

Derecho Administrativo Español

Derecho Administrativo Español.

Tomo I

INTRODUCCIÓN AL DERECHO ADMINISTRATIVO CONSTITUCIONAL

Jaime Rodríguez-Arana Muñoz

Catedrático de Derecho Administrativo
Presidente del Foro Iberoamericano
de Derecho Administrativo

DERECHO ADMINISTRATIVO ESPAÑOL. TOMO I

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

DERECHOS RESERVADOS 2008, respecto a la primera edición en español, por

© Netbiblo, S. L.

netbiblo

www.netbiblo.com

NETBIBLO, S. L.

C/. Rafael Alberti, 6 bajo izq.

Sta. Cristina 15172 Oleiros (La Coruña) – Spain

Tlf: +34 981 91 55 00 • Fax: +34 981 91 55 11

www.netbiblo.com

editorial@netbiblo.com

Miembro del Foro Europeo de Editores

ISBN 978-84-9745-253-3

Depósito Legal: C-2932-2008

Directora Editorial: Cristina Seco López

Editora: Lorena Bello

Producción Editorial: Gesbiblo, S. L.

Impreso en España – Printed in Spain

CONTENIDO

| | |
|---|-----------|
| CAPÍTULO I | |
| INTRODUCCIÓN | 1 |
| | |
| CAPÍTULO II | |
| CONCEPTO Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA | 5 |
| | |
| CAPÍTULO III | |
| LA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL | 37 |
| | |
| CAPÍTULO IV | |
| LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO | |
| EN LA JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA | 55 |
| 1. Introducción | 57 |
| 2. Principios generales y Derecho Administrativo | 58 |
| 3. Ética, valores y principios generales del derecho | 64 |
| 4. El principio de buena Administración y sus corolarios | 68 |
| 5. El principio de buena fe..... | 70 |
| 6. El principio de seguridad jurídica y el principio de confianza legítima | 71 |
| 7. El principio de interdicción de la arbitrariedad | 75 |
| 8. Reflexión conclusiva..... | 76 |
| | |
| CAPÍTULO V | |
| EL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA Y LA ELABORACIÓN | |
| DE LAS NORMAS JURÍDICAS | 79 |
| | |
| CAPÍTULO VI | |
| LEY Y REGLAMENTO EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO | 99 |
| 1. Introducción | 101 |
| 2. La cláusula del Estado de Derecho | 102 |
| 3. El principio de legalidad..... | 103 |
| 4. La ley en la teoría de las normas | 107 |

| | |
|---|-----|
| 5. La ley en el Derecho Administrativo (ley y reglamento)..... | 109 |
| 6. El reglamento y la potestad reglamentaria..... | 113 |
| 7. Clases de reglamentos..... | 115 |
| 8. Requisitos y procedimiento de elaboración de los reglamentos | 117 |
| 9. La inderogabilidad singular de los reglamentos..... | 120 |
| 10. Reglamentos ilegales: especial referencia a la cuestión de ilegalidad..... | 122 |
| 11. Reflexión conclusiva..... | 132 |

CAPÍTULO VII

LA CENTRALIDAD DE LOS USUARIOS Y

CONSUMIDORES Y EL INTERÉS GENERAL..... 135

| | |
|--|-----|
| 1. Introducción | 137 |
| 2. Los ciudadanos y el poder público | 138 |
| 3. Los servicios de interés general..... | 143 |
| 4. Los usuarios y los servicios públicos | 154 |
| 5. El interés general en el levantamiento de la suspensión de la OPA de Gas Natural sobre Endesa (la relevancia del interés general para el Derecho Administrativo)..... | 159 |
| A) Introducción..... | 159 |
| a) El régimen jurídico del levantamiento de las medidas cautelares | 161 |
| b) Las nuevas circunstancias | 163 |
| c) Régimen jurídico de las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo | 169 |
| d) Criterios para la adopción de la medida cautelar | 171 |
| e) El principio dispositivo en el proceso contencioso administrativo | 175 |

CAPÍTULO VIII

EL MODELO CONSTITUCIONAL DE DESCENTRALIZACIÓN

POLÍTICA Y TERRITORIAL..... 183

| | |
|--|-----|
| 1. Funcionalidad de la Constitución Española de 1978 | 185 |
| 2. El modelo constitucional: un acierto | 192 |
| A) Estado autonómico español..... | 198 |
| a) Introducción | 198 |
| b) La cuestión nacional..... | 199 |

| | |
|---|-----|
| c) El Estado autonómico como Estado nacional | 201 |
| d) España como Nación..... | 202 |
| e) “La España plural” | 203 |
| f) La reforma constitucional..... | 204 |
| g) La articulación interior de España | 205 |
| h) El dictamen del Consejo de Estado acerca de la reforma constitucional en materia territorial..... | 207 |

CAPÍTULO IX

EL MARCO CONSTITUCIONAL DEL ACCESO

| | |
|-----------------------------------|------------|
| A LA FUNCIÓN PÚBLICA | 217 |
|-----------------------------------|------------|

| | |
|---------------------------|------------|
| BIBLIOGRAFÍA | 241 |
|---------------------------|------------|

I.

INTRODUCCIÓN

El Derecho Administrativo, bien lo sabemos, hunde raíces en la Constitución, esolar en el que encuentra su verdadero sentido y significado. Constitución y Administración pública son dos realidades complementarias que se entienden y explican en un marco de mutuas interacciones y relaciones que permiten comprender el alcance y la funcionalidad de la actuación administrativa según cuál sea el modelo de Estado definido en cada Constitución.

Recuerdo que durante las clases que recibí en la Facultad de Derecho de la Universidad de Santiago de Compostela en la materia de Derecho Administrativo me quedó muy claro que los fundamentos y los principios del Derecho Administrativo se encuentran en la Constitución. Por eso, siempre me pareció muy atinada la denominación Derecho Administrativo Constitucional que utilizaba el profesor Meilán Gil para explicar el profundo impacto que la Constitución produjo sobre el entendimiento del moderno Derecho Administrativo en un Estado definido como social y democrático de Derecho.

Las páginas que siguen pretenden contribuir a asentar esta expresión Derecho Administrativo Constitucional con el propósito de que los alumnos puedan comprender en sus justos límites la intensa luz que la Constitución proyecta sobre el entero sistema del Derecho Administrativo. A tal fin, he aprovechado algunos estudios de años anteriores que tienen este común denominador para subrayar la trascendencia y relevancia que, en efecto, los parámetros y vectores constitucionales están provocando en los sillares y fundamentos del Derecho Administrativo. Por una razón fundamental, porque el sentido de las potestades administrativas con las que nace en el siglo XVIII la Administración pública no son, de ninguna manera, aplicables al mundo de hoy. Pero ello tampoco aconseja romper o liquidar nuestros antecedentes. Más bien, se trata de analizar desde la iluminación constitucional todas y cada una de las categorías y conceptos del Derecho Administrativo de manera que encuentran su significado y lógica en una versión de este sector del Ordenamiento jurídico orientado al servicio objetivo del interés general.

En 2007 la editorial jurídica de Venezuela publicó una edición de este estudio bajo la rúbrica *Aproximación al Derecho Administrativo Constitucional* con el objeto de que los estudiosos del Derecho Administrativo Iberoamericano también pudieran acceder a esta obra.

II.

CONCEPTO Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA

El Derecho Administrativo, como todo sector del Ordenamiento jurídico, es una ciencia social que se aplica y se proyecta sobre la realidad en su devenir histórico con arreglo a parámetros de justicia. Por tanto, desde el principio, si se puede decir así, desde que se toma conciencia de las necesidades colectivas, desde que los seres humanos nos hemos organizado de algún modo para ordenar lo común de acuerdo con las exigencias de la justicia, nos tropezamos con Derecho Administrativo, por incipiente que este sea. Para solicitar del poder constituido alguna ayuda para emprender determinadas actividades consideradas congruentes con el interés público, para reclamar ante alguna decisión de la autoridad que pensamos que es injusta, para edificar en un solar de nuestra propiedad o para tantas cosas en las que está presente el poder público, la administración público o el propio gobierno.

Una pregunta que suele formularse en ocasiones se refiere a si es antes lo común, lo colectivo, o la organización pública que va a gestionar dicho interés público. Es una cuestión de relevancia, como veremos, para definir el Derecho Administrativo, para inclinarse por cuál sea el criterio prevalente a la hora de comprender la esencia del Derecho Administrativo. Desde la perspectiva histórica me parece de interés adelantarse ya que parto de la hipótesis que existe la organización administrativa porque es menester que se atiendan los intereses colectivos, aquellos asuntos que trascienden la dimensión personal por ser comunes al conjunto del pueblo. Precisamente porque es necesario una gestión razonable de estas cuestiones que afectan a la vida colectiva de los ciudadanos, como puedan ser la educación, la cultura, la industria, la defensa, la hacienda general, entre otras, es por lo que desde que tenemos noticia de las primeras civilizaciones que poblaron la tierra encontramos, siquiera sea incipientemente, organizaciones públicas, bajo las más diversas formas, encargadas precisamente de la gestión de esos asuntos comunes. Encontramos también, desde el principio, la existencia de una serie de poderes y potestades que exceden del marco común, necesarios para administrar esos intereses comunes con eficacia. Administrar razonablemente es muy diferente de administrar arbitrariamente.

Por tanto, si las necesidades colectivas son previas, como parece, a la existencia misma de la Administración pública, entonces algún papel fundamental habrán de jugar dichos intereses en el proceso de la definición del Derecho Administrativo. Cuestión que planea, por obvias razones, el mismo origen histórico del Derecho Administrativo. Tema en el que nos topamos, como suele ocurrir tantas veces, con dos posiciones bien distintas. Para unos, el Derecho Administrativo es una consecuencia de la revolución francesa, de la necesidad que surge entonces de limitar y embridar el poder absoluto del rey. Y, para otros, la historia del Derecho Administrativo se encuentra ligada a la historia de lo público, de lo común, de lo colectivo en cada país y en cada tradición y cultura jurídica nacional. Pues bien, la polémica sobre esta cuestión no es más que una representación de la discusión entre perspectiva subjetiva u objetiva como criterios definidores del Derecho Administrativo, tal como expondré más adelante. Es decir, si lo decisivo es la persona jurídica y se conviene en afirmar que la Administración pública en sentido estricto, como creación de la burocracia, trae su causa de la revolución francesa, entonces dataremos el origen de esta

rama del Derecho Público en 1789. Si, por el contrario, acordamos que hay Derecho Administrativo, más o menos elaborado, más o menos incipiente o desarrollado desde que se percibe lo común como algo que debe ser gestionado para el bienestar general de los habitantes, entonces el origen histórico del Derecho Administrativo es un asunto muy, muy antiguo. Por eso, estas dos orientaciones doctrinales desembocaron en la disyuntiva: o Derecho Administrativo inexistente (antes de 1789) o Derecho Administrativo desconocido como enseñó GIANNINI hace años.

Sin embargo, ni 1789 es el centro de la historia, ni su principio. Es más, es sabido que MONTESQUIEU, uno de los padres de la revolución, conocía muy bien el Derecho Romano y hasta podría haberse inspirado, según parece, en algunas instituciones romanas para formular su doctrina de la separación de poderes. Sea lo que fuere, debe reconocerse que el advenimiento del Estado liberal introduce un proceso de racionalización y limitación en el ejercicio del poder, hasta entonces utilizado como estructura de dominación en su más clara expresión patrimonial que se presentaba acompañada de un conjunto extenso de prerrogativas, también dominicales. En el mismo sentido, no conviene olvidar, ni mucho menos, que en el siglo XI se produjeron muy importantes transformaciones: desde el florecimiento de los centros urbanos —cuyas Autoridades eran electas— hasta la recepción del Derecho Romano, fenómeno, esté último, que hace necesaria la existencia de una estructura con poder, jerárquicamente organizada, en la que la pura coactividad se sustituye por la promulgación de normas escritas. Ciertamente, durante la etapa que algunos denominan de constitución del poder público (SANTAMARIA PASTOR), hay que señalar que el propio poder público se somete a las mismas reglas jurídicas que los particulares (Derecho Común). El Rey, titular del poder, además de disponer, por influencia del Derecho Romano, de un poder genérico de dictar normas, se le reconocía a su patrimonio un conjunto de especialidades acuñadas precisamente en Roma respecto a los denominados bienes públicos como puede ser el principio de la inalienabilidad, que luego serían señales distintivas de un concreto régimen jurídico de exorbitancia que habría de caracterizar la posición jurídica de la Administración pública, sus bienes y sus derechos. Régimen del que poco a poco el monarca se irá desprendiendo, a modo de concesiones graciosas, de la titularidad y gestión de determinados bienes que pasarán a manos privadas.

En este punto, me parece de interés hacer una mención a la escuela de Derecho Administrativo Romano que dirige con singular acierto el profesor Antonio FERNANDEZ DE BUJAN en la Universidad Autónoma de Madrid. En el seno de este selecto grupo de investigación se vienen estudiando desde hace algunos años algunas de las instituciones, conceptos y categorías centrales del Derecho Administrativo a la luz del Derecho Romano, certificando, como no podía ser de otra manera, que el genio jurídico romano, también en la vertiente del Derecho Público, había intuido, y construido, relevantes instituciones que serían el germen de la proyección del poder público en el mundo del Derecho. Además, la simple consideración de la existencia de todo un Imperio extendido por todo el mundo conocido, nos lleva a constatar la necesidad de instituciones desde las que se gestionara, de alguna manera el interés

público racionalizado, por ende, disponían de auténticos poderes públicos exorbitantes respecto al Derecho común.

En cualquier caso, se puede decir que la comprensión del Derecho Administrativo y de la propia Administración pública, presupone el conocimiento de su historia (FORSTHOF). Claro está, seguramente tendríamos que matizar que la comprensión a la que se refiere el maestro alemán es la propia del advenimiento del Estado liberal, al calor del cual aparece toda la construcción científica de la Administración pública y el Ordenamiento al cuál habría de someter su actuación. Ahora bien, que la construcción científica comenzara en un momento dado, no quiere decir que con anterioridad no existiera Derecho Administrativo, siquiera fuera en estado primigenio o incipiente. Es decir, el Derecho Administrativo como tal es anterior a la revolución francesa. Otra cosa bien distinta es que su dimensión científica y su decidida vocación por moderar y racionalizar el ejercicio del poder se pueda situar en la historia en el marco de la revolución francesa.

En efecto, para FORSTHOF, la ciencia del Derecho Administrativo nace tras la revolución francesa y su sistematización se produce en Italia, en el segundo decenio del siglo diecinueve. Ahora bien, la gran pregunta que se formula GIANNINI, y que ya nos hemos formulado líneas atrás, es si con anterioridad al advenimiento de la Ilustración existía Derecho Administrativo y, en caso contrario, por qué aparece como consecuencia de la Revolución de 1789. Y, si se quiere, también convendría saber si no era Derecho Administrativo, que era lo que habría antes de la Revolución francesa (GIANNINI).

Parece que, para la posición mayoritaria, aunque no entre nosotros, el Derecho Administrativo existió siempre; lo que es relativamente reciente es su transformación en ciencia jurídica. Es más, la materia administrativa es preexistente a la Revolución francesa. Por eso, bien puede afirmarse que en las sociedades anteriores a 1789 había Derecho Administrativo incipiente, sí, Derecho Administrativo rudimentario, pero a fin de cuentas Derecho Administrativo. Es el caso del Derecho Administrativo en Roma: había normas y reglas jurídico-administrativas, pero obviamente, no existía una ciencia del Derecho Administrativo.

Para GIANNINI, los estudios históricos sobre el Derecho Administrativo demuestran que antes de la Revolución de 1789, el Derecho Administrativo no existía. En este sentido, este autor sostiene que cuando los historiadores nos cuentan la existencia de organizaciones administrativas correspondientes a épocas anteriores a la Revolución francesa, en realidad no pueden entenderse como partes del Derecho Administrativo, sino como instituciones integrantes de la llamada ciencia de la Administración (GIANNINI). Así, la polis griega tenía una organización pública en el seno de la cual no era posible distinguir entre órganos administrativos y órganos constitucionales, y lo mismo podría predicarse de las organizaciones administrativas del Imperio Romano o del Sacro Romano Imperio, donde había una organización de los edificios del Emperador en el primer caso y, una organización militar territorial de la Corona en el segundo supuesto. Ciertamente, todo Ordenamiento jurídico presupone una organización, no hay Ordenamiento sin

organización. Ahora bien, que exista organización no implica que sea administrativa, puede ser pública, dice GIANNINI, sin ser administrativa: es decir, la organización en sí misma considerada puede recibir calificaciones jurídicas diversas.

El profesor GIANNINI, pues, se inclina por la tesis del Derecho Administrativo inexistente antes del siglo XIX, aunque reconoce que una corriente de especialistas en toda Europa ha subrayado la identidad o analogía de las instituciones de los ordenamientos contemporáneos respecto de las instituciones existentes antes del siglo XIX. Para este autor, la calificación de administrativo es moderna y resulta hasta cierto punto dudoso que su aplicación a realidades anteriores sea exacta. Además, resulta que los países anglosajones carecen de Derecho Administrativo —al menos como lo entendemos en el continente— y, sin embargo, cuentan con instituciones administrativas con siglos de existencia.

El Derecho Administrativo, según esta posición, nace como consecuencia de la confluencia de un conjunto de factores provenientes del Derecho de Policía, desde la llamada teoría del “*actum principis*” y de los criterios constitucionales introducidos por la Revolución de 1789: división de poderes, legalidad de la acción administrativa, reconocimiento de los derechos públicos subjetivos, recurribilidad contra los actos de la Administración, cuya autoridad se la transfiere el Príncipe, principio de jerarquía, etc. Para entender los fenomenales privilegios de que, desde, su nacimiento gozó y sigue gozando la Administración pública, debe quedar claro que, como señala GIANNINI, el Derecho Administrativo nace, desde el punto de vista político, vinculado al autoritarismo. Y, desde el ángulo jurídico, debe reconocerse que, aunque con muchas reservas, que su origen está relacionado con el principio de la tutela jurisdiccional (GIANNINI). Es más, el carácter autoritario de la acción administrativa en su relación con los ciudadanos no es más que un intento de técnica jurídica, de forma que el Derecho Administrativo, surgido por razones políticas bien precisas, se encuentra encuadrado en el sistema del Estado burgués y bascula entre los polos: uno autoritario y otro liberal (GIANNINI). Es decir, es el Derecho del Poder para la libertad como hoy lo define atinadamente el profesor GONZALEZ NAVARRO. Interesa que, desde el principio resplandezcan ambos factores —poder y libertad— que son los que explican la funcionalidad del Derecho Administrativo en cada época histórica. Hoy, por ejemplo, el marco del Estado social y democrático de Derecho nos invita a pensar en un Derecho Administrativo en el que ambos conceptos son complementarios y se encuentren perfectamente enraizados en la acción administrativa.

Es bien sabido que la experiencia francesa se extendió por todo el viejo continente hasta considerarse la principal fuente del Derecho Administrativo continental. Se produce, es bien conocido, una férrea uniformidad en la justicia, en la legislación y en la Administración frente a los particularismos, peculiaridades y singularidades de la etapa feudal. Así, se centraliza el poder y el Derecho Administrativo se convierte en un instrumento de civilidad, subrayándose de esta manera el contrapunto liberal y equilibrador frente a un poder en continua y creciente expansión. Ejemplos de esta orientación los constituyen la revisión de las leyes municipales, la introducción de lo contencioso, la elaboración de la teoría del Estado de Derecho, así como el sendero

marcado por el Consejo de Estado francés. En este contexto, los grandes movimientos sociales de fines del siglo XIX, la mayor conciencia de los derechos de los ciudadanos y la progresiva y creciente presencia e intervención del poder en la sociedad, trajeron consigo una mayor cantidad de normas referentes a la actividad administrativa, complejidad y multiplicidad de reglas administrativas, en forma, que propician necesarias tutelas que se plasman en las principales fuentes del Derecho Administrativo.

Entre nosotros, los maestros del Derecho Administrativo también se han ocupado de las bases históricas del Derecho Administrativo. GARRIDO FALLA, por ejemplo, entendió que la relación entre Administración y Derecho era accidental, de donde dedujo, congruentemente con sus planteamientos, que el Derecho de la Administración era un accidente histórico, que podría darse o no en relación con un determinado Estado. Esta tesis podría objetarse señalando que en el pasado encontramos normas jurídicas emanadas de Administraciones o aparatos de poder, lo que, en su opinión, no conducía, ni mucho menos, a la existencia en esas etapas históricas de verdadero Derecho Administrativo, de un auténtico sistema de Derecho Administrativo. Para ello es necesario que dichas normas sean susceptibles de ser residenciadas ante tribunales de justicia independientes.

El profesor BALLBÉ, por otra parte, señaló que la relación entre Administración y Derecho, lejos de ser casual o accidental, era una relación necesaria, pues es la expresión de la relación entre Estado y Derecho, que es una vinculación esencial para entender el sentido y la funcionalidad del Derecho Administrativo. No hay Estado sin Derecho. En este punto, BALLBÉ sigue la teoría de HELLER, para quien el Estado es la comunidad jurídica por excelencia, es puro Ordenamiento jurídico. Si esto es así y la Administración es función del Estado, entonces se entiende esa relación que BALLBÉ califica de necesaria entre Administración pública y Derecho Administrativo.

También ofrece indudable interés la posición del profesor VILLAR PALASI, para quien el Derecho, también el Administrativo, es esencialmente histórico, definible en atención a unas determinadas coordenadas histórico-culturales. Es más, según su argumentación, es un hecho comprobado que las técnicas jurídicas alumbradas en un determinado momento tienden a pervivir en el futuro, por lo que seguir la pista de los conceptos, las categorías y las instituciones del Derecho Administrativo desde sus orígenes constituye, más que un ejercicio de erudición, un requisito esencial para su comprensión actual y su proyección en devenir. En este sentido, VILLAR PALASI piensa que a pesar de la pretensión de los revolucionarios franceses y de no pocos tratadistas de iniciar la historia del Derecho Administrativo a partir de 1789, esta posición es parcial y peligrosa puesto que, como señala, no hay revoluciones absolutas ya que toda revolución es ruptura con la tradición y utilización interesada de ella. En el Derecho, como en cualquiera de las manifestaciones culturales o sociales que podamos seleccionar, los procesos no son creaciones “ex nihilo” sino, más bien, productos de sedimentos progresivos a lo largo del tiempo, o, como dice VILLAR PALASI, técnicas institucionales y formas de Derecho que van configurándose poco a poco, en el transcurso del tiempo. Otra cosa es que mude el marco político o doctrinal del entendimiento de algunas instituciones. Sería la constatación de la sentencia de Otto MAYER: “El Derecho Constitucional pasa, el Derecho Administrativo permanece”.

En este contexto, VILLAR PALASI se pregunta si, en efecto, instituciones como la concesión, la función pública, la potestad, la competencia u otras surgieron de repente por mor de la revolución francesa o, más bien, se fueron perfilando con el paso del tiempo desde el llamado Derecho Intermedio hasta el presente. En definitiva, para el profesor VILLAR PALASI lo que emerge de la revolución francesa es un Derecho Administrativo que trae consigo el establecimiento de un sistema de seguridad jurídica desvinculado de instancias superiores o de ataduras teológicas, concluyendo así el ciclo de secularización del Estado vislumbrado ya en el siglo XIV.

La dimensión histórica del Derecho Administrativo español está bien presente en los principales estudios sobre las instituciones, categorías y conceptos medulares de nuestra disciplina. Sin ir más lejos, VILLAR PALASI, GARCIA DE ENTERRIA, PARADA VAZQUEZ, NIETO GARCIA, MEILAN GIL, GALLEGO ANABITARTE, SANTAMARIA PASTOR, BASSOLS COMA, MARTIN REBOLLO O BALLBÉ, entre otros, se han ocupado profusamente del tema. En realidad, desde el pasado es más fácil, no sólo entender el presente, sino proyectar el futuro con conocimiento de causa.

VILLAR PALASI ha llamado la atención sobre la necesidad de los estudios de Historia de la Administración pública para conocer la realidad, enfoque cada vez más importante debido al descrédito de los dogmas racionalistas de presunta validez universal, que fueron sustituidos más adelante por un pragmatismo político que aprecia y se vale del estudio comparado de las soluciones dadas a los mismos problemas en tiempos pasados. En España, la necesaria comunicación entre administrativistas e historiadores no siempre ha sido lo fluida que debiera. En parte, como señala JORDANA DE POZAS, porque la ciencia del Derecho Administrativo y las ciencias administrativas en general son de reciente configuración, por el enfoque tradicional anterior de los estudios de Historia del Derecho, por la excesiva fragmentación normativa del Derecho Administrativo de los últimos tiempos y, sobre todo, por la separación radical de los planes de estudio de Historia y Derecho en las Universidades.

Hoy no es infrecuente encontrar diferentes análisis históricos sobre el régimen jurídico de algunas instituciones más que verdaderas investigaciones sobre la historia de determinadas categorías. La razón la apuntaba hace tiempo JORDANA DE POZAS al señalar que mientras los historiadores se ocuparon preferentemente de las fuentes y del Derecho local, los administrativistas se dedicaban, en esta materia, al estudio de los antecedentes de las principales leyes conformadoras de algunas instituciones (COLMEIRO, COS-GAYON Y PONS).

La perspectiva histórica obliga, pues, a sumergirse en el contexto político e histórico en que cada institución nace y se desarrolla. Como señala VILLAR PALASI, en el Derecho Administrativo, si bien se pueden constatar determinados cortes ideológicos o institucionales, entre los que destaca la Revolución francesa, no encontramos ningún corte categorial, no se dio esa congelación dogmática que caracterizó al pandectismo. Por eso, en su opinión, el Derecho Administrativo está más pegado a la historia, por eso las instituciones se han ido configurando con el transcurso del tiempo. Por eso, tantas veces comprobamos como la investigación histórica no

es sólo entretenimiento de académicos, sino fuente segura para resolver problemas administrativos difíciles del momento presente.

En este sentido, parece que cada vez va quedando más claro que el Derecho Administrativo español, al contrario de lo que sucedió en Francia, no es un producto cultural inmediato de la Revolución francesa. Como ha señalado VILLAR PALASI, en nuestro país el Derecho Administrativo consolida sus dogmas fundamentales con los moderados acogiendo, a pesar de todo, no pocas reminiscencias del Antiguo Régimen.

Por tanto, va siendo ya momento de desmitificar y, al menos, de trabajar sobre las fuentes para llegar a las conclusiones que sea menester, tal y como VILLAR PALASI ha puesto de manifiesto, por ejemplo, en materia de acto inexistente, conversión de acto inválido, ejecutividad de los actos administrativos, negocio jurídico administrativo, distinción acto-norma, nulidad absoluta explicada con efectos “*ex tunc*” y “*erga omnes*”.

En la tarea de la investigación histórica, VILLAR PALASI nos previene contra tres obstáculos no pequeños: la pérdida del sentido de totalidad del Ordenamiento jurídico, tan frecuente en ocasiones cuándo se contemplan las instituciones desde el pensamiento único y bajo determinadas consignas metodológicas, sobre todo inspiradas en una perspectiva de dominación de la doctrina extranjera como única vía de investigación. Otra dificultad que se debe combatir, y que no es nada fácil, es el peligro de desdeñar los detalles pues tantas veces muestran el fondo de la cuestión o plantean interrogantes insospechados en un determinado momento. Esto, según VILLAR PALASI, es especialmente relevante en materia de policía, dominio público, servicio público u orden público pues, sin descender a los detalles es muy complicado ver las ideas como son en sí mismas; todo lo más nos limitaremos a leer las etiquetas que habitualmente se repiten de un autor a otro.

Por otra parte, en la tarea de la investigación histórica del Derecho Administrativo Español es menester, como señala el profesor VILLAR PALASI, conocer por dentro la estructura de las instituciones administrativas, cómo y por qué actúan los protagonistas, para qué se crearon y a qué fin sirvieron las categorías jurídicas que manejamos. Es decir, el entorno social, político o las motivaciones reales de los titulares del poder explican muchas veces la realidad jurídico-administrativa mucho mejor que determinadas aproximaciones formales preestablecidas que pretenden explicarlo todo en función de unas coordenadas montadas “*a priori*” en función de una concreta finalidad doctrinal.

El uso equilibrado y moderado de la literatura extranjera evita el peligro de las perspectivas parciales, de la interpretación aislada del Ordenamiento y, sobre todo, permite entender el sentido y la justificación de la historia de las instituciones jurídicas extranjeras en su propio contexto social y político. No pocas veces se ha intentado dar con la explicación de la funcionalidad de alguna institución del Derecho Administrativo Español a partir del manejo de una monografía extranjera, cuándo no se ha importado “*in toto*” una determinada categoría jurídica que terminará por desnaturalizar su sentido en el contexto histórico en el que nace entre nosotros. Quizás por ello, el

profesor VILLAR PALASI advierte sobre este peligro señalando que el jurista francés elaboró su doctrina del acto administrativo sobre su propio solar, sin girar la vista al vecino. Pero Italia y España importaron sin aduanas de precaución la doctrina alemana. Y ahí, dice con sentido del humor. VILLAR PALASI; el uniforme del conserje de un hotel es muy parecido al entorchado de un almirante, pero representan cosas bien diferentes que sería erróneo confundir.

Igualmente, en la investigación histórica del Derecho Administrativo español hemos de dar la importancia que tiene, que no es poca, a la regulación pormenorizada, dice VILLAR PALASI; al trayecto evolutivo, pues sin esto no llegaremos a ver las ideas tal como son por sí mismas, sino, más bien, a adoptar la especie por el género, definiendo el servicio público con la mente puesta en los ferrocarriles y a aceptar acriticamente la construcción francesa con el engañoso espejismo de que habiendo nacido allí la institución, es allí dónde se ha de buscar la solución.

El profesor GARCIA DE ENTERRIA también ha abundado en esta cuestión con ocasión de sus reflexiones sobre el método histórico. En su opinión, las instituciones jurídico-administrativas son arbitrios políticos y, por ello, eventuales y artificiosas, orientadas a las singulares exigencias de justicia de las comunidades sociales. Por ello, el investigador no debe situarse ante ellas como si fueran especies lógicas, sino como instituciones conectadas con la realidad de cada momento. Quizás por ello es necesario postular un uso sistemático del método histórico ya que como señala GARCIA DE ENTERRIA, solo el campo totalizador de la historia puede ilustrarnos sobre la efectiva función política y social de las instituciones, por lo que la conexión entre una sociedad y su derecho sólo la historia la revela, así cómo, más en concreto, la relación estructura-función, y sus tensiones y cambios constantes, referida a cada una de sus instituciones en particular. En este sentido, es menester superar el dogmatismo que procede del positivismo jurídico porque, como dice GARCIA DE ENTERRIA, la aplicación de la norma a la realidad, función esencial de la Administración pública, no es nunca simple automatismo, sino que reproduce siempre en alguna medida el mismo proceso de valoración material o política reflejado en la fase de la creación normativa.

También el profesor GALLEGO ANABITARTE, como es sabido, se ha preocupado de insistir en la trascendencia de la historia como herramienta fundamental para conocer y explicar la realidad jurídico-administrativa. Por ejemplo, sus reflexiones sobre el nacimiento de la ciencia del Derecho Administrativo en los planes de estudio en España ponen de manifiesto las profundas relaciones existentes entre el Derecho Político y nuestra disciplina. Ambas asignaturas, aunque vieron la luz de forma separada en un momento de aguda crisis constitucional (1836) irrumpen en el mundo universitario español bajo la misma rúbrica en 1837. Entonces, el Derecho Administrativo se concebía en función de la propia Administración pública y al amparo de la necesaria estabilidad de buenas leyes.

Más adelante, tras la creación de la llamada Escuela de Administración pública de Madrid en 1842, la asignatura “Derecho Político y Administrativo” se enseñará, como apunta el profesor GALLEGO ANABITARTE, en una sección de la Facultad

de Filosofía y Letras, que llegaría a tener una propia sección de Administración en 1852, que se incorporaría, como era lógico, en 1857 a la Facultad de Jurisprudencia. Un buen exponente de la especial consideración que se empezó a dar al Derecho Administrativo en los programas de la asignatura conjunta lo encontramos en los programas de COLMEIRO entre 1869 y 1877, por ejemplo. En ellos, mientras el Derecho Político consumía 25 y 31 lecciones, el Derecho Administrativo se trataba en 92 y 89 lecciones. Más adelante, entre 1870 y 1880, será el Derecho Político, debido a la relevancia dada a la Filosofía política, quien se lleva la palma, mientras que el Derecho Administrativo, aún sin referencia a las bases constitucionales, se limitaba, en palabras de GALLEGO ANABITARTE, a una descripción, con más o menos orden, de la legislación administrativa. En la Restauración acontecieron dos circunstancias bien importantes: se empezaron a publicar manuales y tratados por separado y el Derecho Administrativo continuó su camino al margen de las bases constitucionales circunscribiéndose a la ordenación del Derecho positivo bajo el dualismo de la organización y la función administrativa.

Hoy, afortunadamente, tras muchas peripecias, el Derecho Administrativo parte de la Constitución para explicar sus instituciones, conceptos y categorías, de manera que bien puede afirmarse que los principios centrales del Derecho Administrativo se encuentran expuestos en la propia Constitución política.

Otra manera de acercarse a la investigación histórica para conocer mejor nuestro Derecho Administrativo consiste en el análisis de las principales leyes conformadoras y configuradoras del régimen jurídico de las instituciones. Es el caso de la magnífica monografía del profesor MARTIN REBOLLO sobre el proceso de elaboración de la Ley SANTAMARIA DE PAREDES de lo Contencioso-Administrativo. En este sentido, MARTIN REBOLLO afirma que la referencia histórica no es una nueva elucubración erudita sobre un pasado muerto, sino que tiene también una finalidad instrumental y una proyección de futuro en cuanto contribuye a la interpretación del presente.

También GARRIDO FALLA se ocupó de esta problemática, tal y como confiesa en el prólogo al libro de BASSOLS COMA: "Génesis y evolución del Derecho Urbanístico Español (1812-1956)", al subrayar que antes de emprender determinadas investigaciones de orden dogmático resulta necesario acometer su comprensión desde un punto de vista histórico, pues así se evitan precipitadas afirmaciones. En este contexto, GARRIDO FALLA es partidario de que en la investigación histórica del Derecho Administrativo nos preguntemos por las causas del nacimiento de las instituciones, de los conceptos, por el contexto social y jurídico de su alumbramiento, qué ejemplos del Derecho Comparado se tuvieron presentes, cuál era el estado de la doctrina por entonces, cuál fue el factor principal que desencadenó el nacimiento de la institución o del concepto; en fin, por qué fue necesario alterar el orden jurídico de la época para dar carta de naturaleza legal a la nueva institución, qué ideas de todo orden determinaron la regulación de la institución. En su monografía BASSOLS COMA confirma las reflexiones anteriores al subrayar la importancia de preguntarse por qué han nacido unas instituciones que llamamos urbanísticas y qué presupuestos políticos, sociales y económicos han condicionado su emergencia. La perspectiva histórica va más allá de la Historia

del Derecho pues debe ser complementada con otras ciencias sociales como puede ser la economía o la sociología.

Las bases históricas del Derecho Administrativo español, por tanto, han de contemplarse desde una visión plural y dinámica asumiendo también las consideraciones económicas y sociológicas del momento en que nacen las instituciones. Es más, me atrevería a afirmar, sin ser historiador, que, en efecto, la investigación histórica del Derecho Administrativo español lleva en sí misma la perspectiva económica o sociológica pues no es posible desentrañar el origen de un concepto o categoría jurídica desprendida del entorno social y económico en el que nace y se desarrolla.

En este apretado recorrido por la investigación histórica del Derecho Administrativo español debe traerse a colación la Historia de la Administración y del Derecho Administrativo escrito por Alejandro NIETO GARCIA, para quien sólo conociendo el pasado se puede entrar con paso seguro en el futuro. Para el profesor NIETO GARCIA, la inercia al cambio de las instituciones tradicionales explican su pervivencia a lo largo de los siglos, de manera que el Estado actual se está debatiendo con los mismos problemas que preocupaban a los monarcas absolutos, aunque ciertamente los afronte con una mentalidad distinta. Es más, la arbitrariedad, la defensa de la dignidad de la persona, con otras denominaciones o expresiones, han estado siempre presentes en los debates políticos y jurídicos que han servido de base para el alumbramiento de tantas instituciones y técnicas propias del Derecho Administrativo. Por eso, como señala NIETO GARCIA importa mucho reflexionar sobre el pasado para recuperar en él los problemas permanentes y comunes de ayer y de hoy. El desconocimiento de la Historia hace temeraria cualquier interpretación definitiva, tantas veces realizada con cierta superficialidad.

La Historia de la Administración española del siglo XVIII ha sido, como es bien sabido, uno de los objetos de estudio del profesor BAENA DEL ALCAZAR, para quien la investigación histórica constituyó una manera de tratar de averiguar si los españoles del siglo XVIII, y especialmente los del último tercio, situados ante o dentro de una Administración robustecida y reformada, realizaron estudios sobre los temas administrativos que puedan considerarse antecedentes del Derecho Administrativo o de la ciencia de la Administración. Por ello, como se pregunta BAENA DEL ALCAZAR, si los economistas o historiadores han encontrado un tema de inagotable interés en el estudio de los reinados de los primeros borbones, ¿no es lógico que los administrativistas puedan hallarlo teniendo en cuenta el papel jugado por la Administración de la época?

Otro estudio de gran interés desde este punto de vista es el trabajo de Manuel BALLBE: "Orden público y militarismo en la España contemporánea", monografía en la que se pone de relieve la importancia de la acción de los poderes públicos. En efecto, según BALLBE, la historia a la que pretende aproximarse no se encuentra reflejada únicamente en la legislación promulgada sino también en la práctica de los poderes públicos, en sus actuaciones concretas y en las técnicas jurídicas materiales utilizadas porque, siguiendo a GIANNINI, toda historia del Derecho Público es una confrontación entre la realidad y la hipótesis normativa.

Finalmente, como apunta SANTAMARIA PASTOR, son frecuentes los tratamientos del Derecho Administrativo en España que omiten las consideraciones históricas, cuando las instituciones del Derecho Administrativo no son atemporales ni se han fijado de una vez para siempre, sino que se encuentran ligadas a la realidad política e histórica del momento. Es más, la historia permite superar categorías o conceptos jurídico-administrativos arbitrarios, de orígenes muchas veces inconfesables, para aspirar a mayores cotas de justicia.

El análisis histórico, en opinión de SANTAMARIA PASTOR, debe partir de tres criterios. Primero, el estudio histórico no debe limitarse únicamente a la evolución histórica de la Administración pública, sino que debe tener presente el marco general de la evolución del Estado y del Derecho Público en general. Segundo, el estudio histórico debe ser sintético y global. Y, en tercer lugar, el estudio de las bases históricas del Derecho Administrativo debe abordar el examen de cuatro grandes aspectos: los fines o tareas que la Administración asume como propias en cada etapa histórica, las estructuras que se montan para atender estos fines, el régimen jurídico al que se somete la actuación de estas organizaciones o estructuras, con particular atención a las normas especiales que lo distinguen del Derecho privado y a los medios o garantías establecidos para asegurar que esa sujeción al Derecho sea efectiva y real y, finalmente, las obras de los juristas que, reflexionando sobre todos los datos anteriores les dieron un sentido de conjunto y propiciaron su perfeccionamiento técnico.

El tránsito del Estado liberal al Estado social en el que parece que nos encontramos todavía, trajo consigo importantes consecuencias para el Derecho Administrativo. La más importante, que el Estado, separado herméticamente de la sociedad, comienza a intervenir de forma creciente en la vida social hasta llegar a constituirse en director y conformador social. Y, por tanto, el Derecho Administrativo llegó a ser el gran instrumento para la gran penetración social del Estado, hoy afortunadamente reconducida, más o menos, a sus justos límites.

Hoy, el modelo del Estado de bienestar que ha hecho crisis, nos deja un Derecho Administrativo pensado par regular omnímodamente la realidad social, casi sin recovecos dejados a los espacios personales de los ciudadanos. La Administración pública se convirtió en un fin en sí misma y el Derecho Administrativo en el instrumento para el cumplimiento de sus deseos. El bienestar se convirtió igualmente en una meta, en lugar de en un punto de partida que haga posible el libre desarrollo de las personas en la sociedad. Por eso, afortunadamente hoy vivimos en un nuevo Estado de bienestar, heredero del Estado social, pero más abierto y dinámico, en el que el interés general ya no se monopoliza desde la alta burocracia, sino que se define entre el propio Estado y los agentes sociales. Es un modelo de Estado social al servicio de la persona. Y, el Derecho Administrativo moderno, el Derecho del Poder para la libertad.

En cualquier caso, suele convenirse en que a partir de la Revolución francesa comienza la etapa de la delimitación, racionalización y objetivización de un poder construido hasta entonces según las tendencias dominicales y del derecho de propiedad. Hasta hoy, hemos pasado primero por el Estado liberal y luego por el Estado social, en ambos casos, con proyecciones, postulados y corolarios bien distintos.

Desde la caída del Imperio Romano(476) hasta 1789, crisis de los Estados absolutos, asistimos, según SANTAMARIA PASTOR, a la etapa de la construcción del poder: los Reyes ven limitados sus poderes por los denominados señores feudales, habrá que esperar a la alta Edad media para conocer, aunque sea de manera escasa, actividad del Estado. El poder se concibe como una pura estructura de dominación bajo técnicas propias del derecho patrimonial: es un poder que se agota en si mismo, que no se relaciona con el exterior y que comprende todo un conjunto de facultades derivadas del derecho de propiedad. En el siglo XI, como señala SANTAMARIA PASTOR, con ocasión del apogeo del comercio, de la emergencia de los centros urbanos y de la recepción del Derecho Romano, con una diferente manera de entender lo público, asistimos a una relativa modernización de la sociedad en la que aparece una organización que dispone de poder, jerárquicamente organizada, que dicta normas escritas. Estamos en el proceso de creación de los Estados nacionales consecuencia de la crisis del Imperio, la guerra se erige en un factor de consolidación de la realidad estatal y, como lógica consecuencia, aparece una nueva organización dedicada a la recaudación de impuestos con fines bélicos: la burocracia, que siquiera sea incipiente haría acto de presencia aunque sea limitada a esta lamentable actividad.

Siguiendo al profesor SANTAMARIA PASTOR, parece que entre los siglos XVI y XVII nos hallamos ante la presencia y consolidación del Estado absoluto en el que el Rey es titular único de todos los poderes y funciones del Estado. Pasamos del poder de dominación de contenido patrimonial, con apenas dimensión externa y consumo interno, a un poder que se expande, que se hace presente en la sociedad. Para ello el monarca necesitará tanto de normas imperativas como de personas dedicadas a mantener, cuándo no acrecentar, su vasto poder sobre vida y haciendas de sus súbditos. En este contexto, lógicamente, se asistirá a un notable crecimiento del aparato público, de la burocracia, si es que se puede utilizar esta expresión técnicamente en este momento histórico. En realidad, la intervención del poder real sobre la vida de los súbditos se producirá por un cúmulo de factores. Por una parte, nos encontramos con la necesidad de recaudar tributos para sostener los ejércitos en las numerosas guerras reales; por otra, la doctrina del mercantilismo, en boga en esos momentos, obligó a los monarcas a exhibir un poder económico fuerte, forzando el ritmo de la producción en muchos casos. Y, por si fuera poco, el llamado despotismo ilustrado, ya en el siglo XVIII, justificaba la existencia del poder en el máximo bienestar posible para los habitantes, aunque, como sabemos, sin que el pueblo participe.

En el siglo XIII, como señala SANTAMARIA PASTOR, el Estado se nos presenta ya como un sólido aparato que ha asumido totalmente el poder y lo ejerce a través de una organización pública, civil y militar, que controla la sociedad hasta sus más íntimos recodos. Entre los siglos XVI y XVIII la organización pública, si así se puede calificar, se compone del Rey, del aparato público central, de las estructuras territoriales, y de la burocracia en sentido amplio.

El Rey, ya lo hemos señalado, concentra todos los poderes: civil y militar. Es el jefe del Estado, el jefe militar y el jefe civil; tiene la jurisdicción total. El aparato central, por ejemplo en la alta Edad Media, estaba compuesto por diversos consejos:

en unos casos dichos órganos tenían funciones domésticas (*Officium Palatinum*) y en otros se trataba de asambleas a las que debía consultar determinados asuntos (*Curia Regia*). En la baja Edad Media, como nos cuenta SANTAMARIA PASTOR, el *Officium* se transforma en una cancillería encargada de la llevanza de las finanzas reales, y la Curia se desdobló en el Consejo Real, antecedente del Consejo de Estado actual, que se convierte en órgano consultivo desde entonces; y en las Cortes, de manera que los representantes de las ciudades se constituían en Asambleas a las que el Rey debía pedir su consentimiento para el establecimiento de los tributos. Por tanto, de alguna manera podría decirse que en la tradición española el jefe del Estado y las Cortes han sido los dos órganos políticos esenciales de la historia del ejercicio del poder entre nosotros.

En la época de los Austrias proliferaron, es bien sabido, los consejos, bien con competencias funcionales o con territoriales. Así, entre las primeras destacan la guerra, la hacienda, las ordenes militares, por ejemplo. Entre los consejos con funciones territoriales podríamos citar el Consejo de Castilla, de Aragón, de Indias. Con los Borbones llega la centralización y con ella los Secretarios de Estado y de despacho, auténticos órganos unipersonales de dirección que fueron sustituyendo a los Consejos y a una forma más colegial de ejercicio del poder.

Por lo que se refiere a las estructuras territoriales, hasta el siglo XI, como apunta SANTAMARIA PASTOR, estaban compuestas por los señor feudales, con un poder de naturaleza análoga a la del Rey. A partir del siglo XI, la emergencia de las ciudades, de los burgos, hace posible que se conceda a éstas la capacidad de nombrar a sus autoridades. En el siglo XIV se produce un notable retroceso: los Reyes sustituyen a las autoridades elegidas en las ciudades por comisionados o agentes de designación real llamados Corregidores, auténticos representantes de la Administración central en el territorio. Esta estructura se mantiene con pequeños cambios hasta la llegada de los Borbones a España en 1714 con Felipe V a la cabeza, quien suprime la Administración de los antiguos reinos optando por estructuras centralizadas a partir de las Audiencias, las Capitanías Generales, y los Corregidores, liquidando cualquier atisbo de particularismo en las fuentes de producción de las normas jurídicas y la colegialidad que caracterizó a los consejos de los Austrias.

Lugar aparte merece la burocracia, poder dónde los haya, entonces y, por supuesto, ahora. Ya hemos señalado que hasta el siglo XV fue necesario disponer de una organización amplia para atender las obligaciones militares y mercantiles: para ello la nobleza y el clero jugaron un relevante papel, siempre, eso sí, a título honorífico. Sin embargo, en opinión de SANTAMARIA PASTOR, el crecimiento de la intervención pública obligó a acudir a las clases ilustradas de la burguesía, de una manera permanente y profesional hasta cierto punto. En este contexto, la llamada patrimonialización de los cargos consistió en una fórmula de venta de éstos por parte de los monarcas con la única finalidad de obtener réditos económicos para sostener las maltrechas arcas reales, disminuidas a causa de las guerras. Aparece entonces una omnipotente burocracia propietaria de los cargos que podía poner en apuros los designios de los mismos reyes. La llegada de los Borbones también supone cambios

en la burocracia. Por de pronto, se cargan la burocracia de compra-venta de cargos, honores y distinciones y establecen la llamada burocracia comisarial: los cargos se convierten en temporales, para tareas concretas y determinadas de manera que sus titulares podían ser libremente removidos por el rey en cualquier momento. Aparece, en versión rudimentaria, el sistema de libre remoción y nombramiento de los cargos públicos, que, como es obvio, introduce un principio de quiebra en el poder de los burócratas, ahora en manos de la decisión del rey.

SANTAMARIA PASTOR califica la baja Edad Media como la etapa del régimen del poder público. Nos encontramos ante pocas normas, ante un ejercicio consuetudinario del poder, ante puros designios de poder de contenido patrimonial. El poder se somete, por tanto, a las mismas reglas que los particulares, entonces llamados súbditos. La patrimonialización del poder es la característica fundamental. En la alta Edad Media, enseña SANTAMARIA PASTOR, la recepción del derecho Romano cambia las cosas. Ahora se reconoce al rey un poder abstracto para dictar normas y se atribuye al monarca y, sobre todo a su patrimonio de un conjunto de reglas especiales derivadas de su condición de bienes públicos como puede ser, por ejemplo, la inalienabilidad. La concepción patrimonial del poder sigue presente por algún tiempo, lo que no impide que en algunos casos se produzcan determinadas declaraciones de derechos de que el propio Rey se compromete a respetar (Carta Magna) y que se trate sobre las posibilidades de resistir a las decisiones de la autoridad planteándose, por ejemplo, la virtualidad de esa famosa fórmula del obedézcase, pero no se cumpla, que tanto influyó, por ejemplo, en la suspensión de los actos de poder en la alta Media. Como tuve ocasión de estudiar en mi tesis doctoral, hace ahora veinte años.

El advenimiento del Estado liberal nos introduce en la etapa de la racionalización, limitación y objetivización del poder, tarea permanente en si misma, en la que seguimos instalados en la actualidad porque el poder tiende a imponerse sin atender más que a planteamientos unilaterales. El siglo XVIII inaugura nuevas reformas que vienen de la mano del crecimiento demográfico, de las crisis agrarias, de los problemas de desempleo, de las pugnas entre el campo y la ciudad, del racionalismo filosófico, de las pretensiones absolutas y mecánicas del progreso y de la ciencia o de las peleas entre la nobleza y la burguesía por hacerse con el control de la burocracia, del poder. En este contexto, por sorprendente que parezca, reaparece con inusitada fuerza la nobleza intentando acaparar tierras, presionando para hacerse con los cargos y con las rentas. Estamos en los albores del Estado liberal, en el tránsito del Antiguo Régimen al Estado liberal (1770-1850).

