y luego, caso de que se trate de un acto que por su naturaleza sea recurrible, se discuten ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Esta es la clave de la relación de la Administración con la Justicia que se sintetiza en el denominado privilegio de la decisión ejecutoria.

Como también hemos estudiado, el privilegio no se forma con la desnudez y simplicidad técnica que acaba de indicarse, sino que, además, se refuerza con otras defensas. Singularmente con dos: para que los que estén interesados en la impugnación de un acto administrativo puedan acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa, es preciso

702.
*Origen
decimonónico del
principio.*

703.
*Aparición
simultánea de otros
privilegios.*

704.

Emergencia de las vías administrativas previas.

705.

El carácter revisor de la jurisdicción.

706.

Construcción teórica general de la posición de la Administración ante la Justicia.

que sometan previamente la cuestión de su validez a la propia Administración autora del acto. Este tránsito necesario se denomina vía administrativa previa que, naturalmente, también fortalece la posición de la Administración, ya que no solo puede reconsiderar lo decidido, sino retrasar el debate contencioso sobre la legalidad de sus actos. El segundo refuerzo lo aporta la doctrina del carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa. Este principio, tal y como se entendió por la jurisprudencia, significaba que el recurso contencioso-administrativo consistía en un debate sobre un acto administrativo previo, exclusivamente limitado a valorar jurídicamente lo decidido por la Administración, sin que fuera procedente añadir otros argumentos ni analizar cualquier alternativa no tenida en cuenta por la decisión sometida a enjuiciamiento. Resultaba de esta condición meramente revisora de la jurisdicción contencioso-administrativa, interpretada por la jurisprudencia con criterios muy restrictivos, una notable disminución de las posibilidades del control de la decisión administrativa ejecutoria.

Casi simultáneamente con las anteriores técnicas procesales se van desarrollando otras que han caracterizado la posición de la Administración ante la Justicia, prácticamente desde que el contencioso se formó: por ejemplo, la prohibición de interdictos, el privilegio de la inembargabilidad de los bienes de la Administración, o la reserva a esta de la ejecución de sentencias condenatorias dictadas en sede contencioso-administrativa contra ella misma.

Como todos estos privilegios se han formado históricamente al tiempo que el de la decisión ejecutoria, se ha producido una tendencia doctrinal a agruparlos y estudiarlos como si fueran manifestación de un mismo fenómeno, el de la posición privilegiada de la Administración ante la Justicia, posición calificada, con éxito, con el nombre de autotutela administrativa. Entendida esta en sentido amplio abarcaría no solo el privilegio de la decisión ejecutoria sino también todas las demás prerrogativas que directamente las leyes, o la jurisprudencia al interpretarlas, han reconocido a la Administración.

707.

Significación y consecuencias de la decisión previa.

708.

La distinción entre los privilegios du préalable y el de l'execution d'office en Derecho francés.

Conviene, sin embargo, diferenciar todos estos conceptos. El de decisión ejecutoria tiene una conocida raigambre en la jurisprudencia del *Conseil d'État* y la doctrina francesa, que lo consideran como una de las instituciones centrales y más características del Derecho Administrativo. Se reconocen a la Administración dos prerrogativas vinculadas a la ejecutividad de sus actos, llamadas, respectivamente, *privilège du préalable* y *privilege de l'execution d'office*. El primero resulta de la posibilidad de que la Administración pueda dictar resoluciones ejecutorias. Quiere ello decir que la Administración está dispensada de acu-

709.

Traslación de la carga de recurrir.

dir al juez previamente para realizar sus derechos o para que se reconozca fuerza de obligar a sus decisiones. Comporta esta regla dos consecuencias complementarias: primera, que la Administración ni debe ni puede solicitar de los jueces que adopten medidas ejecutivas que puede acordar ella misma (las demandas, en tal sentido, se han considerado inadmisibles en la jurisprudencia tradicional del *Conseil d'État*, al menos desde el *Arrêt préfet de L'Eure*, de 30 de mayo de 1913, que comentó M. HAURIUO). Y segunda, que si un particular no está de acuerdo con las pretensiones o declaraciones de la Administración debe impugnarlas ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa; se le traslada la pesada carga de recurrir y de hacerlo, además, en la más incómoda posición de demandante.

El privilegio de la ejecución de oficio consiste en la facultad que tiene la Administración que ha adoptado una decisión ejecutoria, de ejecutarla coactivamente, por sus propios medios. En el Derecho francés se reconoce a esta prerrogativa un «carácter exorbitante» (A. DE LAUBADÈRE, J. C. VENEZIA, Y. GAUDEMET) porque se emplea con muchos límites y contrapartidas. También esta caracterización de la acción de oficio se consolida en la jurisprudencia de los primeros años del siglo XX. Se citan siempre al respecto las conclusiones del Comisario ROMIEU en el asunto *Société immobilière Saint-Just*, resuelto por el Tribunal de Conflictos el 2 de diciembre de 1902: «*On peut définir l'exécution forcée par la voie administrative: un moyen empirique justifié légalement, à défaut d'autre procédé, par la nécessité d'assurer l'obéissance à la loi*». La doctrina francesa, no obstante manifestar siempre que este es un privilegio muy característico del Derecho Administrativo francés, frente a las prácticas del Derecho inglés donde es preciso el concurso de los tribunales para ejecutar forzosamente las decisiones administrativas, destaca el carácter excepcional del medio. Tiene que autorizarlo expresamente la ley y, además, solo se puede emplear cuando no existen vías judiciales idóneas (penales o civiles) para llevar a término la ejecución de la decisión administrativa.

Ni el privilegio de la decisión ejecutiva ni el de la ejecución forzosa o acción de oficio, tiene nada que ver, en la configuración técnica que ha hecho de ellos la doctrina francesa, con un reconocimiento a la Administración de prerrogativas que sean propias de los tribunales. El primero, en efecto, implica una traslación de la carga de recurrir y una presunción *iuris tantum* de validez de lo decidido por la Administración. Lo segundo, es un medio de actuación excepcional y en defecto de recursos judiciales útiles. Es muy cuidadosa la presentación por la doctrina francesa de las prerrogativas que comentamos para mantener

710.

La ejecución de oficio: carácter exorbitante.

711.

Arrêt Société immobilière Saint-Just, de 1902.

712.

Subsidiariedad y excepcionalidad de la ejecución forzosa.

713.

Ejecutividad y funciones jurisdiccionales.

714.

Origen de las exposiciones doctrinales del principio de autotutela.

estrictamente el principio de separación de la Administración y la Justicia, dejando a salvo que no suponen el ejercicio por aquella de funciones que pertenecen a esta. También explica sin dificultades la absoluta independencia de tales prerrogativas y el control de las decisiones de la Administración en sede contenciosa, control que ni se subordina, ni limita, ni condiciona por tal causa.

715.

La tutela de todos los derechos e intereses por la Justicia y sus excepciones.

Frente a esta construcción teórica, el principio de autotutela supone una explicación dogmática de los privilegios que analizamos bastante distinta. El origen de la idea es, en este caso, italiano (es de E. BETTI la sistematización de las características y manifestaciones de la autotutela privada —cuya significación no ha dejado de crecer— y a F. BENVENUTI la exposición sistemática del contenido y expresiones de la autotutela administrativa). Su exposición, entre nosotros, más influyente es la que hizo E. GARCÍA DE ENTERRÍA en su *Curso* con T. R. FERNÁNDEZ.

716.

Autotutela de la Administración: declarativa y ejecutiva.

Explica este principio la posición de la Administración respecto de los tribunales, de un modo bastante más radical y jurídicamente relevante. Mientras que en cualquier sistema jurídico desarrollado, la Justicia cumple una función general de tutela de los derechos, de modo que todos los sujetos, cualquiera que sea su posición, están obligados a postular su intervención tanto para declarar a quien corresponde el derecho, con ocasión de cualquier controversia, como para ejecutar o imponer lo decidido frente a cualquier resistencia (fases declarativa y ejecutiva de la actuación judicial y del proceso mismo), la Administración está al margen de esa dinámica. Su posición ante la Justicia se caracteriza porque está capacitada como sujeto de Derecho para tutelar sus propias posiciones jurídicas, sea para conservarlas o mantenerlas, sea para innovar o cambiar la situación establecida. Y, además, también puede ejecutar, usando su propia fuerza coactiva, tales decisiones, sin que precise el auxilio de los tribunales. En fin, mientras que todos los sujetos de derecho precisan una tutela ajena, heterotutela, de carácter judicial, de sus derechos, intereses o posiciones jurídicas, la Administración tiene el privilegio de la autotutela.

717.

La autotutela como expresión del sistema de relaciones de la Administración con la Justicia.

La autotutela es una relación singular de la Administración con la Justicia que conlleva innumerables consecuencias. No se trata solo de una explicación del carácter ejecutivo de las decisiones de aquella, sino el armazón técnico que sostiene un completo «sistema posicional de la Administración respecto a los Tribunales» (E. GARCÍA DE ENTERRÍA).

La autotutela (¿qué duda cabe, teniendo en cuenta su significación institucional!) sitúa a la Administración, al menos provisionalmente, en el lugar de los tribunales (aunque F. BENVENUTI niega que se trate de una

función verdaderamente jurisdiccional porque, al menos desde el plano formal, no lo es). Hace innecesaria la intervención de estos previamente. Si los destinatarios de los actos o resoluciones administrativas están en desacuerdo con ellas y quieren oponerse a su ejecución, podrán hacerlo impugnándolas ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que resolverá finalmente sobre la validez de la decisión controvertida. Pero tendrán que asumir los interesados la carga de recurrir.

Se comprende que la explicación doctrinal francesa sobre el significado de la decisión ejecutoria es bastante más modesta que el principio de autotutela. Analiza jurídicamente las características de un privilegio que reconocen a la Administración las leyes, pero no deduce de aquí que exista un sistema institucional completamente singular de relaciones de la Administración con la Justicia.

La consecuencia inmediata de la indicada concepción del privilegio de autotutela es su construcción teórica en franco paralelismo con los procedimientos judiciales declarativos y ejecutivos. Distingue, como manifestaciones básicas de la autotutela administrativa, una autotutela de carácter declarativo y otra ejecutiva. La primera determina que, con carácter general, los actos administrativos son ejecutorios, obligan en cuanto que se cumplen los requisitos formales para su perfeccionamiento y puesta en conocimiento de los destinatarios. Pueden estos estar en desacuerdo con la resolución administrativa e impugnarla ante los tribunales, pero tal discrepancia no limita ni la obligación de cumplir lo decidido ni la posibilidad de que la Administración proceda a su ejecución. Todo ello sustituye lo que, sin la presencia del singular sujeto de Derecho que es la Administración, sería un procedimiento declarativo, desarrollado ante los tribunales, que concluiría con una sentencia que daría fuerza de obligar a lo pretendido por alguna de las partes. Las decisiones administrativas tienen fuerza de obligar antes de que los tribunales se pronuncien sobre su validez. Este es el privilegio de la decisión previa, al que, como hemos visto, la doctrina francesa, usando otra explicación teórica, reconoce una fuerza semejante. La expresión legal de esta prerrogativa se contiene en el artículo 57.1 de nuestra LRJAP: «Los actos de las Administraciones Públicas se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten». Esta concisa y exacta explicación normativa del alcance de privilegio de la decisión previa —traducido por la doctrina que ahora comentamos en el principio de la autotutela declarativa— significa que de los actos administrativos surgen inmediatamente derechos u obligaciones («surtirán efectos») con independencia de las adhesiones o discrepancias que provoquen. Estas se resolverán, en su caso, a pos-

718.

Diferencias con la dogmática francesa.

719.

Clasificaciones básicas de la autotutela y formas de ejercicio.

720.

Diferente grado de marginación de la tutela judicial.

721.

Obligación de cumplimiento inmediato y presunción de validez.

722.

Presunción iuris tantum de validez, traslación de la carga de recurrir y control judicial.

teriori, ante los tribunales. Y también expresa que la declaración administrativa en que consiste el acto o la resolución es inmediatamente ejecutiva porque el ordenamiento le otorga presunción de validez. Como tal presunción puede ser contrastada en un proceso contencioso-administrativo ulterior, es una presunción *iuris tantum* que puede ser eliminada por una decisión judicial final que declare su invalidez. Estas son las consecuencias, en definitiva, de que todos los actos administrativos sean recurribles en sede jurisdiccional (artículos 106 CE y 1 LJCA), sin perjuicio de que la Administración ostente las prerrogativas iniciales indicadas.

723.

Autotutela ejecutiva. El privilegio de la ejecución forzosa y sus medios.

Por lo que concierne a la autotutela ejecutiva, es, según la doctrina que comentamos, la alternativa administrativa al juicio o la sentencia de ejecución, que es preciso conjugar siempre que se opone cualquier resistencia a la satisfacción de los derechos previamente declarados. Cuando la Administración precisa ejecutar forzosamente sus propios actos, puede hacerlo por sí misma, utilizando los medios de ejecución forzosa que el ordenamiento pone a su disposición. Habitualmente se aplican estos poderes de ejecución a decisiones de carácter administrativo y en sustitución de la tutela ejecutiva que podían prestar a la Administración los jueces y tribunales de lo contencioso-administrativo, pero también puede aplicarse a relaciones de naturaleza civil, como es el caso del empleo del *interdictum proprium*, o recuperación posesoria, para defender o recuperar la posesión de bienes [artículos 41.1 LPAP y 82.a) LRL].

724.

La criticable generalización de la ejecución forzosa en la legislación española.

Este carácter general de la autotutela administrativa (que proclama de modo explícito el artículo 95 LRJAP: «Las Administraciones Públicas, a través de sus órganos competentes en cada caso, podrán proceder previo apercibimiento, a la ejecución forzosa de los actos administrativos, salvo en los supuestos en que se suspenda la ejecución de acuerdo con la ley, o cuando la Constitución o la ley exijan la intervención de los Tribunales») nos separa ya abiertamente de cualquier concepción comparada del privilegio de la ejecución de oficio y, desde luego, de la francesa que, en la materia contenciosa especialmente, hemos seguido siempre tan de cerca. La diferencia es que, como ya hemos señalado, la prerrogativa de la ejecución forzosa dista de estar concebida como general. Desde siempre se ha entendido que no hay razón para que la Administración suplante la función de los tribunales, a los que debe acudir ordinariamente para recabar las decisiones de ejecución correspondientes. Solo en casos excepcionales, y contando con una habilitación legal específica, es posible que la Admi-

725.

Indebida equiparación, a efectos de su generalización de la declaración previa y la ejecución forzosa.

726.

Razones jurídicas de la diferenciación respecto del carácter general o excepcional de ambos privilegios.

nistración use su propia coacción para llevar a la práctica, en caso de resistencia, las decisiones que adopta.

La doctrina de la autotutela no permite hacer esta distinción, ni la hacen sus defensores más cualificados. Al ordenarse alrededor de la idea de autotutela todo el sistema de relaciones entre la Administración y la Justicia, *tan general es la autotutela declarativa como la ejecutiva*.

Es necesario advertir que así como no plantea problemas jurídicos mayores la aplicación de la técnica de la decisión previa, sí los suscita, y muy serios, la generalización de la ejecución administrativa forzosa. De aquí que en la jurisprudencia y la doctrina francesas se acepte con normalidad el *privilège du préalable* y se subraye, en cambio, el carácter exorbitante del *privilège de l'exécution d'office*. La razón es que el primero no sustituye, en absoluto, el posible conocimiento y valoración jurídica de lo decidido por los órganos jurisdiccionales competentes, sino que solamente desplaza su intervención a un momento posterior a la decisión administrativa, trasladando también a los interesados disconformes la carga de recurrir. Esta especialidad tiene muy buenos fundamentos institucionales: la Administración, sometida al principio de legalidad, no hace en definitiva otra cosa que aplicar la ley; lo hace, además, en razón a intereses generales y no para satisfacer intereses de los funcionarios o autoridades que actúan; y, en fin, la decisión administrativa previa agiliza el cumplimiento de las misiones que la Administración Pública tiene encomendadas ya que, en la inmensa mayoría de los casos, serán acatadas por sus destinatarios, sin las dilaciones que implicaría el debate de la decisión en un proceso previo.

En cambio, el reconocimiento a la Administración de una potestad general de ejecución forzosa de sus decisiones, no tiene los mismos fundamentos. Es cierto que cuenta, entre nosotros, con una tradición que puede seguirse bien desde el establecimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa, aunque con épocas en las que tal prerrogativa ha desaparecido en beneficio de una intervención plena de los tribunales. Pero esa tradición es la misma que puede invocarse en beneficio de otros privilegios procesales, con que ha contado la Administración desde los orígenes del contencioso, y que han sido progresivamente depurados por considerarse incompatibles con el control judicial pleno de sus decisiones y con la total disposición por los jueces y tribunales de la ejecución de lo decidido al término del proceso.

Al margen de esta circunstancia, cuyos detalles ilustraremos con más detenimiento un poco más adelante, la ejecución forzosa de sus

727.

Fundamentos jurídicos del privilegio de la decisión previa.

728.

Incompatibilidad de la generalización de la acción de oficio con la Constitución.

729.

Afectación de los derechos de los ciudadanos con la ejecución forzosa.

730.

La remoción de las situaciones jurídicas existentes mediante la ejecución administrativa: valoración constitucional.

decisiones por la propia Administración afecta de un modo mucho más serio y firme a los derechos de los ciudadanos. En este caso, la declaración administrativa es impuesta forzosamente limitando seriamente sus derechos, completamente al margen del debate y contradicción que debe producirse en el marco de un proceso con todas las garantías. Así como el privilegio de la decisión previa opera sobre una simple presunción de validez de los actos administrativos que puede ser inmediatamente contestada sin que la situación establecida, el statu quo, la disponibilidad sobre los derechos o el disfrute de las posiciones jurídicas existentes se alteren, la ejecución forzosa consiste justamente en la remoción de lo existente y su sustitución por una nueva realidad jurídica. Lo cual tiene, obviamente, una trascendencia muchísimo mayor, aunque siempre sea posible la impugnación en sede judicial de las decisiones que se ejecutan. Si no se suspende la eficacia de la decisión administrativa, su ejecución forzosa provocará un cambio de la situación jurídica establecida antes de que los jueces y tribunales puedan pronunciarse sobre la legalidad de la decisión que le sirve de fundamento.

731.

Singularidad del ordenamiento español.

La generalización de las potestades de ejecución forzosa, consagrada en el artículo 95 LRJAP y justificada por la doctrina como una manifestación más —semejante al privilegio de la decisión previa— de la autotutela administrativa, constituye una particularidad de nuestro ordenamiento no parangonable con los sistemas jurídicos de nuestro entorno que, en nuestro criterio es, además, incompatible (si no la potestad misma, sí su utilización ordinaria, como una solución general) con la Constitución.

732.

Crítica de las consecuencias de la doctrina de la autotutela para uniformar regímenes jurídicos que deben mantenerse separados.

Es ahora de interés señalar que la doctrina de la autotutela, forzada por su propia pretensión de constituirse en explicación dogmática general de las relaciones de la Administración con la Justicia, es la que ha servido para medir por el mismo rasero, y con idénticas técnicas, la decisión ejecutiva y la ejecución forzosa, que serían, como ya sabemos, dos manifestaciones —declarativa y ejecutiva— de una misma institución, la autotutela administrativa. Este parangón, que no resulta de la imposible equiparación entre ambos momentos de la mecánica de la aplicación de la legalidad, ni de la consideración de la posición constitucional de la Administración y de los jueces y tribunales, ha calado en la doctrina y la jurisprudencia españolas hasta convertirse, ciertamente, en un dogma generalmente seguido. De esta manera, cuando fue reformada en 1992 la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958 (que consagró y generalizó definitivamente el privilegio de la ejecución forzosa, en un contexto histórico en el que la

733.

Generalización de la prerrogativa en la LPA de 1958 y su mantenimiento.

relación de la Administración con los tribunales conocía muchas especialidades que hoy han desaparecido por ser incompatibles con la Constitución) no se modificó la regla general de la ejecución forzosa que, ciertamente, en la época de la reforma contaba ya con una apoyatura doctrinal muy implantada y secundada también por la jurisprudencia. No ha habido, por tanto, voces críticas frente a una manifestación concreta de las relaciones entre la Administración y la Justicia, que, por lo expuesto, nos parece necesario matizar en la actualidad.

Algunas consecuencias complementarias del principio de autotutela, concebida del modo que criticamos, tenemos que resaltar todavía. Puesto que la doctrina de la autotutela pretende explicar todo el «sistema posicional» de la Administración ante la Justicia, se refiere también a otras instituciones que tienen poco que ver ni con la decisión ejecutiva ni con la ejecución forzosa de los actos administrativos, sino que son privilegios procesales de la Administración cuyo origen y mantenimiento actual plantea problemas completamente diversos de los que suscitan las prerrogativas primeramente indicadas. En este sentido se incluye como expresión de la autotutela ejecutiva que los jueces no puedan dictar mandamientos de embargo contra la Administración (artículos 23.1 LGP y 30 LPAP) o la atribución —hoy ya supeada— a la Administración del poder de ejecutar las sentencias condenatorias que dicten contra ella los tribunales. O también se consideran expresiones de una autotutela reforzada —calificada como autotutela en segunda potencia o reduplicativa— la necesaria interposición de recursos o reclamaciones administrativas previas ante la propia Administración, antes de impugnar sus decisiones ante los tribunales (requisito que mantiene el artículo 109 LRJAP para los actos que no «causen estado» o «pongan fin a la vía administrativa»), o la obligación de *solve et repete*, que condiciona la interposición de recursos contenciosos contra actos que declaren la existencia de un crédito a favor de la Administración, a su abono previo [regla que, mantenida en el artículo 57.1.e) LJCA de 1956, fue rechazada por la jurisprudencia contencioso-administrativa con ciertos titubeos, por considerarla contraria al acceso a la justicia, y finalmente declarada contraria al artículo 24 CE, por algunas Sentencias del TC como las de 5 de enero de 1983 y 2 de febrero de 1991].

En verdad, entendido el principio de autotutela como la condensación del sistema de relaciones de la Administración con la Justicia, todos estos privilegios procesales se acomodan fácilmente dentro del mismo. Pero, a pesar de esta agrupación habrá que convenir que nada tiene que ver la decisión ejecutoria con las vías administrativas previas,

734.

Atribución del régimen de la autotutela a prerrogativas heterogéneas.

735.

Inembargabilidad, ejecución de sentencias, vías previas y otras prerrogativas.

736.

La insuficiente justificación de la tutela judicial final para sostener la generalización del privilegio.

o la ejecución forzosa por la Administración de sus decisiones y la inembargabilidad de sus bienes. Podía pensarse que, pese a la heterogeneidad de estos fenómenos y técnicas, conviene tratarlas unitariamente, como manifestaciones de un mismo principio, para explicar más claramente la posición jurídica de la Administración ante los tribunales. Claridad, en verdad, no le falta a la doctrina que comentamos. Pero, por lo pronto, al establecer un régimen jurídico común para instituciones diversas ha permitido que se sostenga en el plano legislativo una regulación de la ejecución forzosa que, por su generalidad, es criticable en los términos en que ya lo hemos hecho. Además, incurre en otras contradicciones que deben igualmente evitarse. Por lo menos las dos siguientes: una explicación tan robusta dialécticamente de la posición de autosuficiencia de la Administración no se compadece bien con la completa jurisdiccionalización de la actividad de los poderes públicos, sometida plenamente al control de los tribunales. Este sometimiento pleno de la Administración a la Justicia (artículos 24, 103 y 106 CE) que la doctrina de la autotutela considera perfectamente compatible con sus dogmas, lo es solo en cierto grado. Ciertamente la tutela judicial final domina en nuestro ordenamiento jurídico. Es verdad, también, que las decisiones ejecutivas más lesivas de los derechos e intereses de los ciudadanos pueden ser bloqueadas cautelarmente por los tribunales. En especial, la utilización de las medidas cautelares se ha ampliado extraordinariamente, tanto en su regulación legal (hoy en la LJCA de 1998) como en la práctica. Pero, precisamente por ello, ¿tiene sentido seguir defendiendo como un dogma que la ejecución forzosa por la Administración de sus propias decisiones es una prerrogativa general y característica de nuestro sistema administrativo, al mismo tiempo que se establecen técnicas múltiples de intervención de los tribunales que condicionan, restringen o imposibilitan el ejercicio de aquella prerrogativa? ¿No es mucho más simple y operativo que este largo y antieconómico rodeo, rompa con el dogma de la ejecución forzosa y establecer la fórmula general de la ejecución judicial, salvo excepciones? ¿No hemos llegado por la vía de la aplicación de las medidas cautelares a propiciar una intervención judicial ordinaria en la ejecución forzosa de las decisiones administrativas, que tiene efectos de bloqueo de la ejecución y desmiente que, en la práctica, la ejecución administrativa sea la regla? ¿No sería más lógica la intervención judicial ordinaria y directa, cuando sea posible, en el marco del procedimiento de ejecución, y no a posteriori y en vía cautelar en la que el debate es incidental y limitado? ¿Qué estamos ganando o defendiendo con el mantenimiento de esta especialidad de nuestro Estado de Derecho, que postula marginar a los tribunales

737.

La paradójica aproximación a la intervención judicial ordinaria en la ejecución forzosa de las decisiones administrativas.

738.

La inexistencia de un régimen jurídico común de los privilegios ante la jurisdicción. Heterogeneidad de origen, de fundamentos y de valoración constitucional.

ordinariamente de la ejecución forzosa de las decisiones administrativas? Veremos en el epígrafe siguiente algunas contestaciones jurisprudenciales concretas a estas preguntas. Y, fijados por completo los términos del debate, marcaremos un criterio (infra C), acerca de cuándo la ejecución forzosa administrativa no puede desplazarse porque se frustraría la necesaria eficacia de su gestión al servicio de los intereses generales.

La segunda contradicción consiste en que se enuncian o describen como propias de la autotutela, y por tanto, caracterizadoras de la posición de la Administración ante la Justicia técnicas y privilegios procesales recogidos en diversas leyes, la mayor parte de las cuales tienen un origen histórico ya remoto y se desenvuelven como instituciones arcaizantes, difíciles de articular con las actuales o, en ocasiones, francamente incompatibles con la Constitución. No puede incluirse como característico de la posición jurídica de la Administración lo que sea contrario a la Constitución y algunas de las que se han considerado manifestaciones de la autotutela lo son (v.gr., algunas extensiones del principio de inembargabilidad, la regla de *solve et repete*, la ejecución forzosa que no respeta garantías constitucionales de los derechos, etc.). Ello es obvio, naturalmente. Pero el problema es que al revestir de la misma capa dogmática a instituciones heterogéneas no es posible aclarar aquel dato principal, a saber: algunas de ellas singularizan nuestro régimen administrativo y son compatibles con la Constitución, y otras se han mantenido en la legislación como privilegios de la Administración que han tenido que ser progresivamente depurados y eliminados por constituir arrastres históricos incompatibles con aquella.

Como para decidir sobre esta cuestión es preciso analizar cada técnica o privilegio en particular, nada ayuda contar con una explicación general de su significado, porque es claro que el régimen de las instituciones que se incluyen dentro del principio de autotutela no tienen ni una estructura técnica ni una significación uniforme. La prueba de lo que decimos es sencilla si se considera cómo han ido decayendo, a lo largo de los años, privilegios posicionales de la Administración ante la Justicia que, tal vez, en algún tiempo anterior, fueron características de nuestro sistema administrativo, pero que el transcurso del tiempo, la modernización de las instituciones, la progresiva jurisdiccionalización del sistema, y la Constitución al fin, han determinado su arrumbamiento.

Aun constriñendo el núcleo unitario esencial de la doctrina de la autotutela a la de las clases declarativa y ejecutiva que ya hemos examinado, también es evidente que esa unidad dogmática y técnica no

739.

Disparidad técnica entre las diversas posiciones privilegiadas de la Administración.

740.

Diversidad técnica entre la ejecutividad y la acción de oficio.

741.

Los privilegios en menos de la Administración.

existe. Ya hemos explicado este extremo. Añádase que el análisis de la compatibilidad con la Constitución de una y otra clase de autotutela tampoco arroja resultados idénticos. El privilegio de la decisión ejecutoria es, en términos generales, compatible con la Constitución; el de la ejecución forzosa no siempre lo es.

En fin, las inteligentes y ambiciosas pretensiones explicativas de la doctrina de la autotutela incluyen, para completarla, otras consecuencias de la misma sobre el comportamiento de la Administración, que también pueden ser examinadas en otros contextos institucionales. Se trata de lo que alguna doctrina denomina los «privilegios en menos» de la Administración. Radican en la obligación de que esta se comporte conforme a algunas pautas que no se exigen a los sujetos privados: en especial, la procedimentalización de las decisiones, que se asemeja al modo de actuación de los tribunales, con la obligación de dejar constancia escrita y motivar lo que resuelva. Pero también cada una de estas exigencias tiene explicaciones constitucionales y legales —algunas de las cuales hemos estudiado en los apartados anteriores— más fuertes que las que ofrece el principio de autotutela.

Concluamos, por tanto, que no parece que existan razones sólidas, sino más bien lo contrario, para estudiar unitariamente bajo una misma explicación dogmática, la autotutela administrativa, los privilegios posicionales de la Administración ante la Justicia. La decisión previa y la ejecución forzosa tienen, desde luego, sus propias singularidades si se las contempla desde la perspectiva de la Constitución. Las demás prerrogativas, cuya formación histórica vimos en el volumen anterior, también reclaman el mismo análisis específico para determinar si pueden sostenerse.