Los fundamentos del Estado liberal, como es bien sabido, son la soberanía nacional, de manera que los gobernantes son titulares de poderes delegados que pertenecen por esencia a la nación, al pueblo en su conjunto; la separación de poderes, que no es sólo una técnica de limitación del poder sino una división del poder en atención a sus principales funciones (dictar normas jurídicas, ejecutarlas y dirimir los conflictos que se produzcan con ocasión de su aplicación a la realidad); el reconocimiento de ciertos derechos que son innatos a las personas, de los que son titulares en atención a su condición humana, derechos que son indisponibles para los poderes del Estado,

que debe reconocerlos y facilitar su ejercicio; y finalmente el principio de legalidad ya la ley es la expresión de la voluntad general y ahora el poder ya no es puro capricho o pura autodeterminación de la voluntad del que manda sino que su ejercicio está sujeto a normas que incluso mensuran y gradúan su forma de materialización y proyección sobre la realidad, especialmente sobre las personas. SANTAMARIA PASTOR ha llamado la atención sobre algo que, en sí mismo, es sorprendente por paradójico: en Francia el Estado liberal, lejos de simplificar las estructuras administrativas, facilitó su ampliación a partir de una determinada manera de entender la racionalidad que reforzó las técnicas administrativas y propició una mayor presencia del poder estatal en los llamados servicios esenciales: educación, beneficencia y sanidad. En este contexto, la burguesía, que encarnó hasta el paroxismo la nueva burocracia, se especializó en el manejo del poder: Se liquidaron las diferencias y peculiaridades territoriales, se eliminaron las trabas feudales, se construyeron nuevas infraestructuras para la actividad económica que se dirigía desde el Estado. En fin, con la excusa de la instauración de un nuevo orden público, los nuevos titulares de los poderes públicos aprovecharon el momento para afianzarse en un centralismo model cual todavía viven no pocos países del viejo continente especialmente aquellos más afectados por la influencia de la francesa revolución de 1789.

Si analizamos estas cuestiones de la mano de SANTAMARIA PASTOR, ahora desde la perspectiva de las nuevas estructuras organizativas, habría que comenzar afirmando que en esta época se producen relevantes cambios en la organización de la Administración pública que, en buena parte, perviven hasta nuestros días. Por lo que se refiere a la Administración del Estado, se produce la separación entre el jefe del Estado, el rey, y el gobierno, ahora en manos de un órgano distinto: la presidencia del consejo de ministros (1823). Esto, desde el punto de vista formal. Desde la perspectiva organizativa, las estructuras se multiplican exponencialmente según el modelo jerárquico, distanciándose así del sistema de consejos, del modelo de órganos colegiados que asesoran al titular del poder. Surge la estructura ministerial en Francia compuesta de diversas unidades a las que se asignan diferentes funciones. En este contexto, ya lo hemos adelantado, se eliminan las diferencias territoriales y se instaura un férreo sistema de departamentos a cuyo frente se sitúa a un delegado de la Administración del Estado que controla la presencia del Estado en el territorio y dirige a las Autoridades locales.

En este ambiente, el crecimiento de las estructuras administrativas del Estado se verifica en detrimento de las Administraciones locales. Estas se organizan en circunscripciones municipales y provinciales. Sus autoridades, según momentos y tendencias, o son elegidas por el pueblo, o bien designadas por la Administración central. En el siglo XIX se produce un fenómeno de succión de las competencias locales, que pasan a las estructuras periféricas del Estado, lo que explicará, en parte, que tiempo después, la descentralización se opere en unas condiciones peculiares motivada, también en parte, por el apetito del Estado, que, en esos tiempos y bajo la bandera de la crisis de las haciendas locales, fagocitó cuanto poder local se encontró en su camino.

En el Estado liberal nos encontramos ante una aparente contradicción. Por una parte, se colocan los fundamentos de un Estado más abierto a partir de la primacía del principio de legalidad y el reconocimiento de unos derechos innatos a la persona humana y, por otra, resulta que el Estado, al socaire del asalto de la burguesía a la Administración, se nos presenta bajo un rostro quizás más terrible y tenebroso precisamente debido a los intereses de la burguesía por encaramarse en el poder a toda costa. Por ello, SANTAMARIA PASTOR enseña que esta contradicción habría de superarse, en lo que fuera posible, a través de un conjunto de compromisos, entre los que el más relevante es la propia concepción del Derecho Administrativo, que aparece como un Ordenamiento decidido a la juridificación del poder de la Administración, precisamente a partir del principio de legalidad y de la garantía judicial de los derechos de los ciudadanos. En el marco de este compromiso se reconocerá a la Administración la potestad reglamentaria como potestad subordinada a la Ley.

Dando un gran salto en el tiempo, aparece ante nosotros, tras el Estado liberal, el llamado Estado social o Estado de bienestar que, en palabras de SANTAMARIA PASTOR, culmina el proceso de la acumulación del poder hoy, sin embargo, en franca crisis tal y como analizaremos en el capítulo siguiente al tratar sobre el concepto del Derecho Administrativo.

En el siglo XX, bien lo sabemos, el Estado experimenta grandes transformaciones de todo orden, especialmente en lo que atiene a la intervención, a veces asfixiante, en la vida social y económica. Las razones de tal proceder se han encontrado en la necesidad, tras la Segunda Guerra Mundial, de reconstruir la sociedad europea devastada por la gran conflagración, tarea que asumió el Estado desde una posición de configuradora y conformadora del orden social y económico. SANTAMARIA PASTOR también cita entre las causas del nuevo modelo de Estado, las crisis bélicas del siglo pasado con la consiguiente centralización de los recursos nacionales. Tampoco debe olvidarse que en el siglo XX irrumpen los derechos sociales, la participación y, consecuentemente, al terminarse, al menos de facto con un Estado monopolizado por una sola clase, se genera el compromiso de reducir al máximo las disputas sociales por procedimientos reformistas no violentos. A ello hay que añadir el aumento demográfico, el proceso de racionalización del uso del suelo en las grandes urbes, que acaparan el protagonismo social, político y económico. En este caldo de cultivo germina la terminología Estado de bienestar para unos, Estado social para otros, en el que, en efecto, el interés general aparece dominado por la todopoderosa burocracia, quizás ahora no identificada “in toto” con la burguesía, pero si dispuesta al control social y a la intervención permanente y continua de la sociedad.

El advenimiento del Estado social o Estado de bienestar trae consigo, por las razones antedichas, una mayor intervención pública en la economía, asumiendo el Estado el timón del orden económico nacional, y en relación con el trabajo: es el tiempo de la creación de la Seguridad social y de las políticas de protección laboral: límites a la jornada de trabajo, prohibición del trabajo para los menores, incorporación de la mujer, negociación colectiva y sindicalismo. SANTAMARIA PASTOR destaca dos hechos que, en parte, todavía hoy tienen sentido. Por una parte el Estado

ha de abrirse a la globalización y, por ello, la dimensión interna se queda pequeña para muchas cosas de manera que se empieza a matizar esa función de dirección de la marcha de la sociedad. Y, en segundo término, el Estado pasa de ser una pura estructura de dominación a convertirse en un gran centro proveedor de servicios públicos a los ciudadanos con el fin de garantizarles un mínimo de bienestar. Esta cuestión del bienestar es, para mí, de gran trascendencia pues, como intentaré demostrar en el próximo capítulo, el Estado no está para decir a las personas lo que han de hacer, sino para generar un ambiente favorable al ejercicio de los derechos fundamentales, que es cosa muy distinta a la perspectiva estática del bienestar que encontramos en este momento. Hoy, la reivindicación que hemos de hacer pasa por el bienestar dinámico; esto es, por que la acción pública no se dirija a la caza y captura del ciudadano, sino que se oriente a que el propio ciudadano pueda ejercer con efectividad su libertad solidaria.

Para atender el crecimiento de actividades públicas, singularmente administrativas, las estructuras administrativas se multiplicarán superando con mucho las posibilidades reales de una economía razonable. El Gobierno asume el papel principal, mientras que los Parlamentos no son más que órganos secundarios que, valga la redundancia, secundan las indicaciones e instrucciones que los Ejecutivos, que son quienes elaboran los proyectos de Ley y quienes supervisan su tramitación, condenando a los legisladores a ser meros delegados de la voluntad de los ministros de turno. En este contexto, aparece el llamado Estado de partidos, pues serán estos los que realmente van a tomar todas las decisiones relevantes en el orden legislativo, ejecutivo, y tantas veces judicial. Cómo el Estado de bienestar propiciará un sinfín de cargos públicos, los partidos van tejiendo sus redes y, poco a poco, la función legislativa, la ejecutiva y la judicial, según los modelos de selección de los jueces, dejan de ser funciones autónomas para ser actividades que dirige, a veces con mano de hierro, la jerarquía del partido político de que se trate.

Si HEGEL nos explicó el proceso de absorción de la sociedad por el Estado, a quien atribuía la muy noble función de la encarnación del ideal ético, en esos años comienza un peligroso proceso de captura de la propia sociedad, no tanto a manos del poder burocrático, cuánto de los partidos políticos.

En otro orden de cuestiones, son tiempos, los del Estado de bienestar, en los que muchos Estados comienzan, por mor de la participación y distribución territorial del poder, procesos descentralizadores en los que la autonomía o la soberanía, según los casos, de los componentes resultantes reproducen en muchas ocasiones, a escala autonómica, por situarnos en nuestro caso, el modelo del Estado, perdiendo una gran ocasión para pensar nuevos modelos organizativos y de gobierno más adecuados a las distintas realidades territoriales. También en el escalón autonómico se produce una fuerte proliferación de órganos y organismos públicos que terminan por invadir los ya estrechos márgenes de la autonomía de la sociedad, hasta el punto de que el sector público de las Comunidades Autónomas en tantas ocasiones no conoce ni el freno ni la austeridad. Por si esto fuera poco, las estructuras territoriales del orden autonómico convivirán con muchas instituciones del Estado liberal en un difícil ejercicio de

racionalidad y calidad en el ejercicio de las competencias. Las grandes perdedoras del proceso, como pasó en el Estado liberal, son las Administraciones y Gobiernos locales que observan como las Comunidades Autónomas crecen y crecen y ellas, por paradójico que parezca, han de gestionar quizás más tareas públicas, con unos presupuestos que han ido descendiendo por el apetito de las instituciones autonómicas.

Junto a la descentralización territorial está la descentralización funcional que, en el Estado de bienestar bate todos los récords en lo que se refiere a la creación de entes, agencias, sociedades públicas, tantas veces alumbradas para cobijar a responsables políticos que se han quedado, por emplear una frase popular, a la luna de Valencia. Son años en los que en nombre de la eficacia administrativa, aparece toda una panoplia de entes público sometidos al Derecho privado pues se piensa que la eficiencia es lo más contrario a los procedimientos administrativos y lo más próximo al mercado y a la flexibilidad del Derecho privado. Claro, las consecuencias de saltarse los procedimientos y, en última instancia el principio de legalidad, están a la vista de todos: una corrupción galopante que llama a la dictadura de ese pensamiento único de la eficacia y la eficiencia que, en el marco de lo público, debe actuar sincronizada con la legalidad y, fundamentalmente, con el servicio objetivo a los intereses generales.

En este marco, como recuerda SANTAMARIA PASTOR, la auto-administración hace acto de presencia de manera que se empieza a conferir a entes privados funciones administrativas. También encontramos muchos supuestos de gestión privada de actividades de titularidad pública.

Al enfrentarse con el problema conceptual y definitorio del Derecho Administrativo, es casi un lugar común subrayar su radical dificultad. Con unos u otros términos, los autores modernos y antiguos hablan de esta peculiaridad del Derecho Administrativo que, por otra parte, no es privativa de nuestra disciplina, sino que acompaña al intento de acercamiento a tantas expresiones de la ciencia jurídica. De todas maneras, en este área de conocimiento, como intentaremos señalar más adelante, las dificultades son mayores.

La especial incidencia del modelo del Estado del bienestar, trasunto del Estado providencia, y de una manera determinada de entender el sentido del poder y del Estado, propicia que dediquemos unas líneas de manera monográfica a tratar de comprender hasta que punto la evolución, hacia lo dinámico, de un Estado de bienestar tantos años entendido desde la estaticidad misma, trae consigo relevantes desarrollos en orden a un entendimiento más moderno del concepto del interés público y, por ende, del Derecho Administrativo.

En efecto. Una de las polémicas más interesantes a las que podemos asistir en estos momentos es la de la función del Estado, y más concretamente, la de la supuesta crisis del llamado Estado de bienestar.

¿Por qué ha entrado en crisis esta forma de entender las relaciones Estado-Sociedad? Me parece que, entre otras razones, porque el Estado, que está al servicio del interés general y del bienestar general e integral del pueblo, se olvidó, y no pocas veces, de los problemas reales de la ciudadanía. Es decir, en lugar de garantizar los derechos y libertades de los ciudadanos, se dedicó a intervenir en sus vidas desde “la

cuna hasta la tumba” con un ánimo más bien de control social que de estimular las energías sociales necesarias para un desarrollo social armónico y equilibrado.

Por eso, la reforma del Estado actual hace necesario colocar en el centro de la actividad pública la preocupación por las personas, por sus derechos, sus aspiraciones, sus expectativas, sus problemas, sus dificultades, o sus ilusiones en un contexto de servicio objetivo al interés general. El modelo del Estado intervencionista acabó por ser un fin en sí mismo, como el gasto público y la burocracia. Hoy más que nunca hay que recordar que el Estado es de la gente, la burocracia es de la gente y que los intereses generales deben definirse con la activa participación de la gente.

En este sentido, la reforma del Estado de bienestar no puede depender de una ideología cerrada en la configuración de su proyecto porque hoy las nuevas políticas públicas se delimitan hoy por una renuncia expresa a todo dogmatismo político y por la apuesta hacia ese flexible dinamismo que acompaña a la realidad y, por ello, a los problemas de las personas. Hoy, me parece, la ideología cerrada aporta sobre todo y ante todo una configuración completa y cerrada de la realidad social y de la historia de carácter dogmática que no puede, es imposible, acercarse a un mundo que se define por su dinamismo, pluralismo y versatilidad. Desde los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, metodología desde la que se escribe este trabajo, es imposible asumir un Estado de bienestar anclado en determinados dogmas políticos que plantean un interés público como concepto susceptible de ser apropiado por quien en cada momento esté en el gobierno, algo que subraya hasta qué punto todavía los métodos y tácticas del marxismo siguen presentes entre nosotros. Es el caso de la doctrina del uso alternativo del Derecho y del Poder, hoy, de nuevo, tan del gusto en unos gobernantes adictos al pensamiento único de la eficiencia en el control social.

Las prestaciones sociales, las atenciones sanitarias, las políticas educativas, por ejemplo, son bienes de carácter básico que una Administración pública debe poner entre sus prioridades públicas, de manera que la garantía de esos bienes se convierta en condición para que una sociedad libere energías que permitan su desarrollo y la conquista de nuevos espacios de libertad y de participación ciudadana.

Este conjunto de prestaciones del Estado, que constituye el entramado básico de lo que se denomina Estado de bienestar no puede tomarse como un fin en sí mismo. Esta concepción se traduciría en una reducción del Estado al papel de suministrador de servicios, con lo que el ámbito público se convertiría en una rémora del desarrollo social, político, económico y cultural. Además, una concepción de este tipo se traduciría no en el equilibrio social necesario para la creación de una atmósfera adecuada para los desarrollos libres de los ciudadanos y de las asociaciones, sino que podría llevar a una concepción estática que privara al cuerpo social del dinamismo necesario para liberarse de la esclerosis y conservadurismo que acompaña a la mentalidad de los derechos adquiridos.

Las prestaciones, los derechos, tienen un carácter dinámico que no puede quedar a merced de mayorías clientelares, anquilosadas, sin proyecto vital, que puede llegar a convertirse en un cáncer de la vida social. Las prestaciones del Estado tienen su sentido en su finalidad.

Sírvanos como ejemplo, para desarrollar este pensamiento, la acción del Estado en relación con los colectivos más desfavorecidos, en los que —por motivos diferentes— contamos a los marginados, los parados, los pobres y los mayores. Las prestaciones del Estado nunca pueden tener la consideración de dádivas mecánicas, más bien el Estado debe proporcionar con sus prestaciones el desarrollo, la manifestación, el afloramiento de las energías y capacidades que se ven escondidas en esos amplios sectores sociales y que tendrá la manifestación adecuada en la aparición de la iniciativa individual y asociativa.

Un planteamiento de este tipo permitiría afirmar claramente la plena compatibilidad entre la esfera de los intereses de la empresa y de la justicia social, ya que las tareas de redistribución de la riqueza deben tener un carácter dinamizador de los sectores menos favorecidos, no conformador de ellos. Además, permitirá igualmente conciliar la necesidad de mantener los actuales niveles de bienestar y la necesidad de realizar ajustes en la priorización de las prestaciones, que se traduce en una mayor efectividad del esfuerzo redistributivo.

Los nuevos espacios políticos se configuran como puntos de encuentro entre la actuación política y las aspiraciones, el sentir social, el de la gente. Bien entendido que ese encuentro no puede ser resultado de una pura adaptabilidad camaleónica a las demandas sociales. Conducir las actuaciones políticas por las meras aspiraciones de los diversos sectores sociales, es caer directamente en otro tipo de pragmatismo y de tecnocracia: es sustituir a los gestores económicos por los prospectores sociales.

La prospección social, como conjunto de técnicas para conocer más adecuadamente los perfiles de la sociedad en sus diversos segmentos es un factor más de apertura a la realidad. La correcta gestión económica es un elemento preciso de ese entramado complejo que denominamos eficiencia, pero ni una ni otra sustituyen al discurso político. La deliberación sobre los grandes principios, su explicitación en un proyecto político, su traducción en un programa de gobierno da sustancia política a las actuaciones concretas, que cobran sentido en el conjunto del programa, y con el impulso del proyecto.

Las políticas modernas se hacen, pues, siempre a favor de la ciudadanía, de su autonomía —libertad y cooperación—, dándole cancha a quienes la ejercen e incitando o propiciando su ejercicio —libre— por parte de quienes tienen mayores dificultades para hacerlo. Acción social y libre iniciativa son realidades que el pensamiento compatible capta como integradoras de una realidad única, no como realidades contrapuestas.

Las políticas públicas modernas no se hacen pensando en una mayoría social, en un segmento social que garantice las mayorías necesarias en la política democrática, sino que las nuevas políticas se dirigen al conjunto de la sociedad, y cuando están verdaderamente centradas son capaces de concitar a la mayoría social, aquella mayoría natural de individuos que sitúan la libertad, la tolerancia y la solidaridad entre sus valores preferentes.

Conforme han ido avanzando los años se ha ido perfilando con mayor claridad y se ha ido haciendo cada vez más explícita una idea que ha estado siempre presente de un modo u otro en el pensamiento democrático. El fundamento del Estado democrático hay que situarlo en la dignidad de la persona.

La persona se constituye en el centro de la acción y del espacio público. No la persona genérica o una universal naturaleza humana, sino la persona, cada individuo, revestido de sus peculiaridades irreductibles, de sus coordenadas vitales, existenciales, que lo convierten en algo irreplicable e intransferible, en persona. Cada persona es sujeto de una dignidad inalienable que se traduce en derechos también inalienables, los derechos humanos, que han ocupado, cada vez con mayor intensidad y extensión, la atención de los políticos democráticos de cualquier signo en todo el mundo.

En este contexto es donde se alumbran las nuevas políticas públicas, que pretenden significar que es en la persona singular en donde se pone el foco de la atención pública, que son cada mujer y cada hombre el centro de la acción política. Este cambio en el sentido de la vida política, cabría decir mejor, esta profundización en su significado, se ha producido a la par que una reflexión sobre el sentido y las bases del Estado democrático. Esta reflexión ha venido obligada no sólo por los profundos cambios a los que venimos asistiendo en nuestro tiempo. Cambios de orden geoes-tratégico que han modificado parece que definitivamente el marco ideológico en que se venía desarrollando el orden político vigente para poblaciones muy numerosas. Cambios tecnológicos que han producido una variación sin precedentes en las posibilidades y vías de comunicación humana, y que han abierto expectativas increíbles hace muy poco tiempo. Cambios en la percepción de la realidad, en la conciencia de amplísimas capas de la población que permiten a algunos augurar, sin riesgo excesivo, que nos encontramos en las puertas de un cambio de civilización.

Es una reflexión obligada también por la insatisfacción que se aprecia en los países desarrollados de occidente ante los modos de vida, las expectativas existenciales, las vivencias personales de libertad y participación. Y es una reflexión que nos conduce derechamente a replantearnos el sentido de la vida y del sistema democrático no para superarlo, sino para recuperarlo en su ser más genuino y despojarlo de las adherencias negativas con que determinados aspectos de las ideologías modernas la han contaminado, contaminaciones que han estado en el origen de las lamentables experiencias totalitarias del siglo pasado, particularmente en Europa.

Recuperar el pulso del Estado democrático y fortalecerlo, significa entre otras cosas, recuperar para el Estado los principios de su funcionalidad básica que se expresa adecuadamente —aunque no sólo— en aquellos derechos primarios sobre los que se asienta nuestra posibilidad de ser como hombres. Entre ellos el derecho a la vida, a la seguridad de nuestra existencia, el derecho a la salud.

Es bien sabido, que el protagonismo del Estado o del mercado ha sido el gran tema del debate económico del siglo XX. Ya desde muy pronto, como nos recuerda el profesor VELARDE FUERTES, encontramos el célebre trabajo de Enrico BARONE publicado en el *Giornale Degli Economisti* (1.908): “El ministro de la producción en un Estado colectivista”, a partir del cual comienza un amplio despliegue de estudios de los teóricos de la economía sobre la racionalidad económica de una organización socialista como los de WIESSER, PARETO y sus discípulos. La crisis económica que sigue a la Primera Guerra Mundial pone en tela de juicio el pensamiento capitalista y alimenta formas intervencionistas que el economista MANDILESCO se encargaría

de configurar económicamente. De igual manera, tanto el New Deal de ROOSEVELT como la encíclica “Quadragesimo anno” se muestran críticas hacia el capitalismo.

Los planteamientos intervencionistas de KEYNES o BEVERIDGE trajeron consigo, tras la Segunda Guerra Mundial, un acercamiento a la planificación del desarrollo o a una política fiscal redistributiva. En verdad, la época de la prosperidad de 1.945 a 1.973 mucho ha tenido que ver con una política de intervención del Estado en la vida económica. Quizá porque entonces la maltrecha situación económica que generó la conflagración no permitía, porque no se daban las condiciones, otra política económica distinta.

Al amparo de esta construcción teórica, aparece el Estado providencia (Welfare State) que asume inmediatamente la satisfacción de todas las necesidades y situaciones de los individuos desde “la cuna hasta la tumba”. Es un modelo de Estado de intervención directa, asfixiante, que exige elevados impuestos y, lo que es más grave, que va minando poco a poco lo más importante, la responsabilidad de los individuos. El Estado de bienestar que ha tenido plena vigencia en la Europa de “entreguerras” es, como es bien sabido, un concepto político que, en realidad, fue una respuesta a la crisis de 1929 y a las manifestaciones más agudas de la recesión.

Ciertamente, los logros del Estado de bienestar están en la mente de todos: consolidación del sistema de pensiones, universalización de la asistencia sanitaria, implantación del seguro de desempleo, desarrollo de las infraestructuras públicas. Afortunadamente, todas estas cuestiones se han convertido en punto de partida de los presupuestos de cualquier gobierno que aspire de verdad a mejorar el bienestar de la gente. Sin embargo, se dirigen varias críticas al Estado de bienestar, referidas a su estancamiento en la consecución del crecimiento económico y su fracaso en el mantenimiento de la cohesión social.

Por otra parte, el Estado providencia, en su versión clásica, ha fracasado en su misión principal de redistribuir la riqueza de forma equitativa, hasta el punto de que tras varias décadas de actividades redistributivas no sólo no han disminuido las desigualdades, sino que, por paradójico que parezca, ha aumentado la distancia entre ricos y pobres. Estas desigualdades han generado grupos de población excluidos y marginados de la sociedad no sólo debido a circunstancias económicas, sino también a causa de su raza, su nacionalidad, su religión o por cualquier rasgo distintivo escogido como pretexto para la discriminación, la xenofobia y, a menudo, la violencia. Evidentemente, como apunta acertadamente DAHRENDORF, esta divergencia sistemática de perspectivas de vida para amplios estratos de la población es incompatible con una sociedad civil fuerte y activa.

Además, resulta lógico afirmar que la desintegración social lleva aparejado un cierto grado de desorden, ya que los colectivos excluidos carecen de sentido de pertenencia a la comunidad, de compromiso social y, por tanto, de razones para respetar la ley o los valores que la han inspirado. Por todo ello, puede afirmarse sin ninguna duda que el Estado del bienestar en su versión clásica, está en crisis. No sólo desde el punto de vista económico, sino también, y ello es más importante, como modelo de Estado.

Las bases teóricas del Estado de bienestar fueron ya criticadas por una serie de autores encuadrados en el llamado círculo de Friburgo, entre los que destacan Walter EUCKEN, Ludwig ERHARD o Friedrich VON HAYEK. Realmente, la importancia del pensamiento de estos economistas, representantes de la economía social de mercado, es muy grande y su actualidad innegable.

La economía social de mercado no presupone una mayor intervención del Estado en la vida económica y social; ni tampoco exige que los poderes públicos se abstengan de intervenir en la sociedad o en la economía. Lo que resulta evidente es que el papel del Estado debe cambiar para perseguir la cuadratura del círculo, esto es, conciliar (si ello es posible) las que, a juicio de DAHRENDORF, eran las tres aspiraciones básicas de los ciudadanos: la prosperidad económica mediante el aumento de la riqueza, vivir en sociedades civiles capaces de mantenerse unidas y constituir la base sólida de una vida activa y civilizada, y contar con unas instituciones democráticas que garanticen la vigencia del Estado de Derecho y la libertad política de las personas.

No es fácil compatibilizar estas metas y con frecuencia la prosperidad económica se consigue a costa de sacrificar la libertad política o la cohesión social. Recientemente GIDDENS ha creído encontrar la forma de lograrlo a través de la denominada tercera vía, que trata de superar los planteamientos neoliberales y socialistas. El Estado no debe retroceder ni puede expandirse ilimitadamente; simplemente debe reformarse.

Según EUCKEN y la doctrina de la economía social de mercado, el Estado debe limitarse a fijar las condiciones en que se desenvuelve un orden económico capaz de funcionamiento y digno de los hombres, pero no ha de dirigir el proceso económico. En resumen: el Estado debe actuar para crear el orden de la competencia, sin entorpecer el proceso económico de la competencia.

En cualquier caso, debe quedar claro que esta transformación del modelo de Estado no afecta a los objetivos sociales planteados por el Estado de bienestar, que incluso podrían ampliarse como consecuencia de una revisión del propio concepto de bienestar. Desde el informe BEVERIDGE (1942) hasta la actualidad, se adoptó un enfoque meramente negativo del bienestar, que consistía en luchar contra la indigencia, la enfermedad, la ignorancia, la miseria y la indolencia. Se trataba de una visión eminentemente económica del bienestar y de las prestaciones necesarias para su consecución.

Hoy parece evidente la superación de esta visión. Las prestaciones o ventajas económicas no son casi nunca suficientes para producir bienestar; es además necesario promover simultáneamente mejoras psicológicas. Se trata, como apunta GIDDENS, de alcanzar un bienestar positivo: en lugar de luchar contra la indigencia se debe promover la autonomía; en vez de combatir la enfermedad se debe prevenir su existencia promoviendo una salud activa; no hay que erradicar la ignorancia sino invertir en educación, no debe mitigarse la miseria, sino promover la prosperidad, y finalmente, no debe tratar de erradicarse la indolencia, sino premiar la iniciativa.

Por lo tanto, si el Estado tiene como función primaria genérica la promoción de la dignidad humana, se entenderá sin esfuerzo que el bienestar de los ciudadanos ocupe un lugar absolutamente prioritario en la actividad del Estado. Esto, forzoso

es recordarlo, no es patrimonio exclusivo de ningún grupo ni de ninguna instancia política, es patrimonio del sentido común, o del sentir común. ¿Para qué querríamos un Estado que no nos proporcionará mejores condiciones para el desarrollo y el logro de los bienes que consideramos más apreciables por básicos? Ciertamente hay todavía Estados concebidos como instrumentos de opresión o al servicio de los intereses de unos pocos, pero no podemos olvidar que nuestra referencia es el Estado democrático de Derecho, un Estado de libertades, que en la práctica y hasta ahora viene haciendo imposible tal situación de abuso entre nosotros.

Que el bienestar sea una condición para el desarrollo personal, como seres humanos en plenitud, no es un hallazgo reciente ni mucho menos. Ya los antiguos entendieron que sin unas condiciones materiales adecuadas no es posible el desarrollo de la vida moral, de la vida personal, y el hombre queda atrapado en la perentoriedad de los problemas derivados de lo que podríamos llamar su simple condición animal, y reducido a ella. Pero quisiera subrayar que bienestar no es equivalente a desarrollo personal. El bienestar es la base, la condición de partida que hace posible ese desarrollo. Por eso el bienestar no es un absoluto, un punto de llegada.

Concebir el bienestar como una finalidad de la política, como una meta o un punto de llegada, provocó una espiral de consumo, de inversión pública, de intervención estatal, que llegó a desembocar en la concepción del Estado como providente, como tutor de los ciudadanos e instancia para la resolución última de sus demandas de todo orden. Este modo de entender la acción del Estado condujo de modo inequívoco a considerar a las instancias públicas como proveedoras de la solución a todas nuestras necesidades, incluso a las más menudas, incluso a nuestras incomodidades, incluso —si me apuraran— me atrevería a decir de los caprichos de muchos ciudadanos.

En esa espiral, asumida desde planteamientos doctrinarios que la historia más reciente ha demostrado errados, el Estado ha llegado prácticamente a su colapso, ha sido incapaz de responder a la voracidad de los consumidores que él mismo ha alumbrado y alimentado con mimo a veces demagógico. Exigencia de prestaciones y evasión de responsabilidades se han confabulado para hacer imposible el sueño socialista del Estado providencia. En un Estado así concebido el individuo se convierte en una pieza de la maquinaria de producción y en una unidad de consumo, y por ende se ve privado de sus derechos más elementales si no se somete a la lógica de este Estado, quedando arrumbados su libertad, su iniciativa, su espontaneidad, su creatividad, y reducida su condición a la de pieza uniforme en el engranaje social, con una libertad aparente reducida al ámbito de la privacidad.

Así las cosas, bien someramente descritas, la reforma del llamado Estado de bienestar no ha sido tarea de un liberalismo rampante como algunos han pretendido hacer creer. No hay tal cosa. La necesidad de la reforma ha venido impuesta por una razón material y por una razón moral. La reforma del Estado de bienestar ha sido una exigencia ineludible impuesta por el fracaso de una concepción desproporcionada. Dicho de otra manera, la reforma del Estado de bienestar ha sido exigida por la realidad, por las cuentas, por su inviabilidad práctica. Y, en el orden moral, por la grave insatisfacción que se ha ido produciendo en las generaciones nuevas que han

visto reducida su existencia —permítaseme la expresión— a una condición estabular que no podía menos que repugnarles.

Sentido tecnocrático de la política, podrán terciar algunos, reducción de los parámetros políticos a puras mediciones económicas, insistirán al oír hablar de cuentas. Realismo, sentido de la realidad, habrá que responder, sentido de la realidad que es una característica de los nuevos espacios públicos. Los castillos en el aire se vienen abajo, con grandes costes materiales y en medio de grandes frustraciones cuanto más portentosos hayan sido los castillos que quisimos construir. Porque uno de los fundamentos de cualquier proyecto vital —individual o colectivo—, no ciertamente el más importante, pero fundamento ineludible, es la viabilidad económica del proyecto. Y el Estado de bienestar según la concepción de la socialdemocracia europea de hace unos años carecía de tal condición básica.

Afirmar que el Estado de bienestar tal como lo concebía la socialdemocracia tradicional era inviable, afirmar que es necesaria la reforma de su estructura, que tal concepción presenta déficits insalvables en su mismo fundamento y articulación no significa en absoluto anunciar que el bienestar es imposible o que debemos renunciar al bienestar. Hacerlo así supone enunciar una crítica roma, limitada y corta de las posiciones que expongo, y supone también, a mi juicio, instalarse en concepciones dogmáticas y consecuentemente maniqueas del Estado y de la Sociedad. Equivaldría a afirmar que el Estado de bienestar se establece conforme a una determinada fórmula —en este caso la socialista— o inevitablemente incumple su función.

Pues no es así. Denunciar el hecho comprobado de la inviabilidad del Estado de bienestar, tal como se ha concebido históricamente por la socialdemocracia, reivindicar la necesidad de las reformas necesarias, se hace desde la convicción irrenunciable de que no sólo el bienestar público es posible, sino necesario, y no sólo necesario sino insuficiente en los parámetros en los que ahora se mide. Es decir, es necesario, —es de justicia—, que incrementemos los actuales niveles de bienestar —si se puede hablar así—, sobre todo para los sectores de población más desfavorecidos, más dependientes y más necesitados. Insisto, es una demanda irrefutable que nos hace el sentido más elemental de la justicia.

Lo que sucede es que no podemos caer de nuevo en la trampa en que cayeron los Estados providentes. Los sectores más desfavorecidos, los sectores más necesitados, son los más dependientes, y las prestaciones sociales del Estado no pueden contribuir a aumentar y agravar esa dependencia, convirtiendo, de hecho, a los ciudadanos en súbditos, en este caso del Estado, por muy impersonal que sea el soberano, o que tal vez por ser más impersonal y burocrático es más opresivo. En esta afirmación está implícita otra de las características de los nuevos modelos: la finalidad de la acción pública no es el bienestar, el bienestar es condición para la promoción de la libertad y participación de los ciudadanos, estas sí, auténticos fines de la acción pública. Así el bienestar aparece como medio, y como tal medio, debe ser relativizado, puesto en relación al fin.

Tal cosa se traduce en que el bienestar no sólo no está reñido con la austeridad, sino que no se puede ni concebir ni articular sin ella. La austeridad no puede entenderse

como privación de lo necesario, sino como ajuste a lo necesario, y consecuentemente limitación de lo superfluo. Si no es posible realizar políticas austeras de bienestar no es posible implantar un bienestar social real, equitativo y progresivo, capaz de asumir —y para todos— las posibilidades cada vez de mayor alcance que las nuevas tecnologías ofrecen. Insisto en que austeridad no significa privación de lo necesario. Políticas de austeridad no significan por otra parte simplemente políticas de restricción presupuestaria. Políticas de austeridad significan, la implicación de los ciudadanos en el recorte de los gastos superfluos y en la reordenación del gasto. Sin la participación activa y consciente de una inmensa mayoría de los ciudadanos considero que es imposible la aproximación al Estado de bienestar social que todos —de una manera o de otra anhelamos—. Es necesaria por parte de la ciudadanía la asunción de la responsabilidad política en su conducta particular, para hacer posible la solidaridad, la participación, que es meta de la acción pública.

En este sentido en que vengo tratando, las políticas públicas austeras son compatibles con una expansión del gasto. Porque la expansión del gasto es necesaria, porque no son satisfactorios aún los niveles de solidaridad efectiva que hemos conseguido. Pero expandir el gasto sin racionalizarlo adecuadamente, sin mejorar las prioridades, sin satisfacer demandas justas y elementales de los consumidores, es hacer una contribución al despilfarro. Y aquí no me detengo en una consideración moralista de la inconveniencia del gasto superfluo, sino que me permito reclamar y que se comprenda la tremenda injusticia que está implícita en el gasto superfluo o irracional cuando hay tantas necesidades perentorias sin atender todavía.

Por ejemplo, la sanidad española es expresión, a mi parecer del profundo grado de solidaridad de nuestra sociedad en todos sus estamentos. Sólo se puede explicar su entramado, ciertamente complejo, avanzado técnica y socialmente —y también-perfectible— por la acción solidaria de sucesivas generaciones de españoles y por la decidida acción política de gobiernos de variado signo. Pienso que en este terreno hay méritos indudables de todos. Sobre bases heredadas a lo largo de tantos años, hemos contribuido de modo indudable al desarrollo de una sanidad en algunos sentidos ejemplar. Y con el desarrollo autonómico se han desenvuelto experiencias de gestión que suponen ciertamente un enriquecimiento del modelo —en su pluralismo— para toda España.

Pero si afirmamos que el modelo es perfectible estamos reclamando la necesidad de reformas, que deben ir por el camino de la flexibilización, de la agilización, de la desburocratización, de la racionalización en la asignación de recursos y de su optimización, y de la personalización y humanización en las prestaciones. Que en muchos sentidos el modelo sea ejemplar, no quiere decir que sea viable en los términos en que estaba concebido, ni que no pueda ser mejor orientado de cara a un servicio más extenso y eficaz.

Sigamos con la política pública sanitaria. Queda mucho, muchísimo, por hacer. La asistencia sanitaria universal no puede ser una realidad nominal o contable, porque la asistencia debe ser universalmente cualificada desde un punto de vista técnico-médico, inmediata en la perspectiva temporal, personalizada en el trato,

porque la centralidad de la persona en nuestras políticas lo exige. Y además debe estar articulada con programas de investigación avanzada; con innovaciones de la gestión que la hagan más eficaz; con una adecuación permanente de medios a las nuevas circunstancias y necesidades; con sistemas que promocionen la competencia a través de la pluralidad de interpretaciones en el modelo que —eso sí— en ningún caso rompan la homogeneidad básica en la prestación, etc.

Además, precisamente por no tratarse de un problema puramente técnico o de gestión, la política sanitaria, y los desafíos del bienestar deben encuadrarse en el marco de la política general, porque en ella se evidencian los objetivos últimos de la política que ya indiqué: promoción de la libertad —en nuestro caso liberación de las ataduras de la enfermedad—, solidaridad —evidente como en pocos campos en la asistencia sanitaria universal—, y participación activa. Este deber de participación, libremente asumido, enfrenta al ciudadano a su responsabilidad ante el sistema sanitario, para reducir los excesos consumistas; le abre y solicita su aceptación de posibilidades reales de elección; establece límites subjetivos al derecho, que debe interpretarse rectamente no como derecho a la salud estrictamente, sino como derecho a una atención sanitaria cualificada; y plantea también la necesidad de asumir la dimensión social del individuo buscando nuevas fórmulas que de entrada al ámbito familiar —sin recargarlo— en la tarea de humanización de la atención sanitaria.

En fin, para terminar este breve comentario sobre la evolución del Estado de bienestar conviene anunciar que, desde esta perspectiva, el Derecho Administrativo se nos presenta cómo el Derecho del poder para la libertad. Idea que desarrollaré un poco más adelante al analizar la proyección de los principios y parámetros constitucionales sobre el concepto y funcionalidad del Derecho Administrativo del presente y del futuro.

Sin embargo, desde hace muchos años, la sucesión de teorías que han intentado encontrar una solución al problema de la definición del Derecho Administrativo es realmente alucinante. Cada autor ha ofrecido sus puntos de vista, a veces diferentes, a veces similares, sobre la esencia del Derecho Administrativo.

El recorrido por las diferentes teorías y aproximaciones expresa a las claras el carácter no suficientemente satisfactorio de dicho empeño. Puede decirse que los intentos que hemos conocido no son inútiles, ni tampoco obedecen, en la mayoría de los casos, a originalidades sin fundamento. Se trata de una colección de esfuerzos encaminados a la búsqueda de la piedra filosofal, si es que existe, que permita explicar el sentido y la funcionalidad del Derecho Administrativo. La tarea, abordada desde esta premisa claro que es difícil y complicada. Primero, porque, en efecto, el modelo de Estado de cada momento va a tener una importancia decisiva en orden al entendimiento de nuestra disciplina. Y, segundo, porque las categorías y las instituciones del Derecho Administrativo no son fijas y estáticas, cambian, se transforman, adquieren nuevos colores, nuevos tonos. Hoy, por ejemplo, el marco constitucional nos ofrece los principios y parámetros que, proyectados sobre el entero sistema del Derecho Administrativo, dibujan un panorama de conceptos e instituciones vinculados al servicio objetivo al interés general y a la garantía y promoción de los derechos de los

ciudadanos, algo impensable desde los postulados netamente autoritarios desde los que emerge a la superficie el moderno Derecho Administrativo.

En esa serie de ensayos de definición pueden encontrarse diferentes perspectivas y aproximaciones, todas ellas interesantes, todas ellas representativas de esta tarea que todavía pervive entre nosotros. Algunas demuestran una ingenua confianza en la fuerza dogmática de las definiciones y otras son más matizadas y cautelosas. Existen también actitudes de evasión o marcadamente pragmáticas como pueden ser las sostenidas por quienes piensan que solo negativamente puede ser entendida la Administración por quienes son partidarios únicamente de una descripción, renunciando a una verdadera definición. No se trata, por otra parte, de posturas que se suceden disciplinadamente al mismo tiempo; se produce más bien un movimiento pendular que responde a circunstancias históricas y personales. No falta en esta sucesión de aproximaciones una radical que postula la disolución pura y simple del Derecho Administrativo; se trata con ello de romper abruptamente con el pasado para hacer nacer de las cenizas una nueva ciencia en la que el Derecho Administrativo no tenga el monopolio de la consideración científica de la Administración (Otto NASS), algo hoy en cierta medida real, puesto que la multidisciplinariedad y la diversidad de enfoques desde los que enfrentarse a la Administración constituye hoy, en unos países más que en otros, la constatación de la perspectiva abierta y plural desde la que se debe estudiar y comprender la Administración pública moderna. Por eso, los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario nos ayudan a entrever nuevos planos y nuevos contornos que ayudan a comprender el sentido y el alcance de la Administración pública y de una de sus dimensiones más relevantes, no la única, el Derecho Administrativo.

La originalidad de estos esfuerzos definitorios se pone de relieve en el intento de construir el Derecho Administrativo en torno a una noción única, una noción clave. La historia de las distintas soluciones propuestas, por ejemplo, en el Derecho francés —forma de exteriorización de los actos, servicio público, poder público, interés público— y sobre todo el alargamiento progresivo de su contenido hasta límites que rebasan la propia naturaleza del concepto, revela que el camino no es acertado (PETOT). En ese planteamiento late los problemas de la construcción científica del Derecho Administrativo contemplados únicamente desde la perspectiva de la elección del juez competente.

La dificultad primera para la definición del Derecho Administrativo, según MEILAN GIL, proviene de la naturaleza esencialmente dinámica de su contenido. Esta naturaleza movediza, esencialmente mudable, le viene al Derecho Administrativo, en buena parte, de su vinculación a la política, de su deambular en el mundo de la oportunidad y de la conveniencia (WEIL). Por eso, la historia del Derecho Administrativo podría contemplarse como una búsqueda incesante de títulos que justifiquen la intervención de quienes en cada momento son los responsables del poder político, o, también, como el resultado de una serie de tensiones en torno al poder. El Derecho Administrativo adquiere así un cierto carácter de compromiso, presente en la propia entraña del Derecho y que para el Derecho Administrativo se manifiesta especialmente en su configuración moderna, tras la Revolución francesa.

En la década de los ochenta del siglo pasado, sobre todo, empezó a utilizarse por parte de la doctrina un término bien expresivo de un fenómeno que ciertamente había producido una cierta confusión y no poca inquietud en cuantos se dedican al estudio de nuestra disciplina: la huida del Derecho Administrativo. Expresión, me parece, con la que se pretendía, y todavía se pretende hoy, llamar la atención sobre la pérdida de influencia del Derecho Administrativo como Ordenamiento matriz a partir del cuál debía regirse jurídicamente toda actuación del aparato público, sea cual sea su caracterización normativa. En el fondo, se añora la posición del Derecho Administrativo como Derecho único sobre el que debe girar el régimen jurídico de la Administración pública, olvidando, con más o menos intensidad, que existe un núcleo básico de principios constitucionales vinculados a las actividades administrativas y a los fondos públicos, que con su manto trascienden la naturaleza del Derecho de que se trate en cada caso.

III.

LA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL

La caracterización del Derecho Administrativo desde la perspectiva constitucional trae consigo necesarios replanteamientos de dogmas y criterios que han rendido grandes servicios a la causa y que, por tanto, deben sustituirse de manera serena y moderada por los principios que presiden el nuevo Estado social y democrático de Derecho, por cierto bien diferente en su configuración, y en su presentación, al del nacimiento del Estado-providencia y de las primeras nociones sobre la conformación y dirección de las tareas sociales como esencial función de competencia del Estado. Hoy, en mi opinión, la garantía del interés general es la principal tarea del Estado y, por ello, el Derecho Administrativo ha de tener presente esta realidad y adecuarse, institucionalmente, a los nuevos tiempos pues, de lo contrario perderá la ocasión de cumplir la función que lo justifica, cual es la mejor ordenación y gestión de la actividad pública con arreglo a la justicia.

Tradicionalmente, cuando nos hemos enfrentado con el arduo problema de seleccionar una perspectiva central sobre la que montar todo el Derecho Administrativo, hemos acudido a la aproximación subjetiva, objetiva o mixta. Hoy me parece que mantener una orientación única quizás sea una pretensión que dificulta la comprensión de un sector del Derecho Público que trasciende sus fronteras naturales y que actúa sobre otras realidades, años ha vedadas al Derecho Administrativo, precisamente por la estrechez de miras que surge del pensamiento único, cerrado o estático.

Parece también fuera de dudas que el Derecho Administrativo del siglo XXI es distinto del siglo pasado en la medida en que el sustrato político y social que le sirve de base es bien distinto, como también es bien distinto el modelo de Estado actual. El Derecho Constitucional pasa, el Derecho Administrativo permanece es una manida y reiterada frase acuñada según parece por Otto MAYER que nos ayuda a entender que las instituciones típicas de la función administrativa, de una u otra forma, son permanentes, pudiendo variar obviamente la intensidad de la presencia de los poderes públicos de acuerdo con el modelo político del Estado en cada momento. Claro está, cuando me refiero al Estado, me refiero también “mutatis mutandis” a los diferentes Entes territoriales que disponen de autonomía para la gestión de sus intereses.

Como veremos, el entendimiento que tengamos del concepto del interés general a partir de la Constitución de 1978 va a ser capital para caracterizar el denominado Derecho Administrativo Constitucional que, en dos palabras, aparece vinculado al servicio objetivo al interés general y a la promoción de los derechos fundamentales de la persona. Quizás, la perspectiva iluminista del interés público, de fuerte sabor revolucionario y que, en definitiva, vino a consagrar la hegemonía de la entonces clase social emergente que dirigió con manos de hierro la burocracia, hoy ya no es compatible con un sistema sustancialmente democrático en el que la Administración pública, y quien la compone, lejos de plantear grandes o pequeñas batallas por afianzar su “status quo”, debe estar a plena y exclusivamente a disposición de los ciudadanos, pues no otra es la justificación constitucional de la existencia de la entera Administración pública. En esta línea, el Derecho Administrativo Constitucional plantea la necesidad de releer y repensar dogmas y principios considerados hasta no hace mucho como

las señas de identidad de una rama del Derecho que se configuraba esencialmente a partir del régimen de exorbitancia de la posición jurídica de la Administración como correlato necesario de su papel de gestor, nada más y nada menos, que del interés público. Insisto, no se trata de arrumbar elementos esenciales del Derecho Administrativo, sino de repensarlos a la luz del Ordenamiento constitucional. Es el caso, por ejemplo, de la ejecutividad del acto, que ya no puede entenderse como categoría absoluta sino en el marco del principio de tutela judicial efectiva, como consecuencia de los postulados de un pensamiento compatible y complementario que facilita esta tarea.

Lo que está cambiando es, insisto, el papel del interés público que, desde los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, aconseja el trabajo, ya iniciada hace algunos años entre nosotros, de adecuar nuestras instituciones a la realidad constitucional. Tarea que se debe acometer sin prejuicios ni nostálgicos intentos de conservar radicalmente conceptos y categorías que la hoy que encajan mal con los parámetros constitucionales. No se trata, de ninguna manera, de una sustitución “in toto” de un cuerpo de instituciones, conceptos y categorías, por otro; no, se trata de estar pendientes de la realidad social y constitucional para detectar los nuevos aires que han de alumbrar los nuevos conceptos, categorías e instituciones con que el Derecho Administrativo, desde este punto de vista, se nos presenta, ahora en una nueva versión más en consonancia con lo que son los elementos centrales del Estado social y democrático de Derecho dinámico, o también denominado de segunda generación. Ello no quiere decir, como se comentará en su momento, que estemos asistiendo al entierro de las instituciones clásicas del Derecho Administrativo. Más bien, hemos de afirmar, no sin radicalidad, que el nuevo Derecho Administrativo está demostrando que la tarea que tiene encomendada de garantizar y asegurar los derechos de los ciudadanos requiere de una suerte de presencia pública, quizás mayor en intensidad que en extensión, que hace buena aquella feliz definición del Derecho Administrativo como el Derecho del poder para la libertad del profesor GONZALEZ NAVARRO.

En fin, junto a la metodología que nos proporciona el acercamiento a las ciencias sociales desde los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, es menester trabajar en el marco constitucional para extraer toda la fuerza, que no es poca, que la Norma fundamental encierra en orden a configurar un Derecho Administrativo más democrático en el que el servicio objetivo al interés general ayude a redefinir todas aquellos privilegios y prerrogativas que no se compatibilizan con la existencia de una auténtica Administración pública cada vez más conscientes de su posición institucional en el sistema democrático.

De un tiempo a esta parte, observamos notables cambios en lo que se refiere al entendimiento del interés general en el sistema democrático. Probablemente, porque según transcurre el tiempo, la captura de este concepto por la entonces emergente burguesía —finales del siglo XVIII— que encontró en la burocracia un lugar bajo el sol desde el que ejercer su poder, lógicamente ha ido dando lugar a nuevos enfoques más abiertos, más plurales y más acordes con el sentido de una Administración pública que, como señala el artículo 103 de nuestra Constitución “sirve con objetividad

los intereses generales”. Es decir, si en la democracia los agentes públicos son titulares de funciones de la colectividad y ésta está llamada a participar en la determinación, seguimiento y evaluación de los asuntos públicos, la necesaria esfera de autonomía de la que debe gozar la propia Administración ha de estar empapada de esta lógica de servicio permanente a los intereses públicos. Y éstos, a su vez, deben abrirse, tal y como ha establecido el Tribunal Constitucional la sentencia de 7 de febrero de 1984 a los diversos interlocutores sociales, en un ejercicio continuo de diálogo, lo cual, lejos de echar por tierra las manifestaciones unilaterales de la actividad administrativa, plantea el desafío de construir las instituciones, las categorías y los conceptos de nuestra disciplina desde nuevos enfoques bien alejados del autoritarismo y el control del aparato administrativo por los que mandan en cada momento. No es una tarea sencilla porque la historia nos demuestra que la tensión que el poder político introduce en el funcionamiento administrativo a veces socava la necesaria neutralidad e imparcialidad de la Administración en general y de los funcionarios en particular.

Instituciones señeras del Derecho Administrativo como las potestades de que goza la Administración para cumplir con eficacia su labor constitucional de servir con objetividad los intereses generales (ejecutividad, ejecutoriedad, ” potestas variandi”, potestad sancionadora...) requieren de nuevos planteamientos pues evidentemente nacieron en contextos históricos bien distintos y en el seno de sistemas políticos también bien diferentes. Y, parece obvio, la potestad de autotutela de la Administración no puede operar de la misma manera que en el siglo XIX por la sencilla razón de que el sistema democrático actual parece querer que el ciudadano, el administrado, ocupe una posición central y, por tanto, la promoción y defensa de sus derechos fundamentales no es algo que tenga que tolerar la Administración sino, más bien, hacer posible y facilitar.

Frente a la perspectiva cerrada de un interés general que es objeto de conocimiento, y casi del dominio de la burocracia llegamos, por aplicación del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, a otra manera distinta de acercarse a lo común, a lo público, a lo general, en la que se parte del presupuesto de que siendo las instituciones públicas de la ciudadanía, los asuntos públicos deben gestionarse teniendo presente en cada momento la vitalidad de la realidad que emerge de las aportaciones ciudadanas. Por ello, vivimos en un tiempo de participación, quizás más como postulado que como realidad a juzgar por las consecuencias que ha traído consigo un Estado de bienestar estático que se agotó en si mismo y que dejó a tantos millones de ciudadanos desconcertados al entrar en crisis el fabuloso montaje de intervención total en la vida de los particulares.

Hace algunos años, más de los que quisiera, cuando me enfrentaba al problema de la definición del Derecho Administrativo al calor de las diferentes y variadas teorías que el tiempo ha permitido, lejos de entrar en el debate sobre cuál de las dos posiciones mayoritarias era la fetén, se me ocurrió que quizás el elemento clave para la definición podría encontrarse en el marco de lo que debía entenderse en cada momento por interés general. Más que en la presencia de una Administración pública lo verdaderamente determinante del Derecho Administrativo es la existencia de un interés general que

regular en el marco del modelo de Estado en vigor. Ahora, en el llamado Estado social y democrático de Derecho dinámico, como me gusta caracterizar el Estado social del presente, es precisamente la idea del interés general desde los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y compatible, la matriz desde la cual se pueden entender los profundos cambios que se están operando en el seno del Derecho Administrativo moderno como puede ser el alumbramiento del concepto del servicio de interés general o la reconsideración de la autotutela y ejecutividad administrativa.

Hasta no hace mucho, la sociología administrativa relataba con todo lujo de detalles las diferentes fórmulas de apropiación administrativa que distinguía tantas veces el intento centenario de la burocracia por controlar los resortes del poder. Afortunadamente, aquellas quejas y lamentos que traslucían algunas novelas de PIO BAROJA sobre la actuación de funcionarios que disfrutaban vejando y humillando a los administrados desde su posición oficial, hoy es agua pasada. Afortunadamente, las cosas han cambiado y mucho, y en términos generales para bien. Siendo esto así, insisto, todavía quedan aspectos en los que seguir trabajando para que la ciudadanía pueda afirmar sin titubeos que la Administración ha asumido su papel de organización al servicio y disposición de la ciudadanía. Y, para ello, quienes hemos dedicado años de nuestra vida profesional a la Administración sabemos bien que es menester seguir trabajando para que siga creciendo la sensibilidad del aparato público en general, y la de cada servidor público en particular, en relación con los derechos y libertades de los ciudadanos. Hoy el interés general mucho tiene que ver, me parece, con incrustar en el alma de las instituciones, categorías y conceptos del Derecho Administrativo, un contexto de equilibrio poder-libertad que vaya abandonando la idea de que la explicación del entero Derecho Administrativo bascula únicamente sobre la persona jurídica de la Administración y sus potestades, privilegios y prerrogativas.

En este sentido, siempre me ha parecido de clarividente y pionero un trabajo del profesor GARCIA DE ENTERRIA de 1981 sobre la significación de las libertades públicas en el Derecho Administrativo en el que afirma que el interés general se encuentra precisamente en la promoción de los derechos fundamentales. Está aproximación doctrinal, que goza del respaldo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, está permitiendo, sobre todo en el Derecho Comunitario Europeo, que auténticas contradicciones conceptuales como la del servicio público y los derechos fundamentales se estén salvando desde un nuevo Derecho Administrativo, me atrevería a decir que más relevante que antes, desde el que este nuevo entendimiento del interés general está ayudando a superar estas confrontaciones dialécticas a partir del equilibrio metodológico, el pensamiento abierto y la proyección de la idea democrática, cada vez con más intensidad, sobre las potestades administrativas. Lo que está ocurriendo es bien sencillo y consecuencia lógica de nuevos tiempos que requieren nuevas mentalidades, pues como sentenció hace tiempo VON IHERING, el gran problema de las reformas administrativas se haya en la inercia y la resistencia a los cambios que habita en la mentalidad de las gentes. Es decir, la caracterización clásica del servicio público (titularidad pública y exclusividad) ha ido adecuándose a

la realidad hasta que se ha llegado a un punto en el que la fuerza de la libertad y de la realidad han terminado por construir un nuevo concepto con otras características, sin enterrar nada, y menos con intención de enarbolar la bandera del triunfo de lo privado sobre lo público, porque el debate conceptual ni se plantea en estos términos ni es verdad que el Derecho Administrativo haya perdido su razón de ser. Más bien, lo que está ocurriendo es que está emergiendo un nuevo Derecho Administrativo desde otras coordenadas y otros postulados diferentes a los de antes. Pero, al fin y al cabo, Derecho Administrativo.

El marco en el que debe explicarse el Derecho Administrativo Español, se encuentra en la Constitución de 1978. El Derecho Constitucional pasa, el Derecho Administrativo permanece sentenciado con su habitual perspicacia Otto MAYER, tal y como hemos recordado con anterioridad. Y, como señalara el juez WERNER, en esta línea, el Derecho Administrativo es el Derecho Constitucional concretado.

Una vez superadas las lógicas polémicas iniciales que se produjeron entre nosotros tras la aprobación de la Constitución entre el Derecho Administrativo y el Constitucional, debe reconocerse que las líneas maestras sobre las que debe pivotar el Derecho Administrativo del presente se encuentran en el conjunto de criterios, parámetros, vectores y principios que están reconocidos en nuestra Constitución.

En el caso que nos ocupa, me parece que es menester analizar los artículos 9, 10, 24, 31 y 103 ya que, junto al artículo 53.2, son los preceptos en los que encontramos un conjunto de principios y parámetros que nos ayudan a reconstruir las categorías, conceptos e instituciones deudores de otros tiempos y de otros sistemas políticos a la luz del marco constitucional actual. Cualquiera que se asome a la bibliografía española del Derecho Administrativo, encontrará un sinfín de estudios e investigaciones sobre la adecuación a la Constitución de las principales instituciones que han vertebrado nuestra disciplina, que a las claras demuestra como la doctrina tiene bien presente esta tarea.

Entre estos preceptos, ocupa un lugar destacado el artículo 103 que, en mi opinión, debe interpretarse en relación con todos los artículos de nuestra Carta magna que establecen determinadas funciones propias de los poderes públicos en un Estado social y democrático de Derecho, como suelo apostillar, dinámico. Dicho artículo, como bien sabemos, dispone, en su párrafo primero, que “La Administración pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho”.

La Administración pública (estatal, autonómica o local porque se usa deliberadamente el singular para referirse a todas), sirve con objetividad el interés general. Me parece que es difícil haber elegido mejor la caracterización de la función administrativa en el Estado social y democrático de Derecho. Primero, porque la expresión servicio indica certeramente el sentido y alcance del papel de la Administración en relación con la ciudadanía. En sentido contrario, bien se puede afirmar que la Administración en una democracia no es, ni mucho menos, ni la dueña del interés general, ni la dueña de los procedimientos, ni la dueña de las instituciones públicas.

Está a disposición de la mejor gestión de lo común, de lo de todos. Segundo, porque la instauración del sistema constitucional en las democracias supone un paso relevante en orden al necesario proceso de objetivización del poder que supone la victoria del Estado liberal sobre el Antiguo Régimen. La referencia, pues, a la objetividad es capital. Tiene dos dimensiones según la apliquemos a la organización administrativa en general, a los empleados públicos o funcionarios en particular. En todo caso, lo que me interesa destacar en este momento y en estas circunstancias es que se pretende eliminar del ejercicio del poder público toda reminiscencia de arbitrariedad, de abuso; en definitiva, de ejercicio ilimitado y absoluto del poder. Por eso, el poder debe ser una función pública de servicio a la comunidad, en la que hay evidentes límites. Claro que al ser hombres y mujeres quienes ordinariamente son titulares del poder, las grandezas y servidumbres de la condición humana según la categoría moral de quién lo ejerza arrojarán distintas posibilidades. Ahora bien, la objetividad entraña, como hábito fundamental, la motivación de la actuación administrativa, impidiendo la existencia de espacios de oscuridad o de impunidad, áreas en las que normalmente florece la arbitrariedad, sorprendentemente “*in crescendo*” a juzgar por las estadísticas de actuaciones administrativas merecedoras de tal calificación por los Tribunales de Justicia.

Y, en tercer lugar, la referencia central al interés general me parece que ofrece una pista muy pero que muy clara sobre cual pueda ser el elemento clave para caracterizar la Administración pública hoy y, en el mismo sentido, el Derecho Administrativo. Entiendo que la tarea de servicio objetivo a los intereses generales es precisamente la justificación esgrimida para comprender los cambios que se están produciendo, pues no parece compatible la función constitucional por excelencia de la Administración pública actual con los privilegios y prerrogativas de una Administración autoritaria que vivía en un contexto de unilateralidad y de, escrito en castellano castizo, ordeno y mando. Por eso, como señalé en el epígrafe anterior, el entendimiento abierto, plural, dinámico y compatible del interés general está ayudando sobremano a construir nuevos espacios de equilibrio sobre los que hacer descansar este nuevo Derecho Administrativo.

Por otra parte, no podemos dejar sin considerar, tratándose del artículo 103 de nuestra Constitución, que la Administración está sometida a la Ley y al Derecho. La llegada del Estado liberal, como sabemos, supone la victoria del principio de legalidad y la muerte del capricho y la ilimitación como fundamentos de un puro poder de dominio personal. El poder no es absoluto, está limitado y sea cual sea la versión del principio de legalidad que sigamos, lo cierto es que la Administración debe actuar en el marco de la Ley. Además, con buen criterio se consagra el principio de sometimiento total de la actividad administrativa y, también, de proyección de todo el Ordenamiento en sentido amplio sobre dicha actuación administrativa. Esto quiere decir, en mi opinión, que junto a las Leyes, también los jueces, al analizar la adecuación a Derecho o no de la actividad administrativa, pueden echar mano de otras fuentes del Derecho que, como los principios generales, han ocupado, como sabemos, un lugar destacado por derecho propio en la propia historia del Derecho Administrativo.

Además, la alusión al Derecho hemos de interpretarla en el sentido de que el Ordenamiento a que puede someterse la Administración es el público o el privado. En realidad, y en principio, no pasa nada porque la Administración pueda actuar en cada caso de acuerdo con el Ordenamiento que mejor le permita conseguir sus objetivos constitucionales. En unos casos será el Derecho Administrativo, el Laboral o el Civil o Mercantil. Eso sí, hay un límite que no se puede sobrepasar sea cuál sea el Derecho elegido, que no es otro que el del pleno respeto al núcleo básico de lo público que siempre está insito en la utilización de fondos de tal naturaleza para cualesquiera actividades de interés general. Por eso, aunque nos encontremos en el reino del Derecho privado, la sociedad pública o ente instrumental de que se trate deberá cumplir con los principios de mérito y capacidad para la selección y promoción de su personal, así como con los principios de publicidad y concurrencia para la contratación.

Por tanto, la pretendida huida del Derecho Administrativo al Derecho Privado no ha sido tal y, en todo caso, la necesidad de servir objetivamente los intereses generales también se puede hacer en otros contextos siempre que la Administración justifique racionalmente porqué en determinados casos acude al Ordenamiento privado.

El artículo 103 CE debe ser el precepto de cabecera de los reformadores de la Administración pública. Cuestión que, en España, todavía precisa de nuevos impulsos pues, a pesar de que todos los gobiernos han intentado mejorar el funcionamiento del aparato administrativo, la realidad, mal que nos pese, nos enseña que todavía la opinión de la ciudadanía en relación con la Administración pública dista de ser la que cabía esperar del marco constitucional y del tiempo transcurrido desde 1978.

La idea de servicio tiene mucho que ver, me parece, con la crisis fenomenológica de este concepto en un mundo en el que prima ordinariamente el éxito económico, la visualización del poder y el consumo impulsivo, que trae consigo esta especie de capitalismo insolidario que aspira a manejar como marionetas a los ciudadanos. Hoy, estar al servicio de los ciudadanos parece tantas veces algo ingenuo, que no reporta utilidad y que, por ello, es un mal que hay que soportar lo mejor que se pueda. La solución del problema, insisto, es una cuestión cultural en la que se trabaja poco porque requiere desarrollos de largo plazo poco atractivos para el hoy y ahora en el que vive sumida una clase política que renuncia normalmente a proyectos de largo alcance. Promover el valor del servicio público como algo positivo, incardinado en el progreso de un país, como algo que merece la pena, como algo que dignifica a quien lo practica... constituyen reflexiones que se deben transmitir desde la educación en todos los ámbitos. Si estas ideas no se comparten, no sólo en la teoría, por más normas, estructuras y funcionarios que pongamos en danza estaremos perdiendo el tiempo derrochando el dinero del común. De ahí que este criterio constitucional que define la posición institucional de la Administración pública sea central en la reforma y modernización permanente de la Administración pública.

La caracterización de objetivo de ese servicio es otra nota constitucional de gran alcance que nos ayuda a encontrar un parámetro al cuál acudir para evaluar la temperatura constitucional de las reformas emprendidas. La objetividad supone,

en alguna medida, la ejecución del poder con arreglo a determinados criterios encaminados a que resplandezca siempre el interés general, no el interés personal, de grupo o de facción. Lo cuál, a pesar del tiempo transcurrido desde la Constitución de 1978, no podemos decir que se encuentre en una situación óptima pues todos los gobiernos han intentado, unos más que otros, abrir los espacios de la discrecionalidad y reducir las áreas de control, por la sencilla razón de que erróneamente se piensa tantas veces que la acción de gobierno para ser eficaz debe ser liberada de cuantos más controles, mejor. Es más, existe una tendencia general en distintos países a que el gobierno vaya creando, poco a poco, estructuras y organismos paralelos a los de la Administración clásica con la finalidad de asegurarse el control de las decisiones que adoptan. En el fondo, en estos planteamientos late un principio de desconfianza ante la Administración pública que, en los países que gozan de cuerpos profesionales de servidores públicos, carece de toda lógica y justificación.

Por otra parte, no se puede olvidar que las reformas administrativas deben inscribirse en un contexto en el que la percepción ciudadana y, lo que es más importante, la realidad, trasluzcan el seguimiento, siempre y en todo caso, del interés general como tarea esencial de la Administración pública, en general, y de sus agentes, en particular. Pero interés general no entendido en las versiones unilaterales y cerradas de antaño sino desde la consideración de que el principal interés general en un Estado social y democrático dinámico reside en la efectividad del ejercicio de los derechos fundamentales por parte de todos los ciudadanos, especialmente los más desfavorecidos. El aseguramiento y la garantía de que tales derechos se van a poder realizar en este marco ayuda sobremanera a calibrar el sentido y alcance del concepto del interés general en el nuevo Derecho Administrativo.

Siendo, como es, el interés general el elemento clave para explicar la funcionalidad de la Administración pública en el Estado social y democrático de Derecho, interesa ahora llamar la atención sobre la proyección que la propia Constitución atribuye a los poderes públicos.

Si leemos con detenimiento nuestra Carta Magna desde el principio hasta el final, encontraremos una serie de tareas que la Constitución encomienda a los poderes públicos y que se encuentran perfectamente expresadas en el preámbulo cuando se señala que la nación española proclama su voluntad de “proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos, sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones”. Más adelante, el artículo 9.2 dispone que los poderes públicos remuevan los obstáculos que impidan el ejercicio de la libertad y la igualdad promoviendo dichos valores constitucionales. En materia de derechos fundamentales, también la Constitución, como lógica consecuencia de lo dispuesto en el artículo 10 de la Carta Magna, atribuye a los poderes públicos su aseguramiento, reconocimiento, garantía y protección. En el mismo sentido, por lo que se refiere a los principios rectores de la política económica y social, la Constitución utiliza prácticamente las mismas expresiones anteriores.

Estos datos de la Constitución nos permiten pensar que, en efecto, el Derecho Administrativo en cuanto Ordenamiento regulador del régimen de los poderes públicos tiene como espina dorsal la regulación del poder para las libertades.

Esta función de garantía de los derechos y libertades define muy bien el sentido constitucional del Derecho Administrativo y trae consigo una manera especial de entender el ejercicio de los poderes en el Estado social y democrático de Derecho. La garantía de los derechos, lejos de patrocinar versiones reduccionistas del interés general, tiene la virtualidad de situar en el mismo plano el poder y la libertad, o si se quiere, la libertad y solidaridad como dos caras de la misma moneda. No es que, obviamente, sean conceptos idénticos. No. Son conceptos diversos, sí, pero complementarios. Es más en el Estado social y democrático de Derecho son conceptos que deben plasmarse en la planta y esencia de todas y cada una de las instituciones, conceptos y categorías del Derecho Administrativo.

En materia de derechos fundamentales, el artículo 27.3, por ejemplo, dispone que “los poderes públicos garantizarán el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”. Precepto que expresa la dimensión de la libertad educativa aplicada sobre los padres. Garantizar el ejercicio de un derecho fundamental, siguiendo el artículo 9.2 de la Carta Magna, implica una disposición activa de los poderes públicos a facilitar la libertad. Es decir, se trata de que la Administración establezca las condiciones necesarias para que esta libertad de los padres se pueda realizar con la mayor amplitud posible, lo que contrasta, y no poco, con la actividad de cierta tecnoestructura que todavía piensa que el interés general es suyo, encomendando el ejercicio de dicha libertad a órganos administrativos. Promover, proteger, facilitar, garantizar o asegurar las libertades constituye, pues, la esencia de la tarea de los poderes públicos en un Estado social y democrático de Derecho. Por ello, la actuación administrativa de los poderes públicos debe estar presidida por estos criterios.

Más intensa, todavía, es la tarea de garantía y aseguramiento de los principios rectores de la política económica y social. En este sentido, el artículo 39 de la Constitución señala en su párrafo primero que los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. Es decir, el conjunto de los valores y principios rectores de la política social y económica, entre los que se encuentra la familia, deben ser garantizados por los poderes públicos, ordinariamente a través de la actividad legislativa y, sobre todo, desde la función administrativa pues la ley está para lo que está, y no se puede pedir al legislador que contemple todos los supuestos habidos y por haber. Protección de la familia, promoción de las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa (artículo 40). Garantía de un sistema público de Seguridad Social (artículo 41), protección de la salud (artículo 43), derecho al medio ambiente (artículo 45), derecho a la vivienda (artículo 47)... En todos estos supuestos se vislumbra una considerable tarea de los poderes públicos por asegurar, garantizar, proteger y promover estos principios, lo que, pensando en el Derecho Administrativo, supone un protagonismo de nuestra disciplina desde la perspectiva del Derecho del poder para la libertad, insospechado años atrás.

En este capítulo interesa llamar la atención sobre el contenido del párrafo tercero del artículo 53 de la Constitución, en materia de garantías de las libertades y

derechos fundamentales: “el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el capítulo tercero (de los principios rectores de la política social y económica) informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos”. Pienso que para un profesor de Derecho Administrativo no debe pasar inadvertido que dicho precepto está ubicado bajo la rúbrica de la protección de los derechos fundamentales, lo cuál nos permite señalar que en la tarea de promoción, aseguramiento y garantía de los principios rectores de la política social y económica, los derechos fundamentales tienen una especial funcionalidad. Es decir, la acción de los poderes públicos en estas materias debe ir orientada a que se ejerzan en las mejores condiciones posibles todos los derechos fundamentales por parte de todos los españoles.

Esta reflexión empalma perfectamente con el sentido y alcance del interés general en el Estado social y democrático de Derecho, en la medida en que, como señalé con anterioridad, hoy el interés general tiene mucho que ver con los derechos fundamentales de las personas.

Como es sabido, los derechos fundamentales “constituyen la esencia misma del régimen constitucional” (sentencia del Tribunal Constitucional de 21 de febrero de 1986) y son “elementos esenciales del Ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica” (sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de julio de 1981). Como nervio central de la Constitución que son los derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional no duda en reconocer “el destacado interés general que concurre en la protección de los derechos fundamentales”(sentencia de 16 de octubre de 1984), por lo que, lógicamente, la acción netamente administrativa de los poderes públicos debe estar orientada a que precisamente los derechos fundamentales resplandezcan en la realidad, en la cotidianidad del quehacer administrativo. En este sentido, una parte muy considerable del Derecho Administrativo que denomino Constitucional debe estar abierto a proyectar toda la fuerza jurídica de los derechos fundamentales sobre el entero sistema del Derecho Administrativo: sobre todos y cada uno de los conceptos, instituciones y categorías que lo conforman. Obviamente, la tarea comenzó al tiempo de la promulgación de la Constitución, pero todavía queda un largo trecho para que, en efecto, las potestades públicas se entiendan desde esta perspectiva. Ciertamente, las normas jurídicas son muy importantes para luchar por un Derecho Administrativo a la altura de los tiempos, pero las normas no lo son todo: es menester que en el ejercicio ordinario de las potestades, quienes son sus titulares estén embebidos de esta lógica constitucional, pues, de lo contrario, se puede vivir en un sistema formal en el que, en realidad, pervivan hábitos y costumbres propios del pensamiento único y unilateral aplicado al interés general.

Los derechos fundamentales, como sabemos bien, han jugado un papel de primer orden en la configuración del constitucionalismo. En origen, cumplían su papel como espacios exentos a la intervención del poder, lo cuál ha sido relevante para, sobre esta formulación, construir una nueva funcionalidad desde su inserción en el Estado social y democrático de Derecho entendido desde una perspectiva dinámica.

Así, además de barreras a la acción de los poderes públicos, empezaron a entenderse, también, como valores o fines directivos de la acción de los poderes públicos como bien apuntara entre nosotros PEREZ LUÑO. Quizás, como apuntaba antes, sea la consecuencia de la interpretación del artículo 53 de la Constitución en su aplicación dinámica sobre la acción administrativa.

Ahora bien, cuando la Administración actúa debe tener siempre presente que forma parte de su acervo profesional la sensibilidad constitucional, por lo que debe acostumbrarse a asumir su papel de poder comprometido en la efectividad de los parámetros constitucionales, entre los que los derechos fundamentales encuentran un lugar muy destacado.

Los derechos fundamentales, ha señalado el Tribunal Constitucional desde el principio, “son los componentes estructurales básicos, tanto del orden jurídico objetivo, como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, han de informar el conjunto de la organización jurídica y política”(sentencia de 11 de abril de 1985). Es decir, informan el conjunto del Derecho Público y, por tanto, la construcción del nuevo Derecho Administrativo debe partir de su consideración, lo que trae consigo, como sabemos, la necesidad de releer y replantear tantas y tantas instituciones que, entre nosotros, se han explicado desde una perspectiva demasiado, en ocasiones, pegada a la prerrogativa y al privilegio.

En este contexto se entiende perfectamente que el ya citado artículo 9.2 de la Constitución implique, no sólo el reconocimiento de la libertad e igualdad de las personas o de los grupos en que se integran sino que, y esto es lo relevante en este momento, demanda de los poderes públicos la tarea de facilitar el ejercicio de las libertades, lo que poco tiene que ver con una Administración que se permite, nada más y nada menos, que interferir en el ejercicio de determinadas libertades públicas y derechos fundamentales.

Quizás algún lector podrá pensar que aquí se mantiene una posición absoluta sobre los derechos fundamentales. En modo alguno. Los derechos fundamentales, salvo el derecho a la vida, pueden estar sometidos, en determinados casos, a límites derivados del orden público, porque aunque sean muy importantes, no pueden ser el expediente para la comisión de delitos, obviamente. También pueden delimitarse por razones de interés general: es el caso, dudoso, de la propiedad inmobiliaria y el plan urbanístico. Igualmente, expropiación forzosa, puede ser que su ejercicio deba ceder ante relevantes exigencias de la denominada utilidad pública o interés social. Se puede afirmar, en este contexto, que ni el interés general, ni los derechos fundamentales son absolutos. A renglón seguido es menester matizar que lo que es absoluto, en la mejor tradición kantiana, es la persona humana, que nunca puede tener la condición de medio porque no lo es; es una realidad a la que el Derecho Público debe prestar atención para que el conjunto de la acción administrativa esté dirigida precisamente a hacer posible el ejercicio efectivo de todos los derechos fundamentales por todos los ciudadanos, especialmente los más desfavorecidos.

El marco del Derecho Administrativo, ya lo hemos señalado, no puede ser otro que la Constitución, de manera que las instituciones, categorías y conceptos que configuran

nuestra disciplina encuentran sus pilares y fundamentos en la Constitución de 1978. Pilares y fundamentos que, en mi opinión, se encuentran, como ya hemos señalado, en el preámbulo y en los artículos 1, 2, 9, 10, 24, 31, 53 y 103.

Del preámbulo, pienso que podemos entresacar algunos conceptos jurídicos indeterminados que la soberanía nacional ha querido que quedaran para la posteridad tales como “orden económico y social justo”, “imperio de la Ley como expresión de la voluntad popular”, “proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos, sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones”, o “asegurar a todos una digna calidad de vida”. Se trata de que en el desarrollo del Derecho Administrativo se tenga bien presente que la economía esta modulada por la justicia, que el principio de legalidad es columna vertebral del sistema sin que, por ello, los supuestos de deslegalización o la proliferación de reglamentos independientes produzca una desnaturalización de la sustancia constitucional del Derecho Administrativo siempre que sean reglamentos “secundum legem”. Igualmente, la facultad de dictar Decretos-Leyes debe operarse de forma extraordinaria, la urgencia en las expropiaciones también debe ser excepcional y, en general, el sometimiento de la Administración a los procedimientos ordinarios establecidos en las Leyes ha de ser el supuesto normal, evitando que la urgencia trastoque el régimen ordinario de algunas instituciones (expropiación forzosa). También en el preámbulo se reconoce la protección de los derechos humanos, elemento central del Ordenamiento jurídico. Se prevé, en el mismo precepto, la protección de los pueblos de España en el ejercicio de su identidad colectiva expresada en los hechos diferenciales derivados de la lengua, la cultura, la lengua o las instituciones propias. Llama la atención que el párrafo en que se trata de los derechos humanos es el mismo que el dedicado al reconocimiento de las singularidades de los Entes autonómicos, como si el constituyente quisiera advertir la necesidad del pensamiento abierto y plural que hace compatible el derecho fundamental de la persona con los derechos derivados de las identidades colectivas. Finalmente, por lo que se refiere al preámbulo, deberemos de referirnos a esa magna tarea que la Constitución encomienda a los poderes públicos, cuál es la de asegurar a todos una digna calidad de vida.

Por lo que se refiere al artículo 1, debemos destacar que en él se recoge la cláusula del Estado social y democrático de Derecho que, como queda señalado, debe entenderse, desde mi punto de vista, de acuerdo con los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario. De ahí que, en esta perspectiva, la tendencia del Estado a apropiarse de la sociedad a través de la interpretación unilateral y tecnoestructural del interés general, debe superarse hacia planteamientos en los que la función de los poderes públicos asuman posiciones de búsqueda compartida del propio interés general teniendo presentes cuantas instituciones sociales se encuentran comprometidas por el bienestar integral de los ciudadanos. Los tiempos de las versiones autoritarias del interés general ya han pasado y, por ello, la cláusula del Estado social y democrático de Derecho, entendida desde estos parámetros encuentra su lógico desarrollo, por lo que se refiere a nuestro tema, en algunos de los preceptos que comentaré a continuación, como el 9.2 o el 53 de la Constitución.

Por lo que se refiere al artículo 9, señalar que en el párrafo primero se consagra el sometimiento pleno y total de la actividad de los poderes públicos a la Ley y al resto del Ordenamiento jurídico, eliminando cualquier vestigio que pudiera quedar de la etapa preconstitucional en relación con la existencia de espacios opacos al control judicial o exentos del mismo, tal y como ha venido ocurriendo hasta la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1998 en relación con los llamados actos políticos. Sin embargo, lo más relevante a los efectos de este manual, se encuentra en el párrafo segundo pues establece el llamado principio promocional de los poderes públicos. Principio que tiene una dimensión positiva y otra negativa. La negativa se refiere a la remoción de obstáculos que dificulten el ejercicio de la libertad y la igualdad por los ciudadanos individualmente considerados o en los grupos en que se integren. Y la positiva alude a “promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas”.

Ambas dimensiones, la positiva y la negativa, tienen tanta trascendencia, que, en alguna medida, puede decirse que ayudan a entender el sentido del nuevo Derecho Administrativo que la propia realidad nos muestra cotidianamente. Primero, porque el precepto encomienda al Derecho Administrativo el establecimiento de las condiciones que hagan posible la libertad y la igualdad, comprometiéndose en la promoción de dichos valores constitucionales. Y, de otra parte, el precepto establece un límite a la acción de los poderes públicos en cuanto manda a la Administración, y por ende al Derecho Administrativo, impedir u obstaculizar a las personas y grupos en que se integren el ejercicio de la libertad y la igualdad. En otras palabras, el Derecho Administrativo Constitucional debe, a través de sus fuentes, facilitar el ejercicio de los derechos fundamentales, singularmente la libertad y la igualdad. A la misma conclusión llegaremos a partir del artículo 53.3 de la Constitución tal y como, en algún sentido, se ha comentado ya con anterioridad.

En el artículo 10.1 CE encontramos una declaración solemne en la que el constituyente señala, con toda claridad, cuales son los fundamentos del orden político y la paz social, conceptos obviamente estrechamente vinculados a lo que puede entenderse por interés general constitucional: la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás. Por tanto, desde esta perspectiva, nos encontramos con que, efectivamente, la dignidad de la persona, el libre desarrollo de la personalidad y los derechos fundamentales de la persona se nos presentan en el marco de lo que puede entenderse por interés general y, por ello, como componentes esenciales de un Derecho Administrativo concebido como Derecho del poder para la libertad (GONZALEZ NAVARRO). Quizás, así pueda comprenderse mejor el alcance de la jurisprudencia constitucional citada así como algunas afirmaciones de la doctrina científica que no han dudado en destacar el interés general en la promoción y defensa de los derechos fundamentales de la persona.

El artículo 24. 1 de la Constitución española es, probablemente, uno de los preceptos que más incidencia ha tenido y está teniendo en la transformación del Derecho Administrativo a la Constitución. Esto es así porque un Derecho Administrativo montado sobre la autotutela necesariamente choca, y a veces frontalmente, con una

disposición que reza: “todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”. Los términos del artículo son bien claros y requieren de la revisión de algunos dogmas del Derecho Administrativo en que se confiere a la propia Administración pública la condición simultánea de juez y parte. Ahora, la tutela más importante está radicada en los tribunales y, por otra parte, la prohibición de la indefensión nos plantea no pocos problemas con interpretaciones unilaterales de la ejecutividad y ejecutoriedad administrativa. De ahí, por ejemplo, el impacto que ha tenido este precepto en la construcción de una justicia cautelar que sitúe en un contexto de equilibrio estos principios.

El artículo 31.2 dispone “el gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía”. Traigo a colación este precepto porque desde el punto de vista jurídico establece algunos criterios constitucionales que están muy conectados con el funcionamiento de la Administración pública, y por ello, del Derecho Administrativo. La equidad en la asignación del gasto público trae consigo muy importantes consideraciones en toda la teoría de la planificación. En el mismo sentido, los criterios de eficiencia y economía ayudan a entender el significado de determinadas políticas públicas instrumentadas a través del Derecho Administrativo que desconocen el contenido general de estos principios o parámetros constitucionales.

Por su parte, el artículo 53.3 ya aludido anteriormente, como corolario necesario de la cláusula del Estado social de Derecho, dispone, en sede de garantías de libertades y derechos fundamentales, nada menos que los principios rectores de la política social y económica “informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos”. Es decir, los poderes públicos, además de estar vinculados por los derechos fundamentales (artículo 53.1 CE) deben tener presente en su actuación los principios rectores señalados en los artículos 39 a 52 de la Constitución.

Y, finalmente, el artículo 103. 1 dice, como bien sabemos, que la Administración pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho. En este precepto se encuentran, a mi juicio, los elementos centrales que deben integrar las matrices del Derecho Administrativo Constitucional: instrumentalidad, objetividad e interés general. Por lo que se refiere al sometimiento a la Ley y al Derecho; esto es, al entero sistema jurídico, es menester traer a colación lo dispuesto en el artículo 106. 1, también de la Constitución: “los tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican”. Así, puede decirse que, en efecto, el Derecho Administrativo bascula sobre el concepto del interés general que, además de definir esencialmente lo que debe ser la actuación administrativa, constituye, igualmente, un relevante patrón de enjuiciamiento de la función judicial en relación con la actividad administrativa. No es baladí, pues, que el interés general adquiera tal protagonismo porque, como veremos enseguida, el

Derecho Comunitario Europeo acaba de alumbrar algunos nuevos conceptos rubricados con esta metodología que vienen a ser, en alguna medida, conceptos deudores de una nueva interpretación y entendimiento de lo que está empezando a ser el nuevo Derecho Administrativo.

Es clásico, a la hora de tratar sobre el concepto del Derecho Administrativo, hacer una breve referencia al llamado sistema continental y al modelo anglosajón. Como es bien sabido, suele señalarse que en el Reino Unido la Administración pública actúa como una persona jurídica más y el Derecho que le es de aplicación es el Derecho Privado, mientras que en Francia, se trata de una persona jurídica dotada de potestades exorbitantes y el Derecho al que se somete es un Derecho especial. En el Reino Unido, el “rule of law” significa, ni más ni menos, la igualdad de todos, sin excepción, ante la ley, de forma que la ley admitida por los Tribunales ordinarios es la que juzga también la Administración. En Francia, el “régimen administrativo” es, todo lo contrario, puesto que la Administración y sus agentes, como representantes de la nación, actúan investidos de prerrogativas y privilegios. Además, en virtud de la separación de poderes tal y como se entiende en 1789, el Gobierno y sus funcionarios no se encuentran sometidos a los Tribunales Ordinarios.

Sin embargo, la realidad nos demuestra que el paso del tiempo modula los criterios y modelos rígidos. En efecto, en el Reino Unido desde 1834 se comienzan a atribuir numerosos poderes a la Administración pública a través de la denominada legislación delegada, que introduce realmente la potestad reglamentaria. Y, por otra parte, la legislación económica y social va abriendo el camino, también en el modelo anglosajón, a numerosos Tribunales Administrativos. En los países de inspiración continental, se produce la superación del carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativo o la de la continuación jurisprudencial de un Derecho Administrativo de protección de derechos, que rompe algunos de los viejos dogmas del sistema francés.

IV.
**LOS PRINCIPIOS GENERALES
DEL DERECHO EN LA
JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA**

1. INTRODUCCIÓN

El estudio de los principios generales del Derecho en el campo del Derecho Administrativo puede realizarse de muy diferentes formas. Se puede, por ejemplo, analizar su condición de fuente del Derecho y explicar cuales son sus peculiaridades proyectadas sobre nuestra disciplina. Se puede, también, estudiar específicamente su carácter de elemento informador y transversal de todo el Ordenamiento jurídico-administrativo. Igualmente, se puede poner el acento desde su conexión a la dimensión ética y a su proyección sobre el plano de los valores. Es posible detenerse a partir del análisis de los principios políticos que presiden el Estado social y democrático de Derecho o centrarse en el estudio de los aforismos, de las técnicas de argumentación, de las reglas de interpretación o de determinados criterios procesales. Es decir, como señala SANTAMARIA PASTOR, existe una pluralidad de significados y de aproximaciones en relación con los principios generales que hacen necesario clarificar y concretar el objeto de la reflexión.

Si bien es cierto que la doctrina con frecuencia utiliza la expresión principios generales del Derecho para referirse a una pluralidad de expresiones, en mi opinión, los principios generales son eso, principios que hacen presente y operativa la idea de justicia. En un mundo de hipertrofia normativa, en un mundo en el que las normas jurídicas no es que sean un dechado de perfección técnica, en un mundo el que existe una relativa dictadura del positivismo, es necesario volver a pensar en el sentido y la función del Derecho, en el sentido y la función del Derecho Administrativo. Pues bien, las reflexiones que siguen parte de este convencimiento: gracias a los principios generales el Derecho sigue siendo el Derecho. Quiero con ello decir simplemente que frente a la tentación, no siempre resistida, de convertir al Derecho Administrativo en una herramienta o instrumento del poder público o económico, la encarnación principal de la justicia en los principios nos permite seguir alimentando la esperanza de que el Derecho Administrativo siga siendo el dique de contención, por una parte, del poder incontrolado, del poder irracional, del poder que se sale de los cánones de la moderación y la templanza con los que se debe ejercer en un Estado de Derecho. Por otra parte, los principios generales permiten, desde una perspectiva positiva, configurar un Derecho Administrativo en el que las instituciones, categorías y conceptos reflejen la racionalidad, la objetividad y el sentido de servicio al interés general que de ellos se espera.

En las páginas que siguen, el lector va a encontrar una serie de comentarios y meditaciones sobre la relevancia de los principios generales en el Derecho Administrativo desde el examen de la última jurisprudencia contencioso administrativa en España. Así se ha operado porque quien escribe es partidario desde hace tiempo de modular y contrastar la teoría con la jurisprudencia. Es más, tantas veces la teoría surge de la jurisprudencia como bien sabemos. En el caso presente, además, la jurisprudencia nos ayuda a no perder de vista el sentido que entre nosotros tiene el sometimiento, como dispone el artículo 103 de la Constitución, de la Administración pública al Derecho. Sometimiento que, en buena medida se produce gracias a la existencia de

una serie de principios que proyectan la luz para ver los problemas en su real y justa dimensión y que son la atmósfera en la que ha de respirar el Ordenamiento jurídico administrativo. La jurisprudencia, como veremos enseguida, enseña que los principios generales son el resultado del genio jurídico de la construcción del Estado de Derecho y la esencia del Ordenamiento.

En el marco del Derecho Administrativo los principios generales, además de ser fuente en defecto de ley o costumbre, constituyen, como señala con carácter general el Código Civil, criterios inspiradores del entero sistema normativo de nuestra disciplina. De este modo, los principios generales, que son la esencia del Ordenamiento, siempre nos ayudarán a realizar esa fundamental tarea de asegurar y garantizar que el poder público en todo momento se mueve y actúa en el marco del Derecho. Es más, su carácter inspirador del Ordenamiento nos lleva a reconocer en los principios las guías, los faros, los puntos de referencia necesarios para que, en efecto, el Derecho Administrativo no se convierta en una maquinaria normativa al servicio del poder de turno sin más asideros que las normas escritas y las costumbres que puedan ser de aplicación en su defecto.

Vamos a estudiar, por tanto, los pronunciamientos de la jurisprudencia contencioso administrativa española acerca de esta capital cuestión. Analizaremos también, junto a las conexiones entre principios, ética y valores, la centralidad de la dignidad del ser humano en su relación con los principios y, más en concreto, el principio de buena fe, el principio de seguridad jurídica y el de confianza legítima, el principio de la buena Administración así como el principio de interdicción de la arbitrariedad.

2. PRINCIPIOS GENERALES Y DERECHO ADMINISTRATIVO

En los inicios del siglo XXI la pregunta acerca de la significación de los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo puede ser contestada desde dos planteamientos muy distintos. Desde el positivismo más radical se diría que los principios generales no tienen apenas más sentido que el de, en todo caso, reconocer en términos abstractos, las reglas que se expresan en el sistema normativo. El sistema normativo se da a sí mismo los principios porque es el Ordenamiento el origen y la causa de los principios. Si, por el contrario, nos situamos en una perspectiva de positivismo abierto, de positivismo que reconoce la existencia de un solar jurídico general, de una cultura jurídica universal que representa el Estado de Derecho, entonces las cosas son de otra manera. Desde esta perspectiva, los principios generales juegan un papel central porque son los garantes de que el Estado de Derecho y sus postulados sean una realidad en todas las ramas del Derecho. Así, de esta manera, los principios no son solo fuente del Derecho, que no es poco, sino que como constata el Código Civil son elementos inspiradores, criterios sobre los que se debe edificar el Derecho Administrativo. Claro, si el Derecho Administrativo no es más que una rama del Público que regula relaciones jurídicas entre la Administración y los ciudadanos sin más, los principios tendrán una funcionalidad muy limitada. Si el Derecho Administrativo se concibe, siguiendo a GONZALEZ NAVARRO, como

el Derecho del poder para la libertad del ser humano, entonces encaja perfectamente la doctrina que la propia jurisprudencia española ha confeccionado sobre el sentido y misión de los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo.

A este propósito pienso que hay que tener presente que el Tribunal Supremo español señaló por sentencia de 18 de febrero de 1992 que “los principios generales del Derecho, esencia del Ordenamiento jurídico, son la atmósfera en que se desarrolla la vida jurídica, el oxígeno que respiran las normas, lo que explica que tales principios informen las normas —art. 1.4 del Código Civil— y que la Administración esté sometida no sólo a la ley sino también al Derecho —art. 103 de la Constitución—. Y es claro que si es principios inspiran la norma habilitante que atribuye una potestad a la Administración, esta potestad ha de actuarse conforme a las exigencias de los principios”.

A poco que se examine en sus justos términos la doctrina que se contiene en esta sentencia se comprenderá el alcance y significado de los principios generales como exponentes del solar jurídico, del ambiente general que ha de presidir el entero sistema normativo. Se trata, en este caso, de los principios como elementos basilares del Ordenamiento, como las columnas vertebrales que sostienen y dan vida a las normas jurídicas. Con palabras de la sentencia del Tribunal Supremo, son el oxígeno que envuelve a las normas, la atmósfera que permite la pervivencia de las normas. Si se desconocen o si se eliminan es como si dejara de existir el oxígeno para el hombre. Por eso, los principios generales, desde esta perspectiva de elementos informadores y de criterios esenciales, han de ser tenidos muy en cuenta no sólo por el intérprete de la norma, sino también por quien la elabora.

Es verdad que muchos principios han venido al mundo jurídico como consecuencia del trabajo de la doctrina y la jurisprudencia. En otros casos, además, aparecen, como no puede ser menos, reflejados en las normas. Pero lo más importante es que existen por sí mismos, porque son la proyección en la realidad jurídica de la esencial idea de justicia que trasciende al Ordenamiento y le da sentido. Desde este punto de vista, los principios son previos al Ordenamiento. Podría decirse que son su fundamento y que el Ordenamiento se justifica en la medida en que dichos principios inspiran y presiden el sistema normativo.

Esta idea, realmente gráfica y estimulante, de que los principios son la atmósfera y el oxígeno de las normas pienso que explica hasta que punto el olvido de los principios precipita la degradación del Derecho. En efecto, hoy en día, sin ser demasiado pesimista, más bien realista, podemos afirmar sin temor a equivocarnos que frente al intento, sistemático y pertinaz, de convertir el Derecho Administrativo en un mero apéndice del poder, los principios generales se levantan como valladar inexpugnable que permite evitar esta terrible operación. Antes bien, el Derecho Administrativo del Estado de Derecho debe mucho a los principios generales. Tanto que si no fuera por ellos, probablemente la lucha contra las inmunidades del poder de la que habla GARCIA DE ENTERRIA hubiera sido desigual y con un claro vencedor.

La sentencia que acabamos de citar contiene, además, un comentario que vale la pena señalar. Si los principios generales han de inspirar a la norma en cuya virtud se atribuyen competencias a la Administración pública, el ejercicio de dichas

competencias o atribuciones habrá de realizarse en el marco de dichos principios generales. Consideración que es bien relevante para comprender el modo y la manera de ejercer el poder en una sociedad democrática en la que resplandece, o debe resplandecer, el Estado de Derecho.

El Tribunal Supremo, tratando acerca del principio de proporcionalidad en materia sancionatoria, aprovecha la sentencia de 25 de mayo de 1998 para traer a colación algunas reflexiones sobre la historia y la naturaleza de los principios generales que bien vale la pena reproducir y glosar porque parte de una concepción de los principios de signo diferente al anteriormente mentado. En este caso, el Tribunal Supremo sólo contempla los principios desde la perspectiva de la fuente y desde la perspectiva de la complitud cuando de cubrir alguna laguna se trata. Es una dimensión de los principios, pero no es la único y, en mi opinión, tampoco es la más importante, La relevante, como hemos señalado, atiende a su condición de criterios inspiradores y fundantes del Ordenamiento jurídico.

Pues bien, como fuente del Derecho y como criterio general para resolver problemas de interpretación, el Tribunal Supremo en la citada sentencia de 1998 señala que “remontándonos a la Historia, en Grecia y en Roma y en la Edad Media, el Derecho objetivo propiamente dicho era la “lex”, que estaba adornada con la nota característica —hoy también es así— de la generalidad. Ciertamente que junto a la “lex”, existían normas no escritas —la equidad, la tradición, los principios jurídicos, etc.— impuestas bien por condiciones morales, bien por convicciones jurídicas. Estas normas no escritas, al margen de lo jurídico tenían valor; y en el campo de lo jurídico, el valor de las mismas lo daba su íntima relación con la norma escrita. En la Edad Moderna y, si queremos, mejor con la Codificación, no se cuestionó la existencia de principios jurídicos, pero su aplicación por el juez solo podía ser con carácter complementario: para completar el sentido de la ley; por ello se habló y se habla de deficiencias y lagunas en la ley que hay que completar o llenar por el Derecho que es suficiente para resolver los conflictos en atención a que, completada la ley, el Derecho es completo y sin lagunas. Cuándo el sentido para aplicar una ley se completa con normas no escritas, éstas pasan a integrarse en la Ley escrita”.

La sentencia, desde luego, merece un amplio comentario que excede del alcance de este epígrafe. Si se compara con la transcrita anteriormente, el contraste es patente. Por un lado, porque atiende únicamente a la función de los principios como fuentes del Derecho y criterios de interpretación y, por otra, porque manifiesta una perspectiva positivista que contrasta con el sentido abierto y tendente a la búsqueda de la justicia que encontramos en la otra sentencia. Por ejemplo, la afirmación de que hoy la ley es expresión de la voluntad general aparece desmentida por la realidad. Con sólo detenerse en el repertorio de leyes nacionales y autonómicas elaboradas en 2007 es suficiente para comprender la desnaturalización de la ley a que asistimos. Entre otras razones, por la pérdida de sentido de los principios como elementos inspiradores y fundantes del propio Ordenamiento. Otro comentario que nos llevaría muy lejos es el que refiere la sentencia cuando entiende que la equidad no es un principio jurídico, cuando probablemente sea el principio de los principios.

De igual manera, reducir estas normas no escritas, entre las que se encuentran según la sentencia los principios jurídicos al resultado de la imposición de convicciones morales o religiosas me parece una simplificación que no tiene que ver con la realidad puesto que los principios generales del Derecho se imponen por si solos, por su inextricable conexión con la justicia en la medida en que son el oxígeno de las normas, son la atmósfera en que viven, mueren y se desarrolla el sistema normativo. Por otra parte, entender que los principios generales tienen valor propio al margen de lo jurídico es también una afirmación bien polémica en la medida en que, siguiendo el razonamiento, resultaría que el único valor jurídico que podrían tener sería el de su “íntima relación con la norma escrita”. Es decir, los principios generales serían principios metafísicos o filosóficos que sólo tendrían sentido para el Ordenamiento si es que coinciden con el sentido de la norma. Positivismo, pues, en estado puro. Finalmente, por lo que se refiere al comentario de esta sentencia, pretender que los principios solo tengan alcance jurídico en la medida que complementen el sentido de la ley es, también, coherente con este punto de vista que elimina cualquier atisbo de trascendencia a los principios generales.