Lo haremos de esta manera a continuación.

2. LA EJECUTIVIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS Y EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

A) **El debate previo en sede judicial cuando la ejecución del acto afecta a los derechos**

El reconocimiento en la legislación española, con carácter general, de los privilegios de la ejecutividad de los actos administrativos y de ejecución forzosa, se ha mantenido en la LRJAP de 26 de noviembre de 1992, después de la Constitución, por tanto. Respecto de la ejecutividad, su consagración en dichos términos generales está en el artículo 94 de la citada LRJAP: «Los actos de las Administraciones públicas

sujetos al Derecho Administrativo serán inmediatamente ejecutivos, salvo lo previsto en los artículos 111 y 138, y en aquellos casos en que una disposición establezca lo contrario o necesiten aprobación o autorización superior». El artículo 111 se refiere a la posibilidad de que la ejecutividad se suspenda por la propia Administración, en determinadas circunstancias. Y el artículo 138 determina que la resolución será ejecutiva cuando ponga fin a la vía administrativa.

La regla general de la ejecución forzosa por las propias Administraciones Públicas de sus actos está contemplada, como ya nos consta, en el artículo 95 de la misma Ley 30/1992: «Las Administraciones Públicas, a través de sus órganos competentes en cada caso, podrán proceder, previo apercibimiento, a la ejecución forzosa de los actos administrativos, salvo en los supuestos en que se suspenda la ejecución de acuerdo con la ley, o cuando la Constitución o la ley exijan la intervención de los tribunales». De esta última hipótesis, la intervención de los tribunales, apenas puede citarse un solo caso relevante en la legislación vigente, de manera que la única excepción realmente seria es la que podría resultar de confrontar el privilegio de la ejecución forzosa con las determinaciones de la Constitución.

Estas prerrogativas administrativas, como también nos consta, se conjugan en nuestro ordenamiento jurídico con una amplia tutela jurisdiccional final, que permite someter a enjuiciamiento contencioso, a iniciativa de cualquier interesado, toda clase de resoluciones administrativas, sin limitación alguna, siendo posible que, de esta manera, los jueces y tribunales se pronuncien sobre la validez de lo decidido por la Administración. Este sometimiento general de toda la actividad administrativa al control de los tribunales está expresamente establecida en el artículo 106 CE y concertada en el artículo 1 y concordantes de la LJ de 1998.

En la Constitución española no hay ninguna indicación directa respecto de si los indicados privilegios de las Administraciones Públicas son compatibles con la función que tienen encomendada habitualmente los jueces y tribunales. Si tales prerrogativas se concretan materialmente en el ejercicio de funciones de naturaleza jurisdiccional, podría decirse que su atribución a la Administración en la Ley de Procedimiento invade una función que el artículo 117.3 atribuye expresamente a los juzgados y tribunales. Como veremos enseguida, una objeción de este tipo no ha prosperado cuando se ha planteado ante el Tribunal Constitucional, porque la jurisprudencia ha reiterado repetidas veces que la indicada prerrogativa de la ejecución forzosa está vinculada a la eficacia de la actividad administrativa. La eficacia es, en

743.

Regulación de la ejecución forzosa.

744.

La alternativa de la ejecución judicial: silencio en la legislación.

745.

Tutela jurisdiccional final.

746.

Compatibilidad con el artículo 117.3 CE.

747.

La justificación de la eficacia: artículo 103.1 CE.

efecto, uno de los principios a los que el artículo 103.1 CE somete la actividad de la Administración. Considerando que toda la actividad administrativa se desenvuelve «con sometimiento pleno a la ley y al Derecho» según establece el mismo precepto, y que los tribunales controlan la legalidad de la actuación administrativa (artículo 106.1 CE), el Tribunal Constitucional no ha encontrado un inconveniente serio para que se mantenga en la legislación positiva la regla de la ejecutividad de los actos administrativos.

748.

Compatibilidad de la ejecutividad con la función jurisdiccional.

Nos parece que esta conclusión del Tribunal Constitucional es irrefragable y coincide, utilizando otros razonamientos, con lo que hemos expresado nosotros en el apartado anterior sobre que la ejecutividad o decisión previa está montada como una presunción de validez *iuris tantum*, que se limita a trasladar la carga de recurrir a los interesados que estén en desacuerdo con la misma. Aunque la ejecutividad determina que los actos produzcan efectos inmediatos (artículo 57.1 LRJAP), las situaciones jurídicas afectadas no varían, en caso de oposición, hasta que el acto mismo no se ejecuta efectivamente.

749.

Incompatibilidad del carácter general del privilegio de ejecución forzosa.

El caso de la ejecución forzosa es, como también advertíamos antes, diferente y así lo ha notado inmediatamente el Tribunal Constitucional. En efecto, el Tribunal no ha aceptado, desde que se enfrentó con los privilegios administrativos de la ejecutividad y la acción de oficio, que el régimen de los mismos sea idéntico. Es notorio que tanto aquel como el Tribunal Supremo han aceptado la noción de autotutela, pero la usan como una noción alternativa al concepto de ejecutividad o de ejecución forzosa, sin predeterminar que el régimen constitucional de ambas potestades sea parangonable. Es decir, que usan el concepto de autotutela sin dotarlo de una significación unívoca y clara, como enseguida se verá.

750.

Las modulaciones del régimen de la ejecución forzosa por la jurisprudencia constitucional.

En este sentido, así como el Tribunal tiene declarada la compatibilidad del privilegio de la ejecutividad con la Constitución, no ha hecho lo propio con el de ejecución forzosa del que, por un lado, ha afirmado que su reconocimiento como prerrogativa de la Administración no es inmediatamente contrario a ningún principio de la Constitución, pero por otra parte, ha insistido en decir que no puede ser utilizado vulnerando derechos constitucionalmente garantizados. *Cuando existe un riesgo de que dichos derechos sean vulnerados, la intervención judicial previa a la ejecución forzosa debe ser la regla.* Esto supone una seria modificación del régimen de la ejecución forzosa de los actos administrativos. Aunque la jurisprudencia haya proclamado muchas veces, como hemos dicho, su compatibilidad con la Constitución, lo cierto es que ha transformado su régimen de modo que ya no es un

751.

El carácter exorbitante de la ejecución forzosa.

privilegio de general y ordinario empleo, sino de uso subordinado a un contraste o habilitación judicial previos. La importante Sentencia del TC 66/1984, de 6 de junio, expresó por ello que la Constitución «*impone una reinterpretación de los textos que en nuestro Derecho contienen las reglas respecto de la ejecutividad*». La conclusión es, por tanto, que la jurisprudencia constitucional nos ha aproximado de nuevo, sin que medien muchas declaraciones enfáticas, e incluso sin proclamarlo expresamente, al mismo régimen original francés de la *décision préalable* y de la *décision exécutoire*. La primera es una prerrogativa general. La segunda, también en nuestro ordenamiento, en la actualidad, un privilegio más matizado.

La jurisprudencia ha llegado a esta conclusión con ocasión de analizar en qué hipótesis la ejecución forzosa de los actos administrativos resulta compatible con la Constitución. La conclusión general es que no lo es cuando con la ejecución administrativa se vulneran derechos. La primera vez que el Tribunal Constitucional sentó esta doctrina lo hizo con ocasión de valorar una ejecución forzosa practicada por la Administración, que entraba en contradicción con el derecho a la inviolabilidad de domicilio consagrado en el artículo 18.2 CE («El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o *resolución judicial*, salvo en caso de flagrante delito»).

La Sentencia del Tribunal Constitucional 22/1984, de 17 de febrero, aborda por primera vez la aludida cuestión. Se trataba de la ejecución de una orden de demolición que afectaba a un inmueble destinado a vivienda. En primer lugar, el Tribunal despeja la cuestión de la compatibilidad del privilegio de la ejecución forzosa con la Constitución. Argumenta recordando que el artículo 117.3 CE atribuye a los jueces y tribunales la función de ejecutar lo decidido; también que el artículo 103 consagra el principio de eficacia que puede justificar la atribución a la Administración de la mencionada prerrogativa. Por lo que concluye en la afirmación general de que «La potestad de la Administración de autoejecución de las resoluciones y actos dictados por ella se encuentra en nuestro derecho positivo vigente legalmente reconocida y no puede considerarse que sea contraria a la Constitución». Pero esta regla general se matiza enseguida cuando entra en colisión con las garantías constitucionales establecidas a favor de un derecho fundamental. El de inviolabilidad del domicilio, que estaba en juego en aquella ocasión, supone la facultad de su titular de impedir la entrada salvo que un juez la autorice. Como dicho requisito no concurrió, la sentencia estimó «producida una lesión en el derecho de la

752.
Ejecución forzosa y
derechos
fundamentales.

753.
Ejecución e
inviolabilidad de
domicilio.

754.
Ejecuciones
forzosas
condicionadas por
la autorización
judicial previa.

755.
Ejecución forzosa y
tutela judicial
efectiva.

recurrente a la inviolabilidad del domicilio en aras a la general sujeción de los ejecutores de las decisiones administrativas a los requisitos marcados por el artículo 18.2 de la Constitución». Esta crucial corrección del privilegio de ejecución forzosa motivó que se incorporara a la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 un precepto (artículo 87.2) que atribuía a los juzgados de instrucción la competencia para autorizar la entrada en domicilios a los efectos de ejecutar decisiones administrativas. La LJCA de 13 de julio de 1998 ha atribuido esa competencia a los juzgados de lo contencioso-administrativo (artículo 8.5).

Poco tiempo después, el Tribunal Constitucional se enfrentaría a otra excepción más general e importante al privilegio de la ejecución forzosa, como es la derivada de su contraste con el derecho a la tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24.1 de la Constitución. El enunciado de esta confrontación es bastante simple: si los actos administrativos, pese a ser ejecutivos, no se cumplen de grado por sus destinatarios por no estar conformes con los mismos, y la Administración autora de aquellos procede a ejecutarlos forzosamente, antes de que hayan transcurrido los plazos para que pueda procederse a recurrirlos ante la jurisdicción contencioso-administrativa, o, una vez planteado el recurso, antes de que el órgano judicial al que se ha apelado tenga oportunidad de pronunciarse, se estará produciendo una ablación del derecho a la tutela judicial efectiva, puesto que el pronunciamiento recabado de la Justicia podrá devenir inútil si resulta imposible remover la situación ejecutada por la Administración, o al menos, se puede frustrar la plena satisfacción de las decisiones que se adopten al término del proceso judicial.

756.

La ejecución anticipada de sanciones vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva.

757.

El sometimiento de la decisión de ejecutar a la valoración de un tribunal.

La eventualidad de esta clase de lesiones al derecho a la tutela judicial efectiva, se puso de manifiesto por primera vez en materia de sanciones administrativas. La ejecución por la Administración de una sanción impuesta por ella misma, sin esperarse a un debate iniciado en sede jurisdiccional, puede conducir a una vulneración del indicado derecho. Ello es más manifiesto y evidente en los supuestos en los que la ejecución implica una modificación inmediata de situaciones personales o materiales. Por ejemplo, el traslado de un funcionario a un puesto de trabajo en una localidad distinta, o la demolición de una obra ya realizada. La Sentencia del Tribunal Constitucional de 66/1984, de 6 de junio, se enfrentó por primera vez con este problema. Reiteró entonces el Tribunal que las prerrogativas de la ejecutividad y ejecución forzosa de los actos administrativos reconocidos en las leyes no son contrarios a la Constitución, pero que la ejecución forzosa no puede utilizarse de modo que se vulnere el derecho a la

758.

La relevancia de la ejecución desde la perspectiva de los derechos del artículo 24 CE.

tutela judicial efectiva. Para que tal no ocurra es necesario que la decisión de ejecutar pueda ser sometida a un tribunal de modo que este, «con la información y contradicción que resulte menester, resuelva sobre la suspensión». Esta declaración la ha reiterado luego en otras muchas decisiones (SSTC 76/1992, 238/1992, 148/1993, 341/1993, 78/1996, 199/1998, etc.). Entre otras sentencias del Tribunal Constitucional relevantes en esta materia, la Sentencia 78/1996, de 20 de mayo, no tuvo duda en afirmar que la ejecución inmediata de un acto administrativo es relevante desde la perspectiva del artículo 24.1 de la Constitución ya que, si tiene lugar imposibilitando el acceso a la tutela judicial, puede suponer la desaparición o pérdida irremediable de los intereses cuya protección se pretende, o incluso prejuzgar irreparablemente la decisión final del proceso causando una real indefensión. Y, seguidamente, la misma sentencia lleva a cabo con una claridad elogiada la *distinción entre la ejecutividad y la acción de ejecución que, obviamente, no pueden recibir el mismo tratamiento constitucional*. La primera, dice la sentencia, «expresa una calidad de dicha resolución, consistente en la posibilidad que permite de ser llevada a la práctica mediante actos materiales de ejecución». La segunda radica en «esos propios actos materiales por los que se lleva a la práctica la resolución». Dicho lo cual añade: «El derecho a la tutela judicial efectiva se satisface, como se ha dicho, cuando antes de la ejecución, se permite someter a la decisión de un tribunal la ejecutividad para que este resuelva sobre la suspensión. Y, por tanto, se vulnera ese derecho fundamental, *no cuando se dictan actos que gozan de ejecutividad, sino cuando, en relación a los mismos, se inician actos materiales de ejecución sin ofrecer al interesado la posibilidad de instar la suspensión de esa ejecutividad*». No puede ser más palmaria la distinción entre los conceptos de ejecutividad y ejecución forzosa a los efectos de medir su trascendencia constitucional. También es evidente la negativa del Tribunal a reconocer a todas las manifestaciones de la autotutela un régimen unitario y una misma valoración de su compatibilidad con los principios constitucionales.

En otras muchas ocasiones ha insistido el Tribunal en reiterar esta misma doctrina, cuyo contenido ya ha quedado suficientemente expuesto. La Sentencia 199/1998, de 13 de octubre, puede servirnos por su rotundidad para recapitular sobre la cuestión de la compatibilidad entre la ejecución forzosa administrativa y el derecho a la tutela judicial efectiva: «por imperativo del artículo 24.1 CE, la prestación de tutela judicial ha de ser efectiva, y ello obliga a que, cuando el órgano judicial competente se pronuncie sobre la ejecutividad o suspensión a

759.

Diferente valoración constitucional de la ejecutividad y de la ejecución forzosa.

760.

Estabilización de la jurisprudencia constitucional.

761.

Los requerimientos del derecho a la tutela: decisión judicial.

él sometida, su decisión pueda llevarla a cabo, lo que impide que otros órganos del Estado, sean administrativos o sean de otro orden jurisdiccional distinto, resuelvan previamente sobre tal pretensión, interfiriéndose de esta manera en el proceso judicial de que conoce el tribunal competente y convirtiendo así en ilusoria e ineficaz la tutela que pudiera dispensar este. *Hasta que no se tome la decisión al respecto por el tribunal competente, el acto no puede ser ejecutado por la Administración, porque en tal hipótesis esta se habría convertido en juez (STC 78/1996)*».

B) La suspensión jurisdiccional de la ejecución

La tutela judicial efectiva se satisface, en los casos de ejecución de los actos administrativos, con el debate en sede jurisdiccional sobre la pertinencia de esta ejecución, permitiendo al juez o tribunal que adopte la medida cautelar de suspensión de la ejecución. La disponibilidad de esta medida cautelar y la posibilidad de debatir sobre su aplicación, la acuerde o no finalmente el órgano judicial al que se solicita, es una condición indispensable para que la ejecución forzosa de los actos administrativos sea compatible con la Constitución. En estos términos se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en la Sentencia 238/1992, de 17 de diciembre, que anuló el artículo 6.2 de la Ley de 16 de noviembre de 1979 sobre fincas manifiestamente mejorables, porque regulaba un supuesto de impugnación previendo expresamente que aquella no suspendería en ningún caso la ejecución del acuerdo impugnado. Dice sobre ello el Tribunal que «la posibilidad legal de solicitar y obtener de los órganos jurisdiccionales la suspensión del acto administrativo impugnado se configura como un límite a la ejecutividad de las resoluciones de la Administración». Añade que «reconocida por ley la ejecutividad de los actos administrativos, no puede el mismo legislador eliminar de manera absoluta la posibilidad de adoptar medidas cautelares dirigidas a asegurar la efectividad de la sentencia estimatoria que pudiera dictarse en el proceso contencioso-administrativo; pues con ello se vendría a privar a los justiciables de una garantía que, por equilibrar y ponderar la incidencia de aquellas prerrogativas, se configura como contenido del derecho a la tutela judicial efectiva». Concluye, en fin, que la «prerrogativa de la ejecutividad no puede desplegarse libre de todo control jurisdiccional y debe el legislador, por ello, articular, en uso de su libertad de configuración, las medidas cautelares que hagan posible el control que la Constitución exige».

762.

La efectiva regulación legal de medidas cautelares.

763.

Reducción de la ejecución administrativa por el uso de medidas cautelares.

Esta relación entre la ejecutividad del acto administrativo y las medidas cautelares permite establecer una ecuación final: en la medida en que los jueces y tribunales estén obligados a intervenir cautelarmente en los supuestos de ejecución forzosa de los actos administrativos, menores serán las posibilidades de que dicha ejecución se practique autónomamente por la Administración, sin debate judicial, en ejercicio de prerrogativas o privilegios de cualquier clase.

El avance de nuestro Derecho en materia de justicia cautelar conduce inevitablemente a una reducción del privilegio de la ejecución forzosa. Dicho de otra manera, acerca el régimen de la ejecución forzosa al de las prácticas europeas comunes de ejecución con auxilio judicial acordada después de un debate procesal con suficientes garantías.

Aunque no es este el lugar sistemático adecuado para analizar la situación de la justicia cautelar en nuestro ordenamiento jurídico, bastarán unas cuantas explicaciones para ilustrar mejor lo que acaba de decirse. En primer lugar, la justicia cautelar ha sido definitivamente consagrada entre nosotros como un derecho. El derecho a la justicia cautelar forma parte de la tutela judicial efectiva. La Sentencia del Tribunal Constitucional 238/1992, de 17 de diciembre, que acabamos de citar, proclama, como hemos visto, que «la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso». Y la Sentencia de 29 de abril de 1993 ha dicho igualmente que «la efectividad que se predica de la tutela judicial de cualesquiera derechos o intereses legítimos reclama la posibilidad de acordar las adecuadas medidas cautelares que aseguren la eficacia real del pronunciamiento futuro que recaiga en el proceso (STC 14/1992)».

Esta elevación de la justicia cautelar a rango constitucional (impulsada también por la notable promoción que se ha hecho de las medidas cautelares en otros sistemas comparados, entre los que destaca el contencioso francés —las diversas reformas producidas al final del siglo pasado concluyeron en la Ley de 30 de junio de 2000 relativa al *référé* ante las jurisdicciones administrativas, desarrollada por el Decreto de 22 de noviembre de 2000— y el propio impulso del Tribunal de Justicia comunitario —Sentencias *Factortame*, de 19 de junio de 1990 y *Zückerfabrik*, de 21 de febrero de 1991)—, permite a los interesados que la utilicen, en ejercicio de su derecho a la tutela judicial efectiva, con la pretensión de bloquear la ejecución forzosa decidida por la Administración. En la Ley de la Jurisdicción de 1956, las medidas cautelares a adoptar se resumían, prácticamente, en la sus-

764.

La consagración de la justicia cautelar como derecho.

765.

Impulso comparado de la justicia cautelar.

766.

La ampliación de las facultades de los jueces y tribunales.

767.

Criterios para la aplicación.

768.
La ponderación de
intereses.

pensión de la ejecutividad del acto impugnado (artículo 122). La Ley jurisdiccional vigente de 1998 ha ampliado, en consonancia con la revalorización de las medidas cautelares a que hemos aludido, las que pueden solicitarse a los tribunales para proteger completamente los derechos o intereses debatidos en el proceso, que habrán de ser ahora, como dice el artículo 133 de la citada Ley, las «adecuadas», expresión esta que deja al órgano judicial un amplio margen de decisión. En la regulación que citamos, las medidas cautelares han de adoptarse en el marco de un incidente que se sustancia en pieza separada (artículo 131), previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto. La medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando «la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso», y podrá denegarse «cuando pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el juez o tribunal ponderará de forma circunstanciada» (artículo 130).

Estudiaremos más adelante de esta obra el régimen de las medidas cautelares y los criterios que emplea la jurisprudencia para valorar la pertinencia o no de adoptarlas. En la práctica, la decisión se adopta siempre en el marco de una ponderación entre el daño que puede derivarse para los intereses públicos con la suspensión de la ejecución y los perjuicios que pueden causarse al recurrente, valoración en la que los tribunales se mueven dentro de márgenes de libertad bastante notables (véanse, por ejemplo, los Autos del Tribunal Supremo, por citar un solo año, de 15 de enero, 21 y 28 de febrero, 14 y 18 de marzo, 8 de abril y 18 de junio y 8 de noviembre de 1994, o el resumen de esta jurisprudencia que se contiene en el Auto de 12 de septiembre de 2000).

769.
Utilización de la
doctrina del *fumus*
boni iuris.

A partir del Auto del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1990 (ponente GONZÁLEZ NAVARRO), la jurisprudencia del Tribunal Supremo amplió muy notablemente los criterios para decidir sobre la suspensión de la eficacia de los actos administrativos, al incorporar la doctrina denominada del *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho. La doctrina de la apariencia de buen derecho conoció una gran divulgación tanto entre la jurisprudencia como entre la doctrina, y sin embargo no fue recogida en la LJCA de 1998 como criterio para decidir sobre la suspensión de los actos (lo hizo en cambio luego la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 en su artículo 728). La valoración de la apariencia de buen derecho de la resolución impugnada significa que el Tribunal es interpelado para que haga una valoración liminar de la resolución impugnada para asumir un criterio provisional acerca de si se adecúa o

no a la legalidad. Como este examen provisional siempre supone una inevitable anticipación de lo que tiene que resolverse, en cuanto al fondo, al término del debate procesal, la jurisprudencia del Tribunal Supremo limitó enseguida los términos en que dicha doctrina puede ser utilizada (las SSTS de 22 de julio y 7 de octubre de 2002, por ejemplo, contienen una expresiva descripción de la evolución jurisprudencial). El resumen de la jurisprudencia actual, tal y como lo hace la citada Sentencia de 22 de julio de 2002, es el siguiente: «la doctrina de la apariencia de buen derecho, tan difundida cuan necesitada de prudente aplicación, debe ser tenida en cuenta al solicitarse la nulidad de un acto dictado en cumplimiento o ejecución de una norma o disposición general, declarada previamente nula de pleno derecho, o bien cuando se impugna un acto idéntico a otro ya anulado jurisdiccionalmente, pero no... al predicarse la nulidad de un acto, en virtud de causas que han de ser por primera vez objeto de valoración y decisión, pues, de lo contrario se prejuzgaría la cuestión de fondo, de manera que para amparar el derecho a la efectiva tutela judicial, se vulneraría otro derecho, también fundamental y recogido en el propio artículo 24 de la Constitución, cual es el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba, porque el incidente de suspensión no es trámite idóneo para decidir la cuestión objeto del pleito». Entre otras muchas resoluciones conteniendo esta doctrina, destacan las SSTS de 27 de julio de 1996, 28 de febrero de 1998, 21 de diciembre de 1999, 22 de enero de 2000, 26 de febrero de 2000 y 22 de julio de 2002.

La aplicación de la doctrina de la apariencia de buen derecho ha supuesto, en todo caso, una notable ampliación de los fundamentos en que pueden apoyar los particulares la solicitud de medidas cautelares para paralizar la ejecución de resoluciones administrativas. Con independencia de la decisión que el órgano jurisdiccional adopte, se ha abierto más con ello la posibilidad de someter a debate en sede jurisdiccional lo que, antes de estos progresos, constituían prerrogativas administrativas ejercidas sin intervención judicial previa.

C) El dominio ordinario de la ejecución administrativa

Lo expuesto en los apartados anteriores nos permite establecer alguna breve conclusión sobre el régimen actual real de la ejecución forzosa de las decisiones administrativas.

770.

Restricciones a la aplicación del test de la apariencia de buen derecho.

— Ha de partirse, como resulta obligado, de la existencia de previsiones contenidas en los artículos 57.1 y 95 LRJAP, que reconocen, por una parte, la ejecutividad de los actos administrativos y, por otra, habilitan a la Administración para su ejecución forzosa con carácter general. Esta prerrogativa ha sido considerada conforme a la Constitución por el Tribunal Constitucional, según hemos visto.

— El mantenimiento de esta prerrogativa general no es excepcional en otros sistemas jurídicos vecinos, territorialmente y en configuración ideológica, al nuestro. Prerrogativas generales de este tipo se reconocen a la Administración Pública en las leyes de procedimiento alemanas, tanto federales como de los *Länder*, y, en Francia, la situación de conjunto no es muy diferente, ya que, aunque la jurisprudencia *Société Immobilière Saint-Just* de 1904 ha mantenido su peso hasta la actualidad, reclamando la autorización judicial previa para la ejecución forzosa de las decisiones administrativas, son muchísimas las excepciones establecidas en las leyes que atribuyen potestades de ejecución directa a la Administración. Parece, pues, que tal prerrogativa correspondiera de modo natural a la gestión ordenada de los intereses generales.

— En nuestro ordenamiento jurídico la potestad de ejecución forzosa, reconocida con carácter general, queda inmediatamente exceptuada, cuando los sujetos que ven afectados sus derechos o intereses, recurren en sede contencioso-administrativa contra la decisión que trata de ejecutarse. El Tribunal podrá adoptar o no medidas cautelares. Pero mientras se pronuncia, no puede llevarse a cabo la ejecución forzosa de la decisión, al menos en todas las hipótesis en las que esta ejecución supone la remoción de una situación posesoria o afecta directamente a derechos de los ciudadanos. Esta paralización de la ejecución hasta que la jurisdicción se pronuncia de modo cautelar, equivale a reconocer un efecto paralizante del recurso contencioso-administrativo, virtud que deriva del derecho de tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 CE.

— No obstante lo anterior, la jurisprudencia reconoce con más normalidad la posibilidad de ejecutar forzosamente los actos administrativos, cuando tienen estos un contenido de carácter económico. Por ejemplo, cuando se trata de sanciones con tal carácter y, sobre todo, cuando se trata de exigir por la vía ejecutiva contribuciones o prestaciones económicas que las leyes imponen a los ciudadanos. Las leyes General Presupuestaria y General Tributaria de 2003 han ratificado con claridad, pese a toda la jurisprudencia antes recordada, las potestades administrativas de apremio para la ejecución de

actos de recaudación y similares. Debe entenderse que, en estos casos, como antes hemos indicado, la eficacia de la gestión encargada a la Administración Pública, se dificultaría extraordinariamente sin el reconocimiento de aquellas potestades ejecutivas. Además, y sobre todo, debemos destacar que a la habilitación que pueda derivarse de lo establecido en el artículo 103.1 CE («La Administración sirve con objetividad los intereses generales...»), puede añadirse también, si se trata de una actividad recaudatoria, una diferencia esencial en la posición de los ciudadanos ante la Administración: en estos casos la ejecución forzosa puede poner a prueba el derecho a la tutela judicial efectiva, pero ha de tenerse en cuenta que la Administración trata, con dicha medida ejecutiva, de exigir el cumplimiento de un deber constitucional, consagrado en el artículo 31.1 CE: «Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica...».

3. REDUCCIÓN PROGRESIVA DE LAS DEMÁS POSICIONES PRIVILEGIADAS DE LA ADMINISTRACIÓN ANTE LA JUSTICIA. PRERROGATIVAS INCOMPATIBLES CON LA CONSTITUCIÓN Y SITUACIÓN ACTUAL

A) **Expansión de la jurisdicción contencioso-administrativa y el dogma de su carácter revisor**

Con las dos posiciones privilegiadas fundamentales de la Administración en relación con la Justicia que acabamos de estudiar, la ejecutividad y la acción de oficio, surgen otras en el contencioso español, bien simultáneamente o bien como consecuencia del ajuste que los propios órganos encargados del contencioso van haciendo de su relación con la Administración activa. Inicialmente muchas de ellas suponen una participación administrativa en el contencioso, ya que la Administración activa ejerce funciones materialmente jurisdiccionales cuyo dominio exclusivo no se reserva a los órganos competentes en materia contenciosa. A veces, los privilegios jurisdiccionales de la Administración surgen para defender sus bienes y derechos de la jurisdicción ordinaria (así, como vimos en el volumen anterior, el privilegio de la inembargabilidad o la prohibición de interdictos). A medida que se desarrolla el contencioso-administrativo, la mayoría de las posiciones privilegiadas que restan a la Administración activa, además de la prerrogativa de la ejecutoriedad, tienen relación estrecha con la organización del sistema contencioso, ya que las instancias a las que se encomienda la función jurisdiccional ni tienen competencia para cono-

771.

El desarrollo de los demás privilegios.

772.

Participación administrativa en la función jurisdiccional.

773.

Límites del control jurisdiccional.

cer de la totalidad de la actividad administrativa, ni pueden, cuando la controlan, adoptar decisiones (especialmente en materia de ejecución de sentencias) que puedan perturbar el correcto funcionamiento de la Administración.

El contencioso-administrativo que organizan en España las Leyes de 2 de abril y 6 de julio de 1845 era de carácter retenido, como el modelo francés original, de modo que los asuntos susceptibles de control contencioso no eran todos en los que intervenía la Administración. Se aplicaba el régimen llamado de «lista», caracterizado porque los asuntos administrativos susceptibles de revisión jurisdiccional formaban una relación que agotaba las específicas cuestiones que podían ser objeto de debate contencioso.