Desde la perspectiva de fuente del Derecho, para que se apliquen los principios es menester que no exista ley o costumbre. Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 1994 dispone que “para que un principio general de Derecho sea aplicable es necesario que no existan normas específicas reguladoras de la cuestión planteada: ello, sin perjuicio de que los principios generales del Derecho incluidos en la Constitución tienen carácter informador de todo el Ordenamiento jurídico”. Se trata de un pronunciamiento del Tribunal Supremo, al menos en este considerando, no exento de cierta confusión. Por una parte porque si se admite que los principios son informadores del Ordenamiento jurídico, entonces su aplicación será directa en la medida en que gozan de un estatuto jurídico superior la norma escrita, pues esta ha de inspirarse en ellos. Además, reducir los principios generales a los que contenga la norma escrita por excelencia como es la Constitución, es degradarlos a la condición de elementos auxiliares o adjetivos de la norma escrita, algo que en modo alguno es coherente con la naturaleza de elemento esencial del Ordenamiento que el propio Tribunal Supremo afirma categóricamente, por ejemplo, en la sentencia de 16 de mayo de 1990 cuando entiende que éstos son “esencia del Ordenamiento jurídico, la atmósfera en la que se desarrolla la vida jurídica”. Si son la esencia, entonces han de impregnar todo el Ordenamiento y, por ello, su aplicación será directa.

Conviene llamar la atención también que el Tribunal Supremo, cuando ha ido construyendo la teoría del control de la discrecionalidad administrativa a través de los principios generales, ha conectado la existencia de dichos controles al genio expansivo del Estado de Derecho (sentencia de 8 de octubre de 1990). Efectivamente, el Estado de Derecho es un Estado de justicia, es un Estado en que el poder ha de actuar conforme a patrones y cánones formales y sustanciales. Si nos quedamos únicamente en la vertiente procedimental y formal del poder resulta evidente que éste puede terminar, ejemplos hay y lacerantes de todos conocidos, siendo la principal y más efectiva terminal del autoritarismo y la ausencia de control. Por eso, la existencia de

controles sustanciales viene determinada por los principios, que son, como vuelve a recordar esta sentencia, la atmósfera en que se desarrolla la vida jurídica, el oxígeno que respiran las normas.

Parece fuera de dudas que existen una serie de principios de Derecho, corolarios necesarios de la cultura jurídica inspirada en el Estado de Derecho que son precisamente las garantías de que el sistema normativo camine por la senda adecuada. Desde este punto de vista, el principio democrático o el principio de la centralidad de la dignidad del ser humano inspiran y explican los contenidos del Estado de Derecho en su proyección cotidiana sobre la realidad normativa. Estos principios de Derecho, de los que se deducen otros muchos, han de estar presentes, como el oxígeno o la atmósfera en los procesos de elaboración aplicación e interpretación del Derecho Administrativo.

Desde este ángulo, atendiendo a la capitalidad de los principios de Derecho podemos señalar que estos criterios jurídicos, que son fundantes e inspiradores del Ordenamiento, constituyen también el solar y el humus que aseguran la orientación del sistema normativo hacia la justicia, algo que el, en mi opinión, el positivismo jurídico nunca pudo resolver por obvias razones, especialmente porque de la teoría inmanente del Ordenamiento no sale más que pensamiento estático y unilateral.

En fin, desde la posición que parto en este trabajo, de diferenciar los principios generales de Derecho, matrices del Estado de Derecho, es posible, a efectos de claridad intentar distinguir éstos de otras manifestaciones que existen el Derecho de otros principios, que llamados también jurídicos, no tienen el alcance y la sustantividad que a los que aquí hago referencia. SANTAMARIA PASTOR entiende que existe una rica tipología de principios de Derecho. Entre ellos cita las directivas políticas (principio de solidaridad), las reglas de estructuración normativa (principios de legalidad y de jerarquía normativa), reglas de justicia (“alterum non laedere”), reglas éticas (principio de buena fe), reglas interpretativas (“odiosa sunt restringenda”) axiomas lógicos (“impossibile nullum est obligatio”), directrices procesales (“favor actionis”), técnicas de argumentación (“exclusio alterius”) o aforismos pragmáticos (“error communis facit jus”). En este repertorio de principios, criterios y reglas hay categorías de diferente naturaleza. Por de pronto, en este epígrafe me voy a referir a los principios generales del Derecho como elementos informadores del Derecho Administrativo, de forma y manera que en el atinado glosario que trae a colación SANTAMARIA PASTOR hay algunas categorías que no disponen de tal estatuto como fácilmente se puede deducir. Sin embargo, en el catálogo mencionado encontramos principios de justicia o reglas que este autor llama éticas que si encajan claramente en el objeto de este estudio.

Por otra parte, el profesor SANTAMARIA PASTOR, que prefiere no decantarse acerca de la naturaleza de los principios generales del Derecho, afirma que estamos ante una categoría abierta. Efectivamente, estamos en presencia de una categoría abierta si es que ponemos en el mismo horizonte jurídico el principio de la capitalidad de la dignidad humana con un principio de interpretación jurídica o con un aforismo procesal de carácter general. En mi opinión, los principios generales del Derecho son, en primera instancia, los criterios básicos sobre los que descansa la cultura jurídica característica del denominado Estado de Derecho. Y, después, a

gran distancia, los principios, en escenarios bien distintos, más allá de la propia fundamentación del sistema normativa tienen una pluralidad de significados a los que se refiere el profesor SANTAMARIA PASTOR. En este sentido, pues, no comparto la posición relativista que parte de que no existen razones abstractas para distinguir. Desde la postura relativista, pues, los principios generales del Derecho son aquellas reglas, dice SANTAMARIA PASTOR, que la *communis opinio* de los actores de un sistema jurídico, en cada momento histórico, considera efectivamente que son principios generales de Derecho. Sin embargo, desde mi punto de vista, ya reiterado con anterioridad, existen principios generales del Derecho fundamentales y principios generales derivados o de segunda categoría que, efectivamente, serían aquellos principios que atienden a la funcionalidad no esencial que SANTAMARIA PASTOR denomina función directiva general.

Hoy en día, la mayor parte de los principios generales del Derecho están recogidos en las normas escritas. Es razonable que así sea porque han calado en la conciencia jurídica general los postulados del Estado de Derecho. Pero que ello sea así no quiere decir que durante largo tiempo estos principios fueran construidos y levantados gracias al trabajo de la jurisprudencia y de la doctrina científica. Luego, pasaron a las normas hasta el día de hoy en el que, afortunadamente, los principios generales de Derecho fundamentales están explícitamente reconocidos en las Constituciones modernas de los países democráticos. En este sentido, repugnaría el sentido común jurídico general que hoy se elaborara una Constitución en la que no se encontrase el papel central de los derechos fundamentales del ser humano o el principio de seguridad jurídica.

Por tanto, entre las funciones que cumplen los principios generales del Derecho, la primera y capital se refiere a la labor de dirección general de todo el proceso de creación del Derecho, condicionando el contenido que haya de darse a las normas jurídicas en trance de elaboración (SANTAMARIA PASTOR). Las demás se reducen, y no es poco, a la función de interpretación de las normas, de integración de las lagunas del sistema normativo o a la construcción y sistematización de toda la materia jurídica en torno a directivas finalistas.

Ha sido precisamente SANTAMARIA PASTOR quien ha llamado la atención sobre la relevancia que los principios generales del Derecho juegan en el Derecho Administrativo. Realmente, si es verdad que el juego de éstos es mayor en los Ordenamientos más jóvenes puesto que no han tenido tiempo suficiente para una labor de maduración jurídica que permita recogerlo en el Derecho escrito, entonces en el Derecho Administrativo, ciertamente, los principios generales del Derecho tienen reservado un lugar de privilegio. Si convenimos en que llevamos un poco más de dos siglos de Derecho Administrativo entonces estaremos de acuerdo en que, efectivamente, en nuestra disciplina los principios son esenciales. Es más, si también acordamos que el Derecho Administrativo, como dice SANTAMARIA PASTOR, nace de los comentarios que hace la doctrina a las resoluciones del Consejo de Estado francés, entonces no tendremos más remedio que concluir que el Derecho Administrativo es una elaboración operada casi exclusivamente a partir de principios generales, en

torno a los cuales ha ido cerrándose una tupida y extensa red de principios y reglas secundarias que han terminado por formar un sistema. Como sentencia solemnemente SANTAMARIA PASTOR, han sido los principios generales, más que las normas escritas, las paredes maestras en torno a las cuales se ha ido levantando el edificio del régimen jurídico de las Administraciones públicas. Edificio que tiene en la base, en los pilares, los postulados del Estado de Derecho que, como es bien sabido, han precipitado en un conjunto de principios generales que son los que marcan el rumbo a toda Administración que pretenda cumplir con su función constitucional de servicio objetivo a los intereses generales. El Derecho Administrativo, bien podría decirse, que nace de la mano de un conjunto de principios que hacen de él un Derecho diseñado para que el poder público se ejerza de acuerdo con el Estado de Derecho.

Hoy, doscientos años después, la realidad normativa ha superado cualquier previsión en lo que a cantidad, y calidad, se refiere. Estamos invadidos por toda clase de normas, estamos inundados de normas para todo y por todo. Es el reino de la hiperactividad normativa en el que es menester, como también señala SANTAMARIA PASTOR, aferrarse a los asideros seguros desde los que se pueda mantener el destino de la nave del Derecho Administrativo hacia puerto seguro. Pues bien, el timón del sistema normativo del Derecho Administrativo, hoy más que nunca, debe estar bien orientado hacia esos principios generales del Derecho que he denominado fundamentales.

3. ÉTICA, VALORES Y PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

El artículo 1.1 de la Constitución dispone que España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su Ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político. Este precepto, como bien sabemos, expresa los principios centrales que presiden el régimen jurídico constitucional. Son, por ello, los vectores y postulados generales sobre los que se asienta la cultura jurídica universal que trae causa del Estado social y democrático de Derecho, que es el modelo constitucional de Estado en que hoy toma forma el denominado Estado de Derecho. En efecto, los principios de libertad, justicia, igualdad y pluralismo traen causa de la cláusula del Estado social y de democrático de Derecho. Tal cláusula engloba las del Estado de Derecho, del Estado social y del Estado democrático. Es decir, los principios de legalidad, reconocimiento de los derechos fundamentales de la persona, separación de poderes, solidaridad y participación son principios rectores del Ordenamiento jurídico, social y económico. De ellos, además, se derivan, de acuerdo con el artículo 9 de la Constitución, los principios de sujeción de los ciudadanos y los poderes públicos a la Constitución y al resto del Ordenamiento jurídico, de jerarquía normativa, de publicidad de las normas, de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, de seguridad jurídica, de responsabilidad y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

En el artículo 1 se encuentran los valores superiores del Ordenamiento jurídico, valores que, como su propio nombre indica, discurren en el mundo de la ética, de la

axiología que, a su vez, desencadenan los principios del 9.3, unos fundamentales y otros derivados. Los valores superiores, que son también principios, en este caso fundamentales, constituyen corolarios necesarios de la idea de Estado social y democrático de Derecho. Son, insisto, los principios generales del Derecho fundamentales: principio democrático, principio de centralidad de la dignidad del ser humano, principio de participación, principio de libertad, principio de igualdad, principio de justicia, principio de solidaridad, principio de pluralismo, principio de seguridad y principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Estos principios, en el plano del Derecho Administrativo, dan lugar, a su vez, a otros que siguen siendo fundamentales en la materia. Tales serían el principio de buena fe, el principio de racionalidad, el principio de objetividad, el principio de la buena Administración, el principio de sometimiento de la Administración a la Ley al Derecho o el principio de confianza legítima entre otros. En estas líneas, por razón de espacio, me voy a referir únicamente a algunos: centralidad de la condición humana, buena fe, confianza legítima, seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad.

Llegados a este punto, podríamos cuestionarnos acerca de la relación entre Ética, Moral y Derecho. Tema de gran e indudable interés académico que, además, incide de manera sobresaliente sobre la realidad. Mucho se ha debatido sobre la cuestión y no es del caso intentar siquiera una breve exposición esquemática de las distintas opiniones y tesis manifestadas a lo largo de los siglos. Parece razonable que me limite a lo que pueda tener una relación más directa e inmediata con el contenido de este epígrafe. En ese sentido, convendría centrarse en la realidad constitucional española tal y como venimos haciendo sin perder de vista que por encima y por debajo de la Norma de las Normas existen principios, parámetros generales que como precipitados de la cultura jurídica universal del Estado moderno constituyen señales indelebles de la aspiración a la justicia que ha de caracterizar el funcionamiento y la actuación de todos los poderes públicos sin excepción. Entre ellos, los derechos fundamentales de la persona ocupan un lugar bien destacado.

La relación entre Ética y Derecho, para el tema que nos ocupa, ha sido reflejada por el propio Tribunal Supremo español en la sentencia de 13 de julio de 1982. Los valores superiores del Ordenamiento jurídico discurren por la senda de lo que podríamos denominar Ética jurídica, de forma y manera que el solar ético es bien importante en materia de Derecho Administrativo, no sólo porque obviamente el ejercicio del poder público haya de conducirse por estos derroteros, sino porque la permanencia de los valores superiores es la garantía de que el Ordenamiento jurídico en su conjunto se inspire en los que hemos llamado principios generales fundamentales.

En efecto, la sentencia citada señala que las invocaciones a la Ética y a la Moral son merecedoras del máximo respeto “puesto que nunca es más noble la función de los Tribunales que cuándo ésta se desarrolla aplicando el Derecho sobre bases éticas, ya que existe una Ética jurídica, que no es, ni más ni menos, que una sublimación del Derecho”. El Tribunal Supremo, además, entiende que la Ética no es fuente del Derecho, sino un “simple estímulo vigorizante de la aplicación de éste”.

El Tribunal Supremo señala, pues, que el Derecho ha de moverse sobre un suelo sólido y firme, que no es otro que el de la Ética, Ética jurídica que, en la materia que tratamos, se encuentra representada por los principios generales del Derecho de carácter fundamental. La mayor parte, como hemos indicado, están recogidos en la Constitución y responden al nombre de valores superiores del Ordenamiento jurídico. Además, la Ética, que no es fuente del Derecho, es elemento vigorizador, vivificador, robustecedor del Derecho. Los principios generales del Derecho, por tanto, son la atmósfera que preside la vida de las normas, el oxígeno que respiran, el solar por el que se mueven y un estímulo que las vigoriza y las fortalece en todo momento. Si renunciamos, pues, a los principios generales del Derecho condenamos a las normas a su degradación y perversión, algo que hoy está bastante de actualidad al haber vencido una idea utilitaria, de uso alternativo, que pone al servicio del poder las normas y los principios y no al revés.

Unas líneas sobre unos de los principios generales del Derecho más relevantes. Me refiero a los derechos fundamentales de la persona, a la centralidad de la dignidad humana. En su origen, los derechos fundamentales se concebían como auténticos límites frente al poder público. Es decir, imponían un ámbito de libre determinación individual completamente exento del poder del Estado. Esta dimensión de los derechos fundamentales era la lógica consecuencia del establecimiento de los postulados del Estado liberal de Derecho en el que el sistema jurídico y político en su conjunto se orientará hacia el respeto y la promoción de la persona humana en su estricta dimensión individual. Sin embargo, el tránsito del Estado liberal de Derecho al Estado social ha traído consigo una nueva dimensión del papel y funcionalidad de los derechos fundamentales. Nueva orientación que encuentra su apoyo en la superación de la clásica emancipación entre Estado y Sociedad. Ya no son, los derechos fundamentales de la persona únicamente barreras a la acción de los poderes públicos. Más bien, se configuran como un conjunto de valores o fines directivos de la acción positiva de los Poderes Públicos. En otras palabras, el Derecho Público del Estado social debe orientarse hacia su realización efectiva. El artículo 9.2 de la Constitución, como sabemos, manda a los poderes públicos que promuevan las condiciones necesarias para que la libertad y la igualdad de los ciudadanos y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas, removiendo los obstáculos que impidan su cumplimiento.

El Tribunal Constitucional español ha precisado con claridad el alcance y la trascendencia de los derechos fundamentales como elementos clave del Ordenamiento que informan el entero Ordenamiento jurídico. y, en este sentido como principios informadores, lo que ratifica su consideración de principios generales del Derecho de naturaleza fundamental. Así, por sólo citar algunos de sus pronunciamientos más importantes, resulta que constituyen “la escena misma del régimen constitucional” (Sentencia de 21 de febrero de 1986), “son de aplicación directa, sin que sea necesaria para su efectividad un desarrollo legislativo”, “son los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son la expresión jurídico de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización

jurídica y política” (Sentencia de 11 de abril de 1985), y, también, resulta que los derechos fundamentales “constituyen el fundamento mismo del orden político-jurídico del Estado en su conjunto”(Sentencia de 14 de julio de 1981).

Los derechos fundamentales, desde la óptica subjetiva, ponen de manifiesto que, como señala DOEHRING, que el mantenimiento de la libertad se erige en fin del mismo Estado, lo que implica además de evitar intervenciones arbitrarias o irracionales del poder público, una actitud positiva del legislador y de los poderes públicos que haga posible la realización de dicho fin y asegure en la práctica la efectividad real de los derechos fundamentales. Principio de efectividad que es una de las auténticas manifestaciones de la “vis expansiva” de la interpretación de los derechos fundamentales y que se encuentra reconocido, insisto, en el artículo 9.2 de la Constitución española cuándo dispone que, en efecto, los poderes públicos han de crear las condiciones para que la libertad y la igualdad de los ciudadanos y de los grupos en que se integran sea real y efectiva.

El Derecho Público, por tanto, encuentra su razón de ser constitucional en la promoción de los derechos fundamentales, ya que como señala también el citado artículo 10.1 de la Constitución española, “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.

En otras palabras, el artículo 9.2 de la Constitución es un precepto que compromete la acción de los Poderes Públicos. Como señala GARCIA DE ENTERRIA, la operatividad de los derechos fundamentales de la persona se orienta hacia la organización de prestaciones positivas del Estado a favor del ciudadano “que hagan permanentemente posibles su existencia, su libre desarrollo y el mantenimiento de su papel central en el sistema”.

El artículo 10.1 de la Constitución española concibe el libre desarrollo de la personalidad como uno de los fundamentos del orden político y de la paz social. Por tanto, el Estado social y democrático de Derecho debe posibilitar a cada persona el ejercicio de la libertad solidaria. Se trata, pues, de garantizar la “igualdad de oportunidades”: igualdad de todos los españoles ante la Ley con garantía de los mismos derechos fundamentales, lo cual puede conseguirse a través de la participación de los ciudadanos, con los mismos derechos fundamentales, en el control inmediato del funcionamiento del sistema político al servicio del interés general.

También es útil a los efectos de estos comentarios la referencia a la igualdad como prohibición de la arbitrariedad tal y como señala la doctrina del Tribunal Constitucional Alemán pues, según DOEHRING, trae consecuencias para el concepto de libertad ya que ésta existirá “en cuanto su ejercicio no conduzca a la arbitrariedad”. Por eso, la igualdad como elemento del “libre desarrollo de la personalidad” debe entenderse dentro de la libertad, lo que significa el derecho de los ciudadanos a ser libres del mismo modo. Es decir, posibilitar el “libre desarrollo de la personalidad, la dignidad de la persona, los derechos inviolables, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás” del mismo modo para todos los españoles. Otra cosa será la concreta manera en que cada ciudadano decida plantear el ejercicio de su libertad

solidaria en cada momento. Lo relevante, insisto, es que el Estado facilite el marco para el ejercicio de la libertad solidaria por los ciudadanos.

Ética y Derecho, ni se oponen ni se identifican. La Ética constituye el humus, el oxígeno en el que se desenvuelve un Ordenamiento digno de tal nombre. El problema. El gran problema que nos encontramos hoy con gran frecuencia es el de la huida del Derecho de la Ética. O lo que es lo mismo, el advenimiento de un nuevo positivismo que desnaturaliza el sentido del Derecho entregándolo a la arbitrariedad y a un poder sin límites que hoy pretende erigirse en la referencia y la medida de todas las cosas. En el Derecho Administrativo moderno, los principios generales del Derecho impiden tal operación y, en sentido positivo, garantizan un ejercicio del poder con arreglo a cánones y patrones de proceden de la Ética y que tomen cuerpo jurídico en forma de principios generales del Derecho.

4. EL PRINCIPIO DE BUENA ADMINISTRACIÓN Y SUS COROLARIOS

Tras la aprobación de la Carta Europea de los Derechos fundamentales en el año 2000, el 6 de diciembre, contamos con un nuevo derecho fundamental en el espacio europeo: el derecho a la buena Administración. Derecho que también tiene una dimensión de principio. Es más, probablemente su formulación como derecho fundamental se produce tras haber comprobado la trascendencia de un principio general del Derecho tan relevante como el de la prohibición de la arbitrariedad en su vertiente positiva. Como más adelante estudiaremos, el principio de la interdicción de la arbitrariedad, con reflejo constitucional en el artículo 9.3, ofrece una perspectiva en positivo que es el principio de racionalidad o el principio de objetividad, principios que tienen en el campo del Derecho Administrativo una trascendencia indudable.

En este sentido, por ejemplo, razona el propio Tribunal Supremo en su sentencia de 11 de junio de 1991 a partir del principio de interdicción de la arbitrariedad cuando afirma que este principio “aspira a que la actuación de la Administración sirva con racionalidad los intereses generales —artículo 103.1 de la Constitución— y más específicamente que esa actuación venga inspirada por las exigencias de los principios de buena administración”. Por tanto, los principios o el principio de buena administración se derivan del principio de racionalidad y objetividad de acuerdo con el que debe conducirse la Administración en sus relaciones internas y en sus relaciones con los ciudadanos. En esta sentencia se trataba de resolver acerca de un recurso en materia de contratación local en el que existía una cierta igualdad entre los oferentes en lo que se refería a la acreditación de las bases del concurso con excepción del precio. El Tribunal Supremo, amparándose en la doctrina del principio de buena administración, entiende que cuando se produce la referida igualdad “los principios de buena administración imponen una decisión basados en criterios económicos: en igualdad de alto grado de capacitación, experiencia y medios suficientes para realizar una obra, la racionalidad de los principios de buena administración exige la

elección de la mejor oferta económica, al menos cuando no se invoca razón alguna para apartarse de esa solución. No entenderlo así implica una vulneración de las exigencias del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.

El principio de buena administración, que implica obligaciones para la Administración, analizado desde la perspectiva de los derechos de los usuarios de los servicios públicos, o de los ciudadanos en general, supone que los asuntos públicos, como dispone el artículo 41 de la Carta Europea anteriormente citada, sean tratados equitativamente, objetivamente y en plazos razonables. Si a esta consideración general incorporamos las referencias constitucionales de aplicación, podríamos señalar que ese principio de buena administración, que ha de proyectarse sobre aspectos concretos dotados de la racionalidad que es inherente al funcionamiento de la Administración pública en un Estado social y democrático de Derecho, puede circunscribirse, por ejemplo, a la obligación de la Administración de promover los derechos y libertades ciudadanas (artículo 9.2), de actuar de acuerdo con la centralidad de la dignidad del ser humano (artículo 10.1), de evitar la indefensión como consecuencia de la ejecutividad de las actuaciones administrativas (artículo 24.1), de actuar con criterios de eficiencia y economía en el gasto (artículo 31.2), de impregnar las decisiones administrativas en los principios rectores de la política económica y social (artículo 53.2), de servir con objetividad los intereses generales (artículo 103.1) y de someterse a la ley y al Derecho (artículo 103.1).

Estos principios, como es lógico, se derivan del fundamental criterio de la racionalidad y objetividad connatural a la Administración en un Estado de Derecho. De ahí, el mandato de actuar en esta dirección y, en sentido contrario, la prohibición de la arbitrariedad que, como sentenció hace mucho tiempo John LOCKE, es la ausencia de la racionalidad. De este capital principio penden, obviamente, el conjunto de obligaciones que con carácter general caracterizan la posición de la Administración en el Estado de Derecho. Se trata, pues, de un principio fundamental que trae su causa del sometimiento de la Administración al Derecho, que requiere del aparato administrativo adecuación a los principios generales, entre los que se encuentra, en sentido, negativo, el principio de interdicción de la arbitrariedad y, en sentido positivo, el principio de racionalidad, congruencia y objetividad, corolarios de la cláusula del Estado de Derecho que, como todos sabemos, implica en materia de Derecho Administrativo, pasar de la subjetividad a la objetividad como paradigma o canon general de funcionamiento de los poderes públicos.

El principio de racionalidad, objetividad o congruencia con el interés general adquiere, como veremos más adelante, una significación especial cuando se trata del ejercicio de potestades o poderes administrativos calificados de exorbitantes o extraordinarios. En estos casos en los que se operan auténticos poderes discrecionales es más importante, si cabe, la exigencia de objetividad. El Tribunal Supremo ha llegado a afirmar, en sentencia de 2 de noviembre de 1991, que la Administración, en este caso la local, que disfruta de potestades y prerrogativas está obligada, por ellos mismos, a “seguir una conducta de ejemplaridad y de buena fe”. Principio de buena fe al que, a continuación, dedicaremos un epígrafe especial.

5. EL PRINCIPIO DE BUENA FE

En efecto, el principio de buena fe es uno de los principios generales del Derecho más estudiados porque plantea el alcance y los límites de las conductas que son propias a los sujetos en las relaciones jurídicas, sean éstas públicas o privadas. En el caso del Derecho Público, la exigencia de la buena fe se entiende bien precisamente por la naturaleza de los poderes que ejerce la Administración y por su especial misión de servicio objetivo al interés general. Efectivamente, no es posible comprender un servicio objetivo al interés general si no es de acuerdo con la buena fe. Buena fe que, además, el legislador español ha introducido en el año 1999 en la reforma que entonces se hizo de la ley de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común y que a mí me tocó el honor de dirigir desde el ministerio de las Administraciones públicas como subsecretario. El hoy artículo 3.1 “in fine” señala que las Administraciones públicas deben respetar en su actuación los principios de buena fe y confianza legítima”.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo es bien clara en la materia, habiendo declarado por resolución de 18 de febrero de 1992 que uno de “los principios que informan el Ordenamiento jurídico es el de que los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe —artículo 7.1 del título preliminar del Código Civil—, que se infringe o falta, como dice la sentencia de la sala primera del Tribunal Supremo de 29 de enero de 1965 cuando se finge ignorar lo que sabe..., se realiza un acto equívoco para beneficiarse intencionadamente de su dudosa significación o se crea una apariencia jurídica para contradecirla después en perjuicio de quien puesto su confianza en ella. La jurisprudencia contencioso-administrativa ha venido haciendo frecuente uso de este principio general, en campos distintos como el de las notificaciones, los contratos administrativos, la expropiación forzosa... declarando que el principio de la buena fe es inspirador tanto para los actos de la Administración como para los actos del administrado (sentencia de la sala cuarta de 23 de enero de 1976)”.

Esta sentencia pone de manifiesto dos cuestiones que conviene subrayar, siquiera sea brevemente. La primera se refiere a que los principios generales del Derecho son la atmósfera en la que viven y se desarrollan las normas jurídicas, sean del mundo del Derecho Privado, sean del mundo del Derecho Público. La unidad del Derecho y las exigencias de que la justicia resplandezcan en el Ordenamiento jurídico en su conjunto explican que para el Derecho Administrativo los principios generales adopten expresiones adecuadas a su propia naturaleza pero vinculados a la idea de la justicia. En este sentido, hay principios que presiden las actuaciones de los sujetos de la relación jurídica, sea esta pública o privada. Uno de ellos es el principio de buena fe, que está previsto en el artículo 7.1 del Código Civil y que, en materia de Derecho Administrativo es, si cabe, de mayor alcance que en el Derecho Privado. Por una razón elemental: porque para el Derecho Administrativo Constitucional, la Administración debe cumplir sus funciones en el marco del servicio objetivo al interés general. Esa objetividad, esa racionalidad, esa coherencia o congruencia que vincula la acción de la Administración reclama de ésta que actúe siempre en

el marco de la buena fe. Buena fe de la que se deduce otro principio relevante del Derecho, hoy de gran actualidad en el Derecho Administrativo como es el principio de confianza legítima.

En segundo lugar, la evolución jurisprudencial del principio de buena fe demuestra hasta que punto ha sido fundamental la jurisprudencia contencioso administrativa en orden a la recepción en la legislación de estos principios. En este sentido puede afirmarse que así como el reconocimiento legal del principio de confianza legítima se debe a la jurisprudencia comunitaria, la carta de naturaleza legal del principio de la buena fe en el Derecho Administrativo es la consecuencia del sentido de la anticipación y de vanguardia que ha caracterizado, en este como en otros temas de todos conocidos, a la jurisprudencia contencioso administrativa española.

6. EL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA Y EL PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA

El principio de seguridad es, junto a la libertad y la justicia, uno de los tres criterios rectores que el preámbulo de la Constitución cita expresamente. Además, el artículo 9.3 de la Carta Magna lo incluye entre los principios jurídicos que la Constitución reconoce. Se trata de un principio básico del Estado de Derecho pues, en su virtud, el Ordenamiento jurídico es de aplicación a todos los operadores jurídicos, se reforma o modifica en atención a reglas conocidas y, fundamentalmente, dota al tráfico jurídico de un ambiente de estabilidad, certeza y previsibilidad que facilita la convivencia armónica y congruente.

En efecto, el Tribunal Supremo acaba de sentenciar el 14 de febrero de 2007, que el principio de confianza legítima, corolario necesario del principio de buena fe “proporciona el marco de actuación de los particulares en sus relaciones con los poderes públicos administrativos y se caracteriza por las notas de previsibilidad y seguridad jurídica, cuya normatividad en nuestro Ordenamiento jurídico subyace en las cláusulas del artículo 103 de la Constitución”. Por sentencia de 24 de mayo de 1979, el Tribunal Supremo, en un caso de urbanismo en el que se discutía un problema de hechos consumados, no dudó en afirmar que uno de los principios inspiradores de esta realidad normativa es el de estabilidad jurídica junto a la seguridad jurídica: “la ordenación del derecho de edificación debe realizarse de manera unitaria y coordinada a través de una meditada planificación que contemple de manera objetiva todos los intereses públicos y privados en juego y no mediante un acto aislado, inconexo o fragmentario que entraña una importante y grave modificación de una norma legal limitativa de aplicación general y autoriza fuera de ella una edificación singular que, como todas las de esta naturaleza, plantea importantes complejidades urbanísticas, deroga el principio de igualdad ante la ley, y los de estabilidad y seguridad jurídicas de la ordenación urbanística”.

La seguridad jurídica se refiere a la existencia de reglas ciertas de Derecho que contribuyan a que los operadores jurídicos sepan en todo momento a que atenerse. Es verdad que el principio de continuidad del Ordenamiento o el principio de

conservación del Derecho son derivaciones del principio de seguridad jurídica. Sin embargo, una perspectiva dinámica del principio implica, como dispone la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 2000, que no se incluye derecho alguno a la inalterabilidad del régimen jurídico porque el principio de seguridad jurídica de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional sentada en sus sentencias 126/1987 y 182/1999 no supone la congelación o petrificación del Ordenamiento jurídico. En mi opinión, incluye la racionalidad y la objetividad, junto a la congruencia o coherencia de su reforma. Es decir, las modificaciones normativas han de realizarse de acuerdo con los procedimientos establecidos en las normas y atendiendo a circunstancias racionales y objetivas.

Un capítulo importante en esta materia es el que se refiere al principio de seguridad jurídica en el proceso de elaboración de las normas de naturaleza administrativa. Como principio general del Derecho que es, ha de informar todo el Ordenamiento, desde su nacimiento al mundo normativo hasta su aplicación o interpretación pasando por el proceso de confección o elaboración. En efecto, el propio Tribunal Constitucional ha señalado en su sentencia de 15 de marzo de 1990 que “el legislador ha de perseguir la claridad, no la confusión(...). Es relevante que los operadores jurídicos y los ciudadanos sepan a que atenerse en la relación con la materia sobre la que la ley legisla(...). Hay que buscar la certeza respecto a lo que es Derecho y no lo es y no provocar relaciones entre normas que den lugar a perplejidad respecto a la previsibilidad exigible al Derecho”.

La doctrina que sienta el Tribunal Constitucional español en la sentencia citada permite extraer el contenido constitucional del principio de seguridad: que los operadores jurídicos y los ciudadanos sepan a que atenerse porque el Derecho, en sí mismo, ha de ser previsible. Es decir, si nos situamos en el campo del Derecho Administrativo, podríamos decir, desde esta perspectiva, que una derivación necesaria de la seguridad jurídica, a su vez del principio de la buena fe, es el principio denominado de confianza legítima. Se trata de un principio de naturaleza comunitaria, en cuya virtud resulta que la Administración pública no puede modificar unilateralmente el sentido de sus decisiones de no mediar una clara y concreta justificación que lo permita. Sólo excepcionalmente, y de manera motivada, la Administración pública puede cambiar el sentido de su actuación. Lo normal será que, en efecto, la actuación administrativa siga los cánones de la continuidad de las políticas públicas o, lo que es lo mismo, que actúe de acuerdo con la objetividad, imparcialidad y congruencia propia de quien está al servicio del interés general.

El Tribunal Supremo, por sentencia de 4 de junio de 2001 estableció que “el principio de confianza legítima, relacionado con los más tradicionales, en nuestro Ordenamiento de seguridad jurídica y buena fe en la relaciones entre la Administración y los particulares, comporta, según la doctrina del TJCE y la jurisprudencia de esta sala, el que la autoridad pública no pueda adoptar medidas que resulten contrarias a la esperanza inducida por la razonable estabilidad de las decisiones de aquélla, y en función de las cuales los particulares han adoptado determinadas decisiones”. Es decir, la racionalidad, congruencia y objetividad, otros

tantos principios generales de aplicación al Derecho Administrativo conducen a exigir a la Administración una actuación acorde con las expectativas o esperanzas que ha despertado en los particulares. De lo contrario, se quebraría el principio de buena fe, el de seguridad jurídica y el de confianza legítima. El Tribunal Supremo entiende que la doctrina de la aplicación directa de los principios generales, entre ellos el de confianza legítima podría “anular un acto de la Administración o el reconocimiento de la obligación de ésta de responder de la alteración (sin conocimiento anticipado, sin medidas transitorias suficientes para que los sujetos puedan acomodar su conducta y proporcionadas al interés público en juego, y sin las debidas medidas correctoras o compensatorias) de las circunstancias habituales y estables, generadoras de esperanzas fundadas de mantenimiento”.

El Tribunal Supremo, pues, ha construido, a golpe de sentencias, el régimen de este principio señalando algunas condiciones y características necesarias para que se aplique. Las alteraciones normativas han de ser previamente conocidas por los destinatarios naturales de la norma en cuestión, han de respetar los derechos adquiridos a partir de un razonable sistema de disposiciones transitorias y deben producirse en un marco de servicio objetivo al interés general. Obviamente, la confianza legítima, como antes señalamos, no implica, ni mucho menos, la inalterabilidad del Ordenamiento, La petrificación o congelación del Ordenamiento nada tiene que ver con la confianza legítima como a veces se pretende argumentar. De alguna manera, esta sentencia del Tribunal Supremo parece entreverlo cuando señala que “ no pueden apreciarse los necesarios presupuestos de la aplicación del principio invocado en la mera expectativa de una invariabilidad de las circunstancias, y que ni el principio de seguridad jurídica ni el de confianza legítima garantizan que las situaciones de ventaja económica deban mantenerse indefinidamente estables, coartando la potestad de los poderes públicos para establecer nuevas regulaciones o para adoptar nuevos acuerdos”.

El principio de seguridad jurídica exige que las normas sean claras, precisamente para que los ciudadanos sepan a que atenerse. Cuando se fomenta la confusión, cuando se oscurece el régimen jurídico deliberadamente o se incluyen en la parte final de la norma disposiciones más bien propias del título preliminar o del preámbulo, de alguna manera se está afectando negativamente al criterio jurídico de la seguridad jurídica, medida que nos da la intensidad y autenticidad del Estado de Derecho en cada país, en cada sistema jurídico.

En España tenemos que considerar un factor que complica la tarea. Me refiero a la pluralidad de centros de producción normativa que ha traído consigo la descentralización política de la Constitución de 1978. Ahora tenemos numerosos Parlamentos y Gobiernos y Administrativos que producen leyes y normas administrativas. Se han multiplicado, pues, los centros de producción normativa y las propias normas. Además, coexisten diferentes grados e intensidades de intervención normativa sobre una misma materia en función de la naturaleza de la competencia que se tenga, que puede ser compartida o concurrente en muchos casos.

En este contexto, también debemos tener presente que la racionalidad política domina la racionalidad jurídica y normativa y que tantas veces el Derecho es reducido,

nunca mejor escrito, a mera forma, a seguimiento de unos cauces procedimentales y poco más. Así, llegamos a un fenómeno hoy sorprendentemente frecuente: el uso alternativo del Derecho que, para el tema que nos ocupa podríamos denominar uso alternativo de la técnica normativa. Es decir, las reglas que la racionalidad y el buen sentido jurídico dicta para la elaboración de las normas deben estar al servicio del poder. Así se explica, por ejemplo, que los criterios, las directrices de técnica normativa todavía no dispongan de eficacia jurídica. De ser así, por ejemplo, las reglas sobre la parte final de las normas terminarían por destruir el ejercicio de ambigüedad y confusión que tantas veces deliberadamente reina en las disposiciones finales, adicionales y transitorias de tantas normas.

La seguridad jurídica y la certeza de las normas son dos parámetros básicos del Estado de Derecho. Es más, el grado y la intensidad del Estado de Derecho mucho tiene que ver con el grado y la intensidad con que la seguridad y la certeza jurídica resplandecen en el panorama normativo. Sin embargo, no deja de llamar la atención que habiendo aumentado afortunadamente los estudios, reflexiones y comentarios sobre técnica normativa, y que disponiendo, como disponen, los Parlamentos y los Gobiernos y Administraciones de personal bien formado en la materia, la realidad es que el rigor y la calidad de las normas brillan por su ausencia. El problema radica en dotar de sustancialidad, de materialidad a lo que para algunos no es más que mera forma, mero procedimiento al servicio del poder.

Otra paradoja que nos ofrece la realidad normativa se refiere a que, aún habiendo aumentado el número de las normas, nos encontramos con no pocas materias en las que persisten lagunas y en algunos supuestos falta la necesaria regulación que afiance la seguridad y la certeza jurídica.

En un Estado compuesto como el español es muy importante individualizar con precisión los títulos jurídicos en los que el Estado y las Comunidades Autónomas fundamentan su potestad legislativa. Desde esta perspectiva, no está de más señalar que el Estado, en efecto, tendrá, en las materias expresamente atribuidas por la Constitución a su competencia, la facultad de sentar las bases, la regulación general de ciertos sectores del Ordenamiento relacionado con lo que hoy podríamos denominar desde la ciencia de la administración políticas públicas de equidad y solidaridad, economía general, relaciones internacionales, seguridad general o defensa. En cambio, las Autonomías territoriales, Comunidades Autónomas y Entes locales, disponen de competencias orientadas sobre todo a la gestión y ejecución de las principales materias conectadas con los aspectos más conectados con la vida diaria y cotidiana de los ciudadanos.

A la hora del desarrollo de la potestad normativa, los centros de producción normativa han de tener presente que existen una serie de parámetros constitucionales que configuran la acción del Estado. Me refiero, además de la seguridad jurídica, a los llamados valores superiores del Ordenamiento jurídico y, como no, a la centralidad de los derechos fundamentales, a los principios rectores de la política económica y social y sobre todo a la denominada función promocional de los poderes públicos tal y como está regulada en el artículo 9.2 de la Constitución: los

poderes públicos deben promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social. Este ha de ser el espíritu que debe latir en los contenidos de las normas producidas en el Estado social y democrático de Derecho en el que vivimos, algo que contrasta con el constante proceso de vaciamiento de las principales a que nos vienen sometiendo algunos gobiernos, más pendiente de entorpecer y limitar los derechos ciudadanos que de pensar en el conjunto de la sociedad.

La seguridad y la certeza jurídica nos conducen a la postulación de unas necesarias condiciones de inteligibilidad, de conocimiento y entendimiento de las normas que, a su vez, nos plantean que las normas han de ser claras en la semántica y en el estilo de redacción, además de transparentes. El lenguaje normativo no puede ser contrario al lenguaje común. El lenguaje común juridificado mucho tiene que ver con el entendimiento general de las normas, algo que la técnica normativa no puede olvidar porque si las normas no las entienden ni siquiera a quien van dirigidas entonces bien se puede decir que no tienen sentido alguno.

La técnica normativa, tal y como hemos comentado anteriormente, también trata de la integración de las normas en un Ordenamiento jurídico unitario, abierto y continuo. Unitario porque el Ordenamiento jurídico consiste un único sistema, con subsistemas, pero un sistema con reglas y principios en los que existen diferentes partes y componentes que se insertan armónicamente de acuerdo con las más elementales exigencias de la lógica y la racionalidad. Es abierto porque continuamente unas normas salen y otras entran, unas son reformadas y otras son derogadas. Y finalmente es continuo porque existe un principio de conservación del Ordenamiento que postula la existencia de un continuo de reglas y principios que son precisamente la expresión del Derecho como camino hacia la justicia.

7. EL PRINCIPIO DE INTERDICCIÓN DE LA ARBITRARIEDAD

El principio general de racionalidad, cada vez de mayor actualidad, se encuentra regulado “a sensu contrario” en el artículo 9.3 de la Constitución cuando se proscribe la arbitrariedad. Principio que también se deduce del principio propio de funcionamiento de la Administración pública en un Estado de Derecho: servicio objetivo al interés general. La objetividad, la racionalidad, la congruencia entre el fin de interés general y los actos de la Administración son principios que, a su vez, son consecuencia del sometimiento pleno de la Administración, como también dispone el artículo 103 de la Constitución, a la Ley y al Derecho. El Derecho es, o debe ser, expresión de racionalidad en el marco de la justicia. Pues bien, desde este punto de vista, el principio de racionalidad, o de prohibición de la irracionalidad, que eso es esencialmente la arbitrariedad, ha sido objeto de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en muchas ocasiones.

En concreto, la diferencia entre discrecionalidad y arbitrariedad es bien clara para nuestros Tribunales. En este sentido, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Illers Balears señaló en su sentencia de 5 de febrero de 1994 entiende que la discrecionalidad “viene respaldada por una determinada fundamentación, bien que una cosa puedan ser las razones exteriorizadas y otra muy distinta las razones mismas. Por eso la revisión jurisdiccional ha de penetrar hasta las entrañas de la decisión para examinar los hechos que la determinan y su uso proporcionado y racional. Por tanto, la primera consecuencia de a extraer de la interdicción de la arbitrariedad es la necesidad insoslayable de valorar la racionalidad de la medida.”

La fundamentación de la decisión administrativa de que se trate en cada caso, en supuestos de ejercicio de poderes discrecionales es además de legalmente exigible (art. 54 de la ley de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común) racionalmente imprescindible. El Tribunal de Illers Balears señala en la sentencia que “resulta de trascendencia indudable el proceso lógico que conduce a la decisión. Y para que se pueda apreciar judicialmente dicha argumentación, dicha racionalidad, es necesario, sigue diciendo el superior Tribunal de Baleares, “la aportación por la Administración al expediente de la acreditación de que la decisión se apoya en una realidad fáctica que garantice la legalidad y oportunidad de la misma y su engarce con los motivos y fines que la justifican. Por tanto, en concordancia con el principio de objetividad de la actuación administrativa —artículo 103 de la Constitución— el expediente debe reflejar los fundamentos de la decisión en forma asequible para la revisión jurisdiccional”.

La atenta lectura de este fallo judicial nos acerca a la profunda relación que existe entre motivación, racionalidad, objetividad y realidad. Hasta tal punto esto es así que bien puede afirmarse que la ausencia de racionalidad, de realidad, de objetividad y motivación en una decisión administrativa discrecional la convierte automáticamente en arbitraria. Y una decisión arbitraria es, por naturaleza, una decisión que impide una adecuada defensa del destinatario del acto o norma de que se trate, una decisión irracional. Por eso el Tribunal Superior de Justicia de Illes Balears señala en su pronunciamiento que “al faltar en el expediente acreditación suficiente de tales extremos, la verificación de la decisión se ve afectada y, con ello, la efectividad de la tutela judicial para los afectados”. Es decir, el principio de la tutela judicial efectiva, de tanta aplicación en el Derecho Administrativo, que también es derecho fundamental de la persona, tiene una muy especial vinculación, como no podías ser de otra manera, con el principio de interdicción de la arbitrariedad.

8. REFLEXIÓN CONCLUSIVA

Este manual no puede abordar todos y cada uno de los principios generales del Derecho que ha ido modulando y en ocasiones construyendo la jurisprudencia (sentencia del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 2002). Por ejemplo, hay principios como el de que nadie puede ir contra sus propios actos que goza de favor jurisprudencial y que se aplica con mucha frecuencia por el Tribunal Supremo. Es un principio, éste,

como el de transparencia (sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2001) que constituyen consecuencias del principio de racionalidad en último extremo. En el mismo sentido estaría el principio de que quien es causante de la oscuridad o de la duda no puede beneficiarse de ella expresado con el rótulo romano “*propiam turpitudinem alegans non auditor*”, principio, este último, que, como señala la sentencia de 14 de noviembre de 1980, surge de la práctica del derecho formulario romano, en el que se introdujo la “*exceptio doli*”, la excepción romana por excelencia, instrumento procesal que hábilmente manejado por los juristas, con la mira puesta en la equidad, fue desalojando de sus posiciones al tradicional derecho estricto.

En esta sentencia, además, encontramos una interesante reflexión acerca de la virtualidad operativa de los principios generales del Derecho. Tras recordar, de acuerdo con lo prescrito por el Código Civil, que los principios son fuente del Derecho y tras precisar que tienen naturaleza de elementos informadores de todo el Ordenamiento jurídico, el Tribunal Supremo afirma algo que es esencial, que los principios sirven sin duda de “elemento corrector de injusticias manifiestas y de soluciones absurdas y contrarias al Derecho natural”. Volvemos por tanto a las primeras reflexiones del epígrafe. Los principios son más importantes de lo que parecen. No son sólo fuente objetiva del Derecho, son, además de elementos informadores del Ordenamiento, los argumentos que el Derecho tiene para evitar que las normas produzcan soluciones injustas manifiestas y absurdas. Por eso el jurista debe conocer y manejar con soltura los principios, porque busca la justicia y porque se mueve en los parámetros, sobre todo el *iusadministrativista*, de la racionalidad, de la objetividad y de la realidad. Las normas han de ser racionales, los poderes públicos han de operarse con racionalidad. Y, hoy, uno de los desafíos de la racionalidad más importante que tiene la mujer y el hombre del Derecho, es la lucha por los derechos fundamentales de la persona, por la separación de los poderes y por el principio de legalidad en un marco de justicia. Hoy, el Estado de Derecho está en juego en muchas partes del mundo y los principios del Derecho, junto al principio de legalidad, son los instrumentos para que la Administración de verdad actúe sometida a Derecho.

V.

EL PRINCIPIO DE SEGURIDAD
JURÍDICA Y LA ELABORACIÓN
DE LAS NORMAS JURÍDICAS

Los principios generales del Derecho son fuentes del Derecho, y por tanto, también del Derecho Administrativo, ya lo hemos comentado. En un sistema normativo que bebe en las fuentes de un positivismo jurídico ya superado por la realidad y la aspiración a la justicia, los principios adquieren especial relevancia en la medida que son el alma de la racionalidad jurídica, en la medida en que a su través es posible aspirar a cánones de justicia material que impidan la dictadura del formalismo jurídico. En este sentido, ocupan un lugar destacado en el Derecho Administrativo cómo expresiones que son de la centralidad que ocupa la persona y sus derechos fundamentales en el subsistema normativo del derecho Público.

Prueba de la trascendencia de los principios generales para el administrativista se encuentra, es el caso elegido, en la proyección del principio de seguridad jurídica en el proceso de elaboración de las normas jurídicas en general, y de las administrativas en particular. Tema al que me voy a referir en este epígrafe con el fin de subrayar la importancia de los principios generales del Derecho en el Ordenamiento jurídico administrativo, con especial referencia a la denominada técnica normativa, ciencia social en la que el Derecho Administrativo tiene también gran protagonismo.

La ciencia de la técnica normativa, como ciencia social que trata de la forma de elaboración de las normas jurídicas, especialmente de la ley y de las disposiciones administrativas de carácter general, tiene una profunda vinculación con uno de los principios generales del derecho más relevantes, como es el de la seguridad jurídica. Principio esencial en el Estado de Derecho en la medida que la sumisión a unas reglas de juego jurídico conocidas de antemano por todos los operadores jurídicos facilita la buena fe en el tráfico jurídico y dota a las relaciones jurídicas de la fortaleza necesaria para la armonía social.

La técnica normativa, además de regir la forma de elaboración de las normas jurídicas, ha de mantener una indisoluble alianza con los más básicos aspectos materiales de la producción del Derecho. La forma y la materia han de caminar de la mano. Si sólo subrayamos lo procedimental o si sólo nos fijamos en lo material, estaríamos ante planteamientos carentes de lógica y congruencia por lo que se refiere a que las Normas jurídicas reflejen la justicia. La unión equilibrada entre materia y forma, enseñada hace siglos por Aristóteles, tiene en el tiempo presente una gran relevancia.

Sabemos, además, que el principio de legalidad, junto a la separación de poderes y al reconocimiento de los derechos individuales constituyen la razón de ser del Estado de Derecho. En efecto, el principio de legalidad es la expresión de la voluntad general de acuerdo con la recta razón, de acuerdo con los postulados de la justicia. Quizás por ello la Constitución española de 1978 dispone en su artículo 9 que los poderes públicos y los ciudadanos estamos vinculados a la Constitución y al resto del Ordenamiento jurídico, o que la Administración pública, en el artículo 103.1 establece que está sometida a la Ley y al Derecho. Esta es una consideración bien importante que no se debe perder de vista salvo que transitemos por ese positivismo cerrado que, a la larga, trae consigo obvias agresiones a los más elementales derechos fundamentales de la persona o base de sacralizar y absolutizar la voluntad general.