774.
Sistema de lista.

775.
La renovación del contencioso en 1888.

La configuración del contencioso se mantiene así durante casi todo el siglo XIX, con las muy escasas excepciones que representan las épocas en las que la concepción estricta de la separación de poderes lleva a los políticos a declarar la supresión de la justicia administrativa existente (así durante la revolución de septiembre de 1868: Decretos de 13 y 16 de octubre de 1868).

776.
Justicia retenida-justicia delegada en el debate de la Ley de 1888.

Las bases definitivas de la judicialización del contencioso-administrativo en España vendría a establecerlas la Ley de lo Contencioso-Administrativo de 13 de septiembre de 1888.

777.
Restricciones a la jurisdicción.

El análisis de lo ocurrido durante la tramitación de esta Ley, que estudió pormenorizadamente L. MARTÍN REBOLLO, demuestra que se enfrentaron con ocasión del debate parlamentario dos concepciones opuestas acerca de la organización de la jurisdicción contencioso-administrativa. Los liberales defendían que el sistema fuera de jurisdicción delegada. Los conservadores, en cambio, mantenían como cuestión de principio que la jurisdicción debería concebirse como retenida. Estas posiciones separadas se justificaron durante el debate en interpretaciones diversas del texto constitucional que justificaba, según unos, la retención del poder de juzgar a la Administración en manos del rey, mientras que otros, como DANVILA, pensaban que «no hay ningún artículo constitucional que prohíba que el juez especial falle en lo contencioso-administrativo, ni de una manera ni de otra puede pensarse que se infringe la Constitución».

778.
Limitaciones que hacen a la jurisdicción «inofensiva».

779.
El régimen de la ejecución de sentencias.

Al final se llegó a un entendimiento entre ambas fuerzas políticas, en el que se produjeron cesiones mutuas. Su resumen es simple: los conservadores renunciaron a la jurisdicción retenida pero, a cambio, los liberales tuvieron que admitir recortes de la regulación establecida,

de manera que la jurisdicción tuviera muchas restricciones a la hora de juzgar a la Administración.

El conde de Torreaznar hizo un expresivo resumen del acuerdo alcanzado y de sus consecuencias: «Se convino que el partido conservador renunciara a la jurisdicción retenida, aceptando la jurisdicción delegada, y que el partido liberal-democrático consintiera en sujetar esta jurisdicción a ciertos recursos que la hicieran inofensiva». E insiste en que el experimento tenía pocos riesgos: «Dejemos, pues, la cuestión de la jurisdicción retenida y delegada, que tal como en el proyecto se establece algún día quizá podrá servir de modelo a esas naciones que la tienen también, por las válvulas de seguridad que con mano perita han puesto en la ley los señores CÁNOVAS y SILVELA para hacerla inofensiva».

En los debates del Senado aparecía detalladamente expresado cuáles eran algunos de estos resortes que hacían la ley inofensiva. COLMEIRO, por ejemplo, atacaba el régimen establecido de ejecución de sentencias porque había quedado tan minorado de fuerza que más parecía una manifestación de la justicia retenida que de la justicia delegada: «No hay jurisdicción delegada entre tanto que las sentencias no se cumplan según la voluntad que las dio... Decidme, si no, si una sentencia del Tribunal Supremo puede dejar de cumplirse, aunque el Gobierno se oponga, mientras que aquí se le reserva la facultad de suspender una sentencia...». La misma ambigüedad mantenía el proyecto en cuanto a la judicialización definitiva del contencioso. El invento que sirvió para mantener una entente entre los defensores de entregar la resolución de los contenciosos en que era parte la Administración a órganos de la misma (como había ocurrido hasta entonces), o de encomendarla a órganos judiciales, es mérito de SANTAMARÍA DE PAREDES. Las virtudes del «sistema armónico» de jurisdicción contencioso-administrativa fueron resumidas así por su principal ideador: «Lo contencioso-administrativo no pertenece al orden judicial ni al orden administrativo; tiene una situación propia; ni es una segunda parte del procedimiento administrativo, ni es un pleito ordinario que exija concimientos especiales; surge de la reunión de estos términos: lo administrativo y lo contencioso; y no debe estar supeditado ni al poder ejecutivo ni al judicial...». Por esta razón el contencioso se entrega a órganos jurisdiccionales, de un lado, y al Consejo de Estado (órgano administrativo), de otro.

Aunque la Ley de 5 de abril de 1904 transfiera las competencias contenciosas del Consejo de Estado al Tribunal Supremo, quedaron presentes en todo el sistema, hasta hoy mismo (aunque el tiempo, la

780.

El denominado sistema armónico: participación de la Administración en la función jurisdiccional.

781.

El mantenimiento ulterior de las restricciones supuestas a la jurisdicción.

782.

Objeto de los recursos.

783.

La consolidación del carácter revisor de la jurisdicción.

784.
Implicaciones del principio.

legislación y la jurisprudencia hayan cambiado muchas cosas) las limitaciones con que fue inicialmente concebida. En la Ley Santamaría de Paredes de 13 de septiembre de 1888 no solo había «válvulas de seguridad» para la Administración, más o menos encubiertas, sino restricciones efectivas a su enjuiciamiento. Para empezar, entre esas últimas, las limitaciones a la cláusula general de enjuiciamiento de la Administración que imponían, para poder impugnar una resolución administrativa, que hubiera causado estado, que fuera resultado del ejercicio de facultades regladas y que hubiera lesionado un derecho de carácter administrativo establecido anteriormente a favor del demandante por una ley, un reglamento u otro precepto administrativo (artículo 1 de la Ley de 1888).

785.
La depuración de las ventajas de la Administración.

La jurisdicción contenciosa había quedado para entonces articulada como una jurisdicción cuyo cometido es la revisión de los actos administrativos. Su único cometido es juzgar el acto administrativo impugnado, cuyo contenido marca estrictamente los límites del proceso. La concepción revisora de la jurisdicción contencioso-administrativa ha tenido múltiples proyecciones: desde la imposibilidad de juzgar el fondo de la cuestión controvertida cuando el acto ha incurrido en defectos de forma, hasta la imposibilidad de añadir nuevas pruebas de los hechos a las ya practicadas en el expediente administrativo, o el rechazo de argumentos o alegaciones nuevas no formuladas en vía administrativa ante la Administración.

786.
Evolución del dogma del carácter revisor.

Los privilegios y prerrogativas diversas que blindan notoriamente a la Administración frente a la intervención y control judicial de sus decisiones, se han mantenido vivos hasta bastante después de la aprobación de la Constitución de 1978. El Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional se han ocupado, a partir de entonces, de determinar cuáles de aquellas ventajas posicionales resultaban incompatibles con los principios de la Ley fundamental.

787.
Cuestiones nuevas.

Algunas de estas situaciones de ventaja empezaron a ser reducidas por la jurisprudencia incluso antes de aprobada la Constitución. Pero otros condicionamientos al enjuiciamiento pleno de las decisiones de la Administración, como son los vinculados a la condición revisora de la jurisdicción contencioso-administrativa, se han mantenido parcialmente por la jurisprudencia pese a los expresos mandatos del legislador. En este sentido cabe recordar que la Exposición de Motivos de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27 de diciembre de 1956, reafirmó el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa, pero aclaró que ello no debía ser obstáculo a la admi-

788.
Nuevas pruebas.

789.
Defectos de forma.

sión plena de la prueba o a la aceptación en vía contenciosa de alegaciones nuevas, no formuladas en vía administrativa.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo de los años setenta del pasado siglo empieza a aceptar una cierta inflexión en los rigores del dogma del carácter revisor de la jurisdicción. Por ejemplo, aun partiendo de que el proceso contencioso es un proceso al acto, afronta que los tribunales puedan examinar cuestiones no planteadas en la vía administrativa con ocasión del enjuiciamiento del acto impugnado (Sentencia de 18 de marzo de 1974). La restricción relativa a la práctica de nuevas pruebas en la vía procesal, aunque no se hayan planteado ante la Administración, también la levanta de modo bastante decidido la jurisprudencia de la época (Sentencias de 26 de diciembre de 1973, de 6 de diciembre de 1974, 28 de enero de 1975, 5, 9, 16 y 18 de junio de 1976, etc.). Vinculada al carácter revisor de la jurisdicción está la tradición jurisprudencial de no entrar a conocer del fondo del asunto cuando se aprecian defectos de forma en el acto impugnado, decidiendo el tribunal, en tal caso, retrotraer las actuaciones para que la decisión administrativa se repita. Esta práctica era un penoso calvario para los interesados que tenían que enfrentarse sucesivamente a actos con el mismo contenido en cuanto al fondo, que no eran enjuiciados porque los órganos judiciales competentes se paraban siempre en los defectos de forma. También el Tribunal Supremo afronta estas restricciones en la época (Sentencias de 4, 15 y 17 de febrero, 8, 10 y 12 de marzo de 1978, 4 y 21 de enero de 1980, etc.). Incluso la búsqueda jurisprudencial de algunas alternativas diferentes a las seguidas por la Administración, como más adecuadas a la legalidad, se atisba en algunas decisiones de la época (Sentencias de 26 de noviembre de 1975, 26 de septiembre de 1976, 26 y 28 de febrero de 1977, etc.).

Estos avances sobre el dogma del carácter revisor de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para lograr un control pleno de la actividad de la Administración y la satisfacción total del derecho a la tutela judicial efectiva, han seguido, naturalmente, después de aprobada la Constitución. Pero es de reseñar que el estudio sistemático de la jurisprudencia (que en este punto hicimos hace algunos años y ha reiterado y actualizado detalladamente J. R. FERNÁNDEZ TORRES) permite concluir no solo que la idea del carácter revisor de la jurisdicción se mantiene como referente, sino que la jurisprudencia deduce de ella consecuencias restrictivas del control de la actuación administrativa. Algunos ejemplos notables lo constituye la jurisprudencia que se resiste a aceptar que puedan cambiarse en vía contenciosa las cuantías

790.

Sustituir a la Administración.

791.

Mantenimiento del carácter revisor en la jurisprudencia actual.

792.

Inmutabilidad de las cuantías de las reclamaciones.

793.

Aperturas a las cuestiones nuevas.

de las reclamaciones de cualquier clase (por responsabilidad, expropiatorias, etc.) en relación con lo solicitado en vía administrativa (ejemplos en las Sentencias de 23 de enero y 26 de junio de 1989, 3 de noviembre de 1993, 6 de febrero de 1996, etc., todas las cuales demuestran que el criterio mucho más progresivo que estableció la importante Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1980 no ha sido siempre secundado).

794.*Recursos prematuros.***795.***Circunstancias sobrevenidas.***796.***Reconvenciones.***797.***Sustitución de la decisión administrativa.*

También las restricciones a aceptar el planteamiento en sede jurisdiccional de cuestiones nuevas, no planteadas en vía administrativa. El Tribunal Supremo ha seguido insistiendo con una frecuencia inusitada en que la jurisdicción es la segunda instancia en relación con la vía administrativa, lo que le da un cierto cariz casacional a su intervención en el control de los actos (SSTS de 23 de diciembre de 1991, 15 de junio de 1991, 19 de febrero, 15 de abril, 22 de septiembre y 14 de octubre de 1992, etc.). Aunque debe resaltarse que la jurisprudencia más reciente ha superado con mayor franqueza esta posición tradicional, aceptando que el carácter revisor de la jurisdicción no suponga obstáculo para el debate en sede contenciosa de cuestiones «no planteadas de manera formal en la vía administrativa», o incluso en el proceso judicial previo que ha dado lugar a la sentencia que se recurre (Sentencia del Tribunal Constitucional de 5 de julio de 2001 y SSTS de 22 de abril de 1991, 15 de julio, 27 de septiembre y 3 de noviembre de 1997, 20 de febrero, 27 de marzo, 7 de abril y 26 de mayo de 1998, 2 de octubre de 2000, 15 de junio de 2002, 26 de enero de 2003, etc.). También la inadmisibilidad de recursos planteados prematuramente (por ejemplo, antes de la resolución de los recursos administrativos: Sentencias de 9 de febrero, 23 de marzo y 14 de mayo de 1979 y 14 de mayo de 1987, etc.). La imposibilidad de tener en cuenta en el contencioso circunstancias sobrevenidas es también un efecto que se atribuye al carácter revisor de la jurisdicción (SSTS de 28 de enero de 1991 y de 20 de noviembre de 2001). La prohibición de ejercer acciones de carácter reconvencional (SSTS de 5 de abril, 11 y 29 de mayo, 5 de junio de 1990, 23 de septiembre de 1994, etc.). O, en fin, también se basa en el carácter revisor de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa la jurisprudencia contraria a que los órganos jurisdiccionales puedan establecer en sus sentencias soluciones sustitutivas de las acordadas por la Administración, jurisprudencia a la que ya nos hemos referido más atrás en este volumen con ocasión del examen del control de la discrecionalidad.

B) El agotamiento de las vías administrativas previas

También en la vecindad técnica del carácter revisor de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, se ha situado el obstáculo de las vías administrativas previas, como requisito imprescindible para que pueda accederse a la jurisdicción contencioso-administrativa. Del origen de esta exigencia dimos cuenta en el capítulo anterior. El requisito se mantiene en la legislación vigente, aunque notablemente aminorado. Las vías previas de carácter administrativo solo tienen que seguirse obligatoriamente en relación con los actos que no causen estado o pongan fin a la vía administrativa (artículos 107, 109, 114 y 116, LRJAP). En esta rebaja ha tenido mucho que ver la nueva interpretación de este requisito establecida especialmente por la jurisprudencia constitucional.

En las Sentencias 21/1986, de 14 de febrero, y 22/1986, de 14 de febrero, se puede encontrar un punto de inflexión notable al respecto. Se resuelven en ellas dos cuestiones de constitucionalidad planteadas por jueces de primera instancia, en las que se suscitaba el problema de la compatibilidad con los artículos 24.1 y 117.3 de la Constitución, de lo establecido en el artículo 16.2 de la Ley 40/1980, de 5 de julio, sobre inspección y reclamación de la Seguridad Social. Según dicho precepto, las demandas de tercerías, contra embargos efectuados por la Seguridad Social por descubiertos en las cotizaciones, han de pasar por el trámite de la reclamación previa ante la Tesorería. La respuesta dada por el Tribunal Constitucional a las dudas de constitucionalidad planteadas por aquellos jueces, fue que las vías administrativas previas no son contrarias a los artículos 24.1 y 117.3 de la CE, ya que, aunque la vía previa «supone la creación de ciertas dificultades en el acceso a la jurisdicción ordinaria», no asume la Administración una competencia jurisdiccional ni obstaculiza el acceso definitivo a la justicia. Solo si las vías previas supusieran un obstáculo definitivo o «de cumplimiento imposible o extremadamente dificultoso», serían contrarias a la Constitución. La regla de medir la compatibilidad será, por tanto, siempre el análisis de la dificultad, obstáculo o impedimento que oponga al acceso a la jurisdicción. Será adecuada a la Constitución la vía previa cuando el obstáculo que imponga no sea innecesario, excesivo, falto de razonabilidad o de proporcionalidad (SSTC 62/1982, de 20 de mayo; 60/1989, de 17 de mayo; 158/1987, de 20 de octubre; etc.). No es imprescindible, sin embargo, que los requisitos previos establecidos sean materialmente impeditivos, sino que basta con que produzcan un efecto limitativo o disuasorio del ejercicio de las acciones o recursos legalmente habilitados para la defensa de los derechos o intereses legítimos (STC 206/1987, de 21 de diciembre).

798.

Vías administrativas previas.

799.

Obstáculos al acceso a la jurisdicción contenciosa. Supuestos en que son incompatibles con la CE.

800.

Obstáculos limitativos y disuasorios.

C) *Solve et repete*

801.

Principio marginal de solve et repete.

802.

Declaraciones jurisprudenciales sobre la incompatibilidad con la Constitución del principio de solve et repete.

803.

La evolución de la función de ejecución de sentencias.

804.

Atribución de la Administración en 1956.

805.

Función jurisdiccional a partir de 1978.

806.

Los progresos de la jurisprudencia después de la CE.

Una aplicación muy importante de esta doctrina se ha proyectado sobre la compatibilidad con la Constitución del principio de *solve et repete*. En verdad, la jurisprudencia del Tribunal Supremo venía poniendo en duda la compatibilidad de dicho principio con el derecho a la tutela judicial y el enjuiciamiento pleno de las resoluciones administrativas, desde años antes de la aprobación de la Constitución. En la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2000 se contiene un pormenorizado relato de la evolución de la jurisprudencia en relación con dicho principio, a partir de las Sentencias de 12 de febrero de 1972 y de 14 y 27 de junio y 6 de julio de 1973. Siguiendo de cerca las opiniones doctrinales al respecto, las Sentencias ulteriores del mismo Tribunal de 3 de marzo de 1983, 15 de marzo de 1985, 22 de diciembre de 1986, 26 de octubre de 1988 y 9 de febrero de 1990, entre las más destacadas de la primera época, concluyen en la incompatibilidad del indicado principio, en términos generales, con el derecho a la tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24 de la Constitución, y con el control pleno por la jurisdicción de la actuación administrativa que impone el artículo 106 de la misma. La misma doctrina ha sido mantenida y ratificada por muchas sentencias ulteriores como las de 2 de abril y 15 de junio de 1993, 14 y 21 de abril de 1997 y 19 de enero de 1998. Por su parte, el Tribunal Constitucional aplicó al principio de *solve et repete* inmediatamente su doctrina sobre los obstáculos inaceptables, inadecuados o desproporcionados que se oponen al franco acceso al proceso judicial por parte de los interesados. Así ocurre a partir de las Sentencias de 25 de enero y 28 de febrero de 1983, cuya doctrina se reafirma, en relación con la incompatibilidad del *solve et repete* por el artículo 24.1 de la Constitución, en sentencias como las de 20 de octubre y 21 de diciembre de 1987, 25 de marzo de 1993, 20 de mayo de 1996, 30 de marzo de 1998, etc.

D) La asunción por los tribunales del dominio exclusivo de la ejecución de las sentencias

Nos referiremos, por último, al progreso de la jurisprudencia relativa a la ejecución de sentencias contencioso-administrativas. De la situación establecida con ocasión de la Ley de 1888, más atrás reseñada, se pasó a la nueva regulación de la Ley de la Jurisdicción de 27 de diciembre de 1956, que mantuvo las atribuciones de la Administración para la ejecución de las sentencias de los tribunales de lo contencioso-administrativo. Esta situación permitió que, contando con una

jurisprudencia bastante tolerante, la ejecución de sentencias condenatorias contra la Administración se convirtiera en el problema central de nuestro contencioso-administrativo. La atribución a los jueces y tribunales en exclusiva de la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado por el artículo 117.3 de la Constitución, ha determinado un cambio radical en la situación, visible en la jurisprudencia constitucional y consolidado tras la sustitución de la Ley de 1956 citada por la nueva LJCA de 1998.

Nos referiremos brevemente a los progresos previos a esta última reforma, para formular algunas indicaciones finales, que se completarán en el lugar que sistemáticamente corresponda de esta obra, acerca de la regulación actual y la situación de la jurisprudencia.

Nada más aprobada la Constitución, la primera cuestión, que hubo de ser afrontada por el Tribunal Constitucional, fue la compatibilidad con el artículo 117.3 de la misma con lo establecido en el artículo 103 de la LJCA de 1956, que atribuía a la Administración la responsabilidad de la ejecución de las sentencias dictadas por los tribunales de lo contencioso-administrativo («la ejecución de las sentencias —decía el precepto citado— corresponderá al órgano que hubiere dictado el acto o la disposición objeto del recurso»). Reiteradamente, a partir de 1982, el Tribunal Constitucional se plantea este problema, relacionándolo con el derecho a la tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24.1 CE (SSTC 32/1982, de 7 de junio; 61/1984, de 16 de mayo; 67/1984, de 7 de junio; 109/1984, de 26 de noviembre; 65/1985, de 23 de mayo; 106/1985, de 7 de octubre; 155/1985, de 12 de noviembre; 176/1985, de 17 de diciembre; 15/1986, de 31 de enero; 33 y 34/1986, de 21 de febrero; 116/1986, de 20 de octubre; 33/1987, de 12 de marzo; etc.). El derecho a la tutela judicial efectiva se vincula con el artículo 117.3 en esta jurisprudencia; sostiene que aquél solo se satisface cuando los jueces y tribunales, a quienes corresponde juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, adoptan las medidas pertinentes para el estricto cumplimiento del fallo. Es al órgano judicial al que le corresponde deducir las exigencias de la sentencia interpretando, en su caso, las dudas que plantee. Si un juez o tribunal se aparta de lo establecido en el fallo, estaría vulnerando el artículo 24.1 de la Constitución.

La jurisprudencia de los años inmediatamente posteriores a la Constitución y anteriores a la reforma de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1998, insiste en la idea de que los artículos 24.1 y 117.3 CE obligan a que sea la propia jurisdicción la que controle el proceso ejecutivo del fallo.

807.

Afirmación del carácter jurisdiccional de la función. Exclusión de su control por la Administración.

808.

La ejecución de sentencias de condena de contenido pecuniario.

809.

Respeto a la legalidad presupuestaria.

810.

Sustitución de lo establecido en el fallo.

Los problemas mayores se plantean en esta etapa en relación con la ejecución de sentencias que supone condenas a la Administración de contenido pecuniario. En estos casos, es relevante la atención que los tribunales prestan a que no se produzcan quebrantos a la Hacienda Pública (preocupación que está en línea de continuidad con la consagración en el siglo XIX del principio de inembargabilidad de los recursos y el patrimonio público). Por ello, la Sentencia 61/1984, de 16 de mayo, por ejemplo, establece que la ejecución de aquella clase de condenas pecuniarias no puede hacerse sin cumplir los requisitos exigidos por las normas legales que regulan las finanzas públicas. En particular, la previsión presupuestaria de los pagos correspondientes (establecida con carácter general entonces en el artículo 44 de la Ley General Presupuestaria de 4 de enero de 1977).

También se ocupa la jurisprudencia de la legitimidad constitucional de la sustitución, en ejecución de sentencia, de lo establecido en el fallo por su equivalente pecuniario o por otro tipo de prestación. De la Constitución no se deduce, según esta jurisprudencia, el principio de la identidad total entre lo ejecutado y lo establecido en el fallo (SSTC 58/1983, de 29 de junio; 109/1984, de 26 de noviembre; y 67/1984, de 7 de junio).

811.

Los principios de la nueva jurisprudencia.

La disponibilidad de la ejecución de sentencias para los jueces y tribunales es una doctrina que prácticamente concluye en la sentencia del Tribunal Constitucional 167/1987, de 28 de octubre. A partir de la misma queda definitivamente establecido: a) que la ejecución de sentencias es una potestad cuya titularidad pertenece a los órganos judiciales «como una manifestación típica de la potestad jurisdiccional» (artículo 117.3 CE); b) que en el orden contencioso-administrativo, los tribunales deben adoptar todas las medidas precisas para que la Administración colabore en el cumplimiento inmediato de las sentencias; c) que esta función jurisdiccional exige a los tribunales que reaccionen frente a ulteriores actuaciones o comportamientos enervantes del contenido material de sus decisiones, que las contradigan o tiendan a privarlas de efectos prácticos; d) en los supuestos en que la Administración reitera sus decisiones anteriores anuladas, como medio para incumplir lo resuelto por el tribunal, como es el caso analizado en la Sentencia 167/1987, no es necesario abrir un nuevo proceso contencioso para la anulación del acto reiterativo, sino que el tribunal puede acordarla en ejecución de sentencia; e) en fin, todas las cuestiones nuevas que incidan en lo fallado en el proceso pueden plantearse ante el tribunal sentenciador en el incidente de ejecución de sentencia y

requerirle para que adopte todas las medidas que sean precisas para la eliminación de todos los obstáculos sobrevenidos.

La dominación por el tribunal de la ejecución de lo fallado mediante sentencia ha encontrado su obstáculo más resistente en la ejecución de sentencias condenatorias de carácter pecuniario, enfrentada al principio de inembargabilidad de los fondos y el patrimonio público. Este último bastión, sin embargo, también empezó a quebrar definitivamente a partir de la Sentencia del Tribunal Constitucional 166/1998, de 15 de julio, que examina el alcance de la inembargabilidad de los bienes de las entidades locales, consagrada en los apartados 2 y 3 del artículo 104 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales, entonces vigente. La sentencia explica el origen del principio de inembargabilidad en los términos que ya hemos estudiado. Analiza su evolución y su consagración en la legislación actual. Acepta que es un obstáculo a la ejecución de sentencias, pero admite, recogiendo principios de la propia jurisprudencia constitucional, que el derecho a que se ejecuten las sentencias «no es absoluto e incondicionado». Tampoco plantea obstáculos a la idea de que el legislador, por razones de interés público y social, pueda excluir «determinados bienes y derechos de la ejecución forzosa, declarándolos inembargables, y prohibiendo, en su consecuencia, que el ejecutante proyecte su ejecución sobre los mismos» (STC 113/1989). También es perfectamente admisible en términos constitucionales, como ya hemos señalado, que la ejecución de sentencias pecuniarias tenga que cumplir el principio de legalidad presupuestaria. Pero a los efectos de este régimen de protección de los recursos públicos, es necesario diferenciar entre los diferentes bienes y derechos que integran la Hacienda Pública y, en el concreto caso debatido, la Hacienda Local. Se incluyen en ella tanto bienes patrimoniales como otros que están afectos a un uso o servicio público. Mientras que la protección de estos últimos tiene una justificación razonable, en orden a la protección de los intereses públicos, las de los segundos carece de la misma fundamentación. No se trata, en este caso, de cosas excluidas del tráfico privado, ni hay razón para atribuir en relación con los mismos requisitos especiales para su enajenación o embargo. De manera que, si las entidades locales se niegan a cumplir las sentencias condenatorias consistentes en el pago de cantidades líquidas judicialmente declaradas, el derecho a la tutela judicial efectiva permite que los bienes patrimoniales puedan ser objeto de traba o embargo. En este sentido, establecer con carácter general, como hacía el artículo 104.2 y concordantes de la Ley reguladora de las Haciendas Locales, que los «bienes en general» de las entidades locales están protegidos por el privilegio de la inembarga-

812.

La matización jurisprudencial del alcance del principio de inembargabilidad.

813.

Diferenciación entre los bienes patrimoniales y los efectos a un uso o servicio público.

814.

La renovación de la regulación legal.

bilidad, es un exceso contrario a los artículos 24.1 y 117.3 CE. La jurisprudencia posterior no ha hecho otra cosa que sostener con todo énfasis la misma apertura y ampliarla: inmediatamente, la STC 228/1998, de 1 de diciembre, y, siguiendo su estela, ahora ya una jurisprudencia habitual, tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo. De este último, por ejemplo, Sentencia de 29 de enero de 1999, Autos de 5 de mayo de 1999, 21 de febrero de 2000, 5 de febrero y 26 de marzo de 2001, etc. La Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, artículo 30.3, y la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, artículo 23, han incorporado y precisado estos nuevos principios sobre el alcance del privilegio de la inembargabilidad.

Esta última e importante remodelación de la institución de la inembargabilidad de los bienes y recursos públicos, coincide en el tiempo con la aprobación en 1998 de la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Este texto legal recoge ya la práctica totalidad de las innovaciones impuestas por la Constitución, y recogidas por la jurisprudencia, de las que hemos dado cuenta.

Nos remitimos ahora a otro volumen de esta obra para la explicación pormenorizada del sistema actual de ejecución de sentencias. Destacamos sus reglas principales, cuya inspiración en los nuevos principios constitucionales resulta evidente: a) la ejecución de sentencias contencioso-administrativas tiene una inequívoca naturaleza jurisdiccional, de modo que es una función que corresponde a los juzgados y tribunales de aquel orden (artículo 103.1 LJCA); b) todas las personas y entidades públicas están obligadas a colaborar con lo resuelto por la sentencia (artículo 103.3 LJCA en relación con los artículos 118 CE y 17.1 LOPJ). En relación con esta cooperación, también STC 167/1987, antes referida; c) cualquier acto o disposición que dicte la Administración en contra de los pronunciamientos de las sentencias y con la finalidad de eludir su cumplimiento, podrá ser anulado por el órgano jurisdiccional en el mismo incidente de ejecución de la sentencia [artículos 103.4 y 5 LJCA, y 62.1.a) LRJAP]. Algunas particularidades en la STS de 5 de abril de 2001; d) es el órgano judicial que dictó la sentencia el encargado de adoptar todas las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento del fallo, sin contrariar su contenido (artículo 109 LJCA); e) la responsabilidad plena del órgano jurisdiccional para la ejecución de la sentencia, no es obstáculo para la denominada «ejecución administrativa» de las sentencias, que habilita el artículo 104 LJ, durante el plazo de dos meses, antes de que se pueda instar la ejecución forzosa por los interesados (sobre los límites de esta facultad,

815.

Los principios del sistema actual.

STC 7/2002, de 14 de enero); f) el artículo 105 de la Ley jurisdiccional declara que no puede suspenderse el cumplimiento ni declararse la inejecución total o parcial del fallo. El mismo precepto prevé las posibilidades de sustitución acomodándose a la jurisprudencia constitucional sobre la admisibilidad de que no coincida lo resuelto con lo ejecutado (sobre los límites de la imposibilidad legal o material de ejecución, STS de 30 de enero de 2001); se incluye en esta hipótesis la expropiación del contenido de la sentencia cuando concurren las circunstancias que el citado artículo 105 establece; g) el Tribunal Constitucional ha admitido, como ya nos consta por lo estudiado en este volumen, hipótesis de convalidación de normas anuladas por los tribunales (STS 73/2000, de 14 de marzo); h) por lo que se refiere a las sentencias condenatorias al pago de cantidad, el artículo 106.1 y 2, instrumenta su satisfacción considerando ampliables todos los créditos relativos a la ejecución de las mismas. Además, se establece la obligación para la Administración de promover las modificaciones presupuestarias que sean precisas; cuando se produzcan dificultades o sea previsible un trastorno grave para la Hacienda Pública (artículo 106.4), la Administración puede hacer al Tribunal otras propuestas que resulten menos gravosas, cuya aceptación depende de este; i) respecto de las posibilidades de embargo de bienes públicos, la LJCA no regula la cuestión (la Exposición de Motivos justifica la abstención afirmando que esta es una materia que debe ser regulada en la legislación relativa a los bienes públicos), pero la jurisprudencia ha abierto el camino, en el sentido ya indicado, distinguiendo entre los bienes patrimoniales y otros recursos financieros, por una parte, y, por otra, los bienes afectos a un uso o servicio público.

VIII. LAS MUTACIONES DEL VIEJO SISTEMA DE CONFLICTOS JURISDICCIONALES

Las primeras regulaciones decimonónicas de los conflictos jurisdiccionales, que hemos estudiado en el Capítulo anterior, están todas ideadas en beneficio del mantenimiento de las prerrogativas de la Administración ante la Justicia. Como sabemos, la función de control que inicialmente se atribuye a los órganos de lo contencioso-administrativo (órganos administrativos, al fin, en su configuración inicial) es limitada tanto por las materias o decisiones que son susceptibles de enjuiciamiento, como por las limitadas facultades que se atribuyen a la jurisdicción para ejecutar lo juzgado. Existe entonces, por tanto, un amplio núcleo exento de intervención jurisdiccional, tanto conten-

816.
Sistemas de
conflictos
inclinados a favor
de la
Administración.

817.

Ámbitos administrativos exentos de intervención judicial.

cioso-administrativa como civil y penal. En lo que concierne a la contencioso-administrativa, por las razones básicas que acaban de expresarse. En lo que se refiere a la jurisdicción civil, porque, sobre todo, la prohibición general de interdictos contra la Administración, limita también ampliamente las facultades de aquel orden judicial. Y lo concierne a la jurisdicción penal, en fin, porque, como también hemos estudiado, la intervención de los jueces penales queda en el siglo XIX fuertemente mediatizada por dos técnicas básicas: la de las cuestiones administrativas previas, que evita que los tribunales puedan decidir sobre determinadas materias sin que exista un previo pronunciamiento de la Administración sobre las mismas, y, en segundo lugar, las autorizaciones para procesar a funcionarios y autoridades, que se instituye como un firme valladar frente a la acción de los jueces y tribunales penales.

818.

Restricciones a la jurisdicción civil y penal.

Este gran reparto general de papeles entre la Administración y la Justicia fija demarcaciones bastante claras entre las esferas de actuación de ambos poderes. Cualquier intromisión en los espacios de dominio respectivo genera un conflicto, que puede formalizarse como tal en un procedimiento pensado inicialmente en beneficio exclusivo de las competencias de la Administración. La primera regulación decimonónica de los conflictos de jurisdicción, completamente sesgada del lado de la Administración, solo permite a esta plantear conflictos a los tribunales, y no viceversa. Además los conflictos los resuelve el Jefe del Estado, en su papel de supuesto poder moderador, como afirmaba la teoría doctrinaria vigente durante el período de la Restauración, contando con el asesoramiento previo del Consejo de Estado (al término del siglo XIX, este es el sistema que consolida el Real Decreto de 8 de septiembre de 1887). Ninguna duda cabe del sesgo administrativo de esta regulación de los conflictos jurisdiccionales.

819.

Iniciativa de la Administración; resolución del conflicto por el ejecutivo.

Esta misma inclinación no cambia en lo básico con la Ley de 17 de julio de 1948, que, no obstante, permite que puedan promover los conflictos no solo las autoridades administrativas sino también los tribunales. Sin embargo, la regulación de dicha Ley situaba en una indudable mejor posición a los órganos administrativos, ya que mientras que el ministro del ramo podía acordar la continuación de los procedimientos administrativos en curso, cuando estimara que su suspensión podría causar perjuicios graves para el interés público, el requerimiento dirigido a los tribunales determinaba siempre la obligación de que dejaran en suspenso los procedimientos de los que estaban conociendo. Pero, en todo caso, lo importante era la solución final del conflicto que se atribuía directamente al Jefe del Estado. Le correspondía

820.

La dominación administrativa del conflicto en la Ley de 1948.

a este dictar un «decreto decisorio de la competencia», al término de un procedimiento en el que era esencial el informe y propuesta del Consejo de Estado.

Aunque las regulaciones contenidas en la Ley de 1948 eran, por razones que parece innecesario resaltar, francamente incompatibles con la posición en que sitúa a la Justicia la Constitución de 1978, el sistema se mantendrá hasta la aprobación de la nueva Ley de Conflictos Jurisdiccionales, hoy vigente, de 18 de mayo de 1987. Un par de años antes, la LOPJ de 1985 había sustituido al jefe del Estado como órgano decisor de los conflictos, por otro órgano colegiado integrado por el presidente y dos magistrados del Tribunal Supremo y por tres consejeros permanentes de Estado. El presidente del Tribunal Supremo, que presidía dicho órgano, tenía también voto de calidad en caso de empate (artículos 38 y 39 LOPJ).

La Ley Orgánica citada se remitía a una regulación ulterior relativa al procedimiento y resolución de los conflictos, que fue la que llevó a cabo la Ley de Conflictos Jurisdiccionales de 1987 citada. En la regulación del nuevo procedimiento y en la solución final de las controversias, hay un evidente afán de equilibrio por parte del legislador. El órgano encargado de resolverlos, llamado ahora Tribunal de Conflictos de Jurisdicción (que, no obstante, ni se integra en el poder judicial, ni sus componentes son todos jueces o magistrados), lo componen miembros procedentes, por un lado de la jurisdicción, y, por otro, de la Administración, siguiendo la fórmula establecida desde 1985, ya citada. La promoción de los conflictos y su tramitación también aparece ordenada con un innegable equilibrio. Cualquier juzgado o tribunal puede plantear un conflicto jurisdiccional a la Administración. Igualmente puede hacerlo esta, pero siempre canalizando el conflicto a través de los órganos que indica el artículo 3 de la Ley: son, en la Administración del Estado, los miembros del Gobierno, los delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas, los generales y almirantes con mando de Región militar o Zona marítima, el almirante Jefe de la Jurisdicción Central, el comandante general de la Flota y los generales jefes de Región aérea o Zona aérea, los subdelegados del Gobierno, y los delegados de Hacienda. En la Administración autonómica será competente el órgano que señale cada Estatuto de Autonomía, y a falta de previsión al respecto, el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma o cualquiera de sus miembros, por conducto del Presidente. Y, por lo que concierne a la Administración local, la función se residencia en los presidentes de las Diputaciones Provinciales u órganos de la Administración local provincial, los presidentes de

821.

Las reformas de 1985 y la Ley de 1987.

822.

Criterios de una regulación que busca el equilibrio de los poderes en conflicto.

823.

Órganos que pueden plantearlo.

los Cabildos y Consejos Insulares, y los alcaldes presidentes de los Ayuntamientos.

824.

La materia propia de los conflictos: definición positiva.

La materia propia de los conflictos jurisdiccionales aparece definida, positivamente, en el artículo 5, y negativamente en los preceptos inmediatos siguientes. Los órganos competentes de la Administración para plantear conflictos, antes mencionados, lo harán siempre, según dice aquel precepto, «para reclamar el conocimiento de los asuntos que, de acuerdo con la legislación vigente, le corresponda conocer a ellos mismos, a las autoridades que de ellos dependan, o a los órganos de la Administración Pública en los ramos que representan». La delimitación negativa del ámbito de los conflictos jurisdiccionales se establece por una parte, en el artículo 6, que prohíbe el planteamiento de conflictos frente a la iniciación o seguimiento de un procedimiento de *habeas corpus* o de adopción en el mismo de las resoluciones de puesta en libertad o a disposición judicial. También en el fundamental artículo 7, que prohíbe que puedan plantearse conflictos de jurisdicción a los juzgados y tribunales en los asuntos resueltos por auto o sentencia firmes o pendientes solo de recurso de casación o de revisión, salvo cuando el conflicto nazca o se plantee con motivo de la ejecución de aquellos o afecte a facultades de la Administración que hayan de ejercitarse en trámite de ejecución. Y, en fin, en el artículo 8, donde se indica que los jueces y tribunales no podrán suscitar conflictos de jurisdicción a las Administraciones Públicas en relación con asuntos ya resueltos por medio de acto que haya agotado la vía administrativa, salvo cuando el conflicto verse sobre la competencia para la ejecución del acto.

826.

Procedimiento.

El procedimiento regulado en la Ley para el planteamiento, tramitación y resolución de los conflictos, distingue entre conflictos positivos y negativos de competencia. Los segundos pueden ser planteados por los particulares a los que, sucesivamente, los órganos administrativos y los jurisdiccionales rechacen el conocimiento de asuntos que les afecten. En tal caso, el artículo 13 de la Ley establece que el conflicto se iniciará mediante escrito del interesado dirigido al Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, uniendo al mismo copias de las resoluciones de las autoridades administrativa y judicial en las que nieguen respectivamente su competencia (artículo 13 LCJ). Los conflictos positivos se tramitan a iniciativa del órgano administrativo o judicial que entienda que su competencia ha sido invadida. El órgano que inicia el conflicto debe requerir de inhibición al que esté conociendo del asunto, previa audiencia de los interesados. El órgano requerido deberá acordar inmediatamente la suspensión del procedimiento iniciado, salvo que

827.

Conflictos negativos.

828.

Conflictos positivos.

se trate de un órgano jurisdiccional de orden penal o esté conociendo de un asunto de protección de los derechos fundamentales, tramitado por el procedimiento especial y sumario a que alude el artículo 53.2 de la Constitución (artículo 11 LCJ). Tras esta primera decisión, tendrá que resolver también si declina su competencia o la mantiene. En uno u otro caso deberá contestar el requerimiento y notificar su resolución al requirente. Si declina de la competencia, habrá de remitir las actuaciones al órgano que inició el conflicto para que continúe su tramitación en su ámbito y sede; si no acepta el requerimiento, el conflicto quedará planteado, debiendo los órganos implicados en el mismo remitir las actuaciones al presidente del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, para que se adopte la resolución que proceda.

La Ley de Conflictos Jurisdiccionales de 1987, cuyos rasgos principales hemos descrito, ha conseguido equilibrar, sin ninguna duda, la posición que la Administración y la Justicia tienen durante todo el planteamiento, la tramitación y la resolución del conflicto. Sin embargo, en nuestro criterio no puede decirse que, a pesar de su fecha, sea una regulación completamente adaptada a los principios de la Constitución.

El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre un solo aspecto importante de esta adaptación, que es el relativo a la composición del órgano encargado de resolver los conflictos. En la Sentencia 55/1985, de 22 de abril, el Tribunal Constitucional había sugerido la posible incompatibilidad (a nuestro juicio obvia) con la Constitución de la Ley de 1948, en cuanto que atribuía la competencia para resolver los conflictos al Jefe del Estado. Pero el cambio de la estructura del órgano competente para decidir los conflictos en 1985, al constituirse el Tribunal de Conflictos Jurisdiccionales, permitió plantear las cosas de otra manera, en la Sentencia del TC 56/1990, de 26 de marzo, que resolvió diversos recursos de inconstitucionalidad contra la LOPJ de 1985. En el marco de este recurso, las Comunidades Autónomas catalana y vasca habían planteado el problema de la nula representación que sus órganos institucionales tenían en el órgano encargado de resolver los conflictos. Defendían que una adecuada regulación debería haber tenido en cuenta los conflictos que se traban entre la Administración autonómica y los Tribunales Superiores de Justicia. Pero el Tribunal Constitucional no estimó que la regulación del procedimiento de los conflictos de jurisdicción y la composición del órgano encargado de resolverlos, supusiera una invasión de las competencias autonómicas. Los argumentos principales fueron que, por un lado, el Estado tiene el monopolio de la función jurisdiccional (artículos 149.1.5.º y 152.1 CE); y, por otro, que el

829.
Resolución.

830.
Insuficiente adaptación a la Constitución.

831.
La composición del Tribunal de Conflictos y el problema de los conflictos entre los órganos ejecutivos de las Comunidades Autónomas y los Tribunales Superiores de Justicia respectivos.

832.
Conflictos jurisdiccionales y posición de la Justicia en la CE.

833.

La inclinación constitucional a favor de la Justicia.

Consejo de Estado (no obstante la literalidad del artículo 107 CE, que se refiere a él como un órgano consultivo del Gobierno) es realmente un órgano del Estado cuyas funciones se extienden también a las Comunidades Autónomas. La solución no deja de ser discutible, al menos por lo que concierne a los conflictos generados con ocasión de la aplicación de la legislación autonómica por los Tribunales Superiores de Justicia. Ese tipo de soluciones no dan una respuesta satisfactoria a la circunstancia de que las Comunidades Autónomas también son Estado y, además, deberían tener posibilidad de participar en instituciones estatales cuando sus competencias exclusivas se ponen en juego con las decisiones que aquellas adoptan. Pero al margen de esta importante cuestión, sobre la que habremos de volver en otro lugar de esta obra, la falta de adaptación de la Ley de Conflictos de 1987 a la Constitución de 1978, tiene otros fundamentos más sustantivos.

834.

La eliminación de los ámbitos exentos de control judicial y de las funciones jurisdiccionales de la Administración.

Las discrepancias resultan sustancialmente del mantenimiento en nuestro ordenamiento positivo de un sistema de conflictos jurisdiccionales, que no parece del todo consecuente con el enorme cambio posicional en que ha situado la Constitución a los tribunales de Justicia. La Ley de 1987 se ha conformado con equilibrar, en el procedimiento y en la resolución del conflicto, a las dos partes contendientes, Administración y Justicia. Pero, en verdad, la Constitución no solo no se limita a imponer dicho equilibrio, sino que lo vence de modo incuestionable del lado de la Justicia. Después de lo mucho tratado a lo largo de este capítulo sobre la significación de la función jurisdiccional y el papel constitucional de los jueces y tribunales en el control de la Administración, ninguna duda puede caber de dicha circunstancia. Mientras se mantuvo vigente un sistema de control jurisdiccional de las resoluciones administrativas incompleto, tanto porque los órganos de lo contencioso-administrativo no podían conocer de la totalidad de las resoluciones administrativas (artículos 1, 2 y 40 LJ de 1956), como por su autolimitación práctica para intervenir respecto de decisiones de carácter discrecional, como, en fin, por la atribución a la Administración de toda la función (de naturaleza inequívocamente jurisdiccional) de ejecutar las sentencias dictadas, era evidente la existencia de ámbitos de competencia administrativa completamente exentos de intervención judicial. Estos reductos de dominio administrativo exclusivo eran un caldo de cultivo esencial para los conflictos jurisdiccionales.

835.

La reserva de jurisdicción: consecuencias.

836.

Dominio jurisdiccional de la competencia de la competencia.

Pero la Constitución ha cambiado radicalmente ese estado de cosas. El dominio de la función jurisdiccional, consistente en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, por los jueces y tribunales, es absoluto. Ello ha determinado la definitiva implantación de un sistema de control de

la Administración, sin excepciones de ninguna clase, y el despojo de cualquier función de naturaleza jurisdiccional a los órganos de la Administración. Además la competencia jurisdiccional no se define con límites materiales específicos en la Constitución. Como hemos sostenido más atrás, los tribunales tienen atribuida la competencia de la competencia para definir el alcance de su propia función de control, dentro de los límites que las leyes imponen.

Todo ello repercute sin ninguna duda en muchos aspectos del sistema de conflictos jurisdiccionales, tal y como lo sigue concibiendo la Ley de 1987.

Un ejemplo elemental de lo que decimos, lo ofrece lo establecido en el artículo 7 de la Ley. El precepto, como antes hemos notado, prohíbe a los órganos jurisdiccionales que planteen conflictos a la Administración en los asuntos judiciales resueltos por autos o sentencias firmes o pendientes solo de recurso de casación o de revisión, «salvo cuando el conflicto nazca o se plantee *con motivo de la ejecución de aquellos o afecte a facultades de la Administración que hayan de ejercitarse en el trámite de ejecución*».

Que no puedan plantearse conflictos con ocasión de la ejecución de sentencias, es una prohibición que tiene sentido con la reserva a la Administración de la función de ejecutarlas, que estaba vigente en el momento de aprobación de la LCJ de 1987, porque así estaba establecido entonces en la LJ de 1956. La jurisprudencia constitucional y administrativa habían tratado mucho, como nos consta, de la incompatibilidad con la Constitución de la ejecución administrativa de sentencias. Sin embargo, la LCJ de 1987 no se ha hecho cargo de la misma porque establece una limitación al planteamiento de conflictos jurisdiccionales, completamente al margen de la reserva exclusiva a la jurisdicción de la función de ejecutar lo juzgado. Esta competencia esencial determinará que los excesos que puedan cometer los jueces y tribunales (por ejemplo, ordenando el embargo de bienes que no lo son, o alterando las previsiones del presupuesto público) tengan que resolverse por la vía de los recursos en sede jurisdiccional, y no por la vía de los conflictos. Así en general, salvo casos, por tanto, de evidente invasión de una competencia administrativa (v.gr., la nueva redacción de un precepto reglamentario anulado: artículo 71.2 LJCA de 1998).

Otras mutaciones que el sistema de conflictos ha experimentado como consecuencia de los principios de la Constitución son, tal vez, menos aparatosas, pero igualmente evidentes. La jurisprudencia tradicional en materia de conflictos de jurisdicción, especialmente después

837.

Repercusiones de los nuevos principios constitucionales en el sistema de conflictos.

838.

El caso de los conflictos en materia de ejecución de sentencias.

839.

La vindictio potestatis como materia del conflicto.

840.

Usurpaciones de competencias y función de control judicial de la Administración.

841.
Inexistencia de límites al enjuiciamiento de decisiones administrativas.

del establecimiento del nuevo órgano encargado de resolverlos, ha insistido en que la función del Tribunal de Conflictos está limitada a decidir sobre una *vindicatio potestatis* (Sentencias del Tribunal de Conflictos de 4 de noviembre de 1992, 28 de junio, 7 de julio y 14 de diciembre de 1995, entre otras). Es decir, es un conflicto en el que se debate sobre la titularidad de una atribución o competencia. La *vindicatio* puede venir justificada porque se está ejerciendo la competencia efectivamente por un órgano distinto del competente o, sencillamente, porque el órgano competente está siendo perturbado al ejercer una competencia propia (sobre ello es expresiva la Sentencia del Tribunal de Conflictos de 13 de junio de 2001). En estos extremos los conflictos jurisdiccionales difieren poco de las demás clases de conflictos constitucionales.

842.
Mutaciones del sistema de conflictos.

Sin embargo, en el marco de los principios de la Constitución de 1978, es difícil imaginar hipótesis en las que la Administración pueda reclamar a la Justicia el conocimiento de asuntos en los que esta última no puede intervenir. No es solo porque las competencias jurisdiccionales se definen conforme a una cláusula general, cuya concreción corresponde llevar a término a los propios tribunales (competencia de la competencia) dentro del marco de las leyes, sino porque el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24.1 CE, y el control efectivo por los tribunales de la totalidad de la actividad administrativa (artículo 106.1), determina y que no haya ningún círculo administrativo exento de intervención judicial (otra cosa es el grado de esa intervención, y si resulta o no posible a los tribunales sustituir lo decidido por la Administración, cuestiones a las que nos hemos referido más atrás al tratar del control de la discrecionalidad).

Estas previsiones constitucionales proyectan enormes mutaciones (en cuanto que no están expresadas en modo alguno en reformas formales de la regulación positiva) del sistema de conflictos. Podría afirmarse, a este respecto, que si la Administración puede requerir de inhibición a la Justicia en la actualidad, *no será porque esta no es competente para actuar, sino porque el órgano jurisdiccional que está interviniendo no tiene la atribución específica para hacerlo o porque no ha seguido el procedimiento adecuado.*

843.
Asunto «papeles del CESID».

En dos famosos asuntos se ha planteado con toda evidencia la cuestión a que acabamos de aludir: el conocido como «papeles del CESID», y el caso del indulto al magistrado Gómez de Liaño. El primero, resuelto por la Sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 14 de diciembre de 1995, se suscitó con ocasión de que un Juez de Instrucción requirió directamente al CESID para que le hiciera

entrega de determinados documentos, interesados en la causa que aquel estaba instruyendo, que habían sido declarados secretos por el Gobierno. La negativa de aquel órgano de la inteligencia estatal a entregarlos, y la reiterada exigencia del juez, determinaron que se planteara un conflicto de competencia por el ministro de Defensa. La resolución acordada por la Sentencia de 1995, ya citada, es favorable a la Administración. Se basa en que no puede un Juez de Instrucción, sin atenerse a la legislación en materia de secretos oficiales decidir «por sí y ante sí —y careciendo claramente de competencia para ello—» decidir «cuándo se dan las condiciones establecidas por la ley para que pueda resultar efectiva la protección de las repetidas materias clasificadas, o si merecen o no ser calificadas de secreto oficial o aportadas a un determinado proceso». Todas estas decisiones le corresponden, según la ley, al Consejo de Ministros. El órgano judicial no puede imponer al CESID o al ministro de Defensa la adopción de una decisión que está atribuida a órganos distintos. Lo importante, sin embargo, es que esta reivindicación competencial, resuelta favorablemente a favor de la Administración en el caso que examinamos, no significa que los órganos jurisdiccionales no tengan competencia para enjuiciar decisiones sobre materias clasificadas o secretos oficiales, sino que el órgano judicial concreto que hizo la reclamación (Juzgado de Instrucción n.º 5 de la Audiencia Nacional) ni era competente ni siguió el procedimiento debido. La prueba de todo ello es que tras la resolución del Tribunal de Conflictos, la misma petición de levantamiento del secreto se dirigió por el cauce adecuado al Consejo de Ministros. Contra su resolución denegatoria se sustanciaron diversos recursos contencioso-administrativos que concluyeron en las Sentencias del Pleno de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1997. Estas Sentencias, que hemos estudiado más atrás en este Capítulo, son un hito en el control de la discrecionalidad, en cuanto que la Sala acepta que cuando las normas utilizan «conceptos judicialmente asequibles», le es posible a los tribunales examinar las decisiones discrecionales de la Administración. Como se hizo en el caso, revisando y sustituyendo la decisión del Consejo de Ministros. No se trataba, en conclusión, de una competencia ajena a la jurisdicción, sino del pretendido ejercicio de la misma por un órgano judicial que no contaba con las atribuciones debidas ni usó el procedimiento adecuado.

En términos aproximados se volvió a plantear la cuestión en la Sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 13 de junio de 2001, dictada en el asunto Gómez de Liaño. El Gobierno, de un modo regular y ateniéndose a la competencia que le atribuyen las leyes reguladoras

844.

Competencia y procedimiento «intrajudicial» para la intrusión.

845.

El conflicto no imposibilita el control judicial de las decisiones dictadas en materias de competencia administrativa.

846.

Conflicto por intervención de órgano incompetente, sin seguir el procedimiento debido, no por ser el asunto ajeno a la Justicia.

del derecho de gracia, acordó conceder el indulto al magistrado Gómez de Liaño en relación con la pena de separación de la carrera judicial que le había impuesto la Sala Segunda del Tribunal Supremo. La Sala, competente a su vez para hacer efectiva la gracia, transmitiendo el acuerdo del Consejo de Ministros al interesado, estimó que este último era parcialmente contrario a la Ley y decidió no aplicarlo en dicho extremo. El conflicto planteado por el Ministerio de Justicia concluyó en la Sentencia citada, favorable en todo a la Administración del Estado. De nuevo en este caso el Tribunal de Conflictos admite que incluso una decisión de tan elevado contenido político discrecional, como es un indulto, es susceptible de control por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (un ejemplo ulterior al caso que examinamos lo ofrece la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2002). Pero ello ha de hacerse en el marco de un procedimiento, instado por parte interesada, tramitado del modo que dice la LJCA de 1998, y resuelto por un orden jurisdiccional específico. No puede, en cambio, una sala de lo penal, con ocasión de aplicar un indulto, asumir la competencia de valorar su legalidad. Al hacerlo invade una competencia ajena. La Sala Penal del Tribunal Supremo trató de librarse de esta objeción afirmando que, en realidad, no se trataba en este caso de un conflicto de competencias, sino de un problema intrajurisdiccional de atribuciones. El Tribunal de Conflictos negó esta última circunstancia, atribuyendo al debate la condición de verdadero conflicto jurisdiccional. Al no intervenir el órgano adecuado en el marco procedimental establecido por la Ley, se estaba ejerciendo por la jurisdicción, indebidamente, una competencia que pertenecía al Gobierno.

Las muestras son suficientes para justificar nuestra aseveración del profundo cambio que la Constitución ha impuesto en el sistema de conflictos jurisdiccionales. Otras causas de la conflictividad de la Administración y la Justicia (en materia de responsabilidad patrimonial, de interdictos o ejecución de sentencias, por ejemplo) tienen su origen en el mantenimiento de regulaciones legales decididamente confusas y arcaizantes, y ni siquiera es preciso afrontar su análisis porque han desaparecido, diluidas en su propia debilidad, con la reforma de las leyes que les servían de soporte.

BIBLIOGRAFÍA

- AARNIO, A.: «La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico», *Doxa*, 1990, n.º 8.
- *Lo racional como razonable*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- AA. VV.: *Discrecionalidad administrativa y control judicial, I, Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía*, Civitas, Madrid, 1996.
- ABRAHAM, H.: *The Judicial Process*, Oxford University Press, New York-Oxford, 6.ª ed., 1993.
- AGUILÓ REGLA, J.: *Teoría general de las fuentes del derecho (y del orden jurídico)*, Ariel, Barcelona, 2000.
- ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho Civil I, Introducción y Parte General*, vol. 1.º, «Introducción y Derecho de la Persona», Barcelona, 1985.
- ALEGRE ÁVILA, J. M.: «Discrecionalidad técnica y control judicial: la revisión jurisdiccional de los juicios técnicos de los tribunales y comisiones de selección para el acceso a la función pública», *RVAP*, n.º 42, mayo-agosto 1995, p. 267.
- ALEINIKOFF, A.: «Constitutional Law in the Age of Balancing», en *The Yale Law Journal* 96, n.º 5, 1987.
- ALEXY, R.: *Teoría de los derechos fundamentales*, versión castellana del original *Theorie der Grundrechte*, por E. GARZÓN VALDÉS, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.
- *El concepto y la validez del derecho*, traducción al castellano de Jorge M. Seña, Gedisa, Barcelona, 1994.
- ALONSO GARCÍA, E.: *La interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.
- ALONSO GARCÍA, R.: «Derechos fundamentales y Comunidades Europeas», en *Estudios sobre la Constitución Española. Libro Homenaje al Profesor García de Enterría*, tomo II, Civitas, Madrid, 1991.
- «El triple marco de protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea», en *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 13, mayo-agosto 2001.
- ALONSO MAS, M. J.: *La solución justa en las resoluciones administrativas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.
- ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, J. M.: «El poder judicial y su desarrollo constitucional», en el libro *20 años de Ordenamiento Constitucional, homenaje a Estanislao de Aranzadi*, Aranzadi, Pamplona.

- ÁLVAREZ GARCÍA, V.: *El concepto de necesidad en Derecho Público*, Civitas, Madrid, 1996.
- ÁLVAREZ-URÍA, F.: «El delito de cuello blanco. La formación de un concepto clave de la sociología criminal», *Claves de Razón Práctica*, n.º 93.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, P.: «Los papeles del CESID: secreto y clandestinidad», en *El País*, de 23 de abril de 1997, p. 14.
- «Democracia con jueces», *Claves de Razón Práctica*, n.º 128, diciembre 2002.
- ANDRIANTSIMBAZOVINA, J.: «L'autorité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme vue par le Conseil d'État», *RFDA*, n.º 6, Sirey, Paris, 1998.
- ANGLADA VILARDERO, J.: «La jurisprudencia ¿fuente del Derecho?», en *Estudios en Homenaje al Profesor Castán Tobeñas*, IV, Pamplona, 1969.
- ANSCHÜTZ, G.: *Die Verfassungen des Deutsches Reichs von 11 August 1919. Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis*, 14.ª ed., Berlin, 1933.
- ARAGÓN REYES, M.: *Constitución y democracia*, Tecnos, Madrid, 1989.
- *El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad. Estudios de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1998.
- ARBÓS, X.: «De Wechsler a Bickel. Un episodio de la doctrina constitucional norteamericana», *REDC*, n.º 44, 1995, pp. 263 y ss.
- ARCE Y FLORES-VALDÉS, J.: *Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional*, Civitas, Madrid, 1990.
- ARIÑO ORTIZ, G.: «Leyes singulares, Leyes de caso único», *RAP*, n.º 118, enero-abril 1989.
- AROZAMENA SIERRA, J.: «Principio de igualdad y derechos fundamentales», en *XI Jornadas de Estudio: El principio de igualdad en la Constitución española*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
- «Sobre la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos», en *AA. VV., Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución*, vol. V, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1988.
- ASOCIACIÓN ALEMANA DE PROFESORES DE DERECHO PÚBLICO: *Veröffentlichungen der Vereinigung des Deutschen Staatsrechtlicher*, Helft, 15, Berlin, 1957.
- ATIENZA, M.: «Sobre el control de la discrecionalidad administrativa. Comentarios a una polémica», *REDA*, n.º 85, enero-marzo 1995, pp. 5 y ss.
- «Sobre lo razonable en el Derecho», *REDC*, n.º 27, 1989, pp. 95-110.
- *Sobre la analogía en el Derecho. Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico*, Civitas, Madrid, 1986.
- *Contribución a una teoría de la legislación*, Civitas, Madrid, 1997.
- «Virtudes judiciales, selección y formación de los jueces en el Estado de Derecho», *Claves de Razón Práctica*, n.º 86.