En un Estado de Derecho las normas jurídicas se confeccionan para que se apliquen. Han de ser claras en lo que atiende a su rúbrica, a su objeto, a sus efectos y a

sus destinatarios. Han de ser lo más completas posibles, lo más concretas posibles y lo más concisas que se pueda. Han de estar redactadas según los más elementales cánones de la producción de normas. Es decir, han de recoger, en la medida de lo posible los patrones, las reglas propias de la mejor técnica normativa. Y la mejor técnica normativa es aquella en la que más resplandece el principio de seguridad jurídica y sus corolarios necesarios: buena fe o confianza legítima entre otros.

La técnica normativa es un arte, un noble oficio para el que es necesario disponer la necesaria preparación para que, en efecto, el producto resultante sea plenamente congruente con los criterios rectores del Estado de Derecho, entre los que se encuentra en España en el artículo 9.3 de la Constitución, el principio general de Derecho de la seguridad jurídica.

Tiempo atrás se me consultó acerca de la adecuación al Ordenamiento jurídico de un reglamento autonómico. Tras echar una mirada superficial a su articulado, me dirigí a la parte final de la norma, parte en la que más se conculcaba la seguridad jurídica. Al leer las disposiciones transitorias, caí en la cuenta de que, en efecto, se dejaba fuera de la norma un conjunto de instituciones que conforme a la situación jurídica anterior habían asumido importantes efectos jurídicos. Es decir, se trataba de una abierta y franca violación de la seguridad jurídica. Principio al que se puede atentar desde muy diferentes formas, siendo una de ellas la deficiente redacción de las disposiciones transitorias de una norma, que tantas veces da lugar a situaciones de indefensión.

Suele decirse, por los expertos en técnica normativa, que esta disciplina es sustancialmente diferente del Derecho Parlamentario y del Derecho Administrativo. Del Derecho Parlamentario porque la técnica normativa se ocupa, única y exclusivamente, de la forma de elaboración de las normas con fuerza de ley, y del Derecho Administrativo por el mismo argumento: porque solo le interesa el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas de contenido general. De todas maneras, siendo esta apreciación correcta, no lo es menos, insisto, que la técnica normativa ha de estudiarse enmarcada en la Constitución y sus principios informadores. Siendo esto así, como lo es, resulta entonces que para la técnica normativa es capital el marco constitucional, y, por lo que ahora interesa destacar, el principio general de seguridad jurídica, recogido, como sabemos en el artículo 9.3 de la Norma Fundamental.

La técnica normativa tiene como objeto material el establecimiento de las mejores reglas posibles para la mejor elaboración de las normas jurídicas de acuerdo con los postulados del Estado social y democrático de Derecho que define nuestra Constitución. Para ello, se codificarán los criterios que mejor puedan velar por la armonía, la sistemática y el rigor en la confección de las normas, pronunciándose, en este sentido, sobre la estructura, el lenguaje y la división de los integrantes del sistema normativo.

Es verdad que en muchos países, entre ellos España, las denominadas directrices de técnica normativa carecen de fuerza jurídica, no son normas jurídicas. Más bien son recomendaciones y sugerencias que el poder ejecutivo determina en orden a una más completa y perfecta producción de las normas. Entre nosotros, como ha recordado uno de los expertos en la materia, Fernando SANTAOLALLA, las actuales directrices, que son de 2005, siguen la estructura de las primeras reglas

que se conocen en la materia: las directrices de la cancillería austríaca de 1979, en las que se abordan cuestiones relativas al título, a las cláusulas de promulgación, a la división, a las citas, a las remisiones, a las modificaciones, a la suspensión, a la derogación o a las disposiciones finales, adicionales o transitorias de las normas. Cuestiones todas ellas de gran relevancia en orden a la mejor preservación posible de la seguridad jurídica. Una norma, por ejemplo, en la que la disposición derogatoria no sea clara constituye un claro atentado a la seguridad jurídica como fácilmente puede colegirse.

Cuándo de definir el objeto de la técnica normativa se trata, suele ser habitual también hacer un comentario, para distinguirla de ella, a la evaluación normativa. Ciertamente, hay quienes la distinguen y quienes piensan, bastante coherentemente, que la evaluación de las normas es parte integrante, con relevancia por supuesto, pero componente de la técnica normativa. ¿O es qué las cuestiones relativas a la eficacia, efectividad, legitimidad, proyección social o eficiencia económica no son cuestiones íntimamente ligadas a la técnica normativa?

En fin, en las líneas que siguen, trataré de vincular, en este epígrafe, la técnica normativa con la seguridad jurídica de forma y manera que el ambiente constitucional ocupe un lugar central en este trabajo. Por tanto, desde la perspectiva constitucional podríamos cuestionarnos hasta que punto se podría, por ejemplo, anular una ley por inconstitucionalidad al violar el principio de seguridad jurídica por mala técnica normativa. En otras palabras, ¿sería posible que una norma con fuerza de ley cuya redacción atentara contra la seguridad jurídica fuese declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional?

Evidentemente, la respuesta a esta pregunta sólo puede ser afirmativa. En efecto, igual que se puede declarar inconstitucional una ley que conculque el principio de interdicción de la arbitrariedad, se puede anular por vicio de constitucionalidad una ley que atente contra la seguridad jurídica, pues ambos principios de derecho están expresamente reconocidos en nuestra Carta Magna. Circunstancia que puede concurrir, por ejemplo, si es que una ley no contiene normas transitorias claras y concretas. El problema es que, según parece, todavía no está el ambiente jurídico preparado en el presente quizás debido a que como la técnica normativa no es más que un conjunto de plausibles recomendaciones sobre la mejor manera de elaborar las normas, su incumplimiento todavía no constituye una contravención de naturaleza grave aunque, en efecto, pueda conllevar a un palmario vicio de constitucionalidad por violación, repito, del principio de seguridad jurídica.

Por tanto, una primera consideración aparece como imprescindible en la materia. Qué las reglas que componen la técnica normativa dejen de ser simples y meras recomendaciones técnicas para convertirse en reglas de Derecho con fuerza de obligar y cuyo incumplimiento lleve aparejado sanciones jurídicas. Seguramente, a partir de entonces la naturaleza de la técnica normativa adquirirá nuevos contornos y será más fácil vincular la técnica jurídica a las exigencias de la seguridad y certeza jurídica.

En cualquier caso, podríamos decir que jurisprudencialmente el camino está expedito pues el propio Tribunal Constitucional ha señalado, como ya sabemos, en su

sentencia de 15 de marzo de 1990 que “el legislador ha de perseguir la claridad, no la confusión(...). Es relevante que los operadores jurídicos y los ciudadanos sepan a que atenerse en la relación con la materia sobre la que la ley legisla(...). Hay que buscar la certeza respecto a lo que es Derecho y no lo es y no provocar relaciones entre normas que den lugar a perplejidad respecto a la previsibilidad exigible al Derecho”.

La doctrina que sienta el Tribunal Constitucional español en la sentencia citada permite extraer el contenido constitucional del principio de seguridad jurídica: que los operadores jurídicos y los ciudadanos sepan a que atenerse porque el Derecho, en sí mismo, ha de ser previsible. Es decir, si nos situamos en el campo del Derecho Administrativo, podríamos decir, desde esta perspectiva, que una derivación necesaria de la seguridad jurídica es el principio denominado de confianza legítima. Se trata de un principio de naturaleza comunitaria, en cuya virtud resulta que la Administración pública no puede modificar unilateralmente el sentido de sus decisiones de no mediar una clara y concreta justificación que lo permita. Sólo excepcionalmente, y de manera motivada, la Administración pública puede cambiar el sentido de su actuación. Lo normal será que, en efecto, la actuación administrativa siga los cánones de la continuidad de las políticas públicas o, lo que es lo mismo, que actúe de acuerdo con la objetividad, imparcialidad y congruencia propia de quien está al servicio del interés general.

El principio de seguridad jurídica exige que las normas sean claras, precisamente para que los ciudadanos sepan a que atenerse. Cuándo se fomenta la confusión, cuándo se oscurece el régimen jurídico deliberadamente o se incluyen en la parte final de la norma disposiciones más bien propias del título preliminar o del preámbulo, de alguna manera se está afectando negativamente al criterio jurídico de la seguridad jurídica, medida que nos da la intensidad y autenticidad del Estado de Derecho en cada país, en cada sistema jurídico.

En España tenemos que considerar un factor que complica la tarea. Me refiero a la pluralidad de centros de producción normativa que ha traído consigo la descentralización política de la Constitución de 1978. Ahora tenemos numerosos Parlamentos y Gobiernos y Administraciones que producen leyes y normas administrativas. Se han multiplicado, pues, los centros de producción normativa y las propias normas. Además, coexisten diferentes grados e intensidades de intervención normativa sobre una misma materia en función de la naturaleza de la competencia que se tenga, que puede ser compartida o concurrente en muchos casos.

En este contexto, también debemos tener presente que la racionalidad política domina la racionalidad jurídica y normativa y que tantas veces el Derecho es reducido, nunca mejor escrito, a mera forma, a seguimiento de unos cauces procedimentales y poco más. Así, llegamos a un fenómeno hoy sorprendentemente frecuente: el uso alternativo del Derecho que, para el tema que nos ocupa podríamos denominar uso alternativo de la técnica normativa. Es decir, las reglas que la racionalidad y el buen sentido jurídico dicta para la elaboración de las normas deben estar al servicio del poder. Así se explica, por ejemplo, que los criterios, las directrices de técnica normativa todavía no dispongan de eficacia jurídica. De ser así, por ejemplo, las reglas

sobre la parte final de las normas terminarían por destruir el ejercicio de ambigüedad y confusión que tantas veces deliberadamente reina en las disposiciones finales, adicionales y transitorias de tantas normas.

En el mundo de la técnica normativa también penetra con intensidad el deseo de creciente ideologización que hoy preside frecuentemente la manera de gobernar. Proceso de politización al que prácticamente no se escapa ningún sector de actividad humana que pueda ser objeto de control. No de otra manera entiendo la sistemática negativa a dotar de eficacia jurídica a las directrices de técnica normativa. Además, si se analizan con detalle las directrices españolas de 2005 en lo relativo a la parte final de las normas se apreciará con nitidez algo de lo que se describe en este epígrafe. Ni se pone orden en el proceloso mundo de las disposiciones finales o adicionales ni se establecen indicaciones precisas para evitar algo muy nocivo para la realidad normativa: que las principales novedades de las normas jurídicas hayan de buscarse precisamente en la parte final de las normas.

La seguridad jurídica y la certeza de las normas son dos parámetros básicos del Estado de Derecho. Es más, el grado y la intensidad del Estado de Derecho mucho tiene que ver con el grado y la intensidad con que la seguridad y la certeza jurídica resplandezcan en el panorama normativa. Sin embargo, no deja de llamar la atención que habiendo aumentado afortunadamente los estudios, reflexiones y comentarios sobre técnica normativa, y que disponiendo, como disponen, los Parlamentos y los Gobiernos y Administraciones de personal bien formado en la materia, la realidad es que el rigor y la calidad de las normas brillan por su ausencia. El problema radica en dotar de sustancialidad, de materialidad a lo que para algunos no es más que mera forma, mero procedimiento al servicio del poder.

Otra paradoja que nos ofrece la realidad normativa se refiere a que, aún habiendo aumentado el número de las normas, nos encontramos con no pocas materias en las que persisten lagunas y en algunos supuestos falta la necesaria regulación que afiance la seguridad y la certeza jurídica.

En un Estado compuesto como el español es muy importante individualizar con precisión los títulos jurídicos en los que el Estado y las Comunidades Autónomas fundamentan su potestad legislativa. Desde esta perspectiva, no está de más señalar que el Estado, en efecto, tendrá, en las materias expresamente atribuidas por la Constitución a su competencia, la facultad de sentar las bases, la regulación general de ciertos sectores del Ordenamiento relacionado con lo que hoy podríamos denominar desde la ciencia de la administración políticas públicas de equidad y solidaridad, economía general, relaciones internacionales, seguridad general o defensa. En cambio, las Autonomías territoriales, Comunidades Autónomas y Entes locales, disponen de competencias orientadas sobre todo a la gestión y ejecución de las principales materias conectadas con los aspectos más conectados con la vida diaria y cotidiana de los ciudadanos.

A la hora del desarrollo de la potestad normativa, los centros de producción normativa han de tener presente que existen una serie de parámetros constitucionales que configuran la acción del Estado. Me refiero, además de la seguridad jurídica, a los

llamados valores superiores del Ordenamiento jurídico y, como no, a la centralidad de los derechos fundamentales, a los principios rectores de la política económica y social y sobre todo a la denominada función promocional de los poderes públicos tal y como está regulada en el artículo 9.2 de la Constitución: los poderes públicos deben promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social. Este ha de ser el espíritu que debe latir en los contenidos de las normas producidas en el Estado social y democrático de Derecho en el que vivimos, algo que contrasta con el constante proceso de vaciamiento de los principios a que nos vienen sometiendo los diferentes Gobiernos, más pendiente de entorpecer y limitar los derechos ciudadanos que de pensar en el conjunto de la sociedad.

Por otra parte, también hemos de mencionar el deterioro existente en lo que a la ley se refiere. Me refiero a que hoy en día el Parlamento ya no conoce de la expresión de la voluntad general sino, más bien, de regulaciones pormenorizadas y detalladas de materias que debería ser de competencia de la normación administrativa pero que vienen a la sede de la soberanía popular sencillamente porque así tales disposiciones gozan de una mayor resistencia jurídica que si fueran objeto de la potestad reglamentaria.

El Parlamento, bien lo sabemos, ya no es el centro de la vida política. El centro se encuentra en la sede de los principales partidos, desde dónde se nombran los gobiernos, los legislativos y las más altas magistraturas del poder judicial. Por tanto, es frecuente que ciertos proyectos de ley se impongan desde el poder ejecutivo, expresión y principal manifestación de la nueva centralidad política según los dictados del partido que apoya el gobierno de turno. Así las cosas, las tareas de los diputados se reducen a actividades impropias de su condición de legisladores pero que son las que interesan al partido o al dirigente que los coloca en la Cámara.

Junto al proceso de administrativización de la ley entes denunciado nos encontramos con una creciente tendencia, fruto de la centralidad del gobierno, de la reglamentación independiente, fenómeno excepcional que se convierte en ordinario cuándo el Parlamento se convierte en un poder subordinado al Ejecutivo, algo que en España en los últimos años es una triste realidad.

En este contexto general, las reglas o directrices de técnica normativa podrían ayudar a que el deterioro general dejara paso a un sistema de confección normativa en el que brillaran los principales criterios que iluminan el Estado de Derecho. Sin embargo, como es el poder ejecutivo el que tiene a su cargo dichas reglas, lo que ha hecho hasta el momento es continuar el camino emprendido, en España, en 1995, dando carta de naturaleza a toda suerte de prácticas que acaban arrumbando precisamente la seguridad jurídica y otros parámetros centrales del sistema normativo.

Sin embargo, desde la técnica normativa se puede, y se debe, trabajar a favor de la calidad en la elaboración de las normas y de su congruente articulación e integración en el Ordenamiento jurídico. En este sentido, podemos encontrar algún pronunciamiento del Tribunal Constitucional español que apunta en esta dirección: "Las normas no son

elementos aislados e incommunicables, se integran en un conjunto —Ordenamiento jurídico— en cuyo seno de acuerdo con unos principios han de resolverse los problemas” (sentencia 150/1990). Y uno de esos principios es el de seguridad y certeza jurídica que postula, como ya lo hemos señalado anteriormente, que los operadores jurídicos conozcan previsiblemente las reglas del juego, a qué atenerse.

La técnica normativa no es una ciencia social que opera sobre el vacío. El solar sobre la que asienta su operatividad es, ciertamente la Constitución. Por supuesto. Pero la Constitución, a su vez, suele ser la expresión de una determinada tradición y cultura jurídica. En el caso de nuestro país no podemos desconocer en este sentido el Derecho romano, el Derecho germánico y el Derecho francés, sin olvidar, claro está, los principios propios del Derecho español que en materia de Derecho público son de tanta relevancia. Pues bien, en este acervo de normas y principios que conforman la tradición y la cultura jurídica española se encuentran lógicamente la seguridad y la certeza jurídica como expresiones de la necesidad de que el Ordenamiento jurídico sea la manifestación de ese dar a cada uno lo suyo, lo que le corresponde, que es la esencia del Derecho. Si en el proceso de elaboración de las normas la idea de Derecho se deja arrumbar por la racionalidad técnica, la razón de Estado o la pura voluntad de poder, entonces la técnica normativa no sería más que un instrumento más del uso alternativo del Derecho en el que últimamente se está convirtiendo nuestro sistema normativo.

La seguridad y la certeza jurídica nos conducen a la postulación de unas necesarias condiciones de inteligibilidad, de conocimiento y entendimiento de las normas que, a su vez, nos plantean que las normas han de ser claras en la semántica y en el estilo de redacción, además de transparentes. El lenguaje normativo no puede ser contrario al lenguaje común. El lenguaje común juridificado mucho tiene que ver con el entendimiento general de las normas, algo que la técnica normativa no puede olvidar porque si las normas no las entienden ni siquiera a quien van dirigidas entonces bien se puede decir que no tienen sentido alguno.

La técnica normativa, tal y como hemos comentado anteriormente, también trata de la integración de las normas en un Ordenamiento jurídico unitario, abierto y continuo. Unitario porque el Ordenamiento jurídico consiste un único sistema, con subsistemas, pero un sistema con reglas y principios en los que existen diferentes partes y componentes que se insertan armónicamente de acuerdo con las más elementales exigencias de la lógica y la racionalidad. Es abierto porque continuamente unas normas salen y otras entran, unas son reformadas y otras son derogadas. Y finalmente es continuo porque existe un principio de conservación del Ordenamiento que postula la existencia de un continuo de reglas y principios que son precisamente la expresión del derecho como camino hacia la justicia.

Analicemos, a continuación, lo que se denomina, de acuerdo con la teoría de la técnica normativa, condiciones de inteligibilidad de las normas. Es decir, si la Constitución y el resto del Ordenamiento jurídico vinculan a los poderes públicos y a los ciudadanos como dispone el artículo 9.1 de la Constitución, es lógico y razonable que las normas sean redactadas en un lenguaje entendible por los destinatarios de las

mismas ya que, además, es un principio básico del Estado de Derecho que las normas jurídicas obligan sin que sea posible alegar desconocimiento. Sin embargo, a pesar de ello, y a pesar de que la técnica normativa invita a que las normas se redacten en lenguaje normativo, pero entendible, la realidad es que la mayoría de la población no alcanza a entender el significado y el contenido de las normas porque éstas siguen redactándose en un lenguaje inteligible para el común de los mortales.

Es menester, en este punto, combinar un lenguaje normativo preciso, claro y riguroso con su entendimiento general, lo que no es sencillo. Quizás si el lenguaje de la norma fuese al menos inteligible para sus destinatarios habríamos dado ya un gran paso. De lo contrario, si el pueblo no es capaz de comprender el contenido y el significado de las normas, incluso las que le son de aplicación, la seguridad y la certeza jurídica no serán más que principios formales sin contenido.

Una cuestión que se debe abordar en esta materia se refiere a la claridad semántica y a la claridad normativa. Efectivamente, cuándo de la claridad semántica se trata se debe distinguir entre lenguaje normativo y lenguaje común u ordinario, expresiones del lenguaje, que es uno, que están más relacionadas de lo que parece. Es más, la técnica normativa predica que ambas manifestaciones del lenguaje sean complementarias a la hora de la selección de los términos que van a componer el contenido de la norma. En este sentido podríamos afirmar que el propio lenguaje normativo es esencialmente la versión jurídica del lenguaje común u ordinario. ¿Por qué? Porque el Derecho es un producto cultural, no un producto técnico. Y, por lo que se refiere al lenguaje común, encontramos en él un sinfín de aforismos, dichos y refranes que son una atinada manifestación del sentido jurídico del pueblo.

Se ha afirmado, con razón, que la inteligibilidad de las normas requiere del uso de términos propios del lenguaje normativo entendibles por el pueblo, lo que es posible siempre y cuándo se busquen, y se encuentren, esas expresiones del acervo popular de profunda raigambre jurídica que demuestran que en el lenguaje común existen elementos de naturaleza jurídica cuya utilización en las normas facilitará la comprensión por la generalidad del pueblo.

Por lo que se refiere a la claridad normativa, el principio de seguridad jurídica reclama que la norma jurídica esté redactada claramente y claramente publicada, de manera que sea cierta tal y como, por otra parte, apunta la sentencia del Tribunal Constitucional español de 16 de julio de 1987. SANTAOLALLA ha señalado atinadamente que el principio general del Derecho de seguridad jurídica exige que de los términos de la norma se deduzca claramente su valor normativo, su naturaleza jurídica, su posición en el sistema de fuentes, su eficacia, su vigencia, su estructura y su publicidad.

En el caso de disposiciones administrativas, ha de quedar claro si estamos ante una norma administrativa o si nos encontramos ante un acto administrativo. La diferencia entre ambas fuentes del Derecho Administrativo sabemos que es polémica, pero de la lectura del título de la norma hemos de poder saber si estamos ante un decreto del consejo de ministros, que es una norma, o ante una orden ministerial, que para algunos es una norma y para otros es un acto administrativo. En cualquier caso, de la

redacción de la norma hemos de colegir su posición en el sistema de fuentes, bien sea para resolver los problemas de vigencia o aplicación, bien por exigencias del principio de inderogabilidad singular de los reglamentos. Igualmente, de los términos de la norma ha de poder saberse la fecha exacta de su entrada en vigor, su ámbito personal, material y territorial de aplicación y, por sobre todo, sus efectos jurídicos.

Una cuestión que la doctrina plantea con frecuencia al tratar del rango normativo se refiere a la costumbre de reproducir los términos de una norma de rango distinto sin especificación alguna sobre su vigencia o derogación, lo que sencillamente ocasiona graves problemas de seguridad jurídica. Incluso cuándo se reproducen fragmentos de una norma en otra, salvo por razones obvias, se promueve la confusión y la oscuridad, lo que debe evitarse. Es decir, como ha señalado el Tribunal Constitucional en la sentencia 40/1981, la duplicación puede conducir a error, por lo que lo más adecuado a una correcta técnica normativa es evitar esta práctica. No digamos ya lo peligroso que resulta la reproducción de normas estatales en normas autonómicas, puesto que no es difícil pensar en que a través de estos vicios se produzcan nada menos que alteraciones del orden competencial de distribución constitucional.

Por lo que se refiere a la técnica degradatoria de las normas hay que destacar la práctica unanimidad que existe en la proscripción de las cláusulas derogatorias generales implícitas, más propias de otros tiempos en los que el parque normativo era menor y de mayor calidad. Hoy, por exigencias de la seguridad jurídica, no tendría sentido alguno seguir incluyendo cláusulas del tenor siguiente: se derogan todas las normas que se opongan a lo dispuesto en el presente reglamento, por ejemplo. De proceder de esta manera se estaría provocando una grave distorsión de Ordenamiento.

La claridad en la redacción de la norma, especialmente en lo que se refiere a las cuestiones que hacen referencia al rango, derogación, efectos, dispensas, excepciones, modificaciones y vigencia de la norma, evitan el ambiente de oscuridad, opacidad y ambigüedad en el que no pocas veces caen los legisladores o administradores de nuestro tiempo. Cuándo esto ocurre, normalmente nos encontraremos ante la generación de un contexto de oscuridad o penumbra buscado por el poder para actuar sin limitaciones, sin restricciones. Es la expresión de un poder que no quiere controles y que legisla o administra persiguiendo siempre hacer su voluntad, utilizando el Derecho y la técnica normativa como meros instrumentos accidentales para consumir sus propósitos. Por eso es tan importante que las reglas o directrices de técnica normativa tengan un adecuado rango jurídico que permitan que el Derecho siga siendo un dique de contención frente a las inmunidades que busca el poder público.

En sede de principios generales sobre la o las disposiciones derogatorias, que obviamente deben ir en la parte final de la norma, nos topamos ante lo que en España se llaman leyes ómnibus o leyes de acompañamiento que aunque en la actualidad hayan perdido tal denominación, la realidad es que la fuerza de la costumbre lleva a que se hagan modificaciones o reformas normativas aprovechando las últimas leyes de cada año. Un principio de técnica normativa que hemos de seguir en la materia es que las reformas han de hacerse en la norma de referencia. Si resulta que cada año, fruto de una peculiar evaluación normativa de los ministerios, se decide acometer una serie de

reformas o modificaciones en algunas normas, la pregunta sería por qué no se busca alguna práctica parlamentaria que proceda a implementar dichas reforma con modificaciones en las leyes de referencia. De lo contrario, vamos a tener leyes de presupuestos en las que se reforma la ley tributaria, la de función pública, la de concesiones de obra pública o la de pesca marítima, por ejemplo. Ciertamente, esta inquietante práctica en la que han caído todos los gobiernos de nuestra joven democracia resulta muy nociva para la seguridad jurídica. Primero porque se hacen cambios en las normas sin una perspectiva de conjunto de la norma a reformar y, segundo, porque en unas enmarañadas y sinuosas disposiciones finales de la ley de presupuestos en las que se alteran leyes de toda clase y condición, no es fácil que prevalezca la claridad, la condición y la complitud, sino todo lo contrario, que es lo que suele ocurrir, con grave deterioro del Estado de Derecho y del Ordenamiento jurídico.

Por lo que se refiere a la formulación interna de la norma, a su estructura, son francamente atinadas las consideraciones efectuadas por el profesor Fernando SANTAOLALLA, para quien el contenido de la norma ha de ser homogéneo, completo y lógico. Caracterización que da idea de la trascendencia que tiene para la seguridad jurídica que, efectivamente, las normas cumplan dichos requisitos.

La homogeneidad se refiere a que cada norma ha de referirse a una sola materia, evitando la dispersión y la tentación de la confusión y la ambigüedad que se produce cuándo se aprovecha una norma, por ejemplo, para derogar o modificar otras. Es lo razonable, porque si se utilizan las normas única y exclusivamente para una política de reforma legislativa sin tón ni són y sin sentido, entonces una vez más las normas no son la expresión de la justicia sino un instrumento en manos del poder para que éste alcance sus objetivos. Que cada norma regule una materia es conveniente para la seguridad y la certeza jurídica como también para una más congruente y razonable tarea de interpretación o hermeneútica jurídica. En el Estado compuesto tenemos el problema de que es posible que sobre una materia hayan de coexistir desarrollos normativos diferentes. Es el caso frecuente en el Derecho español de que una materia sea objeto de la legislación básica por el Parlamento nacional y su desarrollo por normas administrativas de origen autonómico. Es tan importante esta característica de la norma que el propio Tribunal Constitucional ya ha lanzado una advertencia sobre las leyes de presupuestos que, como decimos en España, “aprovechan que el Pisuerga pasa por Valladolid” para, en el mismo viaje, modificar, a veces a fondo, otras leyes estatales. En efecto, en la sentencia 991/1987 el máximo intérprete de la Constitución señaló que esta práctica era incorrecta. Algún día, sin embargo, se tendrá que anular alguna ley que incurra en este vicio precisamente por lesión de un principio básico de relevancia constitucional, como es el principio de seguridad jurídica.

El contenido de la norma ha de ser completo. Normalmente, el título de la norma delimita el contenido de ésta, que ha de ser lo más completo posible, lo que no implica que necesariamente la complitud de la norma exija rúbricas o títulos demasiado largos, lo que, en ocasiones, no es más que el reflejo de la falta de criterio del legislador o, en otros casos, no es más que la manifestación de la confusión y ambigüedad

que tanto caracteriza la técnica normativa de nuestro tiempo. Que el contenido de la norma sea lo más completo posible, no quiere decir que sea total puesto que muchas veces la totalidad no es sino posible a través de varias normas. Piénsese por ejemplo en el sistema de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales. ¿Debe estar regulado en una sola ley? ¿No es más razonable incluir en la ley reguladora de cada jurisdicción la materia específica de la protección de los derechos fundamentales en dicho orden procesal, por ejemplo?

El contenido de la norma ha de ser lógico, congruente con los objetivos de la norma. Es decir, ha seguir un orden sistemático que ayude a la mejor comprensión del contenido de la norma. Así, siguiendo una tradición inveterada de buena técnica normativa, todas las directrices o reglas que se han ocupado, y se ocupan de esta cuestión, dicen que ha de procederse siempre de lo general a lo particular, de lo abstracto a lo concreto, de lo más relevante a lo menos importante, de lo normal a lo excepcional o, por ejemplo, de lo sustantivo a lo adjetivo. La manera lógica de ordenar sistemáticamente las normas consiste en dividir las en la parte inicial, la parte dispositiva y la parte final.

En la parte inicial se cuenta con las disposiciones generales, que son las que hacen referencia a la finalidad de la norma, el ámbito territorial, el ámbito personal, los principios inspiradores, las definiciones, si es que son imprescindibles, así como los motivos que llevan al Legislador o al complejo Gobierno-Administración a elaborar la norma en cuestión. Según la naturaleza de cada norma, en unas la parte inicial será más o menos larga, en otras habrá una amplia exposición de motivos o preámbulo.

La parte dispositiva es la parte sustancial de la norma. En ella se encuentra el régimen jurídico previsto, las cuestiones de organización, el catálogo de derechos y deberes, las obligaciones, las prohibiciones, las excepciones, las cuestiones sancionadoras o, incluso, las reformas o modificaciones normativas. Es decir, en la parte dispositiva, que será la más larga o amplia de la norma, deberán establecerse las prescripciones de régimen jurídico y demás cuestiones que afecten centralmente a la materia objeto de regulación. Por ejemplo, sería francamente desacertado y una muy mala práctica dejar para la parte final las cuestiones medulares de la norma a través de enmarañadas, abigarradas y agotadoras disposiciones adicionales o finales.

La parte final de la norma ha de ser concisa, concreta y escueta. Las disposiciones adicionales han de ser eso, adicionales, disposiciones que añaden determinados aspectos accidentales al nervio o espina dorsal de la norma. La o las disposiciones derogatorias deben ser concretas, claras evitando la abstracción o la abstracción. Y las disposiciones finales, mejor la disposición final ha de ser la disposición de cierre de la norma: aquélla referente a la vigencia y momento de entrada en vigor de la norma.

Por lo que se refiere a la formulación externa, a la estructura formal de la norma, de acuerdo con el profesor SANTAOLALLA, ha de cumplir dos esenciales requisitos. El primero, la uniformidad; es decir, que exista una lógica continuidad con las normas de su misma categoría o rango. Segundo, la congruencia; esto es, que exista una razonable proporción y correspondencia cuantitativa y cualitativa entre el objeto de la norma y su representación formal. También en esta materia es de aplicación ese

dicho popular de que no se puede matar una mosca a cañonazos. No tendría sentido, por ejemplo, dedicar a una corrección de errores varios preceptos de un decreto.

Trataremos ahora, en sede de estructura formal, de algunas reglas relativas al encabezamiento, al preámbulo, al cuerpo y al final de la norma, teniendo siempre muy presente las exigencias que la seguridad y la certeza normativa plantean en esta materia.

Por lo que se refiere al encabezamiento de la norma ha de tenerse en cuenta que el título ha de identificar con precisión y plenitud la materia objeto de la regulación. Igualmente, ha de permitir, si es el caso, diferenciar a la norma de otras más o menos conexas por razón de la materia. Es decir, el encabezamiento ha de permitir al lector conocer con rigor la clase de norma, el órgano que la aprueba, la fecha de su promulgación o publicación y su numeración entre las de su rango y categoría.

El preámbulo o exposición de motivos de la norma es, ciertamente, una cuestión siempre polémica, sobre todo cuándo se discute acerca de su valor normativo o interpretativo. En realidad, el preámbulo es la expresión de las razones o motivos por lo que se aprueba la norma, más los principios inspiradores que la presiden junto a las principales novedades que incorpora al Ordenamiento jurídico. Tiene un obvio valor interpretativo que la jurisprudencia siempre ha destacado en orden a la hermeneútica de algunos preceptos que en el articulado no hayan quedado todo lo claro que debieran. Además, la exposición de motivos facilita indudablemente la comprensión de la norma y ayuda también a un mejor conocimiento de sus objetivos y principales aportaciones.

El cuerpo de la norma se refiere a lo más relevante: la división correlativa en artículos numerados, que constituye la manifestación más tradicional y actual de la exposición sistemática del régimen jurídico que contiene la norma en cuestión. Los artículos, parece obvio, han de tratar de unidades argumentales redactadas de manera concisa, breve y completa, atentando a la seguridad jurídica esos farragosos y enmarañados artículos que tantas veces no son más que el deliberado intento de ambigüedad y confusión al que son tan dados, en ocasiones, algunos legisladores o algunos gobiernos y administraciones públicas. Cuándo la naturaleza de la norma lo exija, por su extensión o relevancia, no hay inconveniente en dividir los artículos de la manera que mejor atienda a la comprensión de la norma. Suelen dividirse los preceptos, en estos casos, en títulos, capítulos o secciones.

La parte final no debiera ser la más importante, pero últimamente, a juzgar por el uso que se hace de ella para meter “de rondón” algunas importantes modificaciones, ha de ser objeto de particular atención, de manera que, en efecto, cumpla la función que tiene asignada y no la de “cajón de sastre” hoy tan, desgraciadamente, de moda. La parte final consta ordinariamente de las disposiciones adicionales, las disposiciones transitorias, las disposiciones derogatorias y las disposiciones finales. Las disposiciones adicionales están pensadas para establecer los regímenes excepcionales, las dispensas, las reservas de aplicación y las remisiones siempre que no sea posibles regular estas cuestiones en el articulado. Si hay voluntad de hacerlo, no es difícil incorporar el contenido de las adicionales en el articulado. Lo que suele ocurrir es que se prefiere elaborar largas y complejas adicionales en las que, insisto, cabe todo

atentando a las más elementales exigencias de la seguridad jurídica. Las disposiciones transitorias son inexcusables cuándo se trata de una norma que se refiere a una materia regulada con anterioridad de manera que los destinatarios de la norma conozcan con claridad el régimen jurídico aplicable a las situaciones jurídicas nacidas antes de la entrada en vigor de la norma nueva. En las disposiciones derogatorias ha de señalarse con claridad y concisión las normas derogadas, recomendándose para ello evitar las disposiciones generales o abstractas y, si es posible, incorporando tablas de vigencia de las normas afectadas para mayor seguridad jurídica. Finalmente, las disposiciones finales se circunscriben a las reglas de aplicación, de supletoriedad, a las habilitaciones así como a las delegaciones y reglas de vigencia.

Una cuestión que también suele abordarse en esta materia es la referente al estilo de la norma, asunto conectado igualmente con la seguridad y certeza jurídica. ¿Deben redactarse, se pregunta el profesor SANTAOLALLA, las normas de manera convincente, persuasiva y pedagógica? Para contestar a esta cuestión en menester partir de un presupuesto fundamental ya enunciado con anterioridad: las normas deben redactarse con claridad, el mandato que implica la norma debe estar en condiciones de ser entendido por quienes deben cumplirlo. Esto quiere decir, si seguimos a SANTAOLALLA, que el estilo de la norma ha de ser objetivo, no sentimental ni emotivo; claro, no necesariamente convincente, y, finalmente conciso, no doctrinal o pedagógico.

Que el estilo de la norma deba ser objetivo quiere decir entre otras cosas que los términos empleados sean los propios y adecuados al contenido de la norma, sin concesiones a un emotivismo demasiado presente hoy en la vida política y social. Que la forma de redacción sea clara significa, ya lo hemos adelantado, que se evite el abigarramiento y el exceso de términos para que el contenido de la norma sea inteligible, al menos para los destinatarios de la misma. Y, que el estilo sea conciso quiere decir que las explicaciones o los criterios doctrinales sobre la solución a determinadas cuestiones hermenéuticas no tienen cabida, como regla general, en el estilo normativo. Esto, sin embargo, no quiere decir que estemos sentando categorías generales y universales de aplicación a todos y cada una de las unidades que componen el Ordenamiento jurídico. Son principios generales que admiten excepciones. Solo faltaría. Pero las excepciones han de ser eso, excepciones. De forma y manera que es posible que algunas normas, por su especial materia o su determinado contenido, puede requerir de algunas explicaciones o de cierto estilo pedagógico. Es decir, cada norma es cada norma, y las reglas de la técnica normativa son reglas generales que han de respetar la naturaleza, finalidad y objetivos de cada norma que, en determinados casos, aconsejarán seguir algunos criterios distintos de los generales sin que por ello pierdan su condición de reglas válidas.

El estilo de la norma, pues, ha de ser objetivo, claro y conciso. Ello tampoco quiere decir que necesariamente el estilo normativo haya de ser pobre, sin ritmo, frío e impersonal, como señala atinadamente Fernando SANTAOLALLA. Ciertamente, dentro del estilo general normativo, la redacción de las normas ha de atender al subsistema en que estén inscritas. El estilo de una norma local en materia de policía

de cementerios no será el mismo que el estilo de una ley educativa dictada por el Parlamento de una Comunidad Autónoma. El estilo de una norma administrativa no puede ser el mismo que el de una norma con fuerza de ley. Es decir, en el marco del estilo general normativo, encontramos a su vez especialidades y singularidades del llamado estilo administrativo y del estilo legislativo, pudiendo incluso dentro del estilo administrativo distinguir según el sector del Ordenamiento jurídico-administrativo en que nos encontremos.

Por otra parte, no se puede olvidar, como dice SANTAOLALLA, que el estilo de las normas es la expresión de una actitud de fondo sobre la manera en que el Derecho ha de cumplir su función en la sociedad. Cómo la principal función del Derecho consiste en contribuir a la realización de la justicia, ciertamente el estilo y el lenguaje normativo estarán trufados de formas, giros lingüísticos y de redacción que permanentemente nos recuerden que la finalidad de las normas es también la realización de la justicia desde la materia que se trate en cada caso.

En las ciencias sociales el estilo de los textos ayuda sobremedida a la mejor comprensión de su contenido. Por eso, la técnica normativa proclama la necesidad de que el estilo de las normas sea el más apropiado para su mejor entendimiento, sobre todo por sus destinatarios naturales. Con ello no quiere decirse, ni mucho menos, que el lenguaje de las normas, su estilo propio, deba de ser tan exacto y riguroso que apenas sea comprensible ni siquiera para los expertos. Se trata, por el contrario, como apunta SANTAOLALLA, de mantener la vigencia del Ordenamiento jurídico en la realidad social, lo que implica un serio y renovado esfuerzo por adecuar el lenguaje y estilo normativo en un contexto en el que resplandezca la justicia.

Desde otro punto de vista, se puede señalar que ante la pregunta relativa a la exactitud del lenguaje normativo y las exigencias de la justicia, se debe tener presente que en alguna medida la técnica normativa es un arte de confeccionar las normas de manera que siempre sean proyección de la justicia pues, de lo contrario, estaríamos ante la ya denunciada versión alternativa de la técnica normativa de funestas consecuencias. Siendo esto así, es verdad que esta finalidad puede lograrse teniendo en cuenta que el lenguaje y el estilo varía de unas normas a otras pues no es el mismo el lenguaje o el estilo de las normas administrativas agrarias que el lenguaje y el estilo de un estatuto de autonomía de una Comunidad Autónoma.

Con respecto a si el estilo normativo ha de ser convincente, ya señalamos que como regla general no es imprescindible que así sea. Sin embargo, desde un punto de vista democrático, no cabe duda de que el Derecho, las normas jurídicas, como señala SANTAOLALLA, son más consistentes, más sólidas, en la medida en que efectivamente dispongan de una mayor capacidad o dosis de convicción para sus destinatarios propios. Quizás por ello, la sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de mayo de 1987 dispone que las normas han de “aspirar a ser convincentes conforme a valores democráticos”.

Sobre el uso y selección de los términos jurídicos o normativos por parte del legislador o del complejo Gobierno-Administración, la regla general que demanda la buena técnica normativa es siempre escoger aquellos términos ya insertados en el

patrimonio o cultura jurídica de un país. En esta tarea se comprueba la influencia recíproca entre lenguaje ordinario y lenguaje normativo, relación más íntima de lo que parece y que, según las culturas jurídicas en que nos encontremos, se proyecta con más o menos intensidad. Es decir, es razonable conservar las expresiones o giros normativos propios del acervo normativo por obvias razones.

El lenguaje normativo, por otra parte, es abierto y dinámico. Nunca es la expresión de un sistema petrificado o fosilizado por la sencilla razón de que el dinamismo y la renovación son características esenciales de cualquier sistema normativo que se precie. Sin embargo, el cambio y la reforma, que son inherentes a los sistemas sociales, no pueden conducirnos, por qué esté de moda, a la recepción en el seno del lenguaje y del estilo normativo de manifestaciones de vulgaridad o de chabacanería, por más que los usos del lenguaje ordinario circulen en esa dirección.

Otra cuestión no menor que suele plantearse en sede de estilo normativo se circunscribe a la obligatoriedad de los conocidos manuales de estilo. En mi opinión, siendo positiva la existencia de estos manuales, si estamos de acuerdo en que pueden ser elementos efectivamente orientadores en la materia no pueden ser reglas de imprescindible cumplimiento.

En este tiempo en el que vivimos, la transparencia de las normas no es una de sus características más frecuentes. Como señala Fernando SANTAOLALLA, en ocasiones no se conoce la finalidad real de las normas porque las circunstancias que envuelven su confección suscita la duda o la sospecha de que se ocultan o esconden algunos de los objetivos o propósitos que persiguen dichas normas.

Transparencia y proceso de elaboración de las normas son dos cuestiones indisolublemente unidas. Hasta tal punto que si en el procedimiento de confección de las normas se fomenta y facilita la participación y presencia de los sectores ciudadanos y profesionales afectados por la norma es más fácil garantizar la seguridad jurídica. Es decir, que los operadores jurídicos y los destinatarios naturales de las normas sepan a qué atenerse.

Ciertamente, la transparencia está muy vinculada a la certeza jurídica. En efecto, cuándo asistimos a la súbita aparición de normas elaboradas desde la unilateralidad o desde el misterio o el secreto, se hace un flaco servicio a la seguridad jurídica.

Por otra parte, la transparencia también está vinculada a la llamada viabilidad normativa. Es decir, ¿no es más transparente una norma cuándo se sabe y conoce perfectamente el objetivo que se persigue? ¿No es más transparente una norma cuándo el legislador o el complejo gobierno-administración conoce sobradamente la realidad sobre la que va a actuar la norma en cuestión? ¿No es más transparente una norma cuándo se ha estudiado congruentemente sus posibilidades de aplicación? En este sentido, si analizamos con minuciosidad algunas de las normas existentes, encontraremos no pocas en las que cabe fundadamente pensar en términos de provisionalidad e incertidumbre.

Probablemente, si en el procedimiento de elaboración de las normas tuviera más trascendencia la consideración de los antecedentes, de la eficacia de regulaciones análogas en el pasado, de estudios comparados sobre la eficiencia de normas semejantes

en países de nuestro entorno cultural, la certeza, la transparencia y la seguridad jurídica estarían más presentes de lo que lo están. En este sentido, el propio Tribunal Constitucional ha advertido ya en alguna ocasión que la ausencia de antecedentes en la elaboración de las normas priva de elementos necesarios para el acierto final en la decisión que proceda en cada caso.

Los antecedentes, como apunta el profesor SANTAOLALLA, han de dejar bien claro el fin y objetivo de la norma, su necesidad, por qué la regulación actual es insuficiente, la valoración de la forma seleccionada y, finalmente su viabilidad.

Otra cuestión muy relevante en las relaciones entre técnica normativa y seguridad jurídica la encontramos en el capítulo dedicado a la integración de los textos normativos en el Ordenamiento jurídico. Materia de la mayor trascendencia ya que las normas son componentes básicos del Ordenamiento, un sistema que tiene una serie de principios y criterios que también afectan a las normas y a su elaboración lógicamente. Por ejemplo, el principio de seguridad jurídica es uno de los criterios de la arquitectura normativa que toda norma ha de seguir para merecer la calificación de norma jurídica. Lo mismo podría predicarse del principio de legalidad, de publicidad, de irretroactividad o de buena fe entre otros.

El Ordenamiento jurídico está presidido, para lo que ahora nos interesa, por los criterios de claridad y racionalidad. Criterios que siendo exponentes esenciales del todo, de igual manera deben exigirse de las partes que lo componen, ya que el Ordenamiento jurídico, como sistema que es, está llamado a cumplir sus objetos propios, entre los que se encuentra la realización de la justicia. En otras palabras, para que el Ordenamiento jurídico sea eficaz, las normas han de estar integradas entre sí y articuladas de tal manera que los principios generales del derecho estén presentes en ellas de forma y manera que la justicia resplandezca en el conjunto, lo que sólo acontecerá si también resplandece en cada una de sus partes.

Sabemos que el Ordenamiento jurídico, como sistema normativo que es, constituye un todo que se mantiene en el tiempo, como señala SANTAOLALLA, porque son el resultado de un proceso de acopio y acumulación de experiencias y decisiones. Experiencias y decisiones que a la altura del tiempo en que nos encontramos constituyen un conjunto de enseñanzas que deben ayudarnos a rectificar algunos rumbos y transitar por los seguros caminos de la seguridad y la certeza jurídica, lo que ciertamente se puede conseguir si somos conscientes de que las normas siempre y en todo caso deben elaborarse desde este punto de vista, desdeñando esa sutil y fuerte tentación del uso alternativo de la técnica normativa al servicio del poder de turno.

Es verdad que el Ordenamiento jurídico está en permanente cambio. Es más, la reforma forma parte de su fortaleza y de su sentido como ciencia social capaz de colaborar, desde el lugar propio, a la mejora de las condiciones de vida del ciudadano. Todos los días, si leemos los boletines oficiales de los Entes públicos, si seguimos la jurisprudencia seremos conscientes de la velocidad y del ritmo de los cambios normativos. Pues bien, a pesar de la legislación motorizada de la que hablaba FHORSTHOF, es exigible que el sistema funcione de acuerdo con su lógica y armonía interna de

forma y manera que se conserve la coherencia y el sentido del Ordenamiento jurídico como expresión de realización permanente de la justicia.

En este campo, la técnica normativa se nos presenta como una ciencia formal con unos perfiles materiales: la seguridad y la certeza jurídica, que deben ser objeto de plasmación en la confección de todas y cada una de las normas que componen el Ordenamiento jurídico.

Es verdad que el principio de unidad del Ordenamiento jurídico, nota capital incluso en los países en los que como el nuestro la estructura del Estado es autonómica, constituye una referencia en la que también debe operar la técnica normativa. En España sabemos que desde hace tiempo existe un deliberado intento de ciertas minorías por destruir la unidad del Ordenamiento jurídico por pensar que la construcción nacional requiere también de Ordenamientos jurídicos propios, que coexistirían, si bien paralelamente, al Ordenamiento jurídico del Estado. Sin embargo, la realidad nos dice que hoy por hoy España es un Estado unitario, fuertemente descentralizado política y territorialmente por supuesto, pero un Estado con un Ordenamiento jurídico configurado como sistema en el obviamente caben diferentes subsistemas de acuerdo con la naturaleza y el rango normativo de las normas.

El principio de continuidad y de conservación del Ordenamiento jurídico es un principio esencial. El Ordenamiento, como expresión de la justicia, sigue una línea continua, con cambios y reformas obviamente, siempre conectada a la aspiración a la justicia. Es decir, el Ordenamiento jurídico se mantiene en el tiempo y en el espacio. Opera en estas coordenadas y en ellas despliega su eficacia. El problema lo encontramos cuándo en un contexto abierto, dinámico y complementario como es el espacio en el que labora el Ordenamiento jurídico, aparecen cambios radicales en lo referente a las referencias a la justicia y a la técnica de confección de las normas. Me refiero a la desagradable situación, hoy presente en no pocos países democráticos, del asalto al Ordenamiento desde las más rancias aproximaciones del uso alternativo del Derecho que conciben y construyen el Ordenamiento como una herramienta más para la transformación de la realidad sin importar su adecuación a la justicia porque, insisto, la norma se convierte en un arma que se empuña para dividir, fraccionar o, en todo caso, imponer una determinada manera de concebir el mundo y la realidad que nos rodea. En este ambiente, la seguridad jurídica, la certeza jurídica no son más que variables accidentales que pueden encajar o no si es que lo demanda el superior interés del mantenimiento en el poder como sea y al precio que sea.

En los Ordenamientos jurídicos son necesarias, hoy quizás más que nunca, algunas reglas claras, generales y de aplicación común, sin perjuicio, es claro, de las singularidades que en cada caso dicte la recta razón. Hoy, lo vemos en España a diario, la falta de reglas clara supone la posibilidad de autodestrucción de la unidad del Ordenamiento por mor de las concesiones que se hacen a alteraciones unilaterales de la Constitución al margen del procedimiento especialmente diseñado en la Norma fundamental para las reformas.

Por otra parte, la proliferación de normas con infinitas remisiones, enmarañadas y frecuentes adicionales y complejos sistemas de derecho transitorio dan

lugar a una continua tensión que en ocasiones lesiona esencialmente la unidad del Ordenamiento. Unidad que, por supuesto, es compatible con la diversidad. Es más, conservando el alma común del Ordenamiento, la diversidad, entendida desde el equilibrio y la lógica, hasta puede fortalecer la unidad por la sencilla razón de que en el sistema normativo, en el Ordenamiento jurídico, coexisten toda una serie de subsistemas con sus propias normas que, obviamente, también responden a los principios inspiradores del subsistema en que se integran.

En el caso español, nuestro Ordenamiento jurídico está compuesto por los Ordenamientos de cada una de las Comunidades Autónomas más la legislación general sobre los Entes locales.