- *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J.: «Sobre principios y reglas», *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 19, 1991.
- ATYAH, P. S. y SUMMERS, R. S.: *Form and Substance in Anglo-American Law*, Clarendon Press, Oxford, 1987.
- AUBRET, P.: «La notion de droit acquis en droit administratif», *RDP*, 1985.
- AUBY, J. M.: «Les validations législatives», *Revue de droit prospectif*, n.º 3 y 4, 1977.
- AUCOC, L.: *Conférences sur l'Administration et le Droit Administratif*, 3.ª ed., 1885.
- AUSTIN, J.: *Lectures on Jurisprudence (or The Philosophy of Positive Law)*, 2 vols., John Murray, London, 1885.
- BACIGALUPO, E.: «La garantía del principio de legalidad y la prohibición de analogía en el Derecho Penal», *Anuario de Derechos Humanos*, 1983.
- BACIGALUPO, M.: *La discrecionalidad administrativa: estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- BACHOF, O.: «La jurisdicción administrativa en la República Federal Alemana», *RAP*, n.º 25, 1958, pp. 289 y ss.
- *Jueces y Constitución*, traducción de *Grundgesetz und Richtermacht*, por R. Bercovitz, Civitas, Madrid, 1989.
- *Normas constitucionais inconstitucionais*, traducción del original *Verfassungswidrige Verfassungsnormen?*, (1951), por J. N. Cardoso da Costa, Almedina Coimbra, 1977, (reimp. 1994).
- «Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht», en *Juristen-Zeitung (JZ)*, 1995, pp. 97 y ss.
- BADURA, P.: «Gestaltungsfreiheit und Beurteilungsspielraum der Verwaltung bestehend aufgrund und nach Maßgabe des Gesetzes», en *Festschrift für Otto Bachof, zum 70 Geburtstag*, München, 1984.
- BAGEHOT, W.: *La Constitution anglaise*, trad. franc. de 1869.
- BALAGUER CALLEJÓN, M. L.: *La interpretación de la Constitución por la jurisdicción ordinaria*, Civitas, Madrid, 1990.
- BAÑO LEÓN, J. M.: «La igualdad como Derecho Público subjetivo», *RAP*, n.º 114, septiembre-diciembre 1987.
- «Los derechos fundamentales en la Comunidad europea y la competencia del juez nacional (comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 22 de octubre de 1986)», *REDA*, 1987, n.º 54, pp. 277-285.
- «La distinción entre Derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución Española», *REDC*, n.º 24, septiembre-diciembre 1988.

- *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria (Remisión normativa y reglamento independiente en la Constitución de 1978)*, Civitas, Madrid, 1991.
- BARAK, A.: *Judicial Discretion*, Yale University Press, New Haven, 1989.
- BARCELONA LLOP, J.: «Principio de legalidad y organización administrativa (Gobierno, Administración, ley y reserva de ley en el artículo 103.2 de la Constitución)», en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1991.
- BARNÉS VÁZQUEZ, J.: «Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho comparado y comunitario», *RAP*, n.º 135, septiembre-diciembre 1994, pp. 495 y ss.
- «El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar», *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 5, 1998.
- BARRAGÁN, J.: «La respuesta correcta única y la justificación de la decisión jurídica», *Doxa*, n.º 8, pp. 63 y ss.
- BARTHELEMY, J.: «L'interprétation des lois par le législateur», *RDP*, 1908.
- BASILE, S.: «Los valores superiores, los principios fundamentales y los derechos y libertades públicas», en A. PEDRIERI/E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución española de 1978, Estudio Sistemático*, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 1981 (reimp. 1988).
- BASSI, F.: «Il principio della separazione dei poteri. Evoluzione problematica», *RTDP*, 1965.
- BELADÍEZ ROJO, M.: *Los principios jurídicos*, Tecnos, Madrid, 1994.
- «La vinculación de la Administración al Derecho», *RAP*, n.º 153, septiembre-diciembre 2000.
- BELAID, S.: *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, LGDJ, Paris, 1974.
- BELORGEI, J. M.: «La place des principes non écrits dans les avis et les décisions du Conseil d'État», *Rev. Adm.*, n.º 4, 1999.
- BELTRÁN DE FELIPE, M.: *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, Tecnos (Temas Clave de la Constitución Española), Madrid, 1995.
- «Las potestades administrativas. En especial, las potestades discrecionales», en *Materiales para el Estudio del Derecho*, Derecho Administrativo I, www/iustel.com, 2003.
- «El control de las potestades discrecionales, en especial, la desviación de poder», en *Materiales para el Estudio del Derecho*, Derecho Administrativo I, www/iustel.com, 2003.
- *Originalismo e interpretación. Dworkin v. Bork: una polémica constitucional*, Civitas-Universidad Complutense, Madrid, 1989.

- BENDA, E.: «Dignidad humana y derechos de la personalidad», en E. BENDA y otros, *Manual de Derecho constitucional* (traducción de A. López Pina), Instituto Vasco de Administración Pública-Marcial Pons, Madrid, 1996.
- BENDERSKY, J. W.: *Carl Schmitt. Theorist for the Reich*, Princeton University Press, 1983, trad. Italiana en Il Mulino, 1989.
- BENVENUTI, F.: «Autotutela, Diritto Amministrativo», *Enciclopedia del Diritto*, IV, Giuffrè Editore, Milano, 1959, pp. 537-556.
- BENVENUTI, L.: *La discrezionalità amministrativa*, Cedam, Padova, 1986.
- BERGEAL, C.: «Conclusions sur Conseil d'État», Assemblée, 11 juillet, 2001. Ministre de la défense c/Préaud, RFDA, septiembere-octubre 2001.
- BETTI, E.: «Autotutela, Diritto privato», *Enciclopedia del Diritto*, IV, Giuffrè Editore, Milano, 1959, pp. 529-537.
- BICKEL, A. M.: *The least dangerous branch, the Supreme Court at the bar of politics*, Bobbs-Merrill Educational Publishing, Indianapolis, 1978.
- BIGLINO CAMPOS, P.: «Derechos fundamentales y competencias de la Unión: el argumento de Hamilton», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 14, enero-abril 2003.
- BILBAO UBILLOS, J. M.: *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales/BOE, Madrid, 2000.
- BLACKSTONE, W.: *Commentaries of the Laws of England (A Facsimile of the first edition of 1765-1769)*, vol. I (1765), Univ. of Chicago Press, Oxford, 1979.
- BLASCO, F. DE: *La norma jurisprudencial. Nacimiento, eficacia y cambio de criterio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- BLECKMANN, A.: «Spielraum der Gesetzesauslegung und Verfassungsrecht», en *Juristen-Zeitung (JZ)*, 1995, pp. 685 y ss.
- BOBBIO, N.: *Il problema della guerra e le vie della pace*, Il Mulino, 1979.
- *Diritto e guerra*, 1965.
- *L'idea della pace e il pacifismo*, 1976.
- *La nonviolenza à un'alternativa*, 1977.
- BÖCKENFÖRDE, E. W.: *Escritos sobre Derechos Fundamentales* (traducción de J. L. Requejo Pagés e I. Villaverde Menéndez), Nomos, Baden-Baden, 1993.
- *Teoría e interpretación de los derechos fundamentales* (traducción de I. Villaverde Menéndez), 1974.
- *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Trotta, Madrid, 2000.
- *Le droit, l'État et la constitution démocratique*, Bruylant, Belgique, LGDJ, Paris, 2000.
- BODENHEIMER, E.; OAKLEY, J. B. y LOVE, J. C.: *An Introduction to the Anglo-American Legal System*, West Publ. Co., St. Paul (Minnesota), 1988.

- BODIN, J.: *Los Seis Libros de la República*, París, 1576.
- BOIX PALOP, A.: *Las convalidaciones legislativas*, Iustel, Madrid, 2004.
- BORGNA, P. y CASSANO, M.: *Il giudice e il Principe. Magistratura e potere politico in Italia e in Europa*, Donzelli Editore, Roma, 1997.
- BORK, R.: *The Tempting of America. The Political Seduction of the Law*, Free Press, New York, 1990.
- «The impossibility of finding welfare rights in the Constitution», *Washington University Law Quarterly*, n.º 3, 1979, pp. 695 y ss.
- BORNER, B.: «Droits fondamentaux allemands et droit communautaire. A propos de la décision de la Cour constitutionnelle fédérale du 29 mai 1974», en *Mélanges F. Dehousse*, vol. 2: «La Construction européenne», Nathan-Labor, Paris-Bruxelles, 1979, pp. 193-203.
- BORRAJO INIESTA, I.: «Amparo frente a leyes», *RAP*, n.º 98, mayo-agosto 1982.
- BOULOIS, J.: «A propos de la fonction normative de la jurisprudence. Remarques sur l'oeuvre jurisprudentielle de la Cour de Justice des Communautés Européennes», en *Mélanges offerts à Marcel Waline. Le juge et le droit public*, tomo I, LGDJ, Paris, 1974, pp. 149-162.
- BRAIBANT, G.: *Le droit administratif français*, Presses de la Fondation Nationale des Sciences Politiques & Dalloz.
- «Le principe de proportionnalité», en AA. VV., *Mélanges offerts à Marcel Waline. Le juge et le droit public*, LGDJ, Paris, 1974.
- BRAZIER, R.: *Constitutional and Administrative Law*, 6.ª ed., Penguin, London, 1990.
- BRENNER, S. y SPAETH, H.: *Stare Indecisis. The Alteration of Precedent on the Supreme Court, 1946-1992*, Cambridge University Press, New York, 1995.
- BROHM, W.: «Administración y jurisdicción contencioso-administrativa como mecanismo de regulación en un sistema policéntrico de producción del Derecho» (traducción de L. Parejo Alfonso), *DA*, n.º 234, abril-enero 1993, pp. 115 y ss.
- «Ermessen und Beurteilungsspielraum im Grundrechtsbereich», en *Juristen-Zeitung (JZ)*, 1995, pp. 369 y ss.
- BRONAUGH, R.: «Persuasive Precedent», L. GOLDSTEIN (ed.), *Precedent in Law*, Clarendon Press, pp. 217-247, Oxford, 1987.
- BRONDEL, S. y otros: *Gouvernement des juges et démocratie*, Publications de la Sorbonne, Paris, 2001.
- BULL, H.: «The grotian conception of international society», in H. BUTTERFIELD, M. GIFFHT, *Diplomatic investigations*, Allen & Unwin, London, 1977.
- *The anarchical society*, Macmillan, London, 1977.
- *The concept of justice in international relations*, University of Waterloo, Waterloo (Ont.), 1984.

- BULLINGER, M.: *La discrecionalidad de la Administración Pública. Evolución, funciones, control judicial* (traducción de M. Sánchez Morón y M. Cancio Meliá), *La Ley*, año VIII, n.º 1831, 30 de octubre de 1987, pp. 1 y ss.
- «Le pouvoir discrétionnaire de l'Administration en République Fédérale d'Allemagne (évolution, fonctions, contrôle par les tribunaux)», *Revue Française de Droit Administratif*, n.º 4 (3), 1988.
- CAAMAÑO ANIDO, M. A. y CALDERÓN CARRERO, J. M.: «Globalización Económica y Poder Tributario: ¿Hacia un nuevo Derecho Tributario?», *REDA*, n.º 114, abril-junio 2002, Civitas, Madrid.
- CABO MARTÍN, C. DE: «División y predominio de poderes», en M. RAMÍREZ JIMÉNEZ (ed.), *El control parlamentario del Gobierno en las democracias pluralistas*, Labor, Barcelona, 1978.
- CACCIAVILLANI, I.: *Leggi provvedimento e riserva costituzionale di atto amministrativo*, Giustizia Civile, 1989.
- CADOPI, A.: *Il valore del precedente nel diritto penale*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1999.
- CALABRESI, G.: *A Common law for the Age of Statutes*, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts)-London (England), 1982.
- CAMBY, J. P.: «Validations législatives: des strates jurisprudentielles de plus en plus nombreuses», *Revue de Droit Public*, n.º 3, 2000.
- CAPPELLETTI, M.: «¿Renegar de Montesquieu? La expansión y legitimidad de la «justicia constitucional»», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 17, 1986, pp. 9 y ss.
- CARDOZO, B.: *The Judicial Process*, Yale University Press, New Haven, 1921.
- *La naturaleza de la función judicial*, Ed. Arayú, Buenos Aires, 1955.
- CARRASCO PERERA, A.: «El «juicio de la razonabilidad» en la justicia constitucional», *REDC*, n.º 11, 1984.
- CARRÉ DE MALBERG, R.: *Contribution à la Théorie Générale de L'État*, I, Paris, 1920.
- CARRILLO SALCEDO, J. A.: «La protección de los derechos humanos en las Comunidades Europeas», en E. GARCÍA DE ENTERRÍA, J. GONZÁLEZ CAMPOS y S. MUÑOZ MACHADO (dirs.), *Tratado de Derecho Comunitario Europeo. Estudio sistemático desde el Derecho Español*, tomo II, Civitas, Madrid, 1986, pp. 17-16.
- «Notas sobre el significado político y jurídico de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 9, enero-junio 2001.
- «Hacia una Constitución para los ciudadanos europeos», en *Revista Andaluza de Administración Pública*, n.º 45, 2002.

- CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J. L.: *Reflexiones sobre las transformaciones actuales del Derecho público, en especial del Derecho administrativo*, Revista de Administración Pública, n.º 193, Enero/Abril 2014.
- CASADO CASADO, L.: «El control de la discrecionalidad administrativa en el Derecho Comunitario Europeo», *RVAP*, n.º 44-1, enero-abril 1996, pp. 111 y ss.
- CASSESE, A.: *International law in a divided world*, Clarendon Press, Oxford, 1986.
- CASSIN, R.: «Le Conseil d'État, gardien des principes de la Révolution Française», *Revue Internationale d'Histoire Politique et Constitutionnelle*, 1951-54.
- CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil español, Común y Foral*, tomo I, vol. 1, Madrid, 1984.
- CASTILLO BLANCO, F. A.: *La protección de la confianza en el Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 1998.
- CHAPUS, R.: *De la valeur juridique des principes généraux de Droit et des autres règles jurisprudentielles du droit administratif*, Dalloz, 1966, Chron. p. 99.
- CHARLONI, S.: «Rollo della giurisprudenza e attività creative di nuovo diritto», *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, marzo 2002.
- CHEVALLIER, J.: *L'État de droit*, Montchrestien, Paris, 1992.
- CHINCHILLA MARÍN, C.: *La desviación de poder*, 2.ª ed., Aranzadi, 2004.
- CHUECA SANCHO, A.: «Los principios generales del derecho en el ordenamiento comunitario», *RIE*, n.º 3, 1989, pp. 863-893.
- *Los derechos fundamentales en la Comunidad Europea*, Bosch, Barcelona, 1989.
- CIRIANO VELA, C. D.: *Administración Económica y Discrecionalidad (un análisis normativo y jurisprudencial)*, Lex Nova, Valladolid, 2000.
- CLEMENTE DE DIEGO, F.: *La jurisprudencia como fuente del Derecho*, Madrid, 1925.
- COBREROS MENDAZONA, E.: «Actos políticos y Jurisdicción contencioso-administrativa» en el Consejo General del Poder Judicial (ed.), *Cuadernos de Derecho Judicial. El acto y el procedimiento*, Madrid, 1993, pp. 51 y ss.
- COHEN-JONATHAN, G.: «La Convention Européenne des Droits de l'Homme et la Communauté Européenne», en *Mélanges F. Dehousse*, vol. I: «Le progrès du droit des gens», Nathan-Labor; Paris-Bruxelles, 1979, pp. 157-168.
- COLAÇO ANTUNES, L. F.: *¿Existe un criterio para la persona colectiva de Derecho público?*, Revista de Administración Pública, n.º 183, septiembre/diciembre 2010.

- CONSTANTINESCO, V.: «Cour Constitutionnelle allemande, droits fondamentaux et droit communautaire: une musique nouvelle sur un air ancien», *RTDE*, 1987, n.º 3, pp. 545-553.
- COOPER, H. H. A.: *Diez ensayos sobre el «common law»*, Universidad Nacional mayor San Marcos, Lima (Perú), 1967.
- CORCUERA ATIENZA, J. (coord.): *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Dykinson, Madrid, 2002.
- CORDÓN MORENO, F.: *Las garantías constitucionales del proceso penal*, 2.ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2002.
- CORWIN, E.: *La constitución y su significado actual*, trad. de A. Leal, Ed. Fraterna, Buenos Aires, 1987.
- COSTA, J. P.: *Principes fondamentaux, principes généraux, principes à valeur constitutionnel*, en Conseil Constitutionnel et Conseil d'État, LGDJ, Montchrestien, 1988.
- «Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil d'État», *AJDA*, n.º 7-8, 1988.
- COX, A.: *The role of the Supreme Court in American Government*, Oxford University Press, London, 1976.
- CRISAFULLI, V.: *La Costituzione e le sue disposizione di principio*, Giuffrè, Milano, 1952.
- CRISCUOLI, G.: «Le sentenze della giustizia inglese: i precedenti «vincolanti» e i precedenti «persuasivi»», *Economia e Credito*, n.º 3, 1976, pp. 1-32.
- CROSS, R.: «Stare Decisis in Contemporary England», *The Law Quarterly Review*, vol. 82, 1966, pp. 203-214.
- «The Ratio Decidendi and a Plurality of Speeches in the House of Lords», *The Law Quarterly Review*, vol. 93, 1977, pp. 378-385.
- «The House of Lords and the Rules of Precedent», P. M. S. HACKER, S. J. RAZ (eds.): *Law, Morality and society*, Clarendon Press, Oxford, 1988, pp. 145-160.
- CROSS, R. H., HARRIS, J. W.: *Precedent in English Law*, 4.ª ed., Clarendon Press, Oxford, 1991.
- CROSSKEY: «The Ex-post Facto and the Contracts clauses in the Federal Convention: A note on the Editorial Ingenuity of James Madison», *V. Chi L. Rev.*, 1968.
- CRUZ VILLALÓN, P.: *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987.
- «Formación y evolución de los derechos fundamentales», *REDC*, n.º 25, año 9, enero-abril 1989.
- CUCHILLO FOIX, M.: *Jueces y Administración en el federalismo norteamericano (El control jurisdiccional de la Administración)*, Civitas, Madrid, 1996.
- CUENCA, A.: «Valor y Ley», *REP*, n.º 80, 1993.

- DAVIS, K. C.: *Discretionary Justice. A Preliminary Inquiry*, University of Illinois Press, Chicago, Ill.
- DE BUEN, D.: *Introducción al estudio del Derecho Civil*, Madrid, 1952.
- DE CASTRO, F.: *Derecho Civil de España. Parte general*, I, Madrid, 1955.
- DE LA CRUZ FERRER, J.: «Sobre el control de la discrecionalidad en la potestad reglamentaria», *RAP*, n.º 116, 1988.
- «Una aproximación al control de proporcionalidad del Consejo de Estado francés: el balance de costes-beneficios en las declaraciones de utilidad pública de la expropiación forzosa», *REDA*, n.º 45, 1985.
- DE LAUBADÈRE, A.: «Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire dans la jurisprudence récente du Conseil d'État français», en AA. VV., *Mélanges offerts à M. Waline. Le juge et le droit public*, LGDJ, Paris, vol. II, pp. 547 y ss.
- DE LAUBADÈRE, A.; VENEZIA, J. C. y GAUDEMET, Y.: *Traité de Droit Administratif*, tomo I, 16.ª ed., LGDJ, Paris, 2001.
- DE LA VALLINA VELARDE, J. L.: *La motivación del acto administrativo*, Escuela Nacional de Administración Pública, Madrid, 1967.
- DE LA VEGA BENAYAS, C.: *Teoría, aplicación y eficacia de las normas en el Código Civil*, Madrid, 1976.
- DELGADO BARRIO, J.: «Reflexiones sobre el artículo 106.1: el control jurisdiccional de la Administración y los principios generales del Derecho», en VV. AA., *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, tomo III, Civitas, Madrid.
- *El control de la discrecionalidad del planeamiento urbanístico*, Civitas, Madrid, 1993.
- DEL VECCHIO, G.: *Los principios generales del Derecho* (traducción de J. Osorio Morales), Bosch, Barcelona, 1979.
- DENNING, L.: *From Precedent to Precedent*, Clarendon Press, Oxford, 1976.
- DE PÁRAMO, J. R.: *Hart y la teoría analítica del Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.
- DEVOLVÉ, P.: *Le principe de non rétroactivité dans la jurisprudence économique du Conseil d'État*, Mélanges, Waline, LGDJ, II, Paris, 1974.
- DEL SAZ, S.: «Desarrollo y crisis del Derecho Administrativo. Su reserva constitucional», en C. CHINCHILLA, B. LOZANO y S. DEL SAZ, *Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo*, Madrid, Civitas, 1992.
- DÍAS, R. W. D.: *Jurisprudence*, 5.ª ed., Butterworths, London, 1985.
- DÍAZ REVOIRO, F. J.: *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Lex Nova, Valladolid, 2001.
- *Valores superiores e interpretación constitucional*, CEPC, Madrid, 1997.

- DÍAZ-ROMERAL GÓMEZ, A.: «Las validaciones legislativas en Derecho francés. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la materia», *RAP*, n.º 149, mayo-agosto 1999.
- DÍAZ LEMA, J. M.: *El fin del privilegio de la Ley singular: comentario a la STC 129/201, de 4 de junio*, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 39 2013.
- DÍEZ-PICAZO, L.: «La jurisprudencia», en *Poder Judicial*, Centro de Estudios Fiscales, Madrid, 1983.
- *La doctrina del enriquecimiento injustificado*, Madrid, 1988.
- DÍEZ-PICAZO, L. M.ª: «¿Una Constitución sin declaración de derechos? (Reflexiones constitucionales sobre los derechos fundamentales en la Comunidad Europea)», *REDC*, 1991, n.º 32, pp. 135-155.
- «La doctrina del precedente administrativo», *RAP*, n.º 98, 1982, p. 7.
- DORADO PORRAS, J.: *El debate sobre el control de Constitucionalidad en los Estados Unidos. Una polémica sobre la interpretación constitucional*, Instituto de Derechos Humanos «Bartolomé de las Casas», Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, 1997.
- DOUGLAS, W. O.: «Stare Decisis», WALTER F. MURPHY y C. HERMAN PRITCHETT (eds.): *Courts, Judges and Politics*, 3.ª ed., Random House, New York, 1962, pp. 521-526.
- DOVAL PAIS, A.: *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*, Tirant lo Blanch y Universidad de Valencia, 1999.
- DUGUIT, L.: *Traité de Droit Constitutionnel*, 3.ª ed., Paris, 1927.
- DURANTE, F.: «Diritto interno e Diritto Comunitario», *RDI*, 1966, n.º 1, pp. 56-64.
- DWORKIN, R.: «Los derechos en serio», traducción de A. Calsamiglia, del original *Taking Rights Seriously*, Ariel (2.ª ed. 1989), Barcelona, 1984.
- *El imperio de la Justicia*, trad. de C. Ferrari, Ed. Gedisa, Barcelona, 1988.
- EDLEY, Jr. y CHRISTOPHER, F.: *Administrative Law. Rethinking Judicial Control of Bureaucracy*, Yale University Press, New Haven-London, 1990.
- EDLEY, C. E.: *Reconcebir el control judicial de la Administración*, INAP, Madrid, 1994.
- EISENMANN, Ch.: «La théorie des bases constitutionnelles du droit administratif», *RDP*, 1972.
- «La continuité constitutionnelle en France de 1789 à 1989», Paris, 1990, p. 178, *RFDC*, I-1990, p. 5.
- ELHERMANN, C. D.: «Primauté du droit communautaire mise en danger par la Cour Constitutionnelle Fédérale allemande», *RMC*, 1975, n.º 181, pp. 10-19.
- ELY, J. H.: *Democracy and distrust. A theory of judicial review*, Cambridge, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1980.

- EMBID IRUJO, A.: «La relación entre los poderes del Estado en la reciente dogmática alemana», *RAP*, n.º 115, enero-abril 1988.
- EVANS, J.: «Change in the Doctrine of Precedent During the Nineteenth Century», L. GOLDSTEIN (ed.): *Precedent in Law*, Clarendon Press, Oxford, 1987, pp. 35-72.
- FALK, R.: «The interplay of Westphalia and Charter conceptions of international law», en C. A. BLACK y R. FALK (comps.), *The future of the international legal order*, vol. 1, N. J. Princeton University Press, Princeton, 1969.
- *A study of future world*, Free Press, New York, 1975.
- *Positive prescriptions for the near future. World order studies program occasional paper*, n. 20, N. J. Princeton University Center for International Studies, Princeton, 1991.
- FAVOREU, L.: *Legalidad y constitucionalidad. La constitucionalización del derecho*, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo, Bogotá, 2000.
- FAVOREU, L. y MOREAU, J.: *Droit Public*, tomo I, Théorie générale de l'État et Droit Constitutionnel Droit administratif, 3.ª ed, CNFPT, Economica, Paris, 1995.
- FAVOREU, L. y PHILIP, L.: *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, 14.ª ed., Sirey, Paris, 2007.
- FAVRE, M.: *Les rapports du pouvoir législatif et du pouvoir judiciaire de la fin de l'Ancien Régime à la promulgation du Code Civil*, Thèse, Toulouse, 1949.
- FERNÁNDEZ, E. (ed.): *Valores, derechos y Estado a finales del siglo XX*, Universidad Carlos III-Dykinson, Madrid, 1996.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: *De la arbitrariedad de la Administración*, (2.ª ed. ampliada, 1997) Civitas, Madrid, 1994 5.ª ed., 2008.
- *La doctrina de los vicios de orden público*, IEAL, Madrid, 1970.
- FERNÁNDEZ SARASOLA, I. y VARELA-SUANZES-CARPEGNA, J. (Coord.): *Conceptos de Constitución en la Historia*, Fundamentos n.º 6, 6/2010, Junta General del Principado de Asturias, 2010
- FERNANDO DE PABLO, M.: *La motivación del acto administrativo*, Tecnos, Madrid, 1993.
- FERRAJOLI, L.: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1998.
- FERRERES COMELLA, V.: *Justicia constitucional y democracia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.
- *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (una perspectiva constitucional)*, Civitas, Madrid, 2002.

- FERRERES COMELLA, V. y MIERES MIERES, L. J.: «Algunas consideraciones acerca del principio de legalidad penal. A propósito de las Sentencias 111/1993 y 150/1997 del Tribunal Constitucional», *REDC*, n.º 55, 1999, p. 287.
- FISHER, L. y MOURTADA-SABBAH, N.: «La Cour Suprême des États-Unis: Interprète souverain de la Constitution?», en *RDP*, n.º 4, 2002.
- FORSTHOFF, E.: «Über Massnahmegesetze», en *Forschungen und Berichte aus dem Öffentlichen Recht*, Gedachtnisschrift für Walter Jellinek, München, 1955.
- *Rechtsstaat im Wandel*, Stuttgart, 1964.
- FRANCO, A.: *Leggi provvedimento, principi generali dell'ordinamento, principio del giusto procedimento*, GC, 1989, II.
- FRANKFURTER, F.: «Some Reflections on the Reading of Statutes», *Columbia Law Review*, vol. 47, n.º 44, 1947, pp. 527-537.
- «John Marshall and the judicial function», *Harvard Law Review*, vol. 69, 1955, 56, pp. 217 y ss.
- FRANKLIN, J. H.: *John Locke and the theory of sovereignty*, University Press, Cambridge, 1978.
- *Jean Bodin et la naissance de la théorie absolutiste*, PUF, 1993.
- FREIXES SANJUÁN, T.: «Positivación de los valores e interpretación constitucional», en *Jornadas de estudio sobre el Título Preliminar de la CE*, vol. I, Ministerio de Justicia, Servicio de Publicaciones, Madrid, 1988.
- FREIXES SANJUÁN, T. y REMOTTI CARBONELL, J. C.: «Los valores y principios en la interpretación constitucional», *REDC*, n.º 35, 1992.
- GALLEGO ANABITARTE, A.: *Ley y Reglamento en el Derecho Público occidental*, IEA, Madrid, 1971.
- GALLIGAN, D. J.: *Discretionary Power. A Legal Study of Official Discretion*, Clarendon Press, Oxford, 1992.
- GARAPON, A.: *Le gardien des promesses. Justice et démocratie*, Editions Odile Jacob, Paris, 1996.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: «La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria», *RAP*, n.º 30, 1959.
- *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1985, 3.ª ed.
- *La lucha contra las inmunidades del poder*, 3.ª ed., Civitas, Madrid, 1983.
- «Principio de legalidad, Estado material de Derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la Constitución», *REDC*, n.º 10, año 4, enero-abril 1984.
- *Hacia una nueva justicia administrativa*, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 1992.
- *Democracia, jueces y control de la Administración*, (3.ª ed. ampliada 1997) Civitas, Madrid, 1995.