VI.

LEY Y REGLAMENTO EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

1. INTRODUCCIÓN

En la teoría de las fuentes del Derecho Administrativo, tras el estudio de la Constitución, corresponde el análisis de la ley y el reglamento. El principio de legalidad, como sabemos, junto al dogma de la separación de poderes y el reconocimiento de los derechos individuales, conforma uno de los principios básicos del constitucionalismo liberal moderno que certifica la defunción del concepto y las fuentes del poder en el Antiguo Régimen. Ahora, tras varios siglos de entender el poder desde una perspectiva netamente patrimonial, nos encontramos con que la Administración pública ya no dispone de omnímodas potestades sino que, por el contrario, ha de actuar conforme a lo dispuesto en la Ley y el Derecho. El control de la acción del aparato administrativo se hará descansar, en virtud de lo dispuesto en la Constitución, en los Tribunales de justicia que tienen la tarea precisamente del control pleno de la acción administrativa.

Esencialmente, la función encomendada al poder ejecutivo en el reparto tradicional al modo de MONTESQUIEU se refiere a la ejecución de la ley, para lo que dispondrá de una peculiar fuente jurídica, sometida a la ley, el reglamento, que es, por así decir, la fuente por antonomasia y típica del Derecho Administrativo. Pues bien, a lo largo de este capítulo, siguiendo los consejos metodológicos expresados por el Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, trataré de analizar las principales cuestiones que suscitan a un administrativista español que se enfrenta al estudio de la ley y el reglamento en este peculiar momento de la historia. Para ello vamos a introducirnos en algunas aproximaciones sobre la funcionalidad y el alcance del principio de legalidad para el Derecho Administrativo, vamos a estudiar la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional sobre las relaciones ley-reglamento. Igualmente, habremos de situarnos en la teoría de las normas para un mejor y más cabal entendimiento del sentido de la ley y del reglamento, analizaremos los diferentes tipos de leyes y la tipología de los reglamentos, comentaremos algunos principios básicos de la teoría del reglamento como es la regla de la inderogabilidad singular, para finalmente adentrarnos en el mundo de los reglamentos ilegales.

Antes de empezar propiamente el desarrollo de este epígrafe me parece pertinente realizar algunas observaciones preliminares que pueden ayudar a comprender mejor el objeto de nuestras reflexiones. Me refiero a que, como primera providencia, nos situemos en el marco constitucional. Es esta una consideración metodológica congruente con el sentido que tiene el Derecho Administrativo hoy como Ordenamiento que concreta a la realidad un conjunto de vectores y parámetros que proceden de la Constitución y que, como bien sabemos, vinculan a todas las ramas del Ordenamiento. En el caso español, la actividad administrativa, el reglamento es su representación más insigne, ha de servir con objetividad al interés general y actúa con sometimiento pleno a la ley y al Derecho. Este es el precepto esencial para comprender el alcance de la ley y del reglamento, para entender que el control judicial se proyecta, además de a la conformidad o no de los reglamentos a la Ley, a su adecuación al Derecho, dando entrada a una perspectiva que supera el literalismo proveniente

de los positivismos excesivamente formalizados que se agotan y se encierran en sí mismos evitando que penetre la savia nueva de la justicia material, expresada a través de principios generales.

Otra consideración que no puede pasarse por alto en un trabajo de estas características, se refiere a un fenómeno que se observa desde que se han multiplicado los centros de producción normativa como consecuencia de la emergencia del Estado compuesto o de la existencia de Entes supranacionales también con competencia legislativa y potestad reglamentaria. En efecto, en este ambiente de proliferación de normas, de legislación motorizada, de excesivo movimiento normativo, la ley, tal y como ya hemos observado, ha ido perdiendo su genuino sentido al igual que el reglamento. Ahora se observa un curioso, y sorprendente, galimatías normativo en cuya virtud asistimos a la administrativización de la ley y, viceversa, una tendencia reglamentaria a reproducir, cuándo menos, los contenidos de la ley. La explicación es bien sencilla y mucho tiene que ver también con el proceso de degradación normativa en el que vivimos, consecuencia también de la pérdida de protagonismo de los parlamentos a favor de las cúpulas de los partidos y, proporcionalmente, de los gobiernos, que son los artífices reales de las normas jurídicas, llámese leyes, llámese reglamentos. En concreto, se aprecia un cierto gusto de los gobiernos por desnaturalizar el contenido propio de la ley, que ha de ser, como expresión de la voluntad general, la proyección de mandatos generales que ya se concretarán en sede reglamentaria. Pues bien, como la ley solo se puede combatir jurídicamente ante el Tribunal Constitucional en unas condiciones de legitimación activa nada fáciles, se prefiere incluir en las leyes materias demasiado concretas, incluso agotadoramente detalladas, que debieran correr de la cuenta del reglamento. Como éstos se pueden atacar jurídicamente con más facilidad y su paralización tiene un régimen más flexible, se ha optado, con honrosas excepciones, por hacer de las leyes auténticos reglamentos que, más tarde, éstos se limitan a reproducir, quizás con alguna mayor puntualización según los casos.

2. LA CLÁUSULA DEL ESTADO DE DERECHO

Se ha incluido de intento este párrafo en este capítulo para significar la profunda transformación que este principio constitucional supuso en la configuración teórica y práctica del poder público y su ejercicio. En el Antiguo Régimen, la pura expresión de la voluntad personal del Monarca era fuente de Derecho y se imponía frente a todos y frente a todo, con algunas excepciones. Se puede decir que el poder no conocía barreras más allá de un complejo sistema de recursos presidido por aquel célebre “obedézcase pero no se cumpla” cuándo alguna disposición real provocaba rechazos, sobre todo en las colonias.

Con el advenimiento de la cláusula del Estado de Derecho, que surge propiamente en la doctrina alemana tras el primer período liberal, llegan los principios de legalidad de la Administración, la separación de poderes, el principio de supremacía y reserva de ley, hoy matizado por la entrada en juego del término derecho tal y

como se ha recogido en la Constitución española de 1978, el principio de protección de los ciudadanos a través de Tribunales independientes y, finalmente, el principio de responsabilidad del Estado por actos públicos ilícitos.

El principio de legalidad, pues, ha de explicarse, y entenderse, en el marco de la tutela judicial efectiva, de la separación de poderes, de la reserva de ley y de la responsabilidad administrativa. Por lo que se refiere a la tutela judicial efectiva, la actividad administrativa es susceptible, toda ella, de ser censurada judicialmente. Es decir, ya no existen ámbitos opacos, oscuros, vedados al control judicial: por tanto, la doctrina de los actos políticos ha perdido peso, aunque ciertamente la función de dirección política que caracteriza al poder ejecutivo es difícil que pueda ser controlada por los jueces, sí en la medida en que como corolario de esa función se produzcan lesiones a principios jurídicos o preceptos de las normas. Por lo que se refiere a la separación de poderes, encontramos una no pequeña quiebra procedente de la inexistencia real de tal principio en algunos sistemas parlamentarios. No es ningún secreto que, en efecto, el dogma de la separación de poderes ha sido reducido a pavesas por la sencilla razón de que las cúpulas de los partidos, a través de un proceso creciente de politización de la realidad, han tomado el poder y deciden quienes van a cada uno de los poderes, al menos en lo concerniente al ejecutivo y al legislativo, y también a los más relevantes cargos del poder judicial. Ello explica el profundo descrédito en que se encuentran las normas jurídicas y la tendencia, apuntada líneas arriba, a que el legislativo invada los espacios del ejecutivo en lo que se refiere al contenido de las leyes.

El principio de supremacía y reserva de ley es un criterio normativo que trae causa del principio de legalidad. En su virtud la ley prevalece sobre las normas reglamentarias. Es la expresión de la regla de la jerarquía normativa. Ahora bien, la existencia de materias expresamente reservadas a la ley trae problemas para la aplicación de esas leyes así como la posición del reglamento como norma de ejecución en lo que se refiere a su extensión y a sus límites. ¿Existen también, entonces materias expresamente reservadas a la potestad reglamentaria? ¿Cuál es el alcance de la potestad reglamentaria en relación con las habilitaciones a la Administración procedentes de la Ley? Son preguntas a las que habremos de intentar contestar en las páginas que siguen y que surgen de la consideración de este principio.

3. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

El principio de legalidad es, según queda dicho, el exponente capital del Estado de Derecho. Constituye, en palabras de SANTAMARIA PASTOR, el dogma más tradicional y arraigado de los sistemas liberales de Derecho. En esencia, significa, para lo que ahora nos importa, que el poder actúa sometido a cánones, a límites que están establecidos en las leyes. En la Constitución encontramos reconocido este principio en el propio preámbulo, en el artículo 9.3, en el 97 y en el ya citado 103.

En el preámbulo de la Constitución de 1978 podemos leer que uno de los principios fundantes de soberanía de la nación española es “consolidar un Estado de

derecho que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular”. Es decir, la ley, expresión de la voluntad popular, debe ser la razón de ser del Estado de Derecho. La soberanía nacional se manifiesta a través de las leyes, que se erigen así en la máxima referencia de la voluntad popular.

El Estado de Derecho es una realidad que sustituyó a una manera de entender el poder arbitrariamente. Ahora, afortunadamente, el ejercicio de los poderes públicos debe realizarse en virtud de habilitaciones legales. Así, el artículo 9 de la Carta Magna dispone que los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del Ordenamiento jurídico y que se garantiza el principio de legalidad. En este sentido, no debe olvidarse que, como sanciona el artículo 10.1, la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y la paz social.

El Estado de Derecho, el principio de legalidad, el imperio de la ley como expresión de la voluntad general debe enmarcarse, para que alcance su adecuada interpretación constitucional, en otros criterios o directrices de relevancia constitucional como “un orden económico y social justo”, “la protección de los españoles en el ejercicio de los derechos humanos”, “una digna calidad de vida”, “la dignidad de la persona”, “libre desarrollo de la personalidad”, “derechos inviolables inherentes a la persona” o “el respeto a los derechos de los demás”.

El principio de legalidad, pues, debe explicitarse, en un marco de justicia, de libertad, de seguridad, de respeto a los derechos fundamentales y al libre desarrollo de la personalidad. En definitiva, el principio de legalidad, para responder a las exigencias constitucionales, debe manifestarse en un contexto de respeto y promoción de la dignidad de la persona.

El artículo 97 configura el régimen general y las funciones del Gobierno como cabeza de la Administración:

“El Gobierno dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado. Ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes”.

El Gobierno, pues, además de dirigir a la Administración pública, ejecuta las leyes y dispone de potestad reglamentaria para cumplir tal tarea. Sin embargo, veremos más adelante que existen también reglamentos para otras tareas sustancialmente diferentes de la mera ejecución de la ley. Aquí y ahora interesa destacar que la actividad gubernamental esencial, ejecución de la ley y dictar reglamentos, ha de adecuarse a la Constitución y a las leyes. Por tanto, es la Constitución la principal Norma que debe acomodarse a la acción del Gobierno.

Finalmente, el artículo 103 dispone, como ya sabemos:

“1. La Administración pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho.”

Se trata de un precepto capital para entender, desde la perspectiva constitucional, la funcionalidad del principio de legalidad que, en materia administrativa, actúa conjuntamente con el Derecho. Ley y Derecho, pues, son los parámetros jurídicos a los que debe ajustar su actuación la Administración pública. Por tanto, la Constitución en esta materia ha querido, según parece, superar la mera referencia formal y literal a la ley para ampliar la esfera de los límites a que ha de someterse la Administración, al Derecho, a la expresión concreta de lo justo en cada caso, que no tiene por qué siempre y en todo caso, como lo atestigua la historia, coincidir o identificarse con la ley, aunque, en la mayoría de los casos, así será.

El principio de legalidad es, desde otro punto de vista, consecuencia, como apunta SANTAMARIA PASTOR, del principio de obligatoriedad de las normas jurídicas, con la Constitución a la cabeza, para todas las personas y también para los poderes públicos. En este sentido, el artículo 9.1 establece que:

“Los poderes públicos y los ciudadanos están sujetos a la Constitución y al resto del Ordenamiento jurídico.”

La Administración pública, como poder público, está sometida a la Constitución y al resto del Ordenamiento jurídico; es decir, ha de actuar conforme a los patrones constitucionales, al contenido de las leyes aprobadas en el Congreso y a los reglamentos y demás normas y actos administrativos. En esta materia relativa a la obligatoriedad para la propia Administración de las normas —reglamentos— que ella misma elabora, SANTAMARIA PASTOR se plantea tres cuestiones: el sometimiento pleno de la Administración al derecho, la vinculación de la Administración a la ley en sentido formal y, en tercer lugar, la vinculación de la Administración a los reglamentos.

El sometimiento pleno de la actuación administrativa al Derecho, tal y como establece el citado artículo 103 de la Constitución, puede entenderse de dos maneras, en alguna medida ya planteadas con anterioridad. Como sometimiento a la totalidad del sistema normativo y a sus fuentes. Y, también, como completa juridicidad de la acción administrativa. Es decir, no puede quedar al margen del Derecho ningún resquicio, por pequeño que sea, de la actuación administrativa. La actividad administrativa, especialmente la reglamentaria, debe estar presidida por la ley y el Derecho.

Por lo que se refiere a la vinculación de la Administración pública a la ley en sentido formal, nos hallamos ante la clásica doble dimensión, positiva y negativa, de dicha vinculación. Desde la perspectiva positiva la ley aparece como el fundamento previo y necesario para cualquier actividad administrativa. Si no hay habilitación legal, no es posible la actividad. Se trata de la máxima: “lo que no está permitido está prohibido”. Desde el plano negativo las cosas suceden de otra manera: la actuación administrativa es posible y lícita mientras no se contravenga lo dispuesto en la ley: “lo no prohibido está permitido”. Según cual sea la opción de vinculación prevista así será el sentido y alcance de la actividad administrativa, de la potestad reglamentaria.

Pues bien, ¿cuál es la solución que ofrece el Derecho español a esta delicada cuestión? Seguiremos en este punto al profesor SANTAMARIA PASTOR que es quien mejor ha sabido plantear el tema y buscar una solución acorde y congruente con la

letra y la tradición de nuestro Derecho. Ante la pregunta de si en España es precisa la habilitación legal para que la Administración despliegue su operatividad, tenemos que señalar que mientras para la doctrina ha sido una materia muy analizada, la práctica administrativa demuestra precisamente lo contrario. De acuerdo con la Constitución, debemos tener presente el principio de reserva de ley; es decir, existen materias expresamente reservadas a la Ley. Una vez que la Ley regula dicha materia, el reglamento puede, en el marco de la ejecución, completar lo dispuesto en la ley en aspectos no esenciales. Es decir, en las materias reservadas a la Ley, rige la vinculación positiva, mientras que en las materias no reservadas a la ley puede decirse que manda el principio de la vinculación negativa. La cuestión reside, como señala SANTAMARIA PASTOR, en saber cuál es el criterio en cuya virtud se pueden distinguir unas materias de otras. La Constitución guarda silencio. La doctrina alemana, muy seguida en esta cuestión, enseña que la vinculación positiva se puede predicar para las actuaciones administrativas que limiten, restrinjan o extingan situaciones jurídicas de los particulares. En estos casos, pues, la Administración sólo podrá actuar en caso de disponer de habilitación legal que se lo permita. En el Derecho español el artículo 53.1 de la Constitución señala que sólo por ley, que en todo caso ha de respetar el contenido esencial, se puede regular el ejercicio de los derechos y deberes fundamentales. Estas materias están vedadas, en lo referido al ejercicio de los derechos y deberes fundamentales, al reglamento. De dónde se deduce que la actividad de policía relativa a la limitación de derechos y deberes fundamentales también ha de seguir la vinculación positiva. En el resto de materias, como pueden ser fomento u organización interna de la propia Administración parece, señala SANTAMARIA PASTOR, que se puede aplicar la doctrina de la vinculación negativa salvo que dichas actuaciones requieran desembolsos del erario público, en cuyo caso deberán contar con la correspondiente habilitación de la ley de presupuestos generales del Estado.

En materia de vinculación de la Administración a las normas reglamentarias hay que tener presente que, como más adelante estudiaremos, el Gobierno y la Administración pueden dictar reglamentos, normas con rango inferior a la ley, que forman igualmente parte del Ordenamiento jurídico y que también obligan desde su entrada en vigor. Evidentemente, como señala la Constitución en el artículo 9, todos los poderes públicos, entre ellos la Administración, están sujetos al Ordenamiento. Por ello, también la Administración viene obligada por los reglamentos que dicta. Sin embargo, para SANTAMARIA PASTOR no es obvio que obliguen a la Administración los reglamentos. De ahí que sea necesario enunciar dos principios que nos ayudarán a entender mejor este problema: el principio de inderogabilidad singular de los reglamentos y el principio de reglamentación previa en la actuación administrativa.

Por lo que se refiere a la inderogabilidad singular de los reglamentos, sin perjuicio de analizarse más adelante, ahora podemos señalar que son nulas todas las resoluciones que vulneren lo dispuesto en un reglamento, aunque hayan sido dictadas por un órgano de igual o superior rango. Esto quiere decir, como fácilmente puede colegirse, que la Administración autora del reglamento no puede dictar actos administrativos

singulares en contradicción con el reglamento. Es decir, la Administración se ata las manos cuándo dicta un reglamento, perdiendo toda posibilidad, como regla general, de excepcionar lo dispuesto en el reglamento para casos singulares o individuales. Además, como lógica consecuencia, la Administración no puede dispensar a terceros de lo dispuesto con carácter general en el reglamento, salvo que se prevea expresamente. Y, finalmente, la fuerza obligatoria del reglamento es independiente de la jerarquía del órgano autor del acto o resolución. Es decir, este principio asegura, con carácter general, la obligatoriedad, también para la Administración, del cumplimiento íntegro de los reglamentos por ella dictada. Si se permitiera que por actos singulares dictados incluso por órganos jerárquicamente superiores al autor del reglamento se incumpliera el contenido de la norma reglamentaria sufriría también el principio de seguridad jurídica y haría acto de presencia una de las lacras que el Estado de Derecho viene a abolir: las arbitrariedades, que como decía LOCKE, no son más que el ejercicio y la representación de la falta de racionalidad, algo bien alejado a la mentalidad y esencia del Derecho Administrativo.

En virtud del principio de reglamentación previa en la actuación administrativa, debemos dar respuesta a si es posible que la Administración actúe sin que exista ley o reglamento que determine el qué y el cómo de dicha actuación. Para contestar a esta cuestión, es menester distinguir, tal y como señalamos anteriormente. SANTAMARIA PASTOR entiende que si la Administración pretende actuar a través de actos administrativos formales, entonces, de acuerdo con la Ley de Régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (artículo 53.1) su contenido se ajustará a lo dispuesto por el Ordenamiento jurídico sin necesidad de previa reglamentación. Ahora bien, si la Administración sigue la senda de las actuaciones materiales, entonces será necesaria la regulación previa cuándo se trate delimitar o extinguir situaciones jurídicas de los ciudadanos.

4. LA LEY EN LA TEORÍA DE LAS NORMAS

La aparición de la ley en el denominado Estado constitucional como expresión de la voluntad general confeccionada en la sede de la soberanía popular supone la instauración de un nuevo paradigma en la teoría de las normas jurídicas en cuya virtud la jerarquía normativa situará a la ley a la cabeza, tras la Constitución, del horizonte normativo formal. La ley, en efecto, es superior en rango y eficacia al resto de las normas precisamente por la legitimidad que la acompaña, lo que no impidió, como señala SANTAMARIA PASTOR, que en los albores del primer constitucionalismo subsistiera una activa potestad reglamentaria en manos del Monarca cuyas normas, por supuesto sujetas a la ley, se sucedían en cantidad creciente. En alguna medida, hoy vivimos en un ambiente semejante: producción galopante de leyes para cualquier asunto de trascendencia colectiva o no y proliferación alucinante de reglamentos y actos administrativos para ejecutar las leyes o disciplinar aspectos internos y domésticos de la vida administrativa, cada vez más numerosos y también más complejos.

En el panorama actual del universo normativo nos encontramos ante un conjunto de factores que distorsionan no poco el sentido y alcance de las normas escritas, fundamentalmente la ley y el reglamento, principales fuentes del Derecho Administrativo. En primer lugar la ya aludida motorización legislativa y su correlato de la hipertrofia de las normas administrativas. Esta celeridad normativa, a pesar de los pesares, no es capaz de aprehender la creciente complejidad de la realidad, sobre todo en los ámbitos y disciplinas tecnológicas, ni proporciona, más bien lo contrario, una sensación de seguridad a los ciudadanos. Los continuos cambios de normas en poco tiempo desconciertan a todos los operadores jurídicos, a unos más que otros, y transmiten a la ciudadanía una imagen más bien negativa del proceso de elaboración de las leyes y de los reglamentos. De ahí que algunos postulemos una vuelta a los principios del viejo y buen Derecho construido a través de pocas leyes pero bien fundamentadas a partir de grandes y sencillos principios.

En segundo lugar, el centro de la actividad normativa se traslada del Parlamento al Gobierno y a los partidos, que se erigen en la fuente real de leyes y reglamentos. Quien haya participado en tareas gubernamentales o de dirección en partidos políticos entiende con facilidad lo que se escribe. La posición hegemónica del trípole Gobierno-Administración-Partido se refleja, como ha advertido agudamente SANTAMARIA PASTOR, en el carácter continuo del Gobierno y la Administración frente a la intermitencia del Congreso, por la aprobación de Decretos-leyes y Decretos-legislativos como tarea del Gobierno y por la creciente influencia y presencia del Gobierno en el procedimiento de elaboración de las leyes.

En tercer lugar tendríamos que hacer referencia a la crisis de la estatalidad como centro de producción normativa, lo que ha traído importantes novedades que requieren de nuevos planteamientos para entender el sentido de la ley, y sobre todo el nudo gordiano de las relaciones entre la ley y el reglamento. Ahora, con la emergencia de Entes subestatales con competencias legislativas y administrativas, tenemos leyes y reglamentos de Estados federales, de Regiones o, en el caso español, de Comunidades Autónomas. Fenómeno que plantea el marco de relaciones, por ejemplo, entre la ley estatal y la ley autonómica o entre los reglamentos del Estado y de las Comunidades Autónomas. Por otra parte, asistimos, a veces con cierta perplejidad, a la atribución, por ley, de potestad normativa con eficacia frente a terceros a personas jurídico-privadas (autoadministración o autonormación paccionada laboral).

En cuarto lugar, ha de llamarse la atención sobre la crisis de la generalidad de las normas, especialmente en lo que se refiere a leyes y reglamentos. La ley, como expresión de la voluntad general, es hoy un principio excepcionado por la realidad de la promulgación de no pocas normas aprobadas para resolver problemas concretos. Desafortunadamente, hoy las leyes, en términos generales, ya no pretenden conformar abstractamente y a largo plazo la sociedad de acuerdo con la justicia, la libertad o la igualdad. Ahora, por razones obvias, buscan sólo solucionar problemas concretos, justo el sentido que ha de tener en un Estado democrático la normación administrativa. Este proceso de administrativización, ya aludido, de la ley se debe, insisto, a que siendo la ley de mayor rango que el reglamento y teniendo unas vías de

impugnación más resistentes que las del reglamento, confeccionar leyes sobre temas reglamentarios es una manera torcida de evitar los efectos de la impugnación de los reglamentos, sobre todo la paralización o suspensión de su eficacia.

En quinto lugar, afecta sobremanera a la unilateralidad de la ley y del reglamento algunas manifestaciones de una vuelta al pacto como fundamento de la obligatoriedad de las normas. Son los supuestos del resurgimiento de las formas de formación paccionada, sobre todo en el ámbito laboral, en el que en alguna ocasión, acuerdo Gobierno-Sindicatos de 2005 en materia de función pública, se pretendió que el contenido de dichos acuerdos fuese de cumplimiento imperativo y necesario, que tuviera eficacia directa sobre los dispuesto en la ley de presupuestos generales del Estado. Evidentemente, los Tribunales tuvieron que mantener el principio de jerarquía normativa y anular esa pretensión del acuerdo de referencia. El acuerdo entre las fuerzas políticas siempre es mejor que la confrontación, pero ni es imprescindible ni muchas veces es posible porque existen diferentes maneras de entender la realidad y la vida social que en muchas ocasiones impiden el acuerdo. Claro que el acuerdo debería resplandecer en las cuestiones denominadas de Estado, pero que ello sea deseable no puede conducirnos a esa especie de ideología del acuerdo que busca laminar lo diferente de manera que todo se sustancie a través de ese nuevo carril único por el que se pretende que discurran los asuntos que conforman el espacio público de muchas sociedades.

5. LA LEY EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO (LEY Y REGLAMENTO)

La ley como fuente principal del Derecho Administrativo está expresamente reconocida en la propia Constitución, en el citado artículo 103.1 ya que, en su virtud, la Administración pública está sometida plenamente a la Ley y al Derecho. También hemos analizado la cuestión relativa a las materias reservadas a la Ley, tema que debe ser abordado según las disposiciones constitucionales, pues en algunas de ellas hay una remisión expresa de una materia a la ley. Ahora bien, la posición del reglamento en la doctrina de las materias reservadas a la ley ha sido objeto del Tribunal Constitucional, señalando en su sentencia de 24 de julio de 1984 que la reserva de ley “no excluye la posibilidad de que las leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero si tales remisiones hacen posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la ley, esto supondría degradar la garantía esencial que el principio de reserva de ley entraña como fórmula de regular que los ámbitos de la libertad que corresponden a los ciudadanos, dependen exclusivamente de la voluntad de sus representantes”. Ante esta doctrina podríamos preguntarnos, por tanto, qué ocurriría si fuera la propia ley quien permitiera reglamentos autónomos o independientes, ya que si la voluntad popular se expresara en este sentido carecería de sentido la imposibilidad de dicho espacio normativo para el reglamento. Una posible solución a este problema, ni menor ni poco frecuente, podría hallarse partiendo de que ese reglamento que trae su causa de la remisión legal nunca sería en verdad

completamente autónomo o independiente de dicha ley por la sencilla razón de que habrá, en todo caso, de seguir los principios de la ley.

En materia de policía, el especial carácter de limitación que conlleva esta actividad administrativa ha llevado al Tribunal Constitucional a pronunciarse sobre el ámbito de la regulación reglamentaria de las infracciones y sanciones carentes de toda base legal. Así, por ejemplo, la sentencia de 8 de abril de 1981 establece que “no es posible exigir reserva de ley da manera retroactiva para anular disposiciones reguladoras de materias y de situaciones respecto de las cuales tal reserva no existía de acuerdo con el Derecho anterior”. En el mismo sentido, el alto Tribunal se pronunció el 7 de mayo de ese año: “el principio de legalidad, que se traduce en la reserva absoluta de ley, no incide en disposiciones o actos nacidos al mundo del derecho con anterioridad al momento en que la Constitución fue promulgada” Es decir, la reserva de ley no es un criterio tan absoluto que pueda desplegar su eficacia con efectos retroactivos en materia de policía, pues se trata de una materia que limita o restringe la esfera de la situaciones jurídicas de los ciudadanos.

En opinión de GONZALEZ RIVAS, cualquiera que sea la validez y la aplicabilidad de las normas preconstitucionales que fueran incompatibles con el principio de legalidad del artículo 25.1 de la Constitución, parece claro que a partir de la entrada en vigor de la Constitución, toda remisión a la potestad reglamentaria para la definición de infracciones o la introducción de sanciones carece de virtualidad pues si el reenvío a un reglamento previsto en una norma legal sin contenido material alguno no puede producir efectos, con mayor razón aún debe predicarse esa falta de eficacia respecto a la remisión que pueda efectuarse de segundo grado, establecido en una norma sin fuerza de ley y ello aunque esta última remisión contenga una regulación suficiente, si bien puede considerarse incompleta, de conductas ilícitas y de sanciones aplicables, ya que tal regulación no sana las insuficiencias atribuibles a la propia ley que le sirve de cobertura en atención al cumplimiento del principio de reserva de ley constitucional.

En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional abordó el intento de que por reglamento, sin cobertura legal suficiente, se altere el cuadro de las sanciones administrativas. Así, la sentencia de 7 de abril de 1987 señala que “el artículo 25.1 de la Constitución obliga al legislador a regular por sí mismo los tipos de infracción administrativa y las sanciones correspondientes, en la medida necesaria para ele cumplimiento del principio de reserva de ley, y desde otro punto de vista y en tanto aquella regulación legal no se produzca, no es lícito, a partir de la Constitución, tipificar nuevas infracciones e introducir nuevas sanciones o alterar el cuadro de las existentes por una norma reglamentaria, cuyo contenido no esté suficientemente predeterminado o delimitado por otra norma de rango legal”.

Distinto es el caso en el que una norma reglamentaria postconstitucional, sin innovar el sistema de infracciones y sanciones, complementa o especifica el sistema preestablecido. En este caso, como señala GONZALEZ RIVAS, no se trata propiamente de remisión normativa a favor de aquella disposición, puesto que la remisión implica la potestad conferida por la norma de reenvío de innovar en alguna medida el

Ordenamiento por parte de quien lo utiliza. En realidad, en este caso, se produce una reiteración de reglas sancionadoras establecidas en otras normas más generales, por aplicación a una materia singularizada incluida en el ámbito genérico de aquéllas. Este tipo de complementos ha sido admitido por el Tribunal Constitucional en su sentencia 83/1984 siempre que se amparen en disposiciones válidas, bien porque se adecuen a la reserva constitucional de ley o bien porque dicha reserva no las alcancen retroactivamente. Por la sencilla razón, argumenta el Tribunal, de que, en tal caso, la disposición de desarrollo reglamentario no infringe la prohibición señalada de alterar el sistema sancionatorio administrativo sin cobertura de ley apropiada.

El Tribunal Constitucional, en la sentencia de 2 de noviembre de 1992 señala que “la pervivencia de normas reglamentarias sancionadoras preconstitucionales tiene como importante límite la imposibilidad de que con posterioridad a la Constitución se actualicen dichas normas por la misma vía reglamentaria, puesto que ello no respetaría el sistema de producción de normas jurídicas impuestas en la Constitución”. Por otra parte, como sienta la doctrina de la sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de julio de 1995, la lógica coherencia y continuidad normativa con la regulación preconstitucional no puede suponer —sobre la base de que se reiteran disposiciones reglamentarias preconstitucionales sancionadoras ya existentes— que la Administración ostente potestades normativas sancionadoras no amparadas por una cobertura suficiente de normas de rango legal puesto que ello haría inoperante el principio de legalidad de la actividad sancionadora de la Administración con sólo reproducir, a través del tiempo, las normas reglamentarias sancionadoras preconstitucionales, manteniéndose así, permanentemente, después de la promulgación de la Constitución, sanciones sin cobertura legal. En el mismo sentido, la sentencia de 17 de marzo de 2003 acaba de recordar que no es constitucional un reglamento posterior a la Constitución que se limitara a reproducir el contenido de una regulación sancionadora preconstitucional de rango reglamentario, pues se estaría incumpliendo abiertamente el principio de legalidad.

Con palabras más claras el Tribunal Constitucional dispuso en la sentencia de 7 de abril de 1987 que esta prohibida toda habilitación reglamentaria vacía de contenido material propio. Doctrina que se ha concretado en la sentencia de 2 de marzo de 2000, en la que se dispone que, en relación con normas reglamentarias, la ley sancionadora ha de contener los elementos esenciales de la conducta antijurídica y la naturaleza y límites de las sanciones a imponer. Es más, el artículo 25.1 de la Constitución obliga al legislador a regular por sí mismo los tipos de infracción administrativa y las sanciones que le sean de aplicación, sin que sea posible que, a partir de la Constitución, se puedan tipificar nuevas infracciones ni introducir nuevas sanciones. Es decir, en el artículo 25.1 CE está implícita una exigencia de tipificación de los elementos esenciales de las infracciones administrativas y de sus correspondientes sanciones, correspondiendo al reglamento, en su caso, el desarrollo y precisión de los tipos de infracciones previamente establecidos por la ley (sentencias del Tribunal Constitucional de 16 de noviembre de 2000 y de 11 de febrero de 2002).

Si aplicamos esta doctrina al ámbito local, la sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de febrero de 2004 nos enseña que esta esfera materialmente básica reservada al legislador en el ámbito sancionador, ha de flexibilizarse cuándo nos encontremos en presencia de normas reglamentarias aprobadas por el pleno de las Corporaciones locales dentro de su campo competencial. Sin embargo, dicha flexibilización no puede ser absoluta, pues no sería constitucional la existencia de reglamentos municipales independientes en materia sancionadora, ya que como señaló la sentencia 132/2001, la mera atribución por ley de competencias a los municipios, de acuerdo con el artículo 25.2 de la Ley de bases del régimen local de 1985, no contiene en sí la autorización para que cada municipio tipifique por completo y según su propio criterio las infracciones y sanciones administrativas en aquellas materias atribuidas a su competencia. No hay correspondencia, por tanto, entre la facultad de regulación en un ámbito material de interés local y el poder para establecer cuándo y cómo el incumplimiento de una obligación impuesta por Ordenanza municipal puede o debe ser castigada. Es más, dicha flexibilidad en opinión del Tribunal Constitucional alcanza al punto de no ser exigible una definición de cada tipo de ilícito y sanción en la ley, pero no permite la inhibición del legislador. Del artículo 25.1 de la Constitución se derivan dos exigencias mínimas. La primera, dice el Tribunal Constitucional, corresponde a la ley, en materia de tipificación de infracciones, la fijación de los criterios mínimos de antijuricidad conforme a los cuáles cada Ayuntamiento puede establecer tipos de infracciones; no se trata, apostilla el Constitucional en esta sentencia de 2004, de la definición de tipos —ni siquiera de la definición de tipos genéricos de infracciones luego concretados por medio de la Ordenanza municipal— sino de criterios que orienten y condicionen la valoración de cada municipio a la hora de establecer los tipos de infracción. La otra exigencia de mínimos que se deriva del artículo 25.1 de la Constitución, en materia de sanciones administrativas, se refiere a que la ley reguladora de cada materia debe establecer las clases de sanciones que pueden establecer, por lo que no es exigible que la ley establezca una clase específica de sanción para cada grupo de ilícitos, sino una relación de las posibles sanciones que cada Ordenanza municipal puede predeterminar en función de la gravedad de los ilícitos administrativos que ella misma tipifica.

El principio de legalidad, en su versión de la reserva de ley, encuentra, como sabemos, una importante excepción, reconocida por el Tribunal Constitucional, en materia de reglamentos preconstitucionales tipificadores de infracciones y sanciones. En efecto, la sentencia de 7 de abril de 1987 entendió que no es posible exigir la reserva de ley de manera retroactiva para anular disposiciones reguladoras de materias y de situaciones respecto de las cuáles tal reserva no existía de acuerdo con el Derecho anterior a la Constitución. Es decir, el principio de legalidad, en lo que se refiere a las disposiciones sancionadoras, que se traduce en la reserva absoluta de la ley no incide en disposiciones o actos nacidos al mundo del derecho con anterioridad al momento en que la Constitución fue promulgada.

Otra excepción al principio de legalidad, que también reconoce la jurisprudencia constitucional, se refiere, también en materia sancionadora, como hemos señalado

ya, a los reglamentos post-constitucionales que se limiten a reproducir reglamentos preconstitucionales “sin innovar el sistema de infracciones y sanciones”.

El principio de legalidad se hace presente, además de a través de la doctrina de las materias reservadas, desde el principio general de jerarquía normativa. Principio que tiene relevancia constitucional en el Derecho español (artículo 9.3) y que permite resolver los conflictos entre las normas según su rango: Constitución, ley, reglamento, acto. Su origen se remonta al nacimiento del Estado constitucional, concretamente a la jerarquización entre los poderes productores de normas jurídicas. Además de resolver conflictos entre normas, la jerarquía normativa también atribuye a las diferentes normas determinada capacidad innovadora en función del lugar que ocupen en el ranking, en la escala de los rangos.

Como ya hemos señalado en términos generales, corolario necesario del principio de legalidad para la Administración es que ésta no puede modificar por actos singulares lo establecido por ella misma en normas de carácter general (inderogabilidad singular de los reglamentos). Para SANTAMARIA PASTOR, este principio es una traducción del criterio romano “*tu patere legem quam feciste*”.

Por otra parte, el principio de legalidad reclama que cuándo la Administración lo incumpla, el acto o norma en cuestión debe ser, de oficio o a instancia de parte, impugnado. Además, como apunta SANTAMARIA PASTOR, este principio, en la medida en que es proyección, según VEDEL, de una regla de naturaleza psicológica, reclama una actitud por parte de los funcionarios en su tarea administrativa de vinculación al interés general, lo cual se traduce, entre otras cosas, en la existencia de la desviación de poder para impugnar las actuaciones administrativas en las que se el interés general brilla por su ausencia.

6. EL REGLAMENTO Y LA POTESTAD REGLAMENTARIA

De acuerdo con el principio de separación de poderes, a la Administración le corresponde, bajo la dirección del Gobierno, la tarea de la ejecución de la ley. Es decir, supuesto el contenido general y abstracto de la ley a partir de los llamados valores superiores del Ordenamiento (libertad, justicia, igualdad, seguridad, pluralismo...), la Administración pública, fundamentalmente a través de normas (reglamentos) y actos o resoluciones, aplica la ley a la realidad.

Por otra parte, y según hemos comentado, si seguimos la doctrina del principio de legalidad, en versión de vinculación positiva, entonces la Administración pública sólo estará habilitada para dictar reglamentos en aquellos casos en que la ley le atribuya tal potestad. Si partimos de la perspectiva de la vinculación negativa, entonces el ámbito de la Administración pública para dictar reglamentos se extiende a todos aquellos campos no prohibidos a la actividad administrativa.

A diferencia del reglamento comunitario, todavía en el sistema de fuentes del Derecho Comunitario mientras no se promulgue el nuevo Tratado Internacional por el que se instituye una Constitución para Europa, el reglamento tal y como lo

entendemos en el Derecho Administrativo, es una norma jurídica dictada por la Administración pública en virtud de un procedimiento establecido, de rango inferior a la ley, y que puede ser concretado a través de los correspondientes actos o resoluciones administrativas que procedan.

El reglamento, pues, en el ranking normativo va detrás de la ley. En virtud del principio de seguridad jurídica, ya comentado, la ley se impone siempre al reglamento. Proyección de la jerarquía normativa en el ámbito de la formación administrativa es el también aludido principio de inderogabilidad singular de los reglamentos, por el que la Administración pública está obligada a cumplir sus propios reglamentos sin que sea posible que dicte actos singulares de excepción, aunque su autor sea del mismo rango o superior al que dictó el correspondiente reglamento. La razón no es otra que la jerarquía normativa, que dentro de la Administración queda como sigue: primero el reglamento y después los actos y resoluciones administrativas.

A diferencia de lo que ocurre en el Derecho Francés, dónde la Constitución prevé materias reservadas al reglamento, en nuestro Derecho no existe tal posibilidad, por lo que los reglamentos habrán de dictarse, normalmente como desarrollo de las leyes y en la esfera doméstica de la Administración para la organización de las estructuras y unidades correspondientes.

Como señala SANTAMARIA PASTOR, existen dos dimensiones de la reserva de ley, ambas de gran interés para determinar el alcance y la operatividad de los reglamentos. En primer lugar, en virtud de la denominada reserva material existen determinadas cuestiones atribuidas en exclusiva a la ley, por lo que aunque no se haya dictado la pertinente ley no procede la elaboración de un reglamento que pretenda cubrir la laguna existente. Y, en segundo término, desde la perspectiva de la reserva formal, se entiende que cualquier materia, una vez que ha sido regulada por ley ya no puede ser objeto de la formación reglamentaria, a no ser, claro está, para su desarrollo ulterior.

Uno de los temas clásicos que se estudian en materia de reglamentos es la diferencia existente entre norma y acto, entre reglamento y acto. Cuestión que no es pacífica en la doctrina española, en la que nos encontramos con caracterizaciones del reglamento, o de la norma administrativa, como acto administrativo general. Sin embargo, en mi opinión, la diferencia entre acto y norma, esencial para el Derecho Administrativo, parte de varias consideraciones que expongo a continuación.

Como regla general, el reglamento tiene un contenido general y abstracto. El acto administrativo, por el contrario, se dicta con un alcance concreto y normalmente se refiere a administrados concretos. El reglamento, que no se puede dictar para destinatarios singulares y concretos puede, sin embargo, dirigirse a grupos concretos y determinados de personas identificables precisamente a tenor del contenido del reglamento en cuestión. ¿Cual sería entonces la diferencia entre el reglamento y el acto administrativo general, el que se dirige a una pluralidad determinada de personas? Si partimos de la base de que el reglamento goza de naturaleza normativa y de que, como señala SANTAMARIA PASTOR, es susceptible de ser aplicado en numerosas ocasiones pues cuanto más se aplica más refuerza su vigencia, la diferencia con el

acto general, que se agota con su única aplicación aunque se dirija a un conjunto plural de personas, es bien sencilla.

En el artículo 97 de la Constitución española se atribuye la potestad reglamentaria al Gobierno, quien la ejerce ordinariamente a través de la Administración pública, organización profesional que sirve con objetividad los intereses generales y que actúa bajo la dirección del Gobierno. En nuestro Derecho, insisto, no existen como en Francia materias reservadas al reglamento. La Constitución, junto a la atribución de potestad reglamentaria al Gobierno, no dedica más que otro precepto a los reglamentos, el 105, en el que se establece, en el párrafo 1 letra a que la ley “regulará la audiencia de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten”. En este caso, disposición administrativa equivale a norma administrativa, expresión que es la que define mejor la naturaleza jurídica del reglamento. De esta manera, el trámite de audiencia de los interesados en el procedimiento de elaboración de reglamentos, como elemento de relevancia constitucional que es, debe ser concretado en el ámbito de la ley, materia que se encuentra fundamentalmente en los artículos 23 y siguientes de la ley del Gobierno de 27 de noviembre de 1997, puesto que constitucionalmente la potestad reglamentaria reside en el propio Gobierno como cabeza visible de la Administración pública.

De acuerdo con señalado en materia de principio de legalidad, el artículo 23 de la ley del Gobierno citada, se sienta el criterio de que “los reglamentos no podrán regular materias objeto de reserva de ley, ni infringir normas con dicho rango”. Es decir, se ratifica el principio de las materias reservadas a la ley y se expresa con claridad, aplicado a este supuesto, el principio de jerarquía normativa. Igualmente, además de establecer que la función típica del reglamento es desarrollar la ley, o colaborar con ella, el párrafo segundo del artículo 23, en materia de sanciones e infracciones administrativas, dispone con toda claridad, en línea con lo expuesto con anterioridad, que los reglamentos no podrán tipificar delitos, faltas o infracciones administrativas, establecer penas o sanciones, así como tributos, cánones u otras cargas o prestaciones personales o patrimoniales de carácter público.

7. CLASES DE REGLAMENTOS

En lo que se refiere a las clases de reglamentos, me parece que resulta bastante claro el cuadro que hace en su Manual el profesor SANTAMARIA PASTOR, que los distingue por su relación con la ley, por las materias que regulan y por la naturaleza de su autor.

En relación con la ley, nos encontramos con reglamentos “secundum egem”, “extra legem” y “contra legem”. Problemática aparte plantean los llamados independientes. Es decir, reglamentos que disciplinan materias no reservadas formalmente a la ley en la Constitución, y reglamentos que regulan materias no protegidas por la reserva material a la ley que hace la Constitución, tal y como acontece con los límites a los derechos fundamentales, materia necesariamente de competencia legal por el mandato del Constituyente. Es el caso de los artículos 53.1, 31.3, 33.2, y 133.1 de la Constitución.

En el artículo 53.1 se establece que sólo por ley, que en todo caso habrá de respetar el contenido esencial, se podrá regular el ejercicio de los derechos y deberes fundamentales. El artículo 31.3 dispone que sólo mediante ley podrán establecerse prestaciones personales o patrimoniales de carácter público con arreglo a la ley. El artículo 33.2 reserva también a la ley la función social correspondiente a los derechos de propiedad y de herencia. Y, finalmente, el artículo 133.1, también reserva a la ley la planificación de la actividad económica general para atender a las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza y su más justa distribución.

También por su relación con la ley nos encontramos quizás con el tipo más normal y frecuente de reglamento, que es el denominado reglamento ejecutivo, aquel que desarrolla y complementa el contenido de la ley, y que suele estar previsto en el cuerpo de la correspondiente Ley como disposición final. En estos casos, hay que llamar la atención sobre la necesidad de que el proceso de elaboración de estos reglamentos cuente con el informe preceptivo del Consejo de Estado previsto en el artículo 22.3 de su ley reguladora. La evacuación de dicho informe responde a la necesidad de garantizar que, en efecto, el reglamento dictado en verdad sea fiel en su contenido a los principios de la ley que pretende desarrollar.

Finalmente, hemos de hacer referencia, también entre los reglamentos relacionados con la ley, a los de necesidad. Modalidad de reglamentos dictados por el gobierno por razones extraordinarias. Es el caso previsto en el artículo 116 de la Constitución en cuya virtud el Gobierno puede acordar por decreto del Consejo de Ministros, previa autorización del congreso de los diputados en un caso y con comunicación al Consejo en el otro, de las declaraciones de estado de excepción o de alarma. La naturaleza de estos decretos, quizás más bien actos administrativos generales, pues se dictan para una muy concreta situación que, una vez transcurrida, hace perder todo sentido a dichos decretos.

Por razón de la materia tenemos que citar siguiendo a la doctrina germánica, que en este punto ha hecho fortuna, los reglamentos llamados administrativos y los reglamentos jurídicos. Los reglamentos administrativos, también llamados reglamentos domésticos, son normas de organización interna de la propia Administración y normas que regulan las llamadas relaciones especiales de sujeción, categoría jurídica hoy en franca crisis, pero que permite entender el marco y el régimen de las relaciones entre los funcionarios y la Administración, entre los estudiantes y la Administración educativa, o, por ejemplo, entre los usuarios de un servicio público y el Ente público titular del mismo.

Por su parte, los reglamentos jurídicos, como su propio nombre sugiere, se refieren a definir derechos o a imponer deberes en el ámbito de supremacía general como puede ser la que liga a los ciudadanos con la propia Administración pública.

Una pregunta clásica que se suele formular en relación con estas dos modalidades de reglamentos se refiere al ámbito del principio de reserva de ley. Pues bien, los reglamentos organizativos, aunque formalmente no estén previstos en la ley es lo

más probable que se dicten en atención a las potestades propias y ordinarias de la Administración. En todo caso, si así fuera, en ningún caso podrán, como señala el artículo 23 de la ley del Gobierno, infringir normas con rango de ley. Sin embargo, los reglamentos jurídicos, en la medida en que inciden en situaciones jurídicas de los ciudadanos, en la medida en que regulan derechos y deberes, siempre y en todo caso precisarán de una ley previa que les habilite para tal tarea, en la que habrán de ajustarse a lo establecido en la ley lógicamente. Se trata, pues de un caso de vinculación negativa y otro de vinculación positiva.

En lo que atiende a la Administración autora del reglamento, los reglamentos serán estatales, autonómicos, locales, institucionales o corporativos. La tipología expuesta nos permite afirmar que, si bien existe un mínimo común en la regulación de cualquier reglamento sea cual sea su procedencia como consecuencia de lo establecido con carácter general en la Constitución, lo cierto y verdad es que existen diferentes regímenes jurídicos en la materia. Las diferentes formas de aprobación o de publicación de los reglamentos demuestra hasta que punto se da esa variedad aludida.

Por lo que se refiere a los reglamentos estatales, de acuerdo con lo dispuesto en la Constitución (artículo 97), los de mayor rango son los Reales Decretos aprobados por el Presidente del Gobierno o por el Consejo de Ministros. Subordinados a ellos y a las órdenes de las Comisiones Delegadas del Gobierno se encuentran los reglamentos de los ministros, que adoptan la forma jurídica de Ordenes Ministeriales y que se dictan para los asuntos propios del departamento ministerial de que se trate. A continuación tenemos las órdenes de las denominadas autoridades inferiores, entre las que se encuentran las resoluciones y circulares de los secretarios de Estado, subsecretarios y directores generales de la Administración del Estado.

Los reglamentos autonómicos, los dictados por el poder ejecutivo de cada Comunidad Autónoma, “mutatis mutandis”, siguen el mismo curso jerárquico que los estatales, si bien en algún caso, como el de la Comunidad Autónoma de Asturias, resulta que el Estatuto de Autonomía de Asturias (artículos 23.2 y 33.1) atribuye potestad reglamentaria al poder legislativo autonómico.

En materia local, la Ley de bases del régimen local de 1985 (artículos 20.1 y 2, 21.1.e, 22.2.d y 49) distingue entre los reglamentos orgánicos de cada Ente local, norma que establece el régimen de autoorganización, las denominadas Ordenanzas municipales, que son normas de gran raigambre en el Derecho Administrativo español de eficacia externa aprobadas por el correspondiente pleno de la Corporación local, y finalmente, los bandos que el propio Alcalde de la Corporación puede dictar en asuntos de su competencia.