- «Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado», *REDA*, n.º 89, enero-marzo 1996, pp. 69 y ss.
 - «La democracia y el lugar de la ley», *REDA*, n.º 92, octubre-diciembre 1996, pp. 609 y ss.
 - *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Civitas, Madrid, 1999.
 - *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador en el Derecho español*, Civitas, Madrid, 2007, 2.ª ed.
 - *La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas*, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 100, Enero/Abril 2014.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, 10.ª ed., Madrid, 2000, vol. II, 7.ª ed., Madrid, 2000.
- GARCÍA DEL RÍO, L.: «El control judicial de la discrecionalidad técnica. Los procedimientos de selección del personal al servicio de las Administraciones Públicas», en AA. VV., *Discrecionalidad administrativa y control judicial I. Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 375 y ss.
- GARCÍA FIGUEROA, A.: *Principios y positivismo jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1998.
- GARCÍA LLOVET, E.: «Control del acto político y garantía de los derechos fundamentales», *REDC*, n.º 36, septiembre-diciembre 1992, pp. 277 y ss.
- GARCÍA LUENGO, J.: *El principio de protección de la confianza en el Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 2003.
- GARCÍA MACHO, R.: *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución Española*, Tecnos, Madrid, 1992.
- GARCÍA TORRES, J. y JIMÉNEZ BLANCO, A.: *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Civitas, Madrid, 1986.
- GARGARELLA, R.: *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter antimayoritario del poder judicial*, Ariel, Barcelona, 1996.
- GARRIDO FALLA, F.: «Sobre la responsabilidad del Estado legislador», *RAP*, n.º 118, 1989.
- GASCÓN ABELLÁN, M.: *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Tecnos, Madrid, 1993.
- GAVARA DE CARA, J. C.: *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, CEC, Madrid, 1994.
- GAYA SICILIA, R.: *El principio de irretroactividad de las leyes en la jurisprudencia constitucional*, Montecorvo, Madrid, 1987.
- GENEVOIS, B.: «Principes généraux du droit», en *Répertoire du contentieux administratif*, Dalloz, octubre 2000.

- GENY, F.: *Méthode d'interprétation et sources en Droit privé positif*, Paris, 1889, reimpr. de la 2.ª edición de 1919, LGDJ, Paris, 1996.
- GERANGELOS, P., *The separation of powers and legislative interference in judicial process. Constitutional principles and limitations*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2009.
- GERPE LANDÍN, M.: «Principio de legalidad y remisiones normativas en materia penal», *Revista Jurídica de Catalunya*, 1991, n.º 3, p. 73.
- GIANNINI, M. S.: *Diritto Amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1993.
- GIMENO FELIÚ, J. M.ª: «Legalidad, transparencia, control y discrecionalidad en las medidas de fomento del desarrollo económico (ayudas y subvenciones)», *RAP*, n.º 137, mayo-agosto 1995, pp. 147 y ss.
- GLOAN, J. LE: «L'influence croissante de la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme sur les droits nationaux», *Revue de Droit Public*, n.º 6, Paris, 1999.
- GOLDSTEIN, L. (ed.): *Precedent in Law*, Oxford, Clarendon Paperbacks, 1987.
- GÓMEZ ORFANEL, G.: *Excepción y normalidad en el pensamiento de Carl Schmitt*, CEC, Madrid, 1986.
- GÓMEZ PUENTE, M.: *La inactividad de la Administración*, Aranzadi, Pamplona, 2011, 4.ª ed.
- GONZÁLEZ BEILFUSS, M.: *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.
- GONZÁLEZ-DELEITO DOMÍNGUEZ, N.: «La integración de las cláusulas de atribución de potestades administrativas discrecionales», en AA. VV., *Discrecionalidad administrativa y control judicial, I. Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 211 y ss.
- GONZÁLEZ GARCÍA, J. V.: *El alcance del control judicial de las Administraciones Públicas en los Estados Unidos de América* (Prólogo de A. NIETO GARCÍA), McGraw-Hill, Madrid, 1996.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *El principio general de buena fe en el Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 2009, 5.ª ed.
- GONZÁLEZ SALINAS, P.: «Dos nuevas resoluciones sobre la fiscalización de los actos políticos del Gobierno», *REDA*, n.º 79, octubre-diciembre 1993, pp. 475 y ss.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S.: «El control judicial de la discrecionalidad administrativa a la luz del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y otras enseñanzas procesales del Derecho comunitario para el proceso administrativo español», *RAP*, n.º 135, pp. 303 y ss.
- GOÑI APESTEGUÍA, C.: *Conflicto y gobernación. Las divergencias entre el pensamiento de Carl Schmitt y Gonzalo Fernández de la Mora*, Revista de Estudios Políticos, n.º 154, Octubre-Diciembre 2011.

- GOODHART, A. L.: «Precedent in English and Continental Law», *The Law Quarterly Review*, vol. 50, 1934, pp. 40-65.
- *Essays on Jurisprudence and the Common Law*, Cambridge at the University Press, Cambridge, 1937.
- GORLA, G., voz, «Precedente Giudiziario», en *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol. XXIII, Roma, 1990.
- GRANADOS PÉREZ, C.: *Acuerdos del Pleno de la Sala Penal del TS para unificación de la Jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- GRAY, J. C.: *The Nature and Sources of the Law*, The Macmillan Company, New York, 1927.
- GUARNIERI, C. y PEDERZOLI, P.: *Los jueces y la política. Poder judicial y democracia*, Taurus, 1999.
- GUIBAL, M.: *De la proportionnalité*, AJDA, 1978.
- GUICHOT REINA, E.: «Control de la discrecionalidad y responsabilidad en el Derecho comunitario», en AA. VV., *Discrecionalidad administrativa y control judicial, I. Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 265 y ss.
- GUILLÉN PÉREZ, M.^a E.: *El silencio administrativo. El control judicial de la inactividad administrativa*, Colex, Madrid, 1996.
- GUILLOIS: *Application dans le temps des lois et règlements*, Thèse, Paris, 1912.
- GUSY, Ch.: *Richterrecht und Grundgesetz, Die öffentliche Verwaltung*, 45, 1992, pp. 461-470.
- HÄBERLE, P.: «Grundrechte im Leistungsstaat», en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDStRL)*, vol. 30, 1972, pp. 43 y ss.
- «El legislador de los derechos fundamentales», en A. LÓPEZ PINA, *Garantía constitucional de los derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 1991.
- HABERMAS, J.: *Facticidad y validez*, Trotta, 1998.
- *La inclusión del otro*, Paidós, 1999.
- HACKER, S. y RAZ, J. (eds.): *Law, Morality and Society*, Clarendon Press, Oxford, 1988, pp. 145-160.
- HART, H. L. A.: *El concepto de Derecho*, 2.^a ed., trad. de Genaro R. Carrión, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990.
- HAURIOU, A.: «Le pouvoir discrétionnaire et sa justification», en VV. AA., *Mélanges Carré de Malberg*, Sirey, Paris, pp. 233 y ss.
- HAURIOU, M.: *Précis de droit administratif et de droit public*, 10.^a ed., Sirey, Paris, 1921.
- HELD-DAAB, U.: *Das freie Ermessen*, Duncker-Humblot, Berlin, 1996.

- HELD, D.: *Introduction to critical theory: Horkheimer to Habermas*, Hutchinson, London, 1980.
- *Models of democracy*, Cambridge, Polity Press, 1987.
- *Political theory and the modern state*, Polity Press, Cambridge, 1989.
- «Democracy the nation-state and the global system», en D. HELD (comp.) *Political theory today*, Polity Press, Cambridge, 1991.
- «The development of the modern state», en S. HALL y B. GIEBEN (comp.) *Formations of modernity*, Polity Press, Cambridge, 1992.
- «¿Hay que regular la globalización?», *Claves de Razón Práctica*, n.º 99, 2000.
- HELD, D.; MACGREW, A.; GOLDBLATT, D. y PERRATON, J.: *Global transformations*, Polity Press, 1999.
- HELD, D. y MACGREW, A. G.: «Globalization and the liberal democratic state», *Government and Opposition*, 28, 2, 1993.
- HELD, D. y POLLIYY, C. (comps.): *New forms of democracy*, Sage, London, 1986.
- HELLER, A.: *Hipótesis para una teoría marxista de los valores*, traducción de M. Sacristán, Grijalbo, Barcelona, 1974.
- HELLER, H.: *Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassungs*, VVD St RL Heft 4, Berlin y Leipzig, 1982, pp. 98 y ss.
- «¿Estado de derecho o dictadura?» (traducción de «Rechtsstaat oder Diktatur?» 1929), en *Escritos políticos*, Alianza Editorial, Madrid, 1985.
- HERDEGEN, M.: «Beurteilungsspielraum und Ermessen im strukturellen Vergleich», en *Juristen-Zeitung (JZ)*, 1991, pp. 747 y ss.
- HERNÁNDEZ MARTÍN, V.: *Independencia del juez y desorganización judicial*, Civitas, Madrid, 1991.
- HESSE, K.: «Constitución y Derecho constitucional», en E. BENDA y otros, *Manual de Derecho Constitucional*, traducción de A. López Pina, IVAP-Marcial Pons, Madrid, 1996.
- «Significado de los derechos fundamentales», en E. BENDA y otros, *Manual de Derecho Constitucional*, traducción de A. López Pina, IVAP-Marcial Pons, Madrid, 1996.
- HINOJOSA MARTÍNEZ, E.: «Aspectos procesales del control judicial de la discrecionalidad administrativa», en AA. VV., *Discrecionalidad administrativa y control judicial, I. Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 191 y ss.
- HINOJOSA MARTÍNEZ, E. y GONZÁLEZ-DELEITO DOMÍNGUEZ, N. (coords.): *Discrecionalidad Administrativa y control judicial, I. Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía*, Civitas, Junta de Andalucía, Madrid, 1996.
- HOBBS, Th.: *Leviatan*, Tecnos, 1976.
- HOLMES, O.: «The Path of Law», *Harvard Law Review*, vol. 10, 1897.

- HUFTEAU, L.: *Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi*, PUF, Paris, 1965.
- IGARTUA SALAVERRÍA, J.: «Conceptos indeterminados y hechos del derecho», *RVAP*, n.º 36, 1993, pp. 274 y ss.
- «Principio de legalidad, conceptos indeterminados y discrecionalidad administrativa», *REDA*, n.º 92, 1996, pp. 535 y ss.
- «Discrecionalidad, arbitrariedad y control judicial», *RVAP*, n.º 46, 1996, pp. 95 y ss.
- IGLESIAS VILA, M.: *El problema de la discrecionalidad judicial*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999.
- INGMAN, T.: *The English Legal Process*, Blackstone Press London, 2.ª ed., 1987.
- ITURRALDE SESMA, V.: *El precedente en el Common Law*, Civitas, Madrid, 1995.
- JACOBS, F. G.: «European Community Law and the European Convention on Human Rights», en *Institutional Dynamics of European Integration. Essays in Honour of Henry G. Schermers*, vol. II, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1994, pp. 561-571.
- JACQUE, J. P.: «Communauté européenne et Convention européenne des droits de l'homme», en *L'Europe et le droit. Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Dalloz, Paris, 1991, pp. 325-340.
- JELLINEK, G.: *Gesetz und Verordnung. Staatsrechtliche Untersuchungen auf Rechtsgeschichtlicher und Rechtsvergleichender Grundlage*, Freiburg, 1887, Scientia Verlag Aalen, Tübingen, 1964 (reedición).
- *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 1919.
- *Teoría general del Estado*, ed. Castellana, Buenos Aires, 1973.
- JESCH, D.: *Ley y Administración*, trad. esp., Madrid, 1978.
- JÈZE: *Principes généraux du droit administratif*, edición de M. Girard, Paris, 1925.
- JIMÉNEZ ASENSIO, R.: *Imparcialidad Judicial y Derecho al Juez Imparcial*, Aranzadi, Pamplona, 2002.
- JIMÉNEZ BLANCO, J.: «La igualdad jurídica como límite frente al legislador», *REDC*, n.º 9, año 3, septiembre-diciembre 1983.
- JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, A.: «La función legislativa y la reserva de Administración: notas sobre un nuevo concepto», en *Las Cortes Generales*, vol. II, Dirección General del Servicio Jurídico del Estado-Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1987.
- XII JORNADAS DE ESTUDIO DE LA DIRECCIÓN GENERAL DEL SERVICIO JURÍDICO DEL ESTADO: *Los derechos fundamentales y las libertades públicas*, Ministerio de Justicia, Servicio de Publicaciones, Madrid, 1992.
- KAHN, J.: «Le pouvoir discrétionnaire et le juge administratif», en *Le pouvoir discrétionnaire et le juge administratif (Colloque du 5 mars 1977)*, Ec. Cujas, Paris, 1978.

- KANT, I.: *Ideas para una historia universal en clave cosmopolita y otros escritos sobre Filosofía de la Historia*, Tecnos, 1987.
- *La metafísica de las costumbres*, Tecnos, 1989.
- *Sobre la paz perpetua*, Tecnos, 1985.
- KELSEN, H.: *Allgemeine Staatslehre*, Berlín, 1925, trad. esp. de L. Legaz, Barcelona, 1934 y México, 1979.
- *Teoría general del Derecho y del Estado*, traducción de E. García Máynez, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2.ª ed., 1958 (reimp. 1979).
- «La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)», en *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, traducción de J. Ruiz Manero, Debate, Madrid, 1988.
- *Das problem der Souveränität und die theorie des Volkerrechts*, Mohr, Tübingen, 1920.
- *Peace through law*, The University of North Carolina Press, 1944.
- «Les rapports du système entre le droit interne, et le droit international public», en *Recueil des Cours de l'Academie de droit international*, n.º 13, 1926.
- *Teoría general del Estado*, Editora Nacional, México, 1979.
- *Teoría pura del derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1982.
- KEOHANE, R. O.: *After hegemony*, Princeton University Press, 1984.
- KEOHANE, R. O. y NYE, J. S. (comps.): *Transnational relations and world Politics Cambridge Mass.*, Harvard University Press, 1972.
- *Power and interdependence*, 2.ª ed., Little, Brown, Boston, 1989.
- KOPP, H. W.: *Inhalt und Form der Gesetze als ein Problem der Rechtstheorie*, Zürich, 1958, 2 vols.
- LABAND, P.: *Derecho presupuestario*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979.
- *Droit public de l'Empire allemand*, ed. francesa, Paris, 1900.
- *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, 2 vols., Tübingen, 1876-78, 5.ª ed., en 4 vols., Tübingen, 1911-1914.
- LABAYLE, H. y SUDRE, F.: «Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et droit administratif», *RFDA*, n.º 6, Sirey, Paris, 1998.
- LACRUZ VERDEJO, J. L.; SANCHO REBULLIDA, F. y LUNA SERRANO, A.: *Elementos de Derecho Civil I, Parte General del Derecho Civil*, vol. I, «Introducción», Barcelona, 1982.
- LAFERRIÈRE, E.: *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2.ª ed., Paris, 1896 (reedición) y AUCOC.

- LAGASSE, D.: «L'évolution du contrôle des actes administratifs «discrétionnaires» par le Conseil d'État de 1971 à 1986», en *Administration Publique*, 1987, n.ºs 2 y 3, pp. 216 y ss.
- LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E.: *Jurisprudencia y fuentes del Derecho*, Pamplona, 1969.
- *Comentarios a la reforma del Título Preliminar (el nuevo Título Preliminar del Código y la Ley de 2 de mayo de 1975)*, vol. 1, Madrid, 1977.
- LAMBERT, E.: *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Paris, 1921 y reimpr., Dalloz, Paris, 2005.
- LASAGABASTER HERRARTE, I.: *Las relaciones de sujeción especial*, Civitas, Madrid, 1994.
- LASCURÁIN SÁNCHEZ, J. A.: *Sobre la irretroactividad penal favorable*, Civitas, Madrid, 2000.
- LECOURT, R.: «Cour européenne des Droits de l'Homme et Cour de justice des Communautés européennes», en F. MATSCHER y H. PETZOLD (eds.), *Protecting Human Rights: The European Dimension. Studies in honour of Gérard J. Wiarda*, Carl Heymanns Verlag KG, Cologne, 1988, pp. 335-340.
- LEGUINA VILLA, J.: «Principios generales del Derecho y Constitución», *RAP*, n.º 114, 1987, también en AA. VV., *Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución*, V, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1988.
- «Prólogo» al libro de DESDENTADO DAROCA, E.: *Discrecionalidad Administrativa y Planeamiento Urbanístico. Construcción Teórica y Análisis Jurisprudencial*, Aranzadi, Pamplona, 1999, 2.ª ed.
- LENAERTS, K.: *Le Juge et la Constitution aux Etats-Unis d'Amérique et dans l'ordre juridique européen*, Bruylant, Bruxelles, 1988.
- LERCHE, P.: Voz «Ermessen», en *Staatslexikon Recht, Wirtschaft, Gesellschaft* (editado por la Göresgesellschaft), vol. III, Freiburg, 1959, columnas 12 y 13.
- LESAGE, M.: *Les interventions du législateur dans le fonctionnement de la justice*, Paris, 1960.
- LETORNEUR, V. M.: *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence du Conseil d'État*, Etudes Constitutionnelles, 1951.
- LÓPEZ BENÍTEZ, M.: *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, Civitas, Madrid, 1994.
- LÓPEZ GARRIDO, D.: *Libertades económicas y derechos fundamentales en el sistema comunitario europeo*, Tecnos, Madrid, 1986.
- LÓPEZ GONZÁLEZ, J. I.: *El principio general de proporcionalidad en Derecho Administrativo*, Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, 1988.

- LÓPEZ GUERRA, L.: *El Tribunal Constitucional y el principio «stare decisis», en el Tribunal Constitucional,,* tomo II, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1981.
- «La legitimidad democrática del juez», en *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 1, 1997, pp. 43 y ss.
- LÓPEZ MENUDO, F.: «El control judicial de la Administración en la Constitución Española», en AA. VV., *Discrecionalidad administrativa y control judicial, I. Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 23 y ss.
- *El principio de irretroactividad de las normas jurídico administrativas*, Sevilla, 1982.
- LÓPEZ PINA, A. (ed.): *División de poderes e interpretación*, Tecnos, Madrid, 1987.
- LÓPEZ RAMÓN, F.: *Límites constitucionales de la autotutela administrativa*, RAP, n.º 115, 1988.
- LÓPEZ ULLA, J. M.: *Orígenes constitucionales del control judicial de las leyes*, Tecnos, Madrid, 1999.
- LÓPEZ VILAS, R.: *La jurisprudencia y su función complementaria del ordenamiento jurídico*, Madrid, Civitas, 2002.
- LOZANO CUTANDA, B.: «Los conflictos entre la Administración y los tribunales: perspectiva histórica y nueva configuración», RAP, n.º 118, 1989.
- «El sistema de conflictos jurisdiccionales, las materias clasificadas y el control judicial de la Administración», REDA, n.º 91, 1996, pp. 437 y ss.
- «El control judicial de los secretos de Estado: las Sentencias del Tribunal Supremo sobre los documentos del CESID», REDA, n.º 94, 1997, pp. 255 y ss.
- «La ecologización de los derechos fundamentales: la doctrina López Ostra c. España, Guerra y otros c. Italia y Hatton y otros c. Reino Unido del TEDH y su recepción por nuestro TC», *Revista Española de Derecho Europeo*, n.º 1, Civitas, enero-marzo 2002.
- LLORENS, E. L.: *La igualdad ante la Ley*, Murcia, Instituto de Estudios Políticos de la Universidad de Murcia, 1934.
- LLOYD OF HAMSTEAD, D. LI.: *Introduction to Jurisprudence*, 4.ª ed., Stevens & Sons, London, 1979.
- MACCORMICK, N.: *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1978.
- MACCORMICK, N. y SUMMERS, R. (eds.): *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, Dartmouth, Ashgate, 1997.

- MADRID CONESA, F.: *El principio de irretroactividad de la ley penal y las variaciones jurisprudenciales desfavorables al reo*, Universidad de Valencia, Instituto de Criminalología y Departamento de Derecho Penal, Colección de estudios, 1982.
- *La legalidad del delito*, Universidad de Valencia, Valencia, 1983.
- MAGALONI KERPEL, A. L.: *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*, McGraw-Hill, Madrid, 2001.
- MAITLAND, F. W.: *Equity: a Course of Lectures*, 2.ª ed. revisada por Chaytor and Wittaker, Cambridge Press, 1969.
- MALARET I GARCÍA, E.: «Los principios del procedimiento administrativo y el responsable del procedimiento», en TORNOS, J. (coord.), *Administración pública y procedimiento administrativo*, Bosch, Barcelona, 1994.
- MANGAS MARTÍN, A.: *Derecho comunitario europeo y derecho español*, 2.ª ed., Tecnos, Madrid, 1987.
- *El nuevo equilibrio institucional en tiempos de excepción*, Revista de Derecho Comunitario Europeo, n.º 50, Enero/Abril 2015.
- MANZINI, F.: «La tutela dei diritti dell'uomo: il ruolo della Corte di giustizia delle Comunità europee», *RTDPro.*, n.º 1, 1989, pp. 1-16.
- MARCOUX, L.: «Le concept de droits fondamentaux dans le droit de la Communauté économique européenne», *RIDC*, n.º 4, 1983, pp. 691-733.
- MARSAL I FERRET, M.: «Objetivos y *generis* de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE: elementos moduladores de su eficacia jurídica», *Revista Catalana de Derecho Público*, n.º 27, Barcelona, diciembre 2001.
- MARTÍN GONZÁLEZ, M.: «El grado de determinación legal de los conceptos jurídicos», *RAP*, n.º 54, 1967.
- MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J.: «La protección de los derechos fundamentales en la UE: cuestiones pendientes tras la Carta de Niza», en *Anuario Jurídico de La Rioja*, n.º 6, año 2000-2001.
- «La cooperación policial y judicial en la Unión Europea: primeras reflexiones en torno a la lucha contra el terrorismo y la Euroorden», en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L.; MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C. y DÍAZ-SANTOS, M. R. (coords.), *El Derecho Penal ante la globalización*, Colex, Madrid, 2002.
- MARTÍN REBOLLO, L.: *El proceso de elaboración de la Ley de lo Contencioso-Administrativo de 13 de septiembre de 1988*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1975.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L.: «Diez años (1960-1969) de jurisprudencia de conflictos», *RAP*, n.º 61, 1970.
- *Selección de comentarios sobre la jurisprudencia de conflictos jurisdiccionales*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1978.

- «Del control de la discrecionalidad administrativa al control de la discrecionalidad judicial», en *Revista de Administración Pública (RAP)*, n.º 100-103, vol. II, enero-diciembre 1983, pp. 1083 y ss.
- *Materiales para una Constitución (Los trabajos de un profesor en la Comisión Constitucional del Senado)*, Akal Editor, Madrid, 1984.
- «De la separación y control de los poderes en el sistema español», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.º 4, 1989.
- «Eficacia y garantía de los Derechos fundamentales», en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, tomo II, Civitas, Madrid, 1991.
- «Para una afirmación de los derechos fundamentales de la Unión Europea», *Revista del Poder Judicial*, n.º 57, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.
- MARTÍN-RETORTILLO, S.: «La desviación de poder en el Derecho español», *RAP*, n.º 22, 1957.
- «El exceso de poder como vicio del acto administrativo», *RAP*, n.º 23, 1957.
- MARZUOLI, C.: *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Giuffrè, Milano, 1985.
- *Los derechos humanos en la Unión Europea*, Bosch Editor, Esade, Barcelona, 2002.
- MASSOT, J.: «Validation Législative», *Rep. Cont. adm. Dalloz*, fév., 2001.
- MATHIEU, B.: *Les validations législatives (Pratique législative et jurisprudence constitutionnelle)*, Economica, Paris, 1987.
- «Les validations législatives devant le juge de Strasbourg: une réaction rapide du Conseil constitutionnel mais une décision lourde de menaces pour l'avenir de la juridiction constitutionnelle», *RFDA*, n.º 16 (2), marzo-abril 2000.
- MENÉNDEZ, P.: *Las potestades administrativas de dirección y de coordinación territorial*, Civitas, Madrid, 1993.
- MENNA, D.: «La théorie des principes généraux du droit à l'épreuve de la jurisprudence constitutionnelle», en *Le Droit Administratif en mutation*, PUF, Paris, 1993.
- MERTAL, A.: *Teoría general del Derecho Administrativo*, Ed. española, Ed. Nacional México, 1980.
- MESCHERIAKOFF, A. S.: «Legalidad, eficiencia y equidad: las variables de la legitimidad administrativa», *Revista Internacional de Comercio Administrativo*, n.º 2, vol. 57.
- MESTRE DELGADO, J. F.: «Crónica sobre la jurisprudencia reciente del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción», *RAP*, n.º 138, septiembre-diciembre 1995.

- MODERNE, F.: «Actualité des principes généraux du droit», *RFD Administratif*, n.º 495, 1998.
- «Légitimité des principes généraux et théorie du droit», *RFD Administratif*, n.º 722, 1999.
- MOITINHO DE ALMEIDA, J. C.: «La protección de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», en G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS y D. J. LIÑAN NOGUERAS (dirs.), *El derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, Civitas, Madrid, 1993, pp. 97-132.
- MONTORO CHINER, M. J.: «La inactividad administrativa en el proceso de ejecución de las leyes. Control jurisdiccional versus fracaso legislativo», *RAP*, n.º 110, pp. 263 y ss.
- MORAL SORIANO, L.: «Los precedentes del Tribunal Supremo: el acercamiento de la jurisprudencia a la teoría de los precedentes», *Revista del Poder Judicial*, n.º 57, 2000, pp. 119-154.
- *El precedente judicial*, Marcial Pons, Madrid, 2002.
- MORELL OCAÑA, L.: *El sistema de la confianza política en la Administración Pública*, Civitas, Madrid, 1994.
- «El principio de objetividad en la actuación de la Administración pública», en AA. VV., *La Protección jurídica del ciudadano. Estudios en homenaje al Profesor Jesús González Pérez*, vol. I, Civitas, Madrid, pp. 147 y ss.
- MORESO MATEOS, J. J.: *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.
- MORTATI, C.: *Le leggi provvedimento*, Milano, 1968.
- MOZO SEOANE, A.: *La discrecionalidad de la Administración Pública en España. Análisis jurisprudencial, legislativo y doctrinal, 1894-1983*, Montecorvo, Madrid, 1985.
- MUÑOZ MACHADO, S.: «La actualización de las indemnizaciones en materia de responsabilidad civil de la Administración (Sentencia de la Audiencia Nacional de 12 de julio de 1978)», *REDA*, n.º 19, octubre-diciembre 1978, Civitas, p. 624.
- «Confirmada una nueva jurisprudencia en materia de responsabilidad civil de la Administración (Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1980: Ponente: Paulino Martín Martín)», *REDA*, n.º 24, enero-marzo 1980, Civitas, p. 150.
- *La reserva de jurisdicción*, La Ley, Madrid, 1989.
- *De los delitos y las penas: ayer y hoy*, en «Los grandes procesos de la Historia de España», Barcelona, 2002.
- *Expropiación y Jurisdicción*, Madrid, 1976.
- *Las potestades legislativas de las Comunidades Autónomas*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1979.

- *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, 2 vols., Madrid, 1982 y 1984, 2.ª ed., Iustel, Madrid, 2007.
- *El Estado, el Derecho interno y la Comunidad Europea*, Civitas, Madrid, 1986.
- *La Unión Europea y las mutaciones del Estado*, Alianza Universidad, Madrid, 1993.
- *La regulación de la Red. Poder y Derecho en Internet*, Taurus, Madrid, 2000.
- NEUBORNE, B.: *El papel de los Juristas y del imperio de la ley en la sociedad americana*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1995.
- NIETO GARCÍA, A.: «Reducción jurisdiccional de la discrecionalidad en materia disciplinaria», *RAP*, n.º 44, mayo-agosto 1964, pp. 147 y ss.
- «Los orígenes de lo contencioso-administrativo en España», *RAP*, n.º 50.
- «Sobre la tesis de Parada en relación con los orígenes de lo contencioso-administrativo», *RAP*, n.º 57.
- «La vocación del Derecho Administrativo de nuestro tiempo», *Revista de Administración Pública*, n.º 76, pp. 9 y ss. Reproducido en 34 artículos seleccionados de la *Revista de Administración Pública*, con ocasión de su centenario, INAP, Madrid, 1983, pp. 879 y ss.
- «La Administración sirve con objetividad los intereses generales», en VV. AA., *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, tomo III, Civitas, Madrid, 1991, pp. 2185 y ss.
- *Derecho Administrativo Sancionador*, 2.ª ed., Tecnos, Madrid, 1994.
- «El precedente judicial en la doctrina del Tribunal Constitucional», en *Estudios jurídicos en honor de Don José Gabaldón López*, Trivium, Madrid, 1990.
- «Prólogo» al libro de GONZÁLEZ GARCÍA, V.: *El alcance del control judicial de las Administraciones Públicas en los Estados Unidos de América*, McGraw-Hill, Madrid, 1996.
- *El arbitrio judicial*, Ariel, Barcelona, 2000.
- NIETO GARCÍA, A. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: *El Derecho y el revés. Diálogo o epistolar sobre leyes, abogados y jueces*, Ariel, Barcelona, 1998.
- ODGERS, W. B.: *The Common Law of England*, vol. I, Sweet and Maxwell Ltd., London.
- OHMAE, K.: *The End of the Nation State, The Rise of Regional Economies*, The Free Press, New York, 1995.
- OLLERO TASSARA, A.: *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.
- ORTIZ DÍAZ, J.: «El precedente administrativo», *RAP*, n.º 24, 1957.