8. REQUISITOS Y PROCEDIMIENTO DE ELABORACIÓN DE LOS REGLAMENTOS

¿Cuáles son los requisitos que ha de cumplir un reglamento, una norma administrativa, para ser admitido en el Ordenamiento jurídico y desplegar su eficacia? En primer lugar, que el reglamento sea dictado por el órgano que tenga la competencia

atribuida expresamente. En segundo término, que el reglamento de que se trate siga la cadena jerárquica establecida, sin que sea posible que un reglamento dictado por un determinado órgano pueda contradecir lo dispuesto en otro dictado por un órgano superior, salvo el caso de la llamada inderogabilidad singular de los reglamentos, ya expuesta, y de la que me ocuparé más adelante con algo más de detenimiento. En tercer lugar, de acuerdo con SANTAMARIA PASTOR, tendríamos que hacer referencia a un principio hoy de moda: el principio de la realidad, de la adecuación del contenido del reglamento a los hechos, el respeto a la realidad que trata de regular, lo que se traduce en la observancia de otro principio de Derecho, recogido por la Constitución: la interdicción de la arbitrariedad (artículo 9 CE). En efecto, la vinculación a la realidad, la congruencia del contenido normativo con los hechos que se trata de regular de acuerdo con la justicia, nos lleva también a otro principio general del Derecho, que es el principio de la racionalidad; es decir, que el reglamento ha de ser razonable, que es lo mismo, más o menos, que decir que ha de ser congruente y coherente. De lo contrario, en la medida en que la potestad reglamentaria es una potestad pública de naturaleza discrecional, podría atentarse contra los principios que establecen los límites a que en un Estado de Derecho somete a las potestades públicas, más específicamente a las discrecionales.

La ley de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (LRJAPPC) señala en su artículo 51.1, de acuerdo con lo señalado:

“1. Las disposiciones administrativas no podrán vulnerar la Constitución o las leyes ni regular aquellas materias que la Constitución o los Estatutos de Autonomía reconocen de la competencia de las Cortes Generales o de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas.

2. Ninguna disposición administrativa podrá vulnerar los preceptos de otra de rango superior.

3. Las disposiciones administrativas se ajustarán al orden de jerarquía que establezcan las leyes.”

Tema polémico es el de si la potestad reglamentaria ha de respetar siempre y en todo caso el principio de irretroactividad de las normas sancionadoras o limitadoras de derechos individuales. Para mí, es claro que si atendemos al principio general así debe ser. Es decir, las normas producen sus efectos desde el momento que se publican. Sin embargo, las sentencias del Tribunal Supremo de 18 de abril y de 29 de julio de 1986 han reconocido el principio de la retroactividad de las normas favorables.

En este sentido, en el marco respetando de la regla general existe una excepción recogida en el artículo 57.3 de la LRJAPPC relativa al caso de que la Administración pueda dar eficacia retroactiva a los actos, no a las normas o disposiciones administrativas: se trata de supuestos en los que se dicten actos en sustitución de actos anulados, y, asimismo, como ha señalado el Tribunal Supremo, cuándo produzcan efectos favorables al administrado, siempre, dice el precepto, que los supuestos de

hecho necesarios existieran ya en la fecha a que se retrotraiga la eficacia del acto y ésta no lesione derechos e intereses legítimos de otras personas. La doctrina se ha preguntado si este artículo, dedicado a los actos, también puede ser de aplicación a los reglamentos. Superando una perspectiva excesivamente formalista, no veo por qué razón si se dan estos supuestos, no ha de aplicarse también al mundo de los reglamentos, de las normas administrativas.

Los reglamentos, además de ser dictados por la autoridad competente, han de cumplir con el procedimiento establecido. La Constitución en el artículo 105 hace referencia al procedimiento establecido para la elaboración de las disposiciones administrativas. En efecto, la ley del Gobierno de 1997, dedica su artículo 24 precisamente a la regulación de dicho procedimiento, por lo que han de ser considerados nulos los reglamentos que prescinden de él. En concreto, por lo que se refiere a la elaboración de reglamentos estatales, que es la materia que regula la ley de Gobierno de 1997, dicho precepto dispone que la iniciación del procedimiento se lleva a cabo por el centro directivo competente mediante la elaboración del correspondiente proyecto, al que se acompañará un informe sobre la necesidad de su oportunidad y necesidad, así como una memoria económica en la que se determine el coste, y la financiación, de la puesta en marcha de dicho reglamento. A lo largo del proceso de elaboración deben recabarse, además de los informes, dictámenes y aprobaciones previas preceptivos, cuántos estudios y consultas se estimen pertinentes para garantizar la legalidad y el acierto del texto. Si se trata de un reglamento que afecte a derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, entonces, es necesario darles audiencia durante un plazo razonable no inferior a quince días, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley que los agrupen o los representen y cuyos fines guarden relación directa con el objeto del reglamento.

La decisión sobre el procedimiento elegido para dar la audiencia ha de ser motivada en el expediente por el órgano que acuerde la apertura del trámite de audiencia. Si la naturaleza del reglamento lo requiere, será sometida a información pública durante el mismo plazo. Este trámite, dice la ley, puede ser acortado hasta los siete días hábiles cuándo razones debidamente motivadas así lo justifiquen. Este trámite podrá omitirse cuándo graves razones de interés público, que habrán de motivarse debidamente, lo exijan. En el caso de que las organizaciones o asociaciones referidas hubieran participado a través de informes o consultas en el procedimiento, no es necesario el trámite de audiencia. Tampoco, dice la ley, se aplicará el trámite de audiencia a los reglamentos o disposiciones que regulan los órganos, cargos y autoridades de la presente ley, así cómo a las disposiciones orgánicas de la Administración General del Estado o de las organizaciones dependientes o adscritas a ellas. En el expediente, junto a la memoria e informe con que se da inicio al procedimiento, han de conservarse los estudios e informes evacuados, así como las demás actuaciones practicadas. En todo caso, existe un informe que no puede faltar, que es el de la secretaría general técnica. Cuándo proceda, habrá de pedirse el correspondiente informe al Consejo de Estado. La aprobación previa del Ministerio de Administraciones Públicas será preceptiva cuándo el reglamento o disposición de que se trate incida en el reparto de competencias entre el Estado y las

Comunidades Autónomas. Finalmente, los reglamentos despliegan sus efectos una vez que son publicados en el Boletín Oficial del Estado.

El régimen del procedimiento de elaboración de los reglamentos estatales es sencillo. Es menester, sin embargo, llamar la atención sobre la necesidad de motivar debidamente todas aquellas actuaciones en las que así debe hacerse, que no son pocas y que requieren de la Administración competente un esfuerzo notable de conducirse en todo el “iter” de acuerdo con los parámetros de la racionalidad, hoy diríamos también, del buen gobierno, de la buena Adiministración.

En materia de Administración local, como es lógico se subraya la participación popular en el procedimiento de aprobación de las Ordenanzas municipales, fundamentalmente a través de la audiencia a los interesados y la información pública, en ambos casos preceptiva para la elaboración de estas normas, tal y como de manifiesto el artículo 49 de la Ley de bases del régimen local de 3 de abril de 1985.

El Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse con frecuencia sobre diferentes aspectos del procedimiento de elaboración de los reglamentos. Si ha sido numerosa su jurisprudencia, también es verdad que es numerosa su incoherencia. Así, por ejemplo, para los reglamentos estatales y autonómicos conlleva la nulidad la omisión del informe de la secretaría general técnica u órgano equivalente de nivel autonómico. Igualmente, también el Tribunal Supremo ha considerado en algunos casos que también es merecedora de nulidad la ausencia de la audiencia a las asociaciones u organizaciones representativas de intereses siempre que no esté debidamente justificada dicha omisión (sentencias del Tribunal Supremo de 14 de febrero y 24 de mayo de 1984, y de 19 de diciembre de 1986).

9. LA INDEROGABILIDAD SINGULAR DE LOS REGLAMENTOS

El principio de jerarquía normativa supone que entre las propias normas y disposiciones administrativas exista una gradación o ranking en función del rango de la autoridad que las dicta. Los reglamentos producen efectos jurídicos, son eficaces, una vez que se han confeccionado válidamente tal y como examinamos en el epígrafe anterior, y una vez que hayan superado la correspondiente publicación, que se constituye en requisito imprescindible para su entrada en vigor.

En este sentido, el artículo 52.1 de la L RJAPPAC:

“Para que produzcan efectos jurídicos las disposiciones administrativas habrán de publicarse en el Diario Oficial que corresponda.”

De acuerdo con el Código Civil, artículo 2.1, las normas jurídicas entran en vigor a los veinte días de la publicación, salvo que la propia norma prevea expresamente otro plazo. Por tanto, para los reglamentos, el “dies a quo” será el cómputo de los veinte días no es otro que el de la publicación, para los reglamentos estatales, en el Boletín Oficial del Estado. Para las ordenanzas locales, habrá de estarse a lo dispuesto por el artículo 70.2 de la ley de bases de 1985 cuándo señala que “los acuerdos que adopten

las Corporaciones locales se publican o notifican en la forma prevista por la ley. (...) Las ordenanzas, incluidos el articulado de las normas de los planes urbanísticos, así como los acuerdos correspondientes a éstos cuya aprobación definitiva sea competencia de los Entes locales, se publican en el Boletín Oficial de la Provincia y no entran en vigor hasta que se haya publicado totalmente su texto y haya transcurrido el plazo de quince días que establece la propia ley de bases en el artículo 65.2. La diferencia entre publicación y notificación de los acuerdos locales radica en que otra de las diferencias entre acto y norma es que ésta precisa de la publicación para su eficacia, mientras que el acto administrativo local, para desplegar sus efectos, ha de ser convenientemente notificado al interesado o interesados”.

El reglamento, como regla general, es eficaz desde su publicación. Como señala SANTAMARIA PASTOR su eficacia es, en principio, ilimitada y se proyecta sobre los funcionarios, jueces o administrados, con la única excepción de la llamada cuestión de ilegalidad, que analizaremos en el último epígrafe al tratar sobre los llamados reglamentos ilegales y sus formas de impugnación.

Las mismas reglas que se aplican a la observancia de las leyes se aplican en materia de reglamentos. En concreto, las normas administrativas, igual que los actos o resoluciones, gozan de los privilegios de ejecutividad, ejecutoriedad así como de las presunciones de validez, legitimidad, acierto y legalidad por el sólo hecho, y no es poco, de haberse dictado por una autoridad competente de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido. Bien es verdad que el reglamento ordinariamente precisará de actos concretos que son los que materializan su contenido en la realidad y para determinados administrados, si es el caso. La impugnación de un reglamento, en es sede administrativa o judicial, no suspende, por tanto, su eficacia, salvo que, como más adelante veremos, el juez, tras una razonable ponderación de intereses entienda que procede su paralización transitoria porque de lo contrario el correspondiente recurso perdería su finalidad legítima.

En el Derecho español el régimen de la ejecución lo encontramos en los artículos 93 y siguientes de la Ley de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (LRJAPPC). En otros países, sin embargo, la observancia de los reglamentos se garantiza a través de sanciones penales, pues la Administración no dispone de poder sancionador directo. En España también se contemplan sanciones penales para estos casos, pero ni su uso es frecuente ni parece ni tiene el alcance de otros Ordenamientos porque entre nosotros desde hace mucho tiempo existe una tradición de sanciones administrativas quizás incongruente con los sistemas administrativos de otras latitudes y que es probable debiera reconducirse a sus justos límites para evitar que la Administración no sea juez y parte en determinados procedimientos administrativos. Por ejemplo, el Código Penal francés sanciona toda infracción de reglamentos que no esté singularmente tipificada.

En materia de derogación se aplican las normas generales por lo que un reglamento podrá ser derogado por otro dictado por la misma autoridad. Ahora bien, lo que no es posible por arbitrario e irracional, es derogar el reglamento para un caso determinado. No se puede conceder dispensas del cumplimiento de un reglamento estableciendo excepciones privilegiando a personas concretas. Ni siquiera puede

hacerlo la autoridad superior a la que dictó el reglamento. La razón reside en que el reglamento define un régimen jurídico general para una pluralidad de personas de acuerdo con el interés general. Y, por tanto, la observancia de ese régimen vincula a toda la Administración. Admitir excepciones a esta regla equivaldría, más o menos, a volver al Antiguo Régimen donde el capricho del gobernante era la fuente del Derecho y donde campaban a sus anchas las más lamentables expresiones de la arbitrariedad y la discriminación.

La formulación jurídica de este principio es la de la inderogabilidad singular de los reglamentos, que está recogida, como ya sabemos, en el artículo 52.2 de la LRJAPPAC:

“Las resoluciones administrativas de carácter particular no podrán vulnerar lo establecido en una disposición de carácter general, aunque aquéllas tengan un rango igual o superior a éstas.”

El fundamento del principio de la inderogabilidad singular de los reglamentos lo encontramos en el mismo principio de legalidad. Es la ley quien atribuye la potestad reglamentaria a la Administración. La Administración puede en este concepto dictar reglamentos y derogarlos. En ambos casos, dictar y derogar reglamentos se hace de acuerdo con el procedimiento establecido. Es decir, se dictan y se derogan para una pluralidad de personas, que constituyen el destinatario natural de dichas normas. En modo alguno, pues, se pueden derogar para casos singulares pues, de esta manera, se estaría desconociendo la habilitación que proporciona la ley al reglamento, que es su fuente de normatividad y de obligatoriedad. En realidad, el presupuesto de este principio reside en el principio de igualdad ya que si se conculca la inderogabilidad singular se estaría perpetrando una vulneración de dicho principio, pues el reglamento es de obligatorio cumplimiento para todas las personas a que se destina.

10. REGLAMENTOS ILEGALES: ESPECIAL REFERENCIA A LA CUESTIÓN DE ILEGALIDAD

La conculcación de los requisitos formales y sustanciales en el procedimiento de aprobación de los reglamentos da lugar a su invalidez. Nos encontramos en estos casos en el mundo de la validez de las normas, no de la eficacia.

Un problema no menor que se ha suscitado y se sigue suscitando es la existencia de reglamentos que son declarados inválidos o nulos que, sin embargo, despliegan sus efectos a través de los llamados actos de aplicación. Por eso hay que distinguir entre efectos de la invalidez y técnicas de control como señala SANTAMARIA PASTOR. En este sentido conviene tener presente que la doctrina mayoritaria en este punto afirma que la invalidez de los reglamentos lo es en grado máximo. Es decir, se trata de casos de nulidad absoluta o también llamada de pleno Derecho, aunque en la práctica las diferencias entre la nulidad absoluta o radical y la relativa, también llamada anulabilidad, son difíciles de precisar salvo en la no preclusión de los plazos de impugnación.

En este sentido, el artículo 62.2 de la LRJAPPAC, dispone:

“También serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales.”

¿Cómo se puede hacer efectiva la ilegalidad de los reglamentos? En las diferentes jurisdicciones: civil, penal, contencioso-administrativa o laboral. Ante la jurisdicción penal, a partir del artículo 565 del Código penal de 1995 cuándo señala que la Autoridad que dicte un reglamento careciendo de poder para ello será castigada con pena de prisión de uno a tres años, multa de tres a seis meses y suspensión del cargo o empleo público de uno a tres años. Se puede solicitar igualmente en el orden civil y laboral, pero obviamente el que más nos interesa en este momento es el orden jurisdiccional contencioso administrativo.

Igualmente, por vía de excepción se puede plantear la inaplicación de un reglamento en un recurso contra un acto de aplicación. Este camino se fundamenta en que aplicar un reglamento ilegal sería tanto como desobedecer a la ley de la que dicho reglamento trae causa. En la Ley Orgánica del Poder Judicial el artículo 6 dispone que los Jueces y Tribunales no aplicarán los reglamentos o cualquier otra disposición contraria a la Constitución española, a la ley o al principio de jerarquía normativa”.

Los funcionarios, pues, deben inaplicar los reglamentos ilegales por la sencilla razón, como dice SANTAMARIA PASTOR, de que hay que obedecer a la ley antes que al reglamento. Ciertamente, no es sencilla la posición de un funcionario que se niega a aplicar un reglamento de estas características ya que está sometido a la jerarquía administrativa y si no acata las órdenes de los superiores se expone a sanciones. Claro que si el reglamento está declarado ilegal por sentencia firme, entonces está amparado precisamente por el principio de legalidad. El problema se encuentra cuándo el funcionario se niega a aplicar un reglamento que él entiende ilegal.

En fin, el supuesto más común es el del reglamento que se impugna ante la jurisdicción contenciosa administrativa a través de la acción de nulidad prevista en el artículo 62.2 de la LRJAPPAC. En todo caso, el artículo 102.2 de esta ley permite a la propia Administración la propia declaración de nulidad a través de la correspondiente revisión de oficio. La impugnación contencioso administrativa del reglamento ordinariamente se efectúa mediante el correspondiente recurso directo en el que se solicita su anulación. Los efectos jurídicos de la invalidez del reglamento declarada por el juez son los propios de la nulidad absoluta o de pleno derecho, tal y como prescribe el artículo 62.2 LRJAPPAC. Las consecuencias de la declaración de nulidad del reglamento en vía judicial implican, por un lado, la imprescriptibilidad de la acción para recurrir contra el reglamento ilegal y, por otro, la imposibilidad de convalidación del reglamento nulo por que se trata de nulidad “in radice”. Sin embargo, estos efectos no se compaginan con el mantenimiento de los actos dictados en aplicación del reglamento.

En este sentido, el artículo 73 de la ley de la jurisdicción contencioso administrativa de 1998 establece:

“Las sentencias firmes que anulen un precepto de una disposición general no afectarán por sí mismas a la eficacia de las sentencias o actos administrativos firmes que lo hayan aplicado antes de que la anulación alcanzara efectos generales, salvo en el caso de que la anulación del precepto supusiera la exclusión o la reducción de las sanciones aún no ejecutadas completamente.”

Es decir, mientras la sentencia que anula el reglamento no es firme, los actos firmes dictados en su aplicación producen a este ese momento efectos jurídicos salvo el caso de exclusión o reducción de las sanciones no completamente ejecutadas.

Por otra parte, debe señalarse que es posible también impugnar un reglamento ilegal a través de un recurso indirecto planteado para atacar jurisdiccionalmente un acto administrativo de aplicación de dicho reglamento a partir de la misma ilegalidad del reglamento del que trae causa el acto administrativo recurrido. Para que prospere esta vía procesal es obvio que es preciso que se produzca un acto de aplicación del reglamento ilegal bien directamente o bien generado ante la oportuna solicitud o petición.

A diferencia del recurso directo, que tiene un plazo tasado en la ley para su interposición, en el caso del recurso indirecto no existe plazo especial. Siempre podrá ser atacado en los plazos ordinarios a partir de la notificación del acto administrativo de aplicación. Por otra parte, como señala SANTAMARIA PASTOR al hilo de la jurisprudencia, los efectos del recurso indirecto no son tan radicales o contundentes como los del recurso directo.

En efecto, en los casos del recurso indirecto, sólo queda anulado el acto administrativo, no el reglamento ilegal, que puede seguir produciendo efectos. Sin embargo, la ley jurisdiccional de 1998 corrige este tema atribuyendo al juez la potestad de anular el reglamento siempre que sea competente para conocer del recurso directo y si no lo fuere planteando la cuestión de ilegalidad ante el Tribunal competente. Si el juez estima la cuestión anula el reglamento con efectos “erga omnes”. Sin embargo, como ahora veremos con más detalle, si el juez entiende que el reglamento era válido, resulta que dicho fallo no afectará, según la Ley, a la sentencia anulatoria del acto administrativo, lo cuál no parece muy congruente.

La denominada cuestión de ilegalidad viene a intentar resolver uno de los problemas más importantes que se planteaban ante la jurisdicción contencioso administrativa cuándo el Juez o Tribunal encargado de enjuiciar la legalidad de una determinada actuación administrativa llegaba al convencimiento jurídico de que la norma o disposición de carácter general de la que trae causa incurre en infracción del Ordenamiento jurídico. En estos casos, se anulaba el acto, pero la disposición quedaba en una incongruente situación de vigencia.

Para salir al paso de esta cuestión, el capítulo II del Título V de la Ley de 1998 se dedica a esta materia. En concreto, el artículo 123 dispone:

“1. El Juez o Tribunal planteará, mediante auto, la cuestión de ilegalidad prevista en el artículo 27.1 dentro de los cinco días siguientes a que conste en las actuaciones la firmeza

de la sentencia. La cuestión habrá de ceñirse expresamente a aquel o aquellos preceptos reglamentarios cuya declaración de ilegalidad haya servido de base para la estimación de la demanda. Contra el auto de planteamiento no se dará recurso alguno.

2. En este auto se acordará emplazar a las partes para que, en el plazo de quince días, puedan comparecer y formular alegaciones ante el Tribunal competente para fallar la cuestión. Transcurrido este plazo, no se admitirá la personación.”

En efecto, el artículo 27 de la Ley de 1998, que regula esta nueva institución, señala que si en un proceso contencioso administrativo el Juez o Tribunal hubiera dictado sentencia estimatoria de la pretensión del recurrente fundado en la ilegalidad de la disposición general aplicada de la que trae causa la actuación impugnada, deberá plantear la cuestión de ilegalidad ante el órgano judicial competente para conocer del recurso directo contra la disposición salvo que también fuera competente para el recurso directo, en cuyo caso la sentencia declarará la validez o nulidad de dicha disposición. Además, el Tribunal Supremo, sin necesidad de plantear la cuestión de ilegalidad, anulará cualquier disposición general cuándo, en cualquier grado, conozca de un recurso contra un acto fundado en la ilegalidad de la norma de la que trae causa.

El legislador de 1998, preocupado por mejorar la posibilidad de recurrir, directa o indirectamente las disposiciones de carácter general, introduce relevantes novedades entre las que la cuestión de ilegalidad es, quizás, la más relevante. En este sentido, la exposición de motivos de la Ley, señala, en relación con los recursos en los que se enjuicia la legalidad de una disposición de carácter general que “los efectos que tienen estos tipos de recursos y, en particular, la declaración de ilegalidad de una disposición general por cualquier vía que se produzca, no pueden compararse, en términos generales, con los del recurso contra actos. La diferencia asume cada vez mayor relieve en la práctica, si se tiene en cuenta la extensión y relevancia que en el polifacético Estado moderno ha sumido la producción reglamentaria”. Es cierto, no tiene la misma virtualidad jurídica la anulación de un acto que la anulación de un reglamento pues ordinariamente el reglamento afecta a un número de destinatarios notablemente superior al del acto y, por otra parte, la reglamentación motorizada hoy es vertiginosa puesto que tienen la naturaleza jurídica de reglamentos, no sólo los propios de la Administración del Estado y de las Comunidades Autónomas que así se denominan, sino que, también, por ejemplo, participan de tal condición los planes urbanísticos. Además, como antes se ha señalado, cuándo se anulaba un acto a partir de la ilegalidad de un reglamento, se producían situaciones contrarias a la seguridad jurídica deseable en un Estado de Derecho, como se dice ahora, avanzado.

Como sigue diciendo la exposición de motivos de la Ley, ahora se “aseguran las más amplias posibilidades de someter a control judicial la legalidad de las disposiciones generales, preservando lo que se han dado en llamar recursos directo e indirecto y eliminando todo rastro de las limitaciones para recurrir que estableció la legislación anterior. Ahora bien, al mismo tiempo se procura que la impugnación de las disposiciones generales se tramite con celeridad y que aboque siempre a una decisión judicial clara y única, de efectos generales, con el fin de evitar innecesarios

vacíos normativos o situaciones de inseguridad o interinidad en torno a la validez y vigencia de las normas”.

El problema del recurso indirecto, como sabemos, se circunscribe al caso, que detalla la exposición de motivos, en el que se anula el acto impugnado por entender ilegal la norma que le sirve de cobertura. En estos casos, “el carácter difuso de este tipo de control ha generado situaciones de inseguridad jurídica y desigualdad manifiesta, pues según el criterio de cada órgano judicial y a falta de una instancia unificadora, que no siempre existe, determinadas disposiciones se aplican en unos casos o ámbitos y se inaplican en otros. La decisión pasa por unificar la decisión judicial sobre la legalidad de las disposiciones generales en un solo órgano, el que en cada caso es competente para conocer del recurso indirecto, dotando siempre a esa decisión de efectos ‘erga omnes’. De ahí que cuándo sea ese mismo órgano el que conozca del recurso indirecto, la Ley disponga que declarara la validez o nulidad de la disposición general. Para cuándo el órgano competente en un recurso de este tipo sea otro distinto del que puede conocer del recurso directo contra la disposición de que se trate, la Ley introduce la cuestión de ilegalidad”.

Esta institución, como confiesa la exposición de motivos de la Ley, se inspira en la cuestión de constitucionalidad prevista en el artículo 163 de la Constitución y, parcialmente, sigue su mecánica. Pero, en realidad, “las analogías acaban aquí. La cuestión de ilegalidad no tiene otro significado que el de un remedio técnico tendente a reforzar la seguridad jurídica, que no impide el enjuiciamiento de las normas por el Juez o Tribunal competente para decidir sobre la legalidad del acto aplicativo del reglamento cuya ilegalidad se aduce, pero que pretende alcanzar una decisión unitaria a todo eventual pronunciamiento indirecto sobre su validez”.

El Consejo General del Poder Judicial, en su informe al anteproyecto de la Ley de 1995, que es el antecedente de la actual regulación de la cuestión de ilegalidad, llamaba la atención sobre la necesidad de evitar la situación que se producía cuándo la inaplicación de un reglamento en un determinado caso por efecto del recurso indirecto, no comportaba su anulación y expulsión definitiva, pues sólo podría conseguirse de mediar un recurso directo. Si un reglamento es ilegal, a su amparo se producirán actos ilegales, por lo que era necesario buscar alguna técnica jurídica que consiguiera declarar ilegal ese reglamento para todos los casos. Los posibles efectos contrarios a la seguridad jurídica y a la igualdad en la aplicación de la ley que pueden derivarse del mantenimiento de la vigencia puramente formal de la norma, justifican, sigue diciendo el Consejo General del Poder Judicial, la introducción de un procedimiento que permita dotar de eficacia general al juicio de ilegalidad de la disposición general obtenido en un supuesto por el Ordenamiento jurídico, cuándo tiene la competencia para conocer del recurso directo contra la disposición de que se trata, sea intentando el pronunciamiento correspondiente del órgano judicial competente para ello, aunque no pueda hacerlo directamente el propio juzgador.

La razón de esta técnica reside en la necesidad de expulsar del Ordenamiento los reglamentos ilegales, íntegramente o parcialmente, según los casos. No cabe pensar en un reglamento ilegal pueda estar vigente. Por eso, la sentencia del Tribunal Supremo

de 26 de junio de 2000, llama la atención sobre el cambio en la configuración del sistema de impugnación de las disposiciones generales, “que se ha producido con la introducción de la cuestión de ilegalidad, en virtud de la cual cuándo la Sala de instancia estima un recurso contencioso administrativo por considerar ilegal el contenido de una disposición general —respecto de la que no es competente para conocer del recurso directo—, ya que si el Tribunal que conoce del recurso indirecto fuera competente para conocer del directo “declarará la validez o nulidad de la disposición general”.

La jurisprudencia ha entendido, con buen criterio, el carácter imperativo del planteamiento de la cuestión cuándo concurren los requisitos previstos en la Ley. Así, por ejemplo, la sentencia de la Audiencia Nacional de 30 de mayo de 2000: “es voluntad del legislador que en todos los casos en que se plantee la ilegalidad de una disposición general, ésta sea declarada por el Tribunal que tenga competencia para declararla, obligando incluso al Juez o Tribunal de lo Contencioso-Administrativo a plantear la cuestión de ilegalidad ante el Tribunal competente”.

Existen grandes diferencias entre la cuestión de ilegalidad y la cuestión de constitucionalidad. En primer lugar, la cuestión de constitucionalidad puede ser operada de oficio o a instancia de parte, mientras que la cuestión de ilegalidad, si se dan los presupuestos de la Ley, será de obligatorio planteamiento. Es decir, si el órgano judicial competente dicta sentencia firme estimatoria amparándose en la ilegalidad de una norma, y no sea competente para el recurso directo, tiene la obligación de plantearla. La cuestión de constitucionalidad tiene sentido cuándo existen dudas razonables sobre la adecuación de una norma con rango de Ley a la Constitución. En la cuestión de ilegalidad se trata de verificar la conformidad de una norma reglamentaria al Ordenamiento jurídico.

De acuerdo con el artículo 123 de la Ley de 1998, la cuestión se planteará en los cinco días siguientes a que conste en las actuaciones la firmeza de la sentencia a través de un auto que no admitirá recurso alguno. En el mismo auto de planteamiento se emplaza a las partes para que en quince días puedan comparecer y hacer alegaciones ante el Tribunal competente.

Ha sido GONZALEZ PEREZ quien ha señalado que más que en la cuestión de inconstitucionalidad, la figura que ahora estudiamos tiene su precedente en lo dispuesto en el artículo 55.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Es decir, cuándo se estima el recurso de amparo porque la Ley aplicada lesione derechos fundamentales o libertades públicas, la Sala elevará la cuestión al Pleno, que podrá declarar la inconstitucionalidad de dicha Ley en nueva sentencia con los efectos ordinarios previstos en los artículos 38 y siguientes de la Ley, en los que se regula el procedimiento para que un órgano de la misma jurisdicción —competente— se pronuncie sobre la nulidad de una disposición general —Ley— cuya constitucionalidad ya había decidido la Sala al estimar el amparo, pero sin competencia para declarar la nulidad de la disposición. Es, pues, el mismo proceso, pero un grado inferior del rango normativo. En este caso nos hallamos ante el proceso constitucional y en el de la cuestión de ilegalidad, en el proceso contencioso administrativo.

La finalidad de este procedimiento especial, insisto, es la expulsión del Ordenamiento jurídico de normas consideradas ilegales por el juzgador del recurso indirecto y que, sin embargo y a pesar de ello, deben seguir siendo aplicadas, sin que la sentencia del recurso indirecto alcance a su nulidad. Es evidente que se trata de la aplicación del principio de seguridad jurídica a una materia que es susceptible de producir efectos disgregadores profundamente incongruentes. Porque, en la situación anterior a la Ley de 1998, era posible pensar que lo que es ilegal para un órgano judicial no lo sea para otros juzgadores en recursos similares.

Tal y como se ha señalado en los comentarios a la Ley dirigidos por el profesor ROCA, hay dos cuestiones que deben ser planteadas al amparo del estudio de esta figura. En primer lugar, se cuestiona el respeto a la tutela judicial efectiva ya que el juicio de la disposición general en la cuestión de ilegalidad se hace, efectivamente, sin la presencia de todos aquellos que pudieran tener interés en su mantenimiento, pues sólo comparecen las partes del proceso inicial, quienes es posible, o no, que ya no tengan interés en el procedimiento especial pues ya vieron resuelta su controversia. Por ello, el Consejo de Estado, consciente del escaso interés en personarse en un ulterior procedimiento por quien obtuvo ya sentencia estimatoria, solicitó en su informe a la Ley la participación del Ministerio Fiscal precisamente para la defensa de la legalidad. Iniciativa que parece razonable, pero que no corrió mucha suerte. En segundo lugar, hay que considerar los efectos del planteamiento de la cuestión de ilegalidad sobre el procedimiento originario, pues es posible pensar que se puedan producir situaciones tan contradictorias como que se dicte sentencia estimatoria por considerar ilegal la disposición general aplicada, con la consiguiente obligación de plantear la cuestión de ilegalidad, y el Tribunal que resuelva entienda que la no disposición general no solo no es ilegal, sino perfectamente legal.

Por lo que se refiere a los aspectos procesales de la cuestión, de acuerdo con el artículo 123 de la Ley jurisdiccional de 1998 es menester que la sentencia estimatoria en la que se entiende nula la norma sea firme. Por otra parte, la cuestión de ilegalidad debe circunscribirse al precepto o preceptos cuya declaración de ilegalidad haya fundamentado al anulación del acto administrativo impugnado ante la jurisdicción contenciosa administrativa. De acuerdo con el artículo 33 de la Ley hay que tener presente que es posible que el Tribunal que conoció de la cuestión pudo extender el enjuiciamiento a otros preceptos de la misma disposición por razones de conexión con los preceptos cuestionados.

¿Qué ocurre si no se respeta el plazo de los cinco días? Parece que no es razonable pensar que se entienda estimada la cuestión sin más y no se entre en el fondo. Si así aconteciera, nos encontraríamos ante una simple irregularidad que en el peor de los casos daría lugar a un supuesto de responsabilidad disciplinaria. Frente al auto que plantea la cuestión, ya hemos dicho que no cabe recurso ya que se trata de un procedimiento de orden público normativo consistente en la depuración del Ordenamiento jurídico. Una vez planteado se emplazará a las partes para que en el plazo de quince días aleguen lo que tengan por conveniente ante el Tribunal competente para resolver sobre la cuestión de ilegalidad. Si se deja transcurrir ese plazo, no se admitirá la personación.

Obviamente, en el auto se motivará el planteamiento de la cuestión, pero sin que esa motivación suponga la duda, como sí ocurre en la cuestión de constitucionalidad, pues en estos casos la anulación del acto se fundamenta en la declaración de ilegalidad de la disposición de carácter general.

La sentencia del tribunal Supremo de 21 de julio de 2000 establece los requisitos oportunos para la válida interposición de la cuestión de ilegalidad en los siguientes términos: “a) En cumplimiento del artículo 27 de la Ley se ha dictado sentencia firme estimatoria por considerar ilegal el contenido de la disposición general aplicada y el artículo 123 señala que el auto de planteamiento se ciñe exclusivamente al precepto reglamentario cuya declaración de ilegalidad sirve de base para la estimación de la demanda. b) En la cuestión de ilegalidad, el auto de planteamiento constituye una resolución suficientemente motivada que acota el objeto de la cuestión y se ciñe a la parte del precepto reglamentario que sirve de base para la valoración de la ilegalidad. c) Por imperativo de las normas de aplicación, la sentencia que resuelva la cuestión, en todo caso, no afectará a la situación jurídica derivada de la sentencia dictada por el Juez o Tribunal que plantea la cuestión, siendo de tener en cuenta en los términos del artículo 73 por la remisión que se contiene en el artículo 126.2 que las sentencias firmes que anulasen un precepto de una disposición general, no afectarán por sí a la eficacia de sentencias o actos firmes que lo hayan aplicado antes de que la anulación alcance efectos salvo en el caso de que la anulación del precepto supusiera la exclusión o la reducción de las sanciones aún no ejecutadas completamente”.

Para terminar la glosa de este precepto es conveniente poner de manifiesto, como se hace en los comentarios dirigidos por el profesor ROCA, a que es francamente difícil articular la cuestión de ilegalidad con el sistema de recursos arbitrados en la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa de 1998, o para su coordinación con la misma jurisdicción constitucional.

El artículo 124 de la Ley dispone lo siguiente:

“1. El Juez o Tribunal que haya planteado la cuestión, remitirá urgentemente, junto con la certificación del auto de planteamiento, copia testimoniada de los autos principales y del expediente administrativo.

2. El planteamiento de la cuestión se publicará en el mismo periódico oficial en que lo hubiera sido la disposición cuestionada.”

Se entiende que el envío de los documentos a que se refiere el precepto tendrá como destinatario el órgano judicial competente para resolver la cuestión de ilegalidad. Entre la documentación que se ha de enviar se incluye, evidentemente, la acreditación de haber realizado los emplazamientos a las partes y del anuncio (publicación) que determina el apartado segundo del artículo 124. El Juez o Tribunal encargado de la cuestión de ilegalidad comprobará que la documentación enviada es la que procede y que está completa. Si así no fuera se podrá subsanar para evitar posibles nulidades.

La expresión “urgentemente”, en congruencia con la naturaleza del procedimiento que estudiamos equivale a brevedad, celeridad, en el menor tiempo posible. Por lo demás, no parece que requiera mayores comentarios la indicación de que la

cuestión se publique en el mismo periódico oficial en que lo hubiera sido la disposición cuestionada.

El artículo 125 establece el subsiguiente régimen jurídico del procedimiento hasta el momento de dictar sentencia:

“1. Con el escrito de personación y alegaciones, podrá acompañarse la documentación que se estime oportuna para enjuiciar la legalidad de la disposición cuestionada.

2. Terminado el plazo de personación y alegaciones, se declarará concluso el procedimiento. La sentencia se dictará en los diez días siguientes a dicha declaración. No obstante, podrá el Tribunal rechazar, en trámite de admisión, mediante auto y sin necesidad de audiencia a las partes, la cuestión de ilegalidad cuándo faltaren las condiciones procesales.

3. El plazo para dictar sentencia quedará interrumpido, si para mejor proveer, el Tribunal acordara reclamar el expediente de elaboración de la disposición cuestionada o practicar alguna prueba de oficio. En estos casos se acordará oír a las partes por plazo común de tres días sobre el expediente o el resultado de la prueba.”

De la lectura del párrafo segundo se deduce la existencia de un trámite de admisión, que llevará al órgano judicial competente a tomar la decisión que estime procedente en función del cumplimiento de los presupuestos procesales a los que se refiere el Tribunal Supremo en un auto de 24 de abril de 2000 al entender que “la ausencia de condiciones procesales a que se refiere el artículo 125.2, que impide que la cuestión de ilegalidad rebasase el trámite de admisión, son todas las que forman o materialmente condicionan el correcto funcionamiento de la misma, incluso aquellas cuya concurrencia es necesaria para que pueda dictarse una sentencia de fondo, estimatoria o desestimatoria de la cuestión planteada. Téngase en cuenta que la inadmisión actúa como alternativa de una sentencia de fondo, aunque en ella se puede declarar inadmisión por la falta de algún requisito procesal insubsanable”.

Las alegaciones deben concentrarse en las razones de la legalidad o ilegalidad de la disposición de carácter general. Parece, dada la amplitud con que está redactado el precepto, que en este trámite de alegaciones es posible que se solicite al órgano judicial competente la práctica de las pruebas que se estimen imprescindibles así como que se reclame, motivadamente, el expediente correspondiente a la elaboración de la disposición general. Al ser un procedimiento de oficio continúa en todo caso aunque ni se produzca la personación ni se efectúen las alegaciones por las partes.

Una vez finalizados estos trámites, se declara concluido el procedimiento y se señala día para votación y fallo, que se producirá en un plazo de diez días desde dicha resolución. El artículo permite, como diligencias para mejor proveer, que se interrumpa el plazo para dictar sentencia si, a juicio del Juez o Tribunal, es menester, para fundar mejor su decisión, reclamar el expediente de elaboración de la disposición general o bien practicar de oficio alguna prueba. En estos supuestos, como señala el artículo 125 en su párrafo tercero, se acordará oír a las partes por plazo común de tres días. En el caso de que decidan intervenir en esta audiencia, el plazo para dictar sentencia será, a mi entender, de diez días a partir de dicha audiencia, sobre

todo si nos atenemos a la realidad y a la necesidad de conjugar urgencia con reflexión necesaria para dilucidar estos procedimientos.

En relación con el contenido de la sentencia, nos encontramos con el artículo 126 de la ley de 1998, que dispone:

“1. La sentencia estimará o desestimará parcial o totalmente la cuestión, salvo que faltare algún requisito procesal insubsanable, caso en que la declarará inadmisibile.

2. Se aplicará a la cuestión de ilegalidad lo dispuesto para el recurso directo contra disposiciones generales en los artículos 33.3, 66, 70, 71.a, 72.2 y 73. Se publicarán también las sentencias firmes que desestimen la cuestión.

3. Firme la sentencia que resuelva la cuestión de ilegalidad, se comunicará al Juez o Tribunal que la planteó.

4. Cuando la cuestión de ilegalidad sea de especial trascendencia para el desarrollo de otros procedimientos, será objeto de tramitación y resolución preferente.

5. La sentencia que resuelva la cuestión de ilegalidad no afectará a la situación jurídica concreta derivada de la sentencia dictada por el Juez o Tribunal que planteó aquella.”

Se aplicará, en este tema, el régimen general que para las sentencias establece la Ley jurisdiccional de 1998. Firme la sentencia, se comunicará al Juez o Tribunal que la planteó y se publicará en el mismo diario oficial en que se publicó el planteamiento de la cuestión. Si se estima la cuestión, se anulan los preceptos de la disposición general sobre los que recae el veredicto de ilegalidad. En este sentido, el artículo 73 de la Ley es bien claro cuando señala que “las sentencias firmes que anulen un precepto de una disposición general no afectarán por sí mismas a la eficacia de las sentencias o actos administrativos firmes que lo hayan aplicado antes de que la anulación alcanzara efectos generales, salvo en el caso de que la anulación del precepto supusiera la exclusión o la reducción de las sanciones aún no ejecutadas completamente”. El legislador, pues, como cabía esperar, niega eficacia retroactiva a estas sentencias salvo en el caso de que se pudiera impedir un contenido beneficioso para una persona sancionada que no haya cumplido íntegramente la sanción impuesta por la propia Administración. En otras palabras, nos hallamos ante una aplicación del principio constitucional de retroactividad de las disposiciones sancionadoras más favorables.

Una duda que suscita la remisión del legislador al artículo 33.2 nos lleva a cuestionarnos si es posible que la anulación de uno o varios preceptos de una norma administrativa en este procedimiento suponga automáticamente la anulación de los artículos de dicha norma por conexión o consecuencia. Siendo, como es, pleno el control judicial, podría pensarse que si el juzgador entiende que no procede la cuestión en cuanto al fondo pero si en cuanto a la forma por haberse violado los requisitos formales de la elaboración de la norma por ejemplo, deberá igualmente pronunciar el juicio de ilegalidad. Es lo que se dice en los comentarios a la Ley jurisdiccional de 1998 dirigidos por el profesor ROCA: la exclusión del planteamiento de los vicios formales en la elaboración de la norma afecta únicamente al recurso indirecto, pero una vez deferido el conocimiento de la norma al órgano competente, a través de la cuestión de ilegalidad, el control del Tribunal se extiende, sin distinción, a cualquier infracción del Ordenamiento jurídico.

Si no hay infracción del Ordenamiento jurídico, la sentencia desestimará la cuestión de ilegalidad. Entonces puede surgir la duda sobre la legalidad de la sentencia en la que se anula la actuación administrativa por considerar ilegal la norma de la que trae causa. Dicha sentencia es firme y, sin embargo, su fundamento jurídico ha sido desestimado por otro órgano judicial. ¿Se trata en este caso de proceder a una revisión de dicha sentencia? El artículo 126 en su párrafo 5 nos da la solución al señalar que “la sentencia que resuelva la cuestión de ilegalidad no afectará a la situación jurídica concreta derivada de la sentencia dictada por el Juez o Tribunal que planteó aquella”. Puede que esta solución no convenza pues, podría afirmarse que otra sombra de inseguridad jurídica planea sobre el tema al tenerse que ejecutar una sentencia cuya argumentación jurídica es ilegal. El Consejo de Estado, quizás para evitar este efecto, era partidario de que la eficacia de la cuestión de ilegalidad fuese abstracto, sin vincular el pleito concreto, lo cual tampoco parece muy razonable puesto que el problema que se deduce de la sentencia desestimatoria de una cuestión de ilegalidad es concreto, afecta al caso en el que se plantea y la solución que se ha encontrado no parece muy atinada, como tampoco lo parece incluir una previsión expresa en el precepto en la que no se concreten los efectos de dicho fallo.

Finalmente, el Consejo General del Poder Judicial consiguió que se incluyera el párrafo 4 del artículo con el fin de tener presente aquellos casos en los que, en efecto, fuese relevante la preferencia en su tramitación.

Desde otro punto de vista, habría que comentar que la Constitución en su artículo 161.2 permite que el Gobierno de la nación pueda impugnar ante el Tribunal Constitucional, con suspensión automática, reglamentos dictados por las Comunidades Autónomas. Claro está, en estos casos, el control jurídico que realiza el Tribunal Constitucional se circunscribe a vicios de constitucionalidad, no de legalidad ordinaria, ya que para ello están los Tribunales Contencioso Administrativos.

Para terminar este epígrafe es menester también hacer referencia a que los reglamentos que lesionen derechos fundamentales susceptibles del recurso de amparo podrán ser impugnados a través del correspondiente recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional previo agotamiento de la vía jurisdiccional ordinaria en los casos en que proceda.

11. REFLEXIÓN CONCLUSIVA

A lo largo y ancho de este capítulo he intentado exponer algunos de los rasgos más relevantes de la ley y el reglamento como fuentes propias del Derecho Administrativo español. Probablemente habrán quedado en el tintero aspectos igualmente notables de esta materia. Mi propósito ha sido muy sencillo: plantear el estado actual y los problemas que existen en relación con la ley y con los reglamentos. Para ello, hemos pasado revista a algunos problemas como el de las relaciones ley-reglamento, la cuestión de los reglamentos independientes, el alcance del principio de legalidad y la presunta autonomía de funciones de la Administración como función profesionalizada dedicada a la gestión objetiva del interés general. Hemos estudiado

también los principios de jerarquía normativa, de inderogabilidad singular de los reglamentos. Hemos analizado los diversos sistemas de impugnación de reglamentos para terminar con algunas reflexiones, quizás demasiado amplias, sobre la llamada cuestión de legalidad, tema novedoso que introduce el legislador de 1998 en la ley de la jurisdicción contencioso administrativa.

El tratamiento dispensado al reglamento en este breve epígrafe, que contrasta con la elementalidad del análisis de la ley, se justifica en que para el administrativista, dando por sentado la vinculación general del reglamento a la ley, es más importante precisamente el comentario y la glosa de las normas administrativas, pues del estudio pormenorizado de la ley encontraremos enjundiosos tratados en sede de derecho Constitucional. En fin, termino el capítulo con el deseo de que el trabajo realizado ayude a entender un poco mejor el sistema de fuentes del Derecho Administrativo español en lo que se refiere a la ley y al reglamento.

VII.

LA CENTRALIDAD DE LOS USUARIOS Y CONSUMIDORES Y EL INTERÉS GENERAL

1. INTRODUCCIÓN

Los nuevos enfoques y aproximaciones que hoy podemos encontrar al tratar sobre Derecho Administrativo y Ciencia de la Administración pública suelen coincidir, como ya hemos comentado, en la centralidad de la persona, del ciudadano, del particular, o del administrado. Es, me parece, la consecuencia de rediseñar el marco general en el que por bastante tiempo prevaleció una idea de la Administración como poder conformador y configurador de lo público desde los esquemas de la unilateralidad. No digamos ya en materia de servicios públicos y de servicios de interés general, dónde el usuario se ha convertido, afortunadamente, en el centro de atención de su tratamiento jurídico tras haber pasado por un peregrinaje ciertamente complejo.

La filosofía política de este tiempo parece tener bien clara esta consideración del papel de la persona en relación con el poder público. Desde este punto de vista, la persona no puede ser entendida como un sujeto pasivo, inerte, puro receptor, destinatario inerte de las decisiones y resoluciones públicas. Definir a la persona, al ciudadano, como centro de la acción administrativa y del ordenamiento administrativo en su conjunto supone considerarlo como el protagonista por excelencia, no el único, del espacio público, de las instituciones y de las categorías del Derecho Administrativo y de la Ciencia de la Administración. Es decir, a la hora de construir las políticas públicas, a la hora de levantar los conceptos del Derecho Administrativo debe tenerse presente la medida en que a su través se pueden mejorar las condiciones de vida de los ciudadanos. En materia de servicios públicos y de servicios de interés general, esta reflexión se nos antoja evidente pues éstos existen y se justifican precisamente para atender mejor a los ciudadanos en sus necesidades colectivas. Por ello, la posición jurídica de los usuarios es una cuestión medular del nuevo Derecho Administrativo de los servicios públicos y de los servicios de interés general.

Afirmar el protagonismo de la persona no quiere decir dar a cada individuo un papel absoluto, ni supone propugnar un desplazamiento del protagonismo ineludible y propio de los gestores democráticos de la cosa pública. Afirmar el protagonismo de la persona implica, entre otras cosas, colocar el acento en su libertad, en su participación en los asuntos públicos, y en la solidaridad. Si nos atenemos al sentido promocional del poder público, que surge, como sabemos ya, del artículo 9.2 de la Constitución española, podemos afirmar que, en efecto, generar las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra, es una de las finalidades constitucionales de la Administración pública. En este sentido, las decisiones en materia de servicios públicos y de servicios de interés general deben estar presididas por este medular precepto constitucional pues de lo que se trata es de que los servicios públicos y los servicios de interés general sean entornos de humanización y de ejercicio de la libertad solidaria por parte de todos los ciudadanos que, de esta manera, se encuentran en mejores condiciones vitales. Los países con mejores servicios suelen ser aquéllos en los que se facilita la libertad, en los que los usuarios pueden elegir entre varias opciones posibles. Dónde sólo existe

una posibilidad y, además, es de naturaleza pública, el grado de intervencionismo y control social es máximo.

Desde el punto de vista de la filosofía moral entiendo que la libertad, la capacidad de elección —limitada, pero real— del hombre es consustancial a su propia condición, y por tanto inseparable de su ser mismo y plenamente realizable en el proyecto personal de cualquier ser humano de cualquier época. Pero desde un punto de vista social y público, es indudable un efectivo progreso en nuestra concepción de lo que significa la libertad real de los ciudadanos. Qué duda cabe que el poder público, si es sensible a las demandas reales de los ciudadanos de disponer de mejores servicios, puede contribuir, como manda la Constitución, a colaborar a que, en efecto, la libertad y la igualdad sean reales y efectivas, no meras quimeras o aspiraciones del cuerpo social.

En el orden político, bien lo sabemos, se ha entendido en muchas ocasiones la libertad como libertad formal. Siendo así que sin libertades formales difícilmente podemos imaginar una sociedad libre y justa, también es verdad que es perfectamente imaginable una sociedad formalmente libre, pero sometida de hecho al dictado de los poderosos, vestidos con los ropajes más variopintos del folklore político. Los servicios públicos y los servicios de interés general, en la medida en que están presididos por la universalidad, la asequibilidad y la calidad, garantizan a la ciudadanía en su conjunto una serie de medios y posibilidades que ayudan a la realización del libre desarrollo de la personalidad en la sociedad.

Desde la perspectiva del usuario de dichos servicios se comprende mejor, mucho mejor, la naturaleza y la funcionalidad de los tradicionales principios de continuidad y regularidad ya que constituyen un derecho del propio usuario. Si se quiere, se puede expresar esta idea con otras palabras: el interés general, en cuya virtud se ha establecido el correspondiente servicio, reclama que se garantice durante toda la vigencia del mismo: universalidad, asequibilidad, y calidad en un marco de continuidad y regularidad en la prestación. Estos parámetros legales van a hacer posible la vuelta al Derecho Administrativo, a un nuevo Derecho Administrativo, menos pendiente del privilegio y de la prerrogativa y más centrado en la mejora de las condiciones de vida de los ciudadanos con arreglo a la justicia.