- OSSENBÜHL, F.: «Verwaltungsvorchriften und Grundgesetz», Bad Homburg-Berlin-Zürich, 1968.
- «Zur Renaissance der administrativen Beurteilungermächtigung», en *Die Öffentliche Verwaltung (DÖV)*, 1972, pp. 401 y ss.
 - «Die Richterliche Kontrolle von Prognoseentscheidungen der Verwaltung», en H. U. ERICHSEN, W. HOPPE y A. V. MUTIUS (eds.), *System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes*, Festschrift für Christian-Friedrich Menger (zum 70. Geburtstag), Köln-Berlin-Bonn-München, 1985, pp. 731 y ss.
 - «Abwägung im Verfassungsrecht», en *Deutsches Verwaltungsblatt (DVBL)*, 1995, pp. 904 y ss.
- OTERO PARGA, M.: «La arbitrariedad», *Anuario de Filosofía del Derecho*, tomo XII, 1995.
- OTTO, I.: *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, 1987.
- *Estudios sobre el poder Judicial*, Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, Madrid, 1989.
- OULD BOUBOUTT, A. S.: *L'apport du Conseil Constitutionnel au Droit Administratif*, Economica, Paris, 1987.
- PALADIN, L.: «La legge come norma e come provvedimento», en *Giur. Cost.*, 1969.
- PARADA VÁZQUEZ, J. R.: «Privilegio de la decisión ejecutiva y proceso contencioso», *RAP*, n.º 55.
- «Réplica a Nieto sobre el privilegio de la decisión ejecutoria y el sistema contencioso-administrativo», *RAP*, n.º 59.
 - «Los conflictos entre la Administración y los tribunales ante la nueva Constitución», *RAP*, n.º 84, 1977.
 - «Expropiaciones legislativas y garantías jurídicas (el Caso Rumasa)», *RAP*, n.ºs 100-102, enero-diciembre 1983, vol. II, pp. 1139 y ss.
 - «El artículo 33.3 de la Constitución y la crisis de la garantía expropiatoria», en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, tomo II, Civitas, Madrid, 1991.
- PAREJO ALFONSO, L.: *Estado social y Administración Pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, Civitas, Madrid, 1983.
- «Los valores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en el colectivo *Libro homenaje al Profesor Villar Palasí*, Civitas, Madrid, 1989.
 - *Constitución y valores del ordenamiento*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990.
 - *Crisis y renovación en el Derecho Público*, Madrid, CEC (Cuadernos y Debates n.º 30), 1991.

- *Administrar y Juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias. Un estudio del alcance y la intensidad del control judicial a la luz de la discrecionalidad administrativa*, Tecnos, Madrid, 1993.
- *La potestad normativa local*, Diputació de Barcelona y Marcial Pons, Madrid, 1998.
- PATON, G. y SAWER, W.: «Ratio Decidendi and Obiter Dictum», *The Law Quarterly Review*, vol. 63, pp. 461-485, 1947.
- PECES-BARBA, G.: *Los valores superiores*, Tecnos-Temas clave, Madrid, 1984.
- PERELMAN, Ch.: *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Dalloz, Toulouse, 1979.
- PÉREZ LUÑO, A. E.: *La seguridad jurídica*, Ariel, Barcelona, 2.ª ed, 1994.
- «Las generaciones de derechos fundamentales», *RCEC*, n.º 10, septiembre-diciembre de 1991.
- PÉREZ OLEA, M.: «La discrecionalidad administrativa y su fiscalización judicial», *Revista de Estudios de la Vida Local*, n.º 173, pp. 41 y ss. También en *VV. AA., Estudios en homenaje al Profesor López Rodó*, Universidades de Santiago de Compostela, Complutense y CSIC, Madrid, 1972, vol. II, pp. 73 y ss.
- PÉREZ ROYO, J.: *Las fuentes del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1984.
- *Tribunal Constitucional y división de poderes*, Tecnos, Madrid, 1988.
- *Curso de Derecho Constitucional*, 14.ª ed, Marcial Pons, Madrid, 2014.
- PÉREZ TREMPES, P.: *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, CEC, Madrid, 1985.
- PERRY, M. J.: *The Constitution the courts and human rights, an inquiry into the legitimacy of constitutional policymaking by the judiciary*, Yale University Press, New Haven, London, 1982.
- PESCATORE, P.: «Le recours, dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes, à des normes déduites de la comparaison des droits des États membres», *RIDC*, n.º 2, 1980, pp. 337-359.
- PI LLORENS, M.: *Los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario*, Ariel, 1999.
- PIEVATOLO, M. Ch.: *Prospettive sulla pace perpetua: il «realismo» cosmopolitico di Danilo Zolo. Ragione pratica*, 1997/1999.
- PIÑAR MAÑAS, J. L.: «El pleno control jurisdiccional de los concursos y oposiciones», *DA*, n.º 220, 1989, pp. 135 y ss.
- PONCE SOLÉ, J.: *Discrecionalidad urbanística y autonomía municipal*, Civitas, Madrid, 1996.
- PONTHOREAU, M. C.: *La reconnaissance des droits non écrits par les cours constitutionnelles italienne et française. Essai sur le pouvoir créateur du juge constitutionnel*, Economica, Paris, 1994.
- PORRAS NADALES, A. J.: «La ley singular y el problema del control de su soporte causal», *RDP*, n.º 30, Madrid, 1989.

- PORTALIS J. E. M.: *Discours préliminaire: FENAT, Travaux préparatoires du Code Civil*, I, pp. 475 y ss.
- POSNER, R.: *The Federal Courts. Crisis and Reform*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1985.
- *The Problems of Jurisprudence*, Harvard University Press, Cambridge Massachusetts, 1990.
- *Economic Analysis of Law*, Little Brown, cop. Boston-Toronto-London, 1992.
- *Law and Legal Theory in the UK and USA*, Clarendon Press Oxford, England, 1996.
- «The Theory of Judicial decision», *Harvard Law Review*, vol. 36, 1923.
- POUND, R.: «Common Law and Legislation», *Harvard Law Review*, n.º 6, vol. 21, 1908, pp. 383-407.
- *El espíritu del «common law»*, Bosch, Barcelona, 1954.
- «The Formative Era of American Law», John HONNOLD (ed.), *The life of Law*, The Free Press of Glencoe, London, 1964, pp. 52-79.
- PRELOT, X.: «Les validations législatives et le droit au procès équitable», *RDP*, n.º 1, 2001.
- PRIETO SANCHÍS, L.: «Los valores superiores del Ordenamiento jurídico y el Tribunal Constitucional», *Poder Judicial*, n.º 11, 1984.
- *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, n.º 9, 1991.
- *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- *Ideología e interpretación jurídica*, Tecnos, Madrid, 1993.
- *Ley, principios, derechos*, Dykinson, Madrid, 1998.
- PUIG BRUTAU, J. y OTROS: *La jurisprudencia como fuente del Derecho (interpretación creadora y arbitrio judicial)*, Barcelona, 2.ª ed., 2006.
- *Introducción al Derecho Civil*, Barcelona, 1982.
- PUNSET, R. (Coord.): *La división de poderes*, Fundamentos n.º 5, 5/2009, Junta General del principado de Asturias, 2009.
- PUJALTE CLARIANA, E.: «El control judicial de la discrecionalidad y los conceptos jurídicos indeterminados en materia de sanciones tributarias», en AA. VV., *Discrecionalidad administrativa y control judicial, I. Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 245 y ss.
- QUINTANA LÓPEZ, T.: «Responsabilidad patrimonial de la Administración y conceptos jurídicos indeterminados», en *Poder Judicial*, n.ºs 41 y 42, 1996 (I), pp. 457 y ss.

- RABASSA, O.: *El Derecho angloamericano*, 2.ª ed., Porrúa, México, 1982.
- RAWLS, J.: *A theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1971.
- REBOLLO PUIG, M.: *Potestad sancionadora, alimentación y salud pública*, Ministerio para las Administraciones Públicas, Madrid, 1989.
- «Juricidad, legalidad y reserva de Ley como límites a la potestad reglamentaria del Gobierno», *RAP*, n.º 125, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, mayo-agosto 1991.
- *El enriquecimiento injusto de la Administración Pública*, Madrid, 1994.
- REDOR, M. J.: *De L'État Legal a L'État de Droit. L'évolution des conceptions de la Doctrine Publiciste Française, 1879-1914*, Economica, Paris, 1992.
- REHNOQUIST, W. H.: «Political battles for judicial independence», *Washington Law Review*, vol. 50, 1975, pp. 835 y ss.
- RENDERS, D.: *La consolidation législative de l'acte administrative unilatéral*, LGDJ y Bruylant, Bruxelles y Paris, 2003.
- REQUEJO PAGES, J. L.: «La reserva de jurisdicción de Santiago Muñoz Machado», *REDC*, año 10, n.º 28, enero-abril 1990.
- «Juricidad precedente y jurisprudencia», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 29, 1990, pp. 223-240.
- REUSS, H.: «Das Ermessen», en *Deutsches Verwaltungsblatt (DVBL)*, 1953, pp. 585 y ss.
- RICHARDS, D. A. J.: «La intención de los constituyentes y la interpretación constitucional», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.º 1, 1988, pp. 141 y ss.
- RIVERA GARCÍA, A.: *La constitución mixta, un concepto político premoderno*, *Revista Historia y Política* n.º 26, Julio/Diciembre 2011.
- RIVERO, J.: «A propos des métamorphoses de l'Administration d'aujourd'hui: Démocratie et Administration», en DE LAUBADERE, MATHIOZ, RIVERO y VEDEL, *Pages de doctrine*, vol. I, Paris, 1980.
- RIVERO YSERN, J. L.: «Reflexiones sobre la discrecionalidad administrativa en el urbanismo. Breve reseña jurisprudencial», en AA. VV., *Discrecionalidad administrativa y control judicial, I. Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 561 y ss.
- RODRÍGUEZ, A.: *Integración europea y derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 2001.
- RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, J. M.: «Acto político y control jurisdiccional», *Actualidad Administrativa*, n.º 5, 1996.
- RODRÍGUEZ BEREJO, A.: *Estudio Preliminar al «Derecho Presupuestario» de LABAND*, IEF, Madrid, 1979.

- RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C.: «La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea», en *Scritti in onore di Giuseppe Federico Manzini*, vol. II: «Diritto dell'Unione Europea», Giuffrè, Milano, 1998, pp. 831-846.
- «Reflections on the General Principles of Community Law», en *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. I, 1998, Hart Publishing, 1999.
- RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C. y WOELKER, U.: «Derecho comunitario, derechos fundamentales y control de constitucionalidad: La decisión del Tribunal Constitucional Federal alemán de 22 de octubre de 1986», *RIE*, n.º 3, 1987, pp. 667-681.
- RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C. y VALLE GÁLVEZ, A.: «El derecho comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales nacionales», *RDCE*, n.º 2, 1997, pp. 329-376.
- RODRÍGUEZ MOLINERO, M.: «¿Hay un orden jerárquico de valores en la Constitución?», en *Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución*, vol. I, 1988.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: voz «Legalidad, Principio de», *Nueva Enciclopedia Jurídica*, tomo XIV, Barcelona, 1971, pp. 882-893.
- RODRÍGUEZ-PIÑEIRO Y BRAVO-FERRER, M.: «Jurisdicción y justicia constitucionales», en AA. VV., *La Jurisdicción Constitucional en España. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: 1979-1994*, Centro de Estudios Constitucionales-Tribunal Constitucional, Madrid, 1995, pp. 227 y ss.
- RODRÍGUEZ VERGARA, A.: «Ordenamiento comunitario y Convención Europea de Derechos Humanos», en J. CORCUERA ATIENZA (coord.), *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Dykinson, Madrid, 2002.
- RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, J.: «Desviación de poder y discrecionalidad del legislador», *RAP*, n.ºs 100-102, 1983, vol. II, pp. 1527 y ss.
- ROELLECKE, G.: *Der Begriff des positiven Gesetzes und das Grundgesetz*, Mainz, 1969.
- ROMANO, S.: «Diritto singolare», en S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Giuffrè, Milano, 1953.
- ROVIRA VIÑAS, A.: «Hechos, valores y normas», *Revista de las Cortes Generales*, n.º 30, 1993.
- RUBIO LORENTE, F.: «La jurisdicción constitucional como forma de creación de Derecho», *REDC*, n.º 22, 1988.
- «Juez y ley desde el punto de vista del principio de igualdad», en AA. VV., *El poder judicial en el Bicentenario de la Revolución Francesa*, Ministerio de Justicia e Interior, Centro de Publicaciones, Madrid, 1990.
- «El principio de legalidad», *REDC*, n.º 39, 1993, pp. 9 y ss.

- «La interpretación de la Constitución», en *La forma del poder (Escritos sobre la Constitución)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- *Prólogo a Derechos fundamentales y principios constitucionales (Doctrina jurisprudencial)*, Ariel, Barcelona, 1995.
- RUBIO LLORENTE, F. y otros: *Derechos fundamentales y principios constitucionales*, Doctrina jurisprudencial, Ariel, Barcelona, 1995.
- RUIZ, G.: *Federalismo judicial (El modelo americano)*, Civitas, Madrid, 1994.
- RUIZ-JARABO COLOMER, D.: «Técnica jurídica de protección de los derechos humanos en la Comunidad Europea», *RIE*, 1990, n.º 1, pp. 151-182.
- SAIZ ARNAIZ, A.: «Los actos políticos del Gobierno en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *RAP*, n.º 134, mayo-agosto 1994, pp. 225 y ss.
- SÁINZ MORENO, F.: «Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto jurídico», *REDA*, n.º 8, pp. 63 y ss.
- *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativas*, Civitas, Madrid, 1976.
- SALA, G.: *Potere Amministrativo e principi dell'ordinamento*, Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale, Collana di diritto pubblico 6, Giuffrè Editore, Milano, 1993.
- SALA SÁNCHEZ, P.: *La unificación de doctrina, tarea fundamental del Tribunal Supremo*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993.
- SALVIA, F.: *Legge provvedimento e autonomia regionale*, Cedam, Padova, 1977.
- SÁNCHEZ ISAC, J.: *La desviación de poder en los derechos francés, italiano y español*, IEAL, Madrid, 1973.
- SÁNCHEZ MORÓN, M.: *El control de las Administraciones Públicas y sus problemas*, Instituto de España/Espasa-Calpe, Madrid, 1991.
- *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Tecnos, Madrid, 1994.
- SANDULLI, A.: «Legge, forza di legge, valore di legge», *RTDP*, 1957.
- SANTAMARÍA IBEAS, J. J.: *Los valores superiores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Libertad, justicia, igualdad y pluralismo político*, Universidad de Burgos, Dykinson, Madrid, 1997.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A.: *Sobre la génesis del Derecho Administrativo español en el siglo XIX (1812-1845)*, lustel, 2006.
- «Sobre el origen y evolución de la reclamación administrativa previa», *RAP*, 77.
- «Renovación dogmática en torno a la desviación de poder como instrumento de control (Sentencia de 4 de abril de 1972), Cooperativa de Descarga del Mercado Central de Entradores de Sevilla», *REDA*, n.º 2, 1974.
- *Fundamentos de Derecho Administrativo*, I, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988.

- SANTOLAYA MACHETTI, P.: «El control de los Secretos de Estado. La experiencia en Derecho Comparado», en *Poder Judicial*, n.º 40, 1995, pp. 57 y ss.
- SARMIENTO ACOSTA, M. J.: «Control de la discrecionalidad y derechos fundamentales», en *Poder Judicial*, n.º 31, septiembre 1993, pp. 205 y ss.
- *El control de proporcionalidad de la actividad administrativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- SASSE, C.: «La protection des droits fondamentaux dans la Communauté européenne», en *Mélanges F. Dehouse*, vol. 2: «La Construction européenne», Nathan-Labor, Paris-Bruxelles, 1979, pp. 297-304.
- SAVIGNAC, J. C. y SALN, S.: «Des mosai ques législatifs? A propos d'une manière de légiférer», *AJDA*, 1986.
- SCHMIDT-ASSMANN, E.: «Comentarios al artículo 19.4 de la Ley Fundamental de Bonn», en MAUNZ y DÜRIG (eds.), *Comentar zum Grundgesetz*, 1985, artículo 19, IV, n.º margs. 188 y ss.
- SCHMIDT-EICHSTAEDT, G.: «Ermessen, Beurteilungsspielraum und eigenverantwortliches Handeln der Verwaltung», en *Archiv des öffentlichen Rechts (AÖR)*, vol. 98 (1973), pp. 173 y ss.
- SCHMIDT-SALZER, J.: *Der Beurteilungsspielraum der Verwaltungsbehörden*, Berlin, Bunker&Humblot, 1968.
- SCHMITT, C.: «La tiranía de los valores», *REP*, n.º 115, 1961.
- *Teoría de la Constitución (Verfassungslehre, 1928)*, versión castellana de F. Ayala, Alianza Universidad, Madrid, 1982 (reimp. 1992).
- *Gesetz und Urteil. Eine Untersuchung zum problem der Rechtspraxis*, Berlin, 1912.
- *Legalität und Legitimität*, 1932, en su libro de estudios de Derecho constitucional: *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, Berlin, 1958.
- *Legalidad y legimitidad*, Ed. Aguilar (traducción L. Legaz), Madrid, 1971.
- *La dictadura* (trad. de I. Díaz García), Ed. Revista de Occidente, Madrid, 1968.
- *La defensa de la Constitución*, Tecnos, 1983, traducida por M. Sánchez Sarto.
- *Estudios Políticos*, trad. de F. J. Conde, Doncel, Madrid, 1975.
- *Unabhängigkeit der Richter, Gleichheit vor dem Gesetz und Gewährleistung des Privateigentums nach der Weimarer Verfassung. Ein Rechtsgutachten zu der Gesetzentwürfen über die Vermögensauseinandersetzung mit den früherer regierenden Fürstenthäusern*, Berlin y Leipzig, 1926.
- «Rechtsstatslicher Verfassungsvollzug», 1952, reproducido en *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, pp. 452 y 458.
- SCHOCH, F.: «El pensamiento procesal en el Derecho Administrativo general. Derecho y realidad a los quince años de vigencia del VwVfG» (traducción de J. Nieto König), en *DA*, n.º 235 y 236, julio-diciembre 1993, pp. 277 y ss.

- SCHOCKWEILER, F.: «Les principes généraux du droit en droit communautaire et en droit administratif luxembourgeois», en *Mélanges dédiés à Michel Delvaux*, Luxembourg, 1990, pp. 211-244.
- SCHRÖDER, M.: «Der Verwaltungsvorbehalt», en *Deutsches Verwaltungsblatt (DVBL)*, 1984, pp. 814 y ss.
- SCHULZE-FIELITZ, H.: «Neue Kriterien für die verwaltungsgerichtliche Kontrollpflicht bei der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe», en *Juristen-Zeitung (JZ)*, 1993, pp. 773 y ss.
- «¿Informalidad o ilegalidad de la actuación administrativa?» (traducción de Nicolás Muñiz, J.) en *DA*, n.º 235-236, julio-diciembre 1993, pp. 89 y ss.
- SCHWARZE, J.: «The Administrative Law of the Community and the protection of human Rights», *CMLRev.*, 1986, n.º 2, pp. 401-417.
- SIECKMANN, J. R.: «Beurteilungsspielräume und richterliche Kontrollkompetenzen», en *Deutsches Verwaltungsblatt (DVBL)*, 1997, n.º 2, pp. 101 y ss.
- SORIANO GARCÍA, J. E.: «Hacia el control de la desviación de poder por omisión», *REDA*, n.º 40 y 41.
- STARCK, Ch: *El concepto de ley en la Constitución alemana*, trad. esp., Madrid, 1979.
- STEIN, T.: «La sentencia del Tribunal Constitucional alemán sobre el Tratado de Maastricht», *RIE*, 1994, n.º 3, pp. 745-769.
- STETTNER, R.: «Der Verwaltungsvorbehalt», en *Die Öffentliche Verwaltung (DÖV)*, 1984, pp. 611 y ss.
- STIRN: *Les sources constitutionnelles du droit administratif*, 2.ª ed., LGDJ, Paris, 1995.
- STOBER, R. y GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S.: «Las actuaciones materiales o técnicas», *REALA*, n.º 267, 1995, pp. 573 y ss.
- STOLLEIS, M.: «Las líneas de desarrollo de la dogmática del Derecho Administrativo en la era industrial» (traducción de J. Nicolás Muñiz), *DA*, n.º 234, enero-abril 1993, pp. 3 y ss.
- STONE, R.: «The Precedence of Precedents», *The Cambridge Law Review*, vol. 26, parte I, pp. 35-38, 1968.
- STOROST, V.: *Staat und Verfassung bei Ernst Forsthoff*, Franckfurt, 1979.
- SUAY RINCÓN, J.: *El control jurisdiccional de concursos de méritos, oposiciones y exámenes académicos*, Civitas, Madrid, 1986.
- «El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en *Estudios sobre la Constitución española de 1978. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, tomo II, Civitas, Madrid, 1991.
- «El control de la actividad discrecional de la Administración: el error en la apreciación de los hechos», *RAP*, n.º 124, pp. 249 y ss.

- SUBRA DE BIEUSSES, P.: «La potestad discrecional», en *Documentación Administrativa (DA)*, n.º 239 (*El Derecho Administrativo en Francia: Tendencias actuales*), 1994, pp. 31 y ss. (traducción de J. Prieto de Pedro).
- SUDRE, F. y otros: *Droit communautaire des droits fondamentaux*, Bruylant, Bruxelles, 1999.
- SULLIVAN, K.: «The Justices of Rules and Standards», *Harvard Law Review*, vol. 106, 1992.
- TARDÍO PATO, J. A.: *Control jurisdiccional de concursos de méritos, oposiciones y exámenes académicos*, Civitas, Madrid, 1986.
- THAYER, J. B.: «The origin and scope of the american doctrine of constitutional law», *Harvard Law Review*, vol. 7, 1893-94, pp. 129 y ss.
- TORNOS MAS, J.: «El principio de legalidad en la doctrina jurídica española», *Diritto Pubblico*, 1995-1.
- «Discrecionalidad e intervención administrativa económica», en AA. VV., *Discrecionalidad administrativa y control judicial, I. Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 391 y ss.
- TRAYTER, J. M.: «La desviación de poder como técnica de control del ejercicio de la potestad reglamentaria», *Poder Judicial*, n.º 34, pp. 339 y ss.
- TRIBE, L.: *American Constitutional Law*, The Foundation Press, Inc., Mineola, New York, 1988.
- TROPER, M.: *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, LGDJ, Paris, 1980.
- TUNC, A. Et. S.: *Le droit des États-Unis d'Amérique, Sources et Techniques*, PUF, Paris, 1955.
- UCIEDA SOMOZA, E.: «Técnicas de control de la discrecionalidad en el Derecho Comunitario de funcionarios y en el Derecho Español. Examen de los hechos determinantes», *RVAP*, n.º 18, 1987.
- UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J. I.: *El derecho comunitario y el legislador de los derechos fundamentales. Un estudio sobre la influencia comunitaria sobre la fundamentalización de los derechos constitucionales*, Oñati, IVAP, 2001.
- URIARTE TORREALDAY, R.: «La reciente jurisprudencia constitucional en materia de actos del Gobierno no controlables judicialmente», *RVAP*, n.º 30, 1991, pp. 213 y ss.
- VÁZQUEZ GARCÍA, J. A.: «El control de la discrecionalidad en las normas urbanísticas de aplicación directa», en AA. VV., *Discrecionalidad administrativa y control judicial, I. Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 353 y ss.

- VEDEL, G.: «Les bases constitutionnelles du droit administratif», *EDCE*, 1954, pp. 21-53.
- «Discontinuité du Droit Constitutionnel et continuité du Droit Administratif», *Mélanges Waline*, 1974, vol. II.
- VEDEL, G. y DEVOLVE, P.: *Droit Administratif*, tomo I, 12.^a ed., PUF, Paris, 1992.
- VENEZIA, C.: *Sur l'exercice de la fonction exécutive par le Parlement dans la V République*, en *Mélanges Burdeau*, LGDJ, 1977.
- VENEZIA, J. C.: *Le pouvoir discrétionnaire de l'Administration*, LGDJ, Paris, 1958.
- VIDAL RODRÍGUEZ, C.: *La eficacia retroactiva de los cambios jurisprudenciales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- VIPIANA, P. M.: *Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza nel diritto pubblico*, Cedam, Padova, 1993.
- VIVES, T. S.: «Tribunales de Justicia y jurisprudencia constitucional», en *Poder Judicial*, n.º 2, 1986, pp. 9-13.
- VOLKMANN, U.: «Das interdierte Verwaltungsermessen», en *Die Öffentliche Verwaltung (DÖV)*, n.º 7, 1996, pp. 282 y ss.
- VON MUNCH, I. y KUNIG, Ph. (eds.): *Grundgesetz-Kommentar*, vol. I, 4.^a ed., München, 1992.
- WADE, H. W. R. y FORSYTH, C. F.: *Administrative Law*, Clarendon Press, Oxford, 1994.
- WALBROECK, M.: «La protection des Droits Fondamentaux à l'égard des États membres dans le cadre communautaire», en *Mélanges F. Dehousse*, vol. 2: «La Construction européenne», Nathan-labor; Paris-Bruxelles, 1979, pp. 333-335.
- «Methods of Protection: Towards a Second and Third Generation of Protection», en A. CASSESE, A. CLAPHAM y J. WEILER (eds.), *Human Rights and the European Community: Methods of Protection*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1991, pp. 555-642.
- «La Cour de Justice et la Convention européenne des droits de l'homme», *CDE*, 1996, n.º 5 y 6, pp. 549-553.
- WALINE, M.: «Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel», *Revue de droit public et de la science politique*, pp. 197 y ss.
- «Le pouvoir normatif de la jurisprudence», *Mélanges G. Scelle*, tomo II, pp. 43 y ss.
- WEBER, A.: «El control del Tratado de Maastricht por la jurisdicción constitucional desde una perspectiva comparada», *ERDC*, 1995, n.º 45, pp. 31-51.
- «La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 64, enero-abril 2002.

- WEIL, P.: «Introduction au débat», en AA. VV., *Le pouvoir discrétionnaire et le juge administratif*, Cujas, Paris, pp. 45 y ss.
- WESCHLER, H.: «Toward Neutral Principles of Constitutional Law», *Harvard Law Review*, vol. 73, 1959-60, pp. 1 y ss.
- WOLFE, C.: *La transformación de la interpretación constitucional* (traducción de M. G. Rubio y S. Valcárcel), Civitas, Madrid, 1991.
- WOLFF, H. J.; BACHOF, O., y STÖBER, R.: *Verwaltungsrecht*, I, 10.^a ed., München, 1994.
- WROBLESKI, J.: *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica* (traducción de Arantxa Azurza), Cuadernos Civitas, Madrid, 1985 (reimp. 1988).
- WÜRTENBERGER, Th.: «Aceptación a través del procedimiento administrativo» (traducción de J. Nieto König), *DA*, n.ºs 235 y 236, julio-diciembre 1993, pp. 213 y ss.
- XIOL RIOS, J. A.: «El precedente judicial en nuestro Derecho», en *Poder Judicial*, n.º 3, 1982, pp. 25-40.
- XYNOPOULOS, G.: *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité en France, Allemagne et Angleterre*, LGDJ, Paris, 1995.
- ZAGREBELSKY, G.: *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 10.^a ed., Trotta, Madrid, 2011.
- ZARKA, Y. Ch.: *Hobbes et la pensée politique moderne*, PUF, 1995.
- *Jean Bodin. Nature, histoire, droit et politique*, PUF, 1996.
- ZOLO, D.: *Cosmopolis*, Feltrinelli, 1995.
- *I signori della pace*, Carocci, 1998.

ÍNDICE ANALÍTICO Y ONOMÁSTICO

A

Actos políticos

Acto político y tutela judicial efectiva, 663 a 674.

Conceptos judicialmente asequibles, 675.

Control pleno de los actos políticos, 668 a 674.

Jurisprudencia hasta la LJCA de 1998, 664 a 668.

Jurisprudencia sobre actos políticos y seguridad del Estado, 678, 679.

Origen en el contencioso-administrativo español, 662 a 666.

Origen en la jurisprudencia del *Conseil d'État*, 654.

Tipología, 655 a 660.

Ver **Control jurisdiccional de la discrecionalidad, Potestades discrecionales**

ALVARADO, J. A., 54.

ALEXY, R., 17, 178.

ALBADALEJO, M., 315.

ALONSO, M. J., 503.

ÁLVAREZ GARCÍA, V., 179, 251, 254, 415.

ANSCHÜTZ, 39, 43.

ANGLADA, I., 312.

ARETIN VON, CH. F., 5.

ATIENZA, M., 174, 503.

AUBY, 439.

AUCOC, V., 551.

Autotutela

Autotutela ejecutiva, 723.

Autotutela y derechos de los ciudadanos, 728 a 730.

Clasificaciones básicas, 719.

Crítica, 731 a 734.

Ejecución forzosa de los actos, 724, 729.

Manifestaciones, 717, 720.

Origen de la doctrina, 714.

Tutela judicial, 742 a 770.

Ver **Privilegios procesales de la Administración.**

B

BACHOF, O., 465.

BACIGALUPO, M., 397, 470, 503.

BAHR, O., 5, 10.

BAÑO LEÓN, J. M., 182, 199.

BARAK, A., 284.

BARTHÉLÉMY, J., 3, 70.

BASSOLS, M., 55.

BELADIEZ, M., 151, 153.

BELTRÁN, M., 482, 503.

BENAYAS DE LA VEGA, 314.

BENVENUTTI, F., 714, 717.

BERTTHELEMY, 3, 16.

BETTI, 714.

Bills of attainder

En la Constitución americana, 71, 72.

BLACKSTONE, W., 293, 333.

BOBBIO, N., 237.

BODIN, J., 209, 210.

BÖCKENFORDÉ, W., 5.

BOIX PALOP, A., 139.

BORK, R., 333, 342.
 BOUFFANDEAU, T., 164.
 BRANDEIS, 339, 341.
 BRUTAU PUIG, J., 315.
 BULLINGER, M., 435, 455.
 BURGER, 341.

C

CALAMANDREI, P., 283.
 CAPELLETTI, M., 293.

Carácter revisor de la jurisdicción

Orígenes y manifestaciones, 783 a 797.

CARDOZO, 294.
 CARRÉ DE MALBERG, 9, 11, 14, 16, 19, 74, 75, 166, 196.
 CARRILLO, D., 254.
 CASTÁN TOBEÑAS, 308, 311, 312, 316.
 CASSESSE, A., 243.
 CASTELAR, E., 179.
 CASTRO DE, F., 158, 160, 161, 293, 308, 311, 312.
 CHAPUS, R., 166, 439.

Certeza del Derecho

Certeza y conceptos vagos, 346.
 Decisión previa, 708, 727.
 Densidad normativa, 348, 352.
 Incertidumbre, desorden y jurisprudencia, 330, 331.
 Predecibilidad de la jurisprudencia, 354, 366 a 393.
 Problemas del exceso de densidad normativa, 352.
 Ver **Jurisprudencia**.

CHEVALLIER, J., 163 11.
 CHINCHILLA, C., 557.
 CIRIANO VELA, C. D., 503.
 COLMEIRO, 779.

Conceptos jurídicos indeterminados

Crisis, 479 a 486.
 Distinción con la discrecionalidad, 476.
 Estructura de los conceptos, 472, 474.
 Formación de la doctrina, 469.
 Introducción en España, 470, 471.
 Margen de apreciación y solución justa, 481 a 483.
 Recepción jurisprudencial, 475.
 Ver **Control jurisdiccional de la discrecionalidad, Potestades discrecionales**.

Confianza legítima

Artículo 3.1 de la LRJAP, 630.
 Confianza legítima y buena fe, 641, 642.
 Confianza legítima y modificación de las normas, 633 a 637.
 Confianza legítima y precedente, 638 a 640.
 Derecho alemán y comunitario, 625, 626.
 Jurisprudencia del Tribunal Supremo, 623, 627 a 629, 631.
 Origen jurisprudencial del principio, 622.
 Ver **Principios generales del Derecho**.

Conflictos jurisdiccionales

Asunto «Gómez de Liaño», 846.
 Asunto «Papeles del CESID», 843 a 845.
 Insuficiente adaptación a la Constitución, 830 a 838.
 Mutaciones del sistema, 842.
 Posición privilegiada de la Administración, 816 a 821.
 Regulación actual, 821 a 829.
Vindicatio potestatis, 839.

Control de la constitucionalidad

- El origen de los sistemas europeos, 33.
- Organización y funcionamiento en España, 56 a 61.
- Origen en Alemania, 38 a 47.
- Origen en Austria, 48 a 51.
- Origen en España, 54.
- Origen en Suiza, 34 a 37.

Control jurisdiccional de la discrecionalidad

- Ampliación del control, 498.
- Aplicación de los principios generales del Derecho: razonabilidad, interdicción de la arbitrariedad, igualdad, confianza legítima, enriquecimiento injusto y otros, 576 a 646.
- Control de la desviación de poder, 551 a 575.
- Control de los hechos, 533 a 549.
- Control en la LJCA de 1956, 497.
- Control judicial y reserva de Administración, 501, 502.
- Exención de control de la discrecionalidad en la legislación histórica y algunos sistemas comparados, 492 a 496.
- Límites a la intervención judicial, 503 a 506.
- Nombramientos y ceses de funcionarios, 572 a 575.
- Pruebas, 540 a 549.
- Ver *Actos políticos, Conceptos jurídicos indeterminados, Discrecionalidad técnica, Planeamiento urbanístico, Potestades discrecionales, Principios generales del Derecho.*

Convalidaciones legislativas

- Antecedentes, 102.
- Clasificación, 104.

Definición, 103.

Parámetros de la legitimidad, 110.

Ver **Validación**

Coste-beneficio

- En general, test, 618.
- Jurisprudencia francesa, 619 a 621.

D

DANVILA, 776.

Decisión ejecutoria

- Carácter revisor de la jurisdicción, 705, 783 a 797.
- Crítica de la autotutela, 718 a 725, 731 a 734.
- Derechos de los ciudadanos, IV, 729 a 733.
- Ejecución de oficio, 710, 713.
- Ejecución forzosa, 712, 728.
- Ejecutividad de los actos y tutela judicial, 742 a 770.
- Excepciones, 726.
- Origen, 702, 703.
- Principio de autotutela, 714 a 717.
- Privilegios de la Administración, 706 a 709.
- Vías administrativas previas, 704.
- Ver **Autotutela, Ejecutividad de los actos administrativos.**

Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, 109, 111, 116, 396.

Derecho Administrativo

- La edad de oro del Derecho Público, 3.
- Los creadores franceses y alemanes, 4, 5.

Derechos fundamentales

- Derechos como principios en la jurisprudencia del TJ, 185, 186.
- Derechos y garantías institucionales, 180.
- Doctrina de los derechos ilegales, 179.
- Dominación de los derechos por la ley, 178.
- En el Derecho comunitario, 184.
- La Carta de los Derechos Fundamentales en la UE, 190.
- Positivación en Europa, 188 a 190.
- Vertiente objetiva, 182, 183.

DESDENTADO, E., 484, 503, 537, 597.

Desviación de poder

- Desviación de fines públicos o privados, 561.
- Jurisprudencia actual: tipología de supuestos, 563 a 575.
- Jurisprudencia del *Conseil d'État*, 551.
- Orígenes, 550.
- Posición inicial de la jurisprudencia y crisis, 555 a 558.
- Prueba, 559.
- Regulación en España, 552 a 554.

DEVOLÉ, P., 167.

DIEGO DE C., 311.

DIEZ-PICAZO, L., 159, 161, 293, 312, 315, 325, 645.

Discrecionalidad técnica

- Concursos y oposiciones, 689 a 694.
- Control jurisdiccional, 687.
- En contratos y concesiones, 695 a 700.
- Límites del control, 688, 689.

Sustitución de la elección administrativa, 701.

Ver **Control jurisdiccional de la discrecionalidad, Potestades discrecionales.**

DRAGO, 439.

DUEZ, P., 70.

DUGUIT, 3, 11, 16, 17, 73.

DUPEYROUX, D., 165.

DWORKIN, R., 173, 248, 272, 343, 432, 444, 487, 488.

E**Efecto directo**

Fundamento y desarrollos en la jurisprudencia comunitaria, 223 a 227.

EISENMANN, CH., 155.

Ejecución forzosa de los actos administrativos

Ver **Ejecutividad de los actos administrativos, Privilegios procesales de la Administración.**

Ejecutividad de los actos administrativos

Crítica, 731 a 734.

Ejecución forzosa y derechos constitucionales, 752 a 763.

Generalización, 728 a 731.

Inembargabilidad y otras manifestaciones, 735.

Medidas cautelares, 764 a 770.

Tutela judicial, 738, 742 a 770.

EMBID, A., 129.

Enriquecimiento injusto

- En Derecho Privado, 643 a 645.
- En la jurisprudencia contencioso-administrativa, 646.
- Requisitos, 647, 648.

ESMEIN, A., 11, 177.

Estado de Derecho

- Autolimitación del Estado, 15, 16.
- Concepto en la doctrina alemana en el siglo XIX, 5 a 10.
- Control por los tribunales, 10
- Estado de policía, 9.
- Imperio de la ley, 20.
- La doctrina francesa, 11 a 19.

Estado legal y Estado constitucional, 1.

- Fragmentación del soberano, 23.
- Globalización, 26.
- Sistemas de control, 22.
- (Ver *Imperio de la ley, Ley material*).

Europeización del Derecho

- Significación general, 25.

F

- FALK, R., 242.
- FAVOREU, L., 155.
- FERNÁNDEZ, T. R., 31, 411, 503, 537, 596, 714.
- FERNÁNDEZ TORRES, J. R., 791.
- FERRERES COMELLA, V., 362.
- FERNÁNDEZ FARRERES, G., 481.
- FORSTHOFF, E., 85, 86, 126.

Fragmentación de la legalidad

- Contribución de la potestad reglamentaria, 193 a 204.
- Globalización jurídica, 217, 218, 235 a 248.
- Integración europea, 216.

Las ideas clásicas sobre la soberanía, 210 a 212.

Legalidad supranacional, 219 a 233.

Manifestaciones, 192.

Primacía del Derecho Internacional, 215.

Rupturas de la soberanía, 213, 214.

Ver *Reserva de ley*.

Fragmentación del soberano

Legalidad y soberanía, IV, 211 a 218.

Multiplicación de centros de creación del Derecho, 23 a 27.

Fumus boni iuris, 769

Ver *Medidas cautelares*.

FRANCKFURTER, 340.

FRANKLIN, H., 210.

G

GARAPON, 281.

GALLIGAN, D. J., 442.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., 31, 148, 153, 158, 159, 411, 470, 474, 482, 483, 503, 537, 636, 714, 717.

GARCÍA LUENGO, J., 638.

GARRIDO, N., 658.

GAUDEMET, Y., 710.

GAY, CH., 294, 295.

GENEVOIS, B., 163, 165.

GENY, 395.

GERBER, 5.

GIERKE VON, O., 10.

GIANNINI, 428.

Globalización jurídica

Cosmopolitismo jurídico en Habermas, 239 a 241.

Cosmopolitismo jurídico en Kant, 234.

Domestic analogy, 238.
 El ciudadano múltiple, 245.
 Legalidad multipunto y derecho red, 248.
 Modelo Westfalia, modelo Naciones Unidas, 242, 244.
 Primacía del Derecho Internacional en Kelsen, 235 a 237.
 Significación general, 26.

GNEIST VON, R., 5, 9, 453.

GREEN, LORD, 605.

GUASP, 308.

GULLÓN BALLESTEROS, A., 315.

H

HÄBERLE, P., 181.

HABERMAS, J., 237, 240.

HART, L. H., 174, 446, 487.

HAURIUO, M., 3, 16, 18, 167, 196, 439, 708.

Hechos determinantes, 533 a 549.

HECK, PH., 474.

HELD, D., 243, 244, 245, 246.

HEGEL, 15.

HERNÁNDEZ GIL, A., 312.

HESSE, K., 180.

HOBBS, T., 211.

HOLMES, O. W., 294, 333, 338, 339, 341, 367.

HUBER, 88.

HUGHER, CH. E., 342.

HUMBOLT VON, G., 4.

I

IHERING, 5.

Imperio de la ley

En el Estado de Derecho, 20, 326.

Inembargabilidad

Incompatibilidad con la tutela judicial efectiva, 735, 813.

Nueva regulación legal y jurisprudencia, 814, 815.

Interdicción de la arbitrariedad

Arbitrariedad de los tribunales, 584.

Arbitrariedad del legislador, 581.

Arbitrariedad y razonabilidad, 581, 582.

Criterios para determinar la existencia de arbitrariedad, 579.

En general, 577.

Igualdad y proporcionalidad, 583.

J

JEFERSON, 493.

JELLINEK, G., 5, 21, 39, 48, 66, 67, 215, 221.

JELLINEK, W., 42, 85, 474.

JESCH, D., 465, 474.

JÈZE, 3, 16.

Jueces

Activismo judicial, 284.

Inamovilidad y carrera, 261.

Independencia judicial, 80, 91, 262.

Interpretaciones patológicas de la ley, 277 a 287.

Responsabilidad, 303.

Jueces y ley, 256 a 303.

Posición en el Estado constitucional, 273 a 303.

Posición en el Estado legal, 259 a 272.

Responsabilidad, 303.

Subordinación a la ley, 267 a 274.

Ver **Poder judicial**.

Jueces y Constitución

- Activismo e incompetencia, 284, 285.
- Determinación judicial de la regla de Derecho, 272, 274.
- ¿*Judex legibus solutus?*, 279.
- Jueces, plataformas mediáticas y política, 282, 283.
- La contribución a la formación de la legalidad: primeras aperturas a la jurisprudencia, 267 a 269.
- La verdad extra legal, 288.
- Polémica sobre la creación judicial del Derecho, 293 a 303.
- Posición de los jueces en el Estado legal, 256 a 292.
- Remontada de los jueces en Europa, 277.

Jurisdicción Contencioso-Administrativa

- Expansión y carácter revisor, 771.
- Ver *Privilegios procesales de la Administración*.

Jurisprudencia

- Características constitucionales de la función jurisdiccional, 322.
- Certeza del Derecho, desorden y jurisprudencia, 330, 331.
- Crítica a la creación del Derecho por la jurisprudencia, 316.
- Doctrina civilista sobre el valor de la jurisprudencia, 310 a 312.
- Doctrina de la deferencia y jurisprudencia norteamericana, 338 a 343.
- Integración de la ley por la jurisprudencia, 351.
- Jurisprudencia en el Código Civil y en la Constitución, 314, 315.
- Jurisprudencia y densidad normativa, 352.

- Jurisprudencia y fuentes del Derecho, 304.
- La primera casación civil y penal, 307, 308.
- La utilización de conceptos vagos, 348 a 350.
- Límites constitucionales, 334 a 337.
- Negación del valor normativo, 325 a 329.
- Negación revolucionaria de la jurisprudencia, 305, 306.
- Posición de los jueces en el Estado constitucional, 257 a 303.
- Previsibilidad, 354.
- Prospectividad, 360 a 365.
- Retroactividad, 356 a 359, 364, 365.
- «Trascendencia normativa» según la reforma del Código de 1974, 313.
- Valor de la jurisprudencia del TC, 344, 345.
- Valor normativo, 319.
- Vinculación de los jueces y tribunales, 332.
- Ver *Certeza del Derecho, Precedentes*.

K

- KANT, I., 4, 234.
- KELSEN, H., 48, 51, 46, 75, 76, 174, 214, 234, 235, 236, 237, 448.
- KIKER, G., 198.
- KIRCHNOF, P., 455.
- KRUGER, 88.

L

- LABAND, P., 5, 11, 21, 39, 66, 67, 74, 215, 221.
- LACRUZ BERDEJO, J. L., 315.
- LALAGUNA, E., 314.
- LAFERRIÈRE, 3, 163, 551.

LAUBADÈRE DE, A., 710.

LEDESMA BARTRET, 542.

Legalidad

Constitucionalización de la legalidad, 145, 155.

Crítica de la doctrina clásica, 150.

Doctrina clásica de la legalidad, 145.

Doctrina de la habilitación positiva, 149.

Legalidad como principio constitucional, 147.

Legalidad multipunto y Derecho red, 248.

Legalidad sin ley, 156.

Legalidad supranacional, 219 a 247.

Legalidad y juridicidad, 151.

Legalidad y soberanía, 210 a 218.

Ver *Fragmentación de la legalidad, Jurisprudencia, Principios generales del Derecho.*

Legalidad blanda

Normas de origen privado voluntarias, 249.

Reglamentaciones obligatorias de facto, 251.

Soft law, 252.

Legalidad supranacional

Doctrina del efecto directo, 223 a 227.

Fundamento constitucional, 220.

Primacía, 228 a 233.

Traslación de soberanía, 219.

Legislación autonómica

Generalización de las potestades legislativas, 205.

Fuerza, valor y rango, 207.

Reservas formales, 209.

LEGUINA, J., 31, 151, 173, 503.

LEISNER, 8.

LESAGE, 102.

LETOURNEUR, V. M., 163.

Lex certa

Doctrina declarativa, 294.

Jurisprudencia principalista, 297.

Predecibilidad y certeza, 301.

Ley

Igualdad ante la ley, 81

Ley general, 68, 73.

Límites materiales, 64.

Leyes autonómicas, 205 a 209.

Ver *Control de la constitucionalidad, Ley material, Leyes de caso concreto.*

Ley material

El conflicto presupuestario prusiano, 65.

Formulación de la doctrina en Alemania, 67.

La doctrina de Laband, 67.

Legislativo omnipotente, 63.

Origen del concepto, 21.

Primacía de la ley, 62.

Ley medida

Aplicaciones, 86 a 88.

Formulación de la doctrina, 85.

Leyes de caso concreto

Constitucionalidad en España, 88 a 93.

Decadencia de la ley general, 69.

La posición de C. Schmitt con ocasión de la expropiación de los patrimonios reales, 77 a 84.

Ley y medida, 85 a 87.

Posición del Tribunal Constitucional, 93 a 101.

Prohibición de las leyes que resuelven contenciosos, 70 a 72.

LINZ, 51.

LÓPEZ VILAS, R., 315.

LOCKE, J., 196.

M

MALARET, E., 251.

MARÍN RIAÑO, F., 624.

MARSHALL, 493.

MARTOS, 179.

MARTÍN-RETORTILLO, S., 552, 776.

MATHIEU, 105, 113, 116.

MAURER, H., 129, 198, 435.

MAYER, O., 454.

Medidas cautelares

Expansión, 764.

Jurisprudencia, 765 a 770.

Fumus boni iuris, 769.

MENGER, 86, 87.

MERKL, A., 153.

MICHAUD, 16, 455.

MOHL VON, R., 5, 6, 453.

MONTESQUIEU, 71, 256, 259.

MORALES, O., 160.

MOREAU, J. 153.

MORET, 179.

MOTILLA MARTOS, 138.

N

NIETO, A., 150, 428, 461, 463, 503.

Normas de origen privado

Contribución a la formación de la legalidad, 249 a 254.

O

OBERMAYER, K., 465.

OHMAE, K., 217.

OLTRA, J., 179.

OPPERMANN, 128, 198.

ORENSE, 179.

OST, F., 248.

OSSENBÜRHL, F., 198, 254, 400, 485, 490, 626.

OTTO DE, I., 61, 151, 153, 182, 318.

P

PAREJO ALFONSO, L., 31, 129, 201, 503.

PECES BARBA, G., 174.

PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, 311.

PERRY, J., 343.

Planeamiento urbanístico

Control por los principios generales del Derecho, 682.

Discrecionalidad de la potestad, 680, 681.

Planeamiento y arbitrariedad, 683, 684.

Sustitución de la decisión administrativa, 684 a 686.

Ver **Control jurisdiccional de la discrecionalidad, Principios generales del Derecho.**

Poder judicial

Posición de los jueces en el Estado constitucional, 256 a 303.

Ver **Jueces, Jurisprudencia.**

POSADA, A., 54.

POSNER, 446.

POSTNAM, 371.

Potestades administrativas

Asignación y distribución de competencias, 421, 425.

Autovinculación administrativa, 409.

Características de las potestades públicas, 407.

Concreción legal, 407, 408.
 Contenido material, 509.
 Control de la discrecionalidad en España, 496 a 502.
 Habilitación en el caso de los poderes autonómicos, 414.
 Lenguaje vago, 514.
 Ley habilitante y otros límites de las potestades, 411.
 Límites de los conceptos vagos, 517.
 Potestades públicas, potestades privadas, 405.
 Potestades y competencias, 403, 417 a 421.
 Potestades y derechos subjetivos, 404.
 Ver **Potestades discrecionales**.

Potestades discrecionales

Conceptos jurídicos indeterminados, 468 a 485.
 Control de los hechos, 533 a 549.
 Definición de la discrecionalidad, 427, 433 a 438.
 Diferenciación básica entre lo reglado y lo discrecional, 397.
 Discrecionalidad fuerte y débil, 444, 445.
 Discrecionalidad política, 649 a 701.
 Discrecionalidad política y jurídica, 443, 447.
 Discrecionalidad y conceptos vagos, 467.
 Discrecionalidad y densidad normativa, 439.
 Doctrina unitaria de la discrecionalidad, 466, 487 a 491.
 El tiempo en el ejercicio de la potestad, 452 a 457.
 Elementos reglados de lo discrecional, 450.

Inactividad administrativa y ejercicio obligatorio de potestades, 459 a 463.
 Inactividad y jurisprudencia comunitaria, 464.
 Lo reglado y lo discrecional, 426 a 432.
 Reducción de la discrecionalidad a cero, 651.
 Regulación legislativa, 399, 400.
 Sustitución judicial de la discrecionalidad administrativa, 649 a 652.
 Ver **Actos políticos, Control jurisdiccional de la discrecionalidad, Discrecionalidad técnica, Planeamiento urbanístico, Predecibilidad, Principios generales del Derecho**.

POUND, 294.

Precedentes

Criterios para organizar los precedentes, 375 a 380.
 Fundamentación del precedente en la Constitución, 385.
 Grados de vinculación, 380 a 384.
 Jerarquizar y estabilizar la jurisprudencia, 366.
 Jurisprudencia del TC y del TS, 387 a 395.
 La significación y las funciones de precedente, 371, 374.
Obiter dictum y otros razonamientos, 379.
 Predecibilidad y legalidad, 369.
 Predecir las decisiones, 367, 368.

Predecibilidad

De la jurisprudencia, 366 a 393.
 Del ejercicio de las potestades discrecionales, 507 a 532.
 Fragmentación constitucional del precedente, 385.

- Precedentes, 375 a 379.
 Programación y autovinculación administrativa, 518 a 532.
 Vinculación del precedente, 388.
- PREUSS, H., 41, 215, 465.
 PRIETO CASTRO, 308.
 PRIETO SÁNCHEZ, 174.
- Primacía**
 Del Derecho federal, en las Constituciones del XIX, 37, 44, 51.
 En el Derecho Comunitario, 228 a 233.
- Principio de constitucionalidad de la Administración, 152.**
 Ver *Legalidad*.
- Principio de juridicidad, 151.**
 Ver *Legalidad*.
- Principio de legalidad**
 Ver *Legalidad*.
- Principio de proporcionalidad**
 Ver *Proporcionalidad*.
- Principios generales del Derecho**
 Aplicación en el Derecho Público, 162.
 Aplicación para el control de la discrecionalidad: en general, 576.
 Arbitrariedad y desviación de poder, 599, 600.
 Arbitrariedad y precedentes, 590.
 Arbitrariedad y previsibilidad, 601, 602.
 Balance coste-beneficios, 618, 619.
 Buena fe, 641, 642.
 Confianza legítima, 622 a 642.
 Constitucionalización, 169.
 Discriminación, 602 a 606.
 Doctrina del *Conseil d'État*, 163 a 165.
 En la codificación civil, 160, 161.
 Enriquecimiento injusto, 643, 648.
 Falta de motivación, 596, 597.
 Fuentes, 164.
 Fundamento general, 158.
 Interdicción de la arbitrariedad, 577 a 586, 591 a 597.
 Jerarquía de principios, 176.
 Legalización de los principios, 168.
 Los derechos fundamentales como principios generales, 177 a 191.
 Posición en la jerarquía de fuentes, 166.
 Principios y ley, 170.
 Proporcionalidad, 607 a 620.
 Razonabilidad, 587.
 Recepción constitucional de los principios, 167.
 Valores y principios, 172 a 175.
 Versiones institucionalistas, 159.
- Privilegios procesales de la Administración**
 Carácter revisor de la jurisdicción, 782 a 798.
 Ejecución de sentencias, 773 a 780, 803 a 811.
 Origen y desarrollo, 771 a 782.
 Participación en la función jurisdiccional, 772 a 790.
Solve et repete, 801, 802.
 Ver *Decisión ejecutoria*.
- Proporcionalidad**
 En general, principio de, 607.
 Jurisprudencia comunitaria europea, 608.
 Jurisprudencia constitucional, 609.

Manifestaciones del principio,
610 a 620.

R

Razonabilidad

El precedente como parámetro,
590.
Error, 591, 592.
Motivación, 596, 597.
Test, 587, 588.
Ver *Principios generales del Derecho*.

REBOLLO PUIG, M., 645.
REHNQUIST, W., 342.
REQUEJO PAGÉS, 138.

Reserva de Administración

Imposición por el Derecho europeo, 131.
La doctrina en Alemania, 129.
Ocupación de la función administrativa por el legislador, 130.
Posición constitucional de la Administración, 127, 128.
Refortalecer el ejecutivo, 125, 126.

Reserva de jurisdicción

Contenido material de la reserva,
135, 140.
Excepciones, 136.
Exclusividad de la función, 134.
Principios constitucionales sobre la posición de la Justicia, 132 a 134.
Reserva y cosa juzgada, 140 a 144.
Reservas de interpretación, 137.

Reserva de ley

Concentración del poder legislativo, 193.

Doctrina de la esencialidad, 198.
Formulación de la doctrina, 195.
La reserva en el Estado legal, 197.
Legitimación del poder normativo de la Administración, 201.
Ley y reglamentos locales, 202 a 204.
Primacía de la ley, 194.
Propiedad y libertad como contenido de la reserva, 196.
Reglamentos independientes, 199.
Ver *Ley*.

RIALS, S., 13.
ROIG DE, V., 54.
ROLLAND, L., 658.
ROMANO, S., 404.
ROMIEU, 196, 711.
ROUSSEAU, 68, 73.
RUBIO LLORENTE, F., 64, 96, 134, 141, 173.
RUIZ MANSO, 174.

S

SALA, G., 162.
SALA SÁNCHEZ, P., 530.
SÁINZ MORENO, F., 470, 480.
SÁNCHEZ MORÓN, M., 31, 503, 537.
SÁNCHEZ ROMÁN, 160, 308.
SANCHO REBULLIDA, F., 315.
SANTAMARÍA DE PAREDES, J., 151, 438
SCHMITT, C., 75, 77, 78, 79, 80, 81, 83, 84, 85, 86, 156, 178, 180.
SCHOCKWELER, 162.
SCHNAPP, E., 129, 435.
SCHWARTZ, 493.

Solve et repete

Orígenes y manifestaciones, 801, 802.

SPINOZA, 15.
SIÉYÉS, 22.
STARCK, 88.
STEIN VON, 196.
STERN, K., 465.

STHAL, F. J., 5, 6, 9.
 SUNSTAIN, 384.
 SUTHERLAND, E. H., 281.

T

THAYER, J. B., 338.
 THOMA, 178.
 TRIBE, L., 106, 516.
 TRIEPEL, H., 43, 45, 215.
 TORREAZNAR, CONDE DE, 777.

Tutela judicial efectiva

Ejecución forzosa y tutela, 743, 752 a 759.
 En relación con la ejecutividad, 742 a 745.
 Fundamentos constitucionales, 746 a 750.
 Jurisprudencia constitucional, 759, 765.
 Justicia cautelar, 764 a 770.
 Ver **Jurisdicción Contencioso-Administrativa**

V

Validación

Cosa juzgada, 107.
 Doctrina del TEDH, 114.
 Jurisprudencia constitucional, 118 a 123.
 Jurisprudencia francesa, 108 a 113.

Leyes *ex post facto*, 106.
 Límites constitucionales, 119.
 Prácticas de convalidación en España, 117.
 Principios constitucionales afectados, 105.
 Tipología de convalidaciones, 124.
 Ver **Convalidaciones legislativas**.

Valores constitucionales

Doctrina sobre valores, 174, 175.
 Jurisprudencia del TC, 174.
 Valores y principios, 172, 173.

Vías administrativas previas

Agotamiento, 798.

VILAR BADÍA, R., 312.

VILLARY, 661.

VEDEL, G., 153, 155, 166.

VEGA DE, P., 217.

VENEZIA, Y., 710.

VILLALÓN CRUZ, P., 33, 45, 182.

W

WALINE, M., 165.

WARREN, 333, 341.

WEHRHAHN, 88.

WELCHER, C. CH., 5.

WOLFF, 178.

Z

ZAGREBELSKY, Z., 28.

ZARKA, CH. Y., 210.

ZOLO, D., 218, 242, 246, 247.

Santiago Muñoz Machado, uno de los más reputados juristas españoles, lleva a cabo una nueva presentación de la obra que constituye todo un clásico en la bibliografía de nuestro derecho administrativo y constitucional desde hace quince años.

En los nuevos tomos que integran la obra el autor, además de algunos cambios en la disposición de los materiales, ha llevado a cabo una corrección minuciosa de los textos y ha tenido en consideración, en la versión final, todas las aportaciones doctrinales y jurisprudenciales relevantes sobre los asuntos objeto de estudio que se han manifestado en el último lustro.

El autor ha acometido esta gran labor desde la perspectiva de que, en nuestro país, los principios tradicionales que han marcado el derecho público han sido progresivamente desplazados por otros principios, reglas de comportamiento e instrumentos: descentralización, fragmentación de la ley y del ordenamiento jurídico, europeización y globalización, mercado libre junto con regulación económica, aparición de una nueva gama de derechos de los ciudadanos y consolidación de un cambio radical en las relaciones entre el Estado y la sociedad.