2. LOS CIUDADANOS Y EL PODER PÚBLICO

En realidad, la cuestión de la centralidad del usuario de los servicios, sean públicos o de interés general, constituye una cuestión que nos aproxima al nudo gordiano de las relaciones entre el poder y la persona, entre el poder y el ciudadano. Por eso, pienso que algunas consideraciones sobre la naturaleza del poder en la democracia y la centralidad de la persona ayudan sobremanera a situarnos en el plano general de encuadramiento del tema que tiene, como es obvio, notas y contornos propios de filosofía moral o política.

En efecto, las recientes transformaciones en el orden conceptual, metodológico y práctico que hoy están modificando la realidad del espacio público, nos ayudan a profundizar precisamente en el protagonismo de la persona para el Derecho Público

en general, y para el derecho de los servicios públicos y de los servicios de interés general en particular.

Ha sido relativamente frecuente que bajo la consabida formulación del gobierno para el pueblo y por el pueblo se haya introducido en la mente de no pocos responsables y dirigentes públicos la idea de que el poder, en algún momento, pertenece, siquiera sea por derecho propio, a los propios gobernantes o administradores de la cosa pública. Ha sido, y es, ésta, una tentación bien sutil que termina por propiciar esa peligrosa separación entre el conjunto del pueblo y los dirigentes públicos que Alain MINC bautizara a finales del siglo pasado como una de las lacras de nuestro tiempo que invariablemente encontramos en los sistemas políticos abiertos, en mayor o menor medida.

El poder, el Gobierno, la Administración pública, es de las personas, de los ciudadanos, que deben ser más conscientes de todo lo que supone la definición, análisis, ejecución y evaluación de políticas públicas. La ciudadanía, el pueblo, si se quiere utilizar esta expresión, debe tomar conciencia de su papel central en el sistema político y debe, además de reclamar y exigir una mayor eficacia en la prestación de los servicios públicos, asumir su función central y protagonista en el conjunto del entramado social y organizarse de verdad, con libertad, profesionalmente, para la defensa de sus intereses colectivos. Desde este punto de vista cobra especial relevancia la inteligente alianza que se ha hecho en muchos países para que los servicios de naturaleza social, siendo de responsabilidad pública, sean prestados efectivamente por instituciones sociales realmente preparadas para ello debido a su acreditada profesionalidad y eficacia. Edgar MORIN demostró años atrás las bondades de abrir las políticas sociales a la libre asociación de los poderes sociales con las instituciones sociales realmente preparadas para tratar humanamente con los excluidos, los desfavorecidos, por ejemplo.

El ciudadano está en el centro, en el corazón del sistema político, por lo que el poder público no debe ejercerse nunca desde la perspectiva de los privilegios o las prerrogativas del que manda, sino como un instrumento de servicio objetivo a la entera sociedad. Como un instrumento encaminado al bienestar integral y permanente de los ciudadanos. El pueblo y el poder, o el poder y el pueblo, son realidades cada más abiertas que plantean un cambio profundo en el esquema de fundamentación y de funcionamiento de la ciudadanía en su conjunto. Pero, para ello, es menester tener bien presente que hoy en día esta tarea pasa por intentar que el poder se oriente a la humanización de la realidad y a la efectividad de los derechos humanos de todos sin excepción.

El poder público, bien lo sabemos, se justifica en función de hacer posibles los fines existenciales del ser humano. Es más, el poder público se legitima en la medida en que su ejercicio se orienta hacia este objetivo. El fundamento jurídico del poder público reside en la constitución natural del orden colectivo necesario para el cumplimiento de las funciones sociales fundamentales. Dicho orden, y por tanto su autoridad, se funda en la naturaleza del hombre. Así se entiende perfectamente que el poder político se encuentra subordinado al bien general de todos los ciudadanos.

Vivimos, no obstante, una situación en la que este modelo, guste más o menos, está en crisis. La crisis de valores morales unida a la crisis del llamado Estado de

bienestar, han afectado al funcionamiento del sistema, desvirtuando algunos de sus elementos esenciales. Efectivamente, hemos asistido al desmoronamiento de un sistema basado en el intervencionismo, en el que el Estado y la Administración pública estaban presentes en todos los rincones de nuestra vida. El sistema, a pesar de los pesares, continua vigente, si bien con más o menos presencia e intensidad según países y regímenes políticos. En efecto, rara es la situación en la que no tenemos que contar, hasta para las más pequeñas tareas, con la presencia del Gobierno de la nación, de la Comunidad Autónoma, del Ayuntamiento, o de alguna Empresa o Ente dependiente de éstos. El resultado es que, finalmente, el Estado, omnipresente para todo, se muestra incapaz para responder a las cuestiones esenciales que necesita la ciudadanía debido a que se le encomienda toda una panoplia de actividades que exceden con mucho de sus posibilidades y auténticas funciones. Esa ineficacia obedece a múltiples razones, pero la que me interesa destacar en este momento es que el tiempo de la definición unilateral del interés público pasó. Hoy el interés general se define desde los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario.

En realidad, esta crisis, de la que se venía hablando hace años, sólo ha tomado verdadero cuerpo en el momento en que se ha producido un crecimiento desmedido del gasto público porque se pensaba que la solución a los males sociales era más Estado, más funcionarios, más decretos, más gasto. Hoy la sociedad pienso que ha tomado conciencia de esta situación y reclama nuevas fórmulas, nuevos enfoques y nuevas soluciones desde una consideración más abierta y plural del interés general.

La crisis fiscal se produjo sencillamente por la imposibilidad de seguir aumentando los impuestos para sufragar el déficit público. Todos los Estados, al margen de las ideologías, se han lanzado a poner remedio a este importante problema de sus economías, pues nadie puede mantener indefinidamente un ritmo de gastos superior a los ingresos.

Paralelamente, en segundo lugar, hemos conocido una crisis de confianza en los poderes públicos y, en especial, en la Administración pública como consecuencia de una cierta cultura en la que el manejo de los asuntos públicos se producía desde los fríos y mecánicos esquemas de una estructura que con frecuencia estaba demasiado alejada de las necesidades reales del pueblo. Los ciudadanos, por otra parte, percibían que las Administraciones públicas eran aparatos extremadamente caros, ineficientes e incapaces de dar unos servicios adecuados a los más elementales exigencias de calidad del progreso económico y social. Es decir: Administraciones caras y funcionarios pendientes de sus cuestiones corporativas más que de la tarea de servicio objetivo al interés general. Ciertamente, la afirmación puede ser injusta si se realiza desde la generalidad pero, en alguna medida responde al pensamiento de muchos, muchos ciudadanos.

Por todo ello, uno de los objetivos principales de la actuación de los Gobiernos es reformar la Administración Pública, inspirándose las medidas que se llevan a cabo en conseguir que la Administración sirva efectivamente al ciudadano, auténtico propietario del aparato público. Se trata de hacer realidad el lema “una Administración Pública más eficaz, que cueste menos y que piense más en el ciudadano”, que es la

rúbrica que encabeza la práctica totalidad de los procesos de reforma administrativa de vanguardia en nuestro entorno.

En definitiva, no se trata más que de dar cumplimiento a los principios que están recogidos en nuestra Constitución, que proporciona el marco normativo y de valores suficiente para devolver al ejercicio del poder político su sentido originario.

En efecto, los modelos políticos y administrativos deben construirse a partir del ciudadano, de la persona, en función de sus necesidades colectivas porque, como dispone la Constitución Española “la Administración sirve con objetividad los intereses generales (...) y actúa de acuerdo con el principio de eficacia y descentralización (...), con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho (artículo 103.1 CE). Además, la programación y ejecución del gasto público, “responderá a los principios de eficacia y economía” (artículo 31.2 CE).

La configuración del Estado social y democrático de Derecho supone una nueva funcionalidad de la Administración pública. En efecto, la Administración, al gestionar los intereses colectivos, no tiene ya que imponerse a los ciudadanos. Más bien, debe propiciar fórmulas o medidas que impliquen la colaboración de la sociedad y, por tanto, del pueblo en la elaboración de los criterios rectores que impulsen los intereses colectivos. En otras palabras, la Administración ya no es dueña del interés público sino que está llamada, por su inserción en el Estado social y democrático de Derecho, a articular una adecuada intercomunicación con los agentes sociales para definir las políticas públicas. Quiere eso decir que los ciudadanos no deben ser sólo sujetos pasivos de las potestades públicas, sino que deben aspirar a ser legítimos colaboradores y protagonistas de la propia Administración pública de manera que tengan una decisiva participación en la definición y evaluación de las diferentes políticas públicas. Desde esta perspectiva puede entenderse mejor la función promocional de los poderes públicos. Esta aproximación, no lo oculto, se apoya en la consideración, prevista en la Constitución, como ya sabemos, de que los derechos fundamentales y la dignidad de la persona son los fundamentos del orden político y la paz social. De esta manera se puede entender que los poderes públicos tienen la misión de crear un clima en el que los ciudadanos puedan ejercer sus derechos fundamentales y colaborar con la propia Administración en la definición de los intereses públicos. Los derechos fundamentales ya no son solamente ámbitos exentos de la actuación de los poderes públicos, como ha reconocido reiteradamente nuestro Tribunal Constitucional, sino elementos y líneas directrices del conjunto de la actividad de la Administración. En este contexto, en esta dirección, pienso que estaremos más cerca de un aparato público que oferte servicios de calidad y que promueva los derechos fundamentales de los ciudadanos.

En realidad, la necesidad de las reformas viene justificada precisamente porque el Estado, las Comunidades Autónomas y los Entes locales, como partes del Estado que son, están al servicio de la persona y no al revés, como ha venido siendo la norma en los últimos tiempos, sobre todo de la mano de ese Estado del Bienestar que debemos reinventar para que sea, efectivamente, de bienestar para el hombre, no de malestar o de laminación de la iniciativa y la responsabilidad de las personas, de los ciudadanos.

Menos de bienestar para una élite que se lucra y beneficia del manejo y la gestión de los intereses generales.

Es necesario, además, no olvidar que este tiempo que nos ha tocado vivir es una época de constantes y acelerados cambios. En concreto, parece que ya nadie duda de la crisis del llamado Estado del bienestar. Ciertamente, los síntomas de agotamiento son evidentes. Pero una actitud responsable, lejos de recrearse en el ocaso de un modelo que ha fracasado, debe asumir que el sistema se ha ido desmoronando porque no ha sido sensible precisamente a sus propios postulados. El gasto público se ha disparado sin criterios de racionalidad y la burocracia, la todopoderosa burocracia, ha sido la principal protagonista olvidándose, una vez más, que el verdadero eje de toda política pública está y se encuentra, en el hombre, en la persona, que no sólo es sujeto de derechos, sino que es destinatario de servicios y bienes, muchos de los cuales están en franca relación con su libre desarrollo que, como ha sentenciado solemnemente el artículo 10.1 de nuestra Constitución, repito, es uno de los fundamentos del orden político y la paz social.

Muestra de esa concepción de lo público son todos los casos en que las iniciativas sociales están sustituyendo a la, hasta ahora omnipresente, Administración Pública. Lo público debe abrirse a la realidad, a la legítima fuerza de las iniciativas sociales que representan la autenticidad y la espontaneidad del pueblo. Me parece que también ya se encuentra en el museo de las ideas esa interpretación cerrada, pétrea y hasta autoritaria de lo público. Sobre todo porque hoy más que nunca el interés público se nos presenta más vinculado a la efectiva promoción de los derechos de las personas. Para ello, debe ir desapareciendo la versión burocrática que apuesta por una fórmula única fuertemente centralizada. La fuerza de la libertad, los derechos de la gente y los nuevos tiempos, aconsejan otras orientaciones de los intereses colectivos.

Las libertades públicas formales son un test negativo sobre la libre constitución de la sociedad. No podrá haber libertad real sin libertades formales. Pero la piedra de toque de una sociedad libre está en la capacidad real de elección de sus ciudadanos. Y esa capacidad de elección mucho tiene que ver con la posibilidad de poder optar por servicios públicos y de interés general que permitan al pueblo un mayor y de más calidad desarrollo libre de su personalidad en la sociedad.

Afirmar que la libertad de los ciudadanos es el objetivo primero de la acción pública significa, pues, en primer lugar, perfeccionar, mejorar, los mecanismos constitucionales, políticos y jurídicos que definen el Estado de Derecho como marco de libertades. Pero en segundo lugar, y de modo más importante aún, significa crear las condiciones para que cada hombre y cada mujer encuentre a su alrededor el campo efectivo, la cancha, en la que jugar —libremente— su papel activo, en el que desarrollar su opción personal, en la que realizar creativamente su aportación al desarrollo de la sociedad en la que está integrado. Creadas esas condiciones, el ejercicio real de la libertad depende inmediata y únicamente de los propios ciudadanos, de cada ciudadano.

El centro de la acción pública es la persona. Desde este principio básico de actuación es posible establecer algunas de las líneas fundamentales que, desde una perspectiva que podríamos denominar —de un modo genérico— ética, configuran

las nuevas políticas públicas entre las que se cuenta la existencia de servicios públicos y de interés general de calidad.

Desde este punto de vista, la persona, el individuo humano, no puede ser entendida como un sujeto pasivo, inerte, puro receptor, destinatario inerte de las decisiones públicas. Definir a la persona como centro de la acción pública significa no sólo, ni principalmente, calificarla como centro de atención, sino, sobre todo, considerarla el protagonista por excelencia de la vida pública.

3. LOS SERVICIOS DE INTERÉS GENERAL

El servicio público, lo sabemos muy bien, es un tema clásico del Derecho Administrativo que sirvió como punto cardinal para explicar el significado mismo de nuestra disciplina. Para DUGUIT y su escuela de Burdeos, precisamente del “servicio público”, éste constituyó el fundamento y límite de la soberanía, el centro neurálgico del Derecho Público.

La pretensión de buscar un criterio único, de validez universal y de carácter atemporal para fundamentar el Derecho Administrativo, pone de manifiesto la imposibilidad real de levantar todo el edificio del Derecho Administrativo bajo un solo y único concepto: el servicio público, elaborado, además, desde la atalaya del privilegio y de la prerrogativa. Más bien, esta tarea nos invita a situarnos en otros parámetros y, asimismo, nos interpela sobre la caracterización de nuestra área de conocimiento como temporal, relativa y profundamente integrada en el contexto constitucional de cada momento.

La misma mutabilidad de las instituciones, categorías y conceptos del Derecho Administrativo en función del marco constitucional y del entendimiento que se tenga del interés general, demuestra el distinto alcance y funcionalidad que pueden tener las técnicas jurídicas del Derecho Administrativo en cada momento.

Quizás por ello, durante la década de los cincuenta del siglo pasado, se admitió la tesis de la “noción imposible” para señalar las obvias e insalvables dificultades para perfilar un concepto estático y unilateral del servicio público como paradigma del Derecho Administrativo.

El advenimiento del Estado social colocó de nuevo al servicio público, ahora desde una perspectiva más amplia, en el lugar central. Es el tiempo de la expansión de las actividades estatales en la sociedad y aparecen, por ello, bajo la rectoría del Estado, los servicios de educación, sanidad, transportes, entre otros tantos.

Simplificando mucho las cosas, se puede afirmar que la constitución del concepto del servicio público siempre despertó una penetrante y aguda polémica con las libertades públicas y los derechos fundamentales. Es más, la tensión entre poder y libertad siempre corrió pareja al binomio, a veces en grave confrontación dialéctica, Estado y Sociedad. Y, es lo más probable, de esta dicotomía nacerían tanto la técnica autorizatoria como la institución concesional, fieles reflejos del diferente grado de intervención que se reservaba el Estado en relación con la vida social. Ciertamente, el nacimiento de la concesión administrativa como modo indirecto de gestión de

los servicios públicos se inscribe en el proceso de deslinde, desde el marco de la exclusividad, de titularidad y gestión de la actividad, toda vez que llegó un momento en pleno Estado liberal en que el Estado no se consideraba digno de mediar en el mundo de la economía, sector que debía gestionarse aguas arriba del propio Estado.

En fin, la crisis del Estado de bienestar, por situarnos en fechas más próximas para nosotros, junto a las consabidas explicaciones fiscales, obedece también a la puesta en cuestión de un modelo de Estado, que, al decir de FORSTHOF todo lo invade y todo lo controla “desde la cuna hasta la tumba”. Ciertamente, al menos desde mi particular punto de vista, la otrora institución pública configuradora del orden social, como fue la subvención, debe replantearse, como todas las técnicas del fomento en su conjunto. Este modelo estático de Estado de bienestar situó a los servicios públicos y al propio Estado como fin, no como medio para el bienestar de los ciudadanos. De ahí su agotamiento y, por ello, su crisis.

La confusión entre fines y medios ha tenido mucho que ver con las aproximaciones unilaterales y tecnoestructurales del interés general que, en este enfoque se reduce a autocontrol y la conservación del “status quo”.

Hoy, desde los postulados del Estado dinámico del bienestar veremos como el servicio público en sentido técnico-jurídico apenas cuenta y, no se si en su lugar, pero la realidad manifiesta la emergencia de los servicios de interés general, o los servicios de interés económico general y, por ende, se produce, como ya hemos adelantado, una vuelta al Derecho Administrativo, por supuesto diferente al del siglo pasado, más desafiante si cabe en su papel esencial de construir técnicas jurídicas que garanticen el bienestar integral de los ciudadanos. O, lo que es lo mismo, se trata de construir un Derecho Público que haga posible el libre desarrollo de los ciudadanos y, por ello, el pleno ejercicio de los derechos fundamentales por todas las personas. Aparece así, en mi opinión, el Estado garantizador y, con el, toda una serie de nuevos conceptos, categorías e instituciones que nacen de una nueva forma de aproximarse al Derecho Administrativo: el pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, que no es sino la dimensión jurídica de los nuevos enfoques reinantes hoy en las Ciencias Sociales.

El Estado, pues, ya no es un mero prestador de servicios públicos. El Estado es, sobre todo y ante todo, garantizador de derechos y libertades ciudadanas, para lo cual goza de un conjunto de nuevas técnicas jurídicas que le permiten cumplir cabalmente esa función.

Por tanto, el concepto del servicio público, deudor de una concreta y peculiar manera ideológica de entender las relaciones Estado-Sociedad, pierde su sentido jurídico-administrativo al desvanecerse el marco general que le servía de apoyo. Se reduce notablemente en su configuración por cuánto ahora lo normal y ordinario es la realización de determinadas actividades de relevancia pública en régimen de libertad, en régimen de competencia. Por ello, insisto, en un nuevo marco, aparecen nuevos conceptos que ponen en cuestión la versión clásica de la noción del servicio público.

La articulación del Derecho Administrativo Constitucional sobre el servicio público requiere analizar, siquiera sea brevemente, dos preceptos de la Constitución

aparentemente contradictorios y, sin embargo, complementarios. Me refiero, claro está, al artículo 38 y al 128.

El artículo 38 dispone:

“Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.”

Por su parte, el artículo 128 establece:

“1. Toda la riqueza del país en sus distintas formas y, sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general.

2. Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general.”

Es decir, el principio es el de la libertad económica en el marco del Estado social y democrático de Derecho, por lo que los poderes públicos tienen la tarea garantizadora a la que antes he hecho referencia que, en determinados casos, puede aconsejar, por ley, la reserva al Estado en exclusiva de determinados servicios denominados esenciales. Evidentemente, esta posibilidad debe ser motivada en la Ley que opere la reserva como exigencia del interés general. El régimen ordinario es el de libertad en el marco del Estado social, lo que supone, ciertamente, que el régimen clásico del servicio público con sus notas tradicionales: titularidad y exclusividad, ya no encaje en el marco constitucional como fórmula ordinaria de prestación de los servicios públicos. Aunque, repito, en determinados casos, se pueda reservar en exclusiva al sector público determinados servicios esenciales, cuando razones de interés general lo aconsejen.

Por tanto, aunque hoy siga teniendo vigencia los motivos de la “*publicatio*”, en la versión de solidaridad social (DUGUIT) o procura existencial (FORSTHOF), sin embargo la expresión real de la prestación de los servicios ya no es la técnica de la “*publicatio*” —salvo excepciones— sino la técnica autorizadora —“*ordenatio*”— cuando no la simple certificación por la Administración de la idoneidad técnica del particular para prestar el servicio.

El principio es la libertad, pero modalizado o contextualizado por la dimensión-solidaria que le es inherente. Entonces, la Administración pública, insisto, garantiza la libertad en la prestación de los servicios de interés general con arreglo precisamente a su propia funcionalidad. Las exigencias del principio de libertad solidaria en la prestación de los servicios de interés general, no se puede olvidar, se derivan de la libertad de elección de servicios que asiste a los ciudadanos, a los usuarios.

La referencia al usuario como centro de gravedad del régimen de los servicios de interés general y los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, dibujan un nuevo mapa, una nueva hoja de ruta en la que situar el régimen actual de los denominados servicios de interés general.

No se puede olvidar que, en este ambiente, se ha planteado una de las principales tensiones que la teoría de los servicios de interés general parece solucionar. Me refiero a la tradicional polémica entre servicio público y derechos fundamentales o libertades públicas. Desde la teoría del servicio público es claro que la titularidad pública choca frontalmente con el núcleo esencial de la libertad económica y que, por el contrario, la teoría del servicio de interés general permite el juego del binomio libertad-interés general desde la perspectiva garantizadora de la función del Estado.

Además, no podemos perder de vista algo muy importante y que para el Derecho Administrativo es esencial: la realidad. Hoy, guste o no, existe un gradual proceso de despublicación, de desregulación, o, si se quiere, de privatización que plantea el gran desafío común de definir el papel del Estado en relación con los servicios públicos. En Europa, tras los Tratados fundacionales y Maastricht, es menester tener presente que la realidad del Mercado Único se llama libre competencia y que, por ello, la Administración pública no puede mirar para otro lado. Lo que no quiere decir, insisto, que la Administración pública ceda inerte ante los encantos del mercado. No, pero tampoco es de recibo alimentar versiones caducas que hablen de que el Estado sea la encarnación del ideal ético, como pretendía HEGEL para alejarse de los postulados del mercado.

Algunos autores piensan que la pérdida de sentido hoy de la noción clásica del servicio público es poco menos que una traición al Derecho Administrativo. Quienes así piensan, con todos mis respetos —sólo faltaría— no son conscientes de que precisamente a través de la emergencia de nuevos conceptos como el del servicio de interés general, o el del servicio de interés económico general, el Derecho Administrativo, nuestra disciplina, está recobrando el pulso y un protagonismo desconocido.

No se trata, pues, de certificar sólo, para el tiempo presente, la muerte de una categoría jurídico-administrativa que en su día jugó un papel muy destacado en la recuperación del viejo continente tras la Segunda Guerra Mundial; se trata de registrar el nacimiento de un nuevo Derecho Administrativo que, a través de nuevas instituciones, sigue buscando, como ansiaba VON IHERING, la mejor regulación de la gestión del interés general.

Hoy, por todo ello, reaparece con toda su fuerza el Derecho Administrativo, en la materia que nos ocupa, en forma de servicio de interés general o servicio económico de interés general: justamente la categoría que utiliza el Derecho Comunitario Europeo para definir esta especial posición jurídica del Estado en relación con los antaño denominados servicios públicos de naturaleza económica.

Como es sabido, en los denominados servicios económicos de interés general la función de garante del Estado aparece en todo su vigor a través de las llamadas obligaciones de servicio público, entre las que el servicio universal es la más típica y característica y dónde mejor se contempla esa nueva función del Estado garante.

Sin embargo, frente a los nostálgicos del servicio público que son los mismos que nos han inundado de pesimismo enarbolando la bandera de la huida del Derecho Administrativo, me atrevo, con modestia, a afirmar que hoy asistimos a una vuelta al Derecho Administrativo, eso sí, desde los postulados del pensamiento abierto, plural,

dinámico y complementario y a partir de la necesaria superación de apriorismos y prejuicios metodológicos del pasado.

Los que nos dedicamos al estudio del Derecho Administrativo hemos comentado tantas veces que nuestra disciplina se caracteriza por hundir sus raíces en las movedizas arenas de la realidad, que sabemos, y somos testigos cualificados, de que los diferentes sentidos e interpretaciones que acompañan a los conceptos de nuestra disciplina son deudores precisamente del cambiante marco constitucional en el que discurren. Quizás, por ello, el proceso de liberalización y desregulación que hoy nos toca vivir es una oportunidad para seguir defendiendo el Derecho Administrativo como ese Derecho del poder para la libertad, de manera que la función de garantía de esa libertad, en el marco del Estado social, es su principal señal de identidad.

Para algunos, las consecuencias de la realidad que es, valga la redundancia, la que es, han traído consigo un me parece que injusto proceso al servicio público tal y como señala REGOURD. No es, sin embargo, un ajuste de cuentas metodológico o conceptual, Dios me libre, a la tradición del Derecho Administrativo francés; por cierto, de la que todos hemos aprendido tantas cosas. En su momento, como quería DUGUIT, sí que el servicio público era la pérdida angular que justificaba la propia existencia del Estado. Luego, algunos, como ALESSI, señalaron que había tantas nociones del servicio público como autores se han acercado a su conceptualización. VEDEL llamó la atención sobre la elasticidad y flexibilidad de una noción que, para él, era perversa precisamente por su imposibilidad de definición. WALINE nos alertó sobre la condición de “etiqueta” del servicio público. En fin, que no negamos su trascendencia en el pasado, pero afirmamos que en el presente ya no tiene apenas razón de ser como no sea en los supuestos, en verdad excepcionales, de reservar al sector público en exclusiva servicios esenciales.

Antes de la crisis definitiva del concepto, se puede hablar de dos momentos difíciles para nuestra categoría. La primera crisis se puede datar en la segunda mitad del siglo XIX cuando al Estado no le queda más remedio que asumir las prestaciones asistenciales básicas como la sanidad y la educación. Y, además, se hace con la titularidad de los servicios económicos de mayor trascendencia. Aparece entonces, con su proverbial magisterio a la cabeza de la Escuela de Toulouse, HAURIOU, quien nos dejaría, para mí, la mejor definición del servicio público: “servicio técnico prestado al público de manera regular y por una organización pública”. Era el momento de aquella fenomenal polémica sobre la esencia del Derecho Administrativo entre los grandes: JEZE, seguidor de DUGUIT, de los de Burdeos —el servicio público— y VEDEL, a la zaga de la Escuela de Toulouse —el poder público o las famosas cláusulas exorbitantes—.

En lo que se refiere a la actividad económica, el Estado asume la titularidad renunciando a la gestión en virtud de la conocida doctrina del concesionario interpuesto. Así, la declaración del servicio público implica desde el principio la titularidad pública, mientras que la gestión se confía a los particulares. Más adelante, el espacio local, que siempre es el mejor laboratorio del Derecho Administrativo, nos lleva, de la mano de los fabianos en el Reino Unido, a los supuestos de municipalización de servicios públicos municipales. En 1929, la gran depresión trae consigo la quiebra de los grandes

concesionarios, por lo que será el Estado, y ya no digamos en Europa tras la II Gran Configuración, quien tenga que correr con la responsabilidad, también, de la prestación directa de los servicios.

La segunda crisis, en la que todavía estamos instalados de algún modo, viene de la mano del nuevo ídolo del altar de las ideas públicas, como señala el profesor FERNANDEZ RODRIGUEZ: la competencia. En efecto, la competencia, la liberalización es la palabra que utilizan las fuentes originarias y derivadas del Derecho Comunitario Europeo. Es, se dice, el dominio de la economía. Es, se dice, el apogeo de los economistas y de las Escuelas de Friburgo —la competencia es la clave del desarrollo económico (EUCKEN)—, de Viena —principio de no intervención pública (HAYEK)—, de Chicago —guerra a los monopolios (FRIEDMAN)—, o de “Public Choice” —la realidad en cada caso aconsejará si lo procedente es la iniciativa pública o privada (BUCHANAN)—.

Ciertamente, si alguien puede detener, parar el fundamentalismo económico en la vida social, es un Derecho Administrativo para el que la clave, en materia de servicios públicos —en sentido amplio— es prestar servicios que mejoren las condiciones de vida de los ciudadanos. Este es el “*punctum dolens*” de nuestra reflexión: lo decisivo no es quien preste el servicio sino que éste promueva la libertad solidaria de los ciudadanos o, si se quiere, que posibilite un mejor ejercicio de los derechos por parte de las personas. Es decir, que incida favorablemente en las condiciones de vida de las personas y promueva la elección de los servicios.

En este contexto se comprenderá la aseveración de Pierre DEVOLVÉ cuando afirma categóricamente que el servicio público es la principal amenaza para las libertades públicas. Por tanto, el nuevo concepto de servicio económico de interés general que se alumbra en el marco de Derecho Comunitario Europeo es la expresión del moderno Derecho Administrativo y el concepto desde el que contemplar la posición del Estado en la nueva economía.

Por un lado, el avance científico y tecnológico ha arrumbado esa versión estática de la “*publicatio*” que antaño justificaba la existencia del servicio público en la insuficiencia de capital privado para asumir los grandes servicios económicos y sociales. Y, por otro, no podemos negar guste o no, que la globalización económica ha traído consigo la existencia de grandes empresas con un potencial superior al de algunos Estados que, además, pueden, en ocasiones, gestionar mejor los servicios públicos tradicionales.

En este ambiente, el Derecho Comunitario Europeo asesta al servicio público, en sentido estricto, el principal golpe de gracia por mor de la libre competencia, que se convierte en el corazón de la integración económica que preside el Mercado único europeo. Privatización, desregulación, liberalización, “*despublicatio*”, no son más que términos jurídico-económicos o económico-jurídicos que han certificado la defunción de la titularidad pública de tantos servicios.

Finalmente, quiero señalar que el *iuspublicista* no debe, no puede permanecer insensible ante el intento de dominio del Derecho Público por la Economía. No, los que cultivamos el Derecho Administrativo tenemos que levantar la voz y clamar

que el interés general no ha muerto a manos de la eficacia del mercado. Más bien, el mercado debe entenderse, desde el pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, en un marco de interés general que garantice el equilibrio entre poder y libertad.

Lógicamente, la incidencia de las nuevas nociones de la Política Económica han traído consigo esta segunda y definitiva crisis del servicio público y la aparición de nuevos conceptos, entre los que destacaría el de servicio económico de interés general, que, como sabemos, procede del Derecho Comunitario.

En efecto, resulta curioso, y hasta sorprendente, que en el Derecho Comunitario Europeo no aparezca la expresión servicio público como no sea en el artículo 73 de la versión consolidada del Derecho originario. ¿Por qué? Probablemente, por la disparidad de regímenes jurídicos utilizados en los Derechos Nacionales en orden a asegurar a los ciudadanos peticiones esenciales con carácter general, regular y continua. En síntesis, los países de la Unión Europea se dividen entre los que siguen, en este punto, servicio con “publicatio” y régimen exorbitante de cuño francés, y los que se alinean con las denominadas “public utilities” garantizadas por la regulación —sin más— de la actividad de los sujetos privados prestados de dichos servicios, de orientación claramente anglosajona.

Pues bien, para no optar por una u otra tradición jurídica, el Derecho Comunitario alumbró el metaconcepto de servicio económico de interés general o el de servicio de interés general. Por eso, en el vigente artículo 86.2 del Tratado de la Unión Europea se puede leer que “las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general quedarán sometidas a las normas de este Tratado, en especial a las de la competencia”

Por tanto, el Derecho de la Unión Europea es un Derecho que ha traído consigo la liberalización que, a su vez, ha afectado a la organización institucional de los servicios públicos de los Estados miembros de la Unión.

Sin embargo, es conveniente llamar la atención sobre el sentido que tiene la aparición del calificativo “interés general”. Así, la Comunicación de la Comisión sobre los servicios de interés general en Europa, de septiembre de 1996, vinculó de modo explícito los servicios de interés económico general a los principios de solidaridad e igualdad de trato como “objetivos fundamentales de la Comunidad”.

En el mismo sentido, el Tratado de Ámsterdam introdujo en el texto dispositivo del Tratado de la Unión el nuevo artículo 16 de la versión consolidada que establece lo siguiente:

“...a la vista del lugar que los servicios de interés económico general ocupan entre los valores comunes de la Unión, así como de su papel en la promoción de la cohesión social y territorial, la Comunidad y los Estados miembros, con arreglo a sus competencias respectivas y en el ámbito de aplicación del presente Tratado, velarán por que dichos principios actúen con arreglo a principios y condiciones que les permitan cumplir su cometido.”

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, que inicialmente combatió, quizás excesivamente, las potestades públicas en esta materia a

partir de la interpretación del artículo 90.2 del Tratado en sede de ayudas públicas, ha pasado a una línea en la que lo decisivo es que cada vez se presten mejor los servicios públicos, en una orientación claramente relacionada con la función del Estado de garantizar el interés general. Por ejemplo, en la sentencia 320/91 de 19 de mayo de 1993 en materia de servicio postal, se reconoció que en dicho servicio de interés económico general había que comprobar si la aplicación de las reglas de la libre competencia impediría el cumplimiento de las reglas de interés general. Así, el Tribunal entendió en este caso que la realización del interés general llevaba consigo “la gestión de modo rentable del servicio y, por tanto, que la necesidad de compensar pérdidas del servicio público en sectores no rentables mediante los beneficios obtenidos de otros sectores económicamente rentables justificara que en estos últimos se limitara el juego de la competencia a favor de los particulares”.

En la sentencia del 27 de abril de 1994, asunto 393/92, el Tribunal, en un caso de distribución de electricidad y de una cláusula de compra exclusiva en beneficio de una empresa regional de distribución eléctrica de Holanda, recordó la necesidad de valorar el criterio del equilibrio económico, no sólo entre sectores rentables y no rentables, sino que deben tenerse presente las obligaciones de interés general, como las reglamentaciones que debe soportar en materia de medio ambiente, de ordenación del territorio o de seguridad entre otras.

Pues bien, la principal obligación de interés general en estos supuestos es la del servicio universal, que asegura la prestación en todo caso y la calidad allí dónde el mercado no funciona bien, por falta de rentabilidad o como consecuencia de una mal entendida competencia. Así, en los servicios de interés económico general hay que distinguir prestaciones susceptibles de ser realizadas en régimen de mercado y prestaciones no susceptibles de prestaciones competitivas. En este caso, la Autoridad impone la prestación obligatoria a algún operador para la que se arbitre algún sistema de compensación económica.

Llegados a este punto, en sede de servicio público, la contemplación de la realidad nos puede dejar algo confusos o perplejos, sobre todo si intentamos aplicar los criterios y categorías del pasado. ¿Es que se puede mantener la noción clásica de servicio público hoy? La contestación a esta pregunta no es difícil. Lo que pasa en ocasiones es que las exigencias del mercado, o de las liberalizaciones, desregulaciones o privatizaciones, han dibujado un nuevo panorama en el que debemos explicar los viejos conceptos. No es que haya muerto el servicio público o que haya nacido una nueva noción que lo sustituya. No, lo que ha pasado y está pasando es que la realidad de las cosas hace emerger nuevas caracterizaciones de conceptos centrales. En este caso, por ejemplo del servicio público y del nuevo Derecho Europeo en la materia, cuestión que estudiaremos a continuación.

La Comisión Europea, como sabemos, distingue, en el inicio de su Libro Verde, entre cinco conceptos: servicio de interés general, servicio de interés económico general, servicio público, obligación de servicio público y empresa Pública

Sin embargo, a lo largo del Libro Verde la Comisión se refiere a otro concepto de gran trascendencia, cual es el concepto de servicio universal sorprendiendo que no

haya sido incluido junto a las otras definiciones. La omisión de una definición inicial del concepto de servicio universal pone de manifiesto las extraordinarias dificultades para distinguir tal concepto de los otros cinco definidos, de la misma manera que es difícil distinguir con precisión entre el servicio de interés (económico) general, la obligación de servicio público y el servicio público, debido a las divergencias terminológicas, a la confusión semántica y a las diversas tradiciones existentes en los Estados miembros. El servicio universal es un principio del ordenamiento jurídico comunitario que garantiza el acceso a un servicio de calidad especificada, a un precio asequible, a todos los ciudadanos, independientemente de su situación económica, social o geográfica.

Según el Derecho Comunitario, todos los servicios que las Autoridades nacionales consideren de interés general, tienen obligaciones de servicio público, sean o no de contenido económico. En el Derecho Español, tras haber sido configuradas las telecomunicaciones en 1987 como servicios esenciales de titularidad estatal reservadas al sector público, hoy, la ley de 2003, reconoce su condición de servicios de interés general. Ello es muy importante porque desaparece la titularidad estatal aunque no su presencia, ya que es necesario también velar por la mejor satisfacción del interés general. De ahí que hoy este sector sea un sector regulado. Regulación que aconseja que se eviten las posiciones de dominio, por una parte, y, por otra, que determinadas prestaciones, lleguen al conjunto de la ciudadanía en condiciones de igualdad, asequibilidad y calidad. Pues bien, esta dimensión positiva del quehacer administrativo que garantiza la accesibilidad, la asequibilidad, la igualdad y la calidad supone la existencia de las llamadas obligaciones de servicio público, entre las que se encuentra el servicio universal. El sentido de estas obligaciones es bien sencillo: garantizar un mercado libre de posiciones dominantes entre los empresarios y de usuarios mal atendidos.

Las telecomunicaciones son, por tanto, un servicio económico de interés general, con unas obligaciones de servicio público, siendo el servicio universal, la más destacada. En el Derecho Comunitario, desafortunadamente, no se distingue con claridad suficiente el concepto de servicio económico de interés general y servicio público. Quizás, como ocurre en la polémica doctrinal referida al concepto de servicio universal, porque para muchos sigue pesando lo suyo la clásica noción de servicio público y, por ello, no resisten la desaparición del concepto y se felicitan porque el “nuevo servicio público” sea el servicio universal.

De acuerdo con el artículo 22.1 de la nueva Ley de 2003, el servicio universal se define como “el conjunto definido de servicios cuya prestación se garantiza para todos los usuarios finales con independencia de su localización geográfica, con una calidad determinada y a un precio asequible”. Calidad, accesibilidad y asequibilidad podrían ser las tres notas que hoy caracterizan el concepto de servicio universal en materia de telecomunicaciones y que supondrían obligaciones de servicio público en la medida en que la Administración debe garantizar su efectividad.

La obligación de servicio universal es una obligación de servicio público. Sí, pero, insisto, en un contexto en el que el servicio público se utiliza en sentido amplio. Por otra parte, el concepto de servicio universal surge en los modelos liberalizados de

telecomunicaciones europeas y en el marco de los denominados servicios básicos de telecomunicaciones (en cuanto contrapuestos a los servicios de valor añadido) que pasan de ser servicios públicos “*stricto sensu*” o servicios económicos de interés general sin que por ello, se niegue, sólo faltaría, el acceso de cualquier ciudadano a determinadas prestaciones básicas. La clave, pues, reside en determinar en concreto cuales sean esas prestaciones básicas. Con carácter general, se puede afirmar que la cuestión se centra en garantizar, al menos, el servicio telefónico entonces llamado básico, que hoy podríamos identificar como el servicio telefónico fijo.

En realidad, el servicio universal sólo se aplica en entornos liberalizados, por lo que malamente puede contemplarse como la encarnación del viejo concepto de servicio público. Insisto, otra cosa, bien distinta, es que, en efecto, se admita que la representación del nuevo concepto de servicio público camine por nuevos senderos y renuncie a dogmas y criterios rígidos que hoy por hoy no se compaginan bien con un ambiente que riñe, y no poco, con la noción de monopolio, por cierto asociado en origen al concepto de servicio público, hasta constituir una nota esencial e inevitable de la figura jurídica. Sin embargo, el servicio público sigue siendo lo que fue. Lo que ha ocurrido es que la realidad nos ha llevado a nuevos conceptos, hoy de gran utilización, como es, el de servicios de interés económico general.

Ciertamente, el servicio universal implica una presencia de la Administración pública que, si bien no puede ser la propia y privativa del régimen de servicio público, implica, en cierta medida, una determinada intervención pública. Como ha señalado RAPP no se trata del concepto de servicio público en el sentido tradicional del término. Es una especie de síntesis entre el objetivo de un mercado más comercial y la preocupación de una cierta continuidad del servicio, una especie de intento de conciliación de los principios del servicio público con los de la economía de mercado. Formulación que me parece exacta, atinada y actual. Exacta porque plantea en sus justos términos la funcionalidad del servicio universal en el contexto de los principios del sistema de servicio público y de la economía de mercado. Atinada porque acierta a contextualizar la cuestión y, actual, porque es un problema, indudablemente, de nuestro tiempo.

El concepto de servicio universal, me parece, es la expresión en el mundo del Derecho Administrativo de los postulados del pensamiento abierto, dinámico y complementario. Además, demuestra a las claras que la racionalidad y la instrumentalidad son notas que acompañan al propio Derecho Administrativo en su largo peregrinar. ¿Por qué? Porque se complementan elementos del régimen de servicio público —continuidad, regularidad— y del mundo del mercado —no monopolio— en su ejercicio de integración que, de verdad, refleja la actualidad de las técnicas del Derecho Administrativo aplicadas a la realidad del momento, sin necesidad de acudir a una añoranza del pasado queriendo ver lo que ya no existe, porque no puede existir.

La ley de 2003, que profundiza en la libre competencia del sector, introduce, como parece lógico una vez transmitido cierto tiempo desde la liberalización, mecanismos correctores que garanticen la aparición y viabilidad de operadores distintos a los

titulares del antiguo monopolio. Es, me parece, una medida de sentido común y de sentido jurídico relevante para evitar que la libre competencia pueda ser ficticia o aparente. Además, y esto es lo que me interesa destacar ahora, se refuerza la protección jurídica de los usuarios, ampliándose el elenco de elementos que configuran la obligación del servicio universal.

En efecto, como se reconoce en la propia exposición de motivos, de la ley de 2003, el legislador “recoge la ampliación de las prestaciones que, como mínimo esencial, deben garantizarse a todos los ciudadanos, bajo la denominación de servicio universal. “En concreto, en el artículo 22, se incluyen, a las que ya establecía el legislador de 1998, el acceso funcional a internet y la posibilidad de que se ofrezcan opciones tarifarias especiales que permiten un mayor control del gasto por los usuarios”

El contenido mínimo del servicio universal lo fija el Reglamento y se resume en los siguientes extremos. Todos los ciudadanos pueden recibir conexión a la red pública telefónica fijo y acceder a la prestación del servicio telefónico fijo disponible para el público. Todos los abonados al servicio telefónico deben disponer gratuitamente de una guía telefónica, actualizada e impresa y unificada para cada ámbito territorial, que, como mínimo, será de ámbito provincial. Que exista una oferta suficiente de teléfonos de pago en el dominio público, en todo el territorio nacional. Que los usuarios discapacitados o con necesidades sociales especiales, tengan acceso al servicio telefónico fijo disponible al público en condiciones equiparables a las que se ofrecen al resto de los usuarios. Ahora, de acuerdo con la nueva ley, se añaden, como comenté anteriormente, dos nuevas obligaciones para los operadores que —artículo 23— designe el Ministerio para atender el servicio universal.

Hoy, guste más o menos, los monopolios se terminan, la reserva en exclusiva se cae sola, lo cual no quiere decir, ni mucho menos, que el mercado se deba contemplar desde la unilateralidad. No, el mercado ni es ni puede ser la fuente del Derecho, es el contexto en el que debemos trabajar y en el que debemos interpretar el Derecho Público para que en ningún momento claudique ante el sentido y la misión que tiene: garantizar el bienestar de todos.

Hoy, la Administración debe cumplir cabalmente su función garantizadora para que se respeten las reglas del juego. Ello supone reconocer el papel central en materia de servicios regulados del usuario a quién hay que facilitar la accesibilidad, la calidad y la asequibilidad, justo las tres características que definen el servicio universal.

Ciertamente, sin la historia del servicio público, hoy no podríamos encontrar soluciones en los contextos regulados. Regularidad, continuidad... son notas del servicio público que son válidas también para servicios de interés general, como se denominan hoy los servicios públicos liberalizados.

Por tanto, la tarea de la Administración pública es muy importante para preservar el servicio universal. Ni puede abusar de su posición para someter al empresario a situaciones irracionales, ni debe tolerar que el mercado castigue a los más débiles. Por eso, hoy más que nunca, el Derecho Administrativo se presenta como el Derecho del Poder para la libertad.

4. LOS USUARIOS Y LOS SERVICIOS PÚBLICOS

El reciente auto del Tribunal Supremo de 28 de abril de 2006 por el que se suspende cautelarmente la autorización del Consejo de Ministros a la OPA de Gas Natural sobre Endesa plantea, entre otras relevantes cuestiones, la de la relevancia jurídica de los usuarios en el mundo del suministro del gas y la electricidad. El tema es central a los efectos de este manual porque invita nada menos que a reflexionar sobre el papel de los usuarios de los servicios de interés general en el Derecho Público moderno.

Es conocido que el Tribunal Supremo argumenta, como más adelante analizaremos más “in extenso”, que a la hora de ponderar circunstanciadamente, como manda el legislador de 1998 de la ley de la jurisdicción contencioso administrativa, los intereses en conflicto, debe partirse del dato de que el interés de los usuarios en este sector es preferente al de los accionistas. Por una razón obvia: porque en estos sectores son usuarios o consumidores todos los residentes en España, de dónde se infiere que el derecho de los usuarios a buenos servicios a buenos precios es un corolario necesario de la progresiva liberalización de estos mercados. Es decir, mientras el derecho de los accionistas atiende a un determinado grupo de personas, lo cierto es que los usuarios, potenciales y reales del mercado del gas y de la electricidad, son todos los residentes en España, por lo que su protección adquiere mejor condición que la de los accionistas porque están en la misma médula del interés general.

Primar el interés de los accionistas sobre el de los usuarios constituye una peculiar manera de entender el interés general basado en consideraciones parciales. Estamos en presencia de mercados de transición del monopolio a la liberalización en los que las situaciones de concentración o de posición dominante es casi seguro que van a afectar a los precios y a la calidad de los servicios.

Por otra parte, no podemos olvidar que la competencia es otro relevante parámetro de interés público pensado para abrir los monopolios al pluralismo, a la búsqueda precisamente de ambientes de mayor libertad de elección para los usuarios, que podrán optar por las compañías de su preferencia. Por tanto, limitar un mercado en transición a la liberalización es probable que no contribuya a mejorar las posibilidades de libertad de elección de dichos usuarios.

La competencia es un medio ideado para que el usuario sea el centro de estos mercados. Si se perjudica su posición jurídica cercenando su capacidad de elección, entonces se estará impidiendo el ejercicio de la libertad y, por ello, dificultando que los españoles dispongan de mejores servicios a mejores precios. Restringir la libertad sin causa justa es un ejercicio de autoritarismo incompatible con el estado de evolución social en el que estamos.

En los casos de servicios de interés general como al que nos referimos, gas y electricidad, parece más claro que el papel del usuario deba ser central pues precisamente la razón de la desregulación de estos sectores está presidida por la idea de que se prime el derecho a elegir del ciudadano, lo que se puede alcanzar más fácilmente desde la competencia que desde el monopolio. Es más, habría que pensar que en las condiciones económicas y sociales actuales, en Europa debieran ir desapareciendo

poco a poco los servicios públicos, según los casos y con intensidades diferentes, de manera que el problema de la tensión entre servicio público y libertad se resuelva pensando más en los ciudadanos que en el poder público. De alguna manera, la pugna entre poder y derechos fundamentales ha de ir resolviéndose poco a poco al servicio de la centralidad de la persona. Por eso, servicios tan importantes como la educación o la sanidad podrían ser considerados de interés general, lo que implicaría incluso una responsabilidad mayor del Estado en la garantía de la calidad, universalidad y asequibilidad de dichas prestaciones.

Bien sabemos, sobre todo en el Derecho español, que los ciudadanos no disponen de un genérico y abstracto derecho a la prestación de un servicio público, salvo en el caso de los denominados servicios mínimos y obligatorios de los Gobiernos y Administraciones locales. Sin embargo, la perspectiva del ciudadano como usuario, como consumidor, que no cliente, de actividades y prestaciones de interés general, le sitúa en una nueva consideración que, a los efectos de este trabajo, debe tenerse bien en cuenta. Me refiero a que en estos supuestos en los que el ciudadano consume servicios de interés general, su posición jurídica participa también, de algún modo, y con mayor razón, de la posición de protagonismo que con carácter general se le atribuye en el marco de los postulados generales del Estado social y democrático de Derecho.

La Constitución española se refiere a los consumidores y usuarios, a ambos, en el artículo 51, cuyo parágrafos 1 y 2 disponen:

“1. Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos especiales, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.

2. Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquellos, en los términos que la ley establezca.”

El constituyente reconoce a los usuarios y consumidores como dos colectivos diferentes aunque con rasgos comunes pues, de lo contrario, probablemente los hubiera regulado en preceptos distintos. Podría señalarse, a los efectos que ahora interesan, que el usuario es un consumidor de servicios públicos o de servicios de interés general. Interesa retener en todo este epígrafe, que los poderes públicos, según dispone el mandato constitucional de referencia, tienen como función central defender a los usuarios de servicios públicos y de servicios de interés general. Se trata pues de una consideración que se explica y se justifica atendiendo a la consideración central de la persona, del ciudadano, en relación con las prestaciones públicas o de interés general. Es decir, en el estatuto o régimen jurídico del usuario, este principio de la Constitución debe tenerse muy presente de forma y manera que la defensa de los usuarios no se quede reducida a una mera declaración de intereses y alcance virtualidad práctica en los concretos servicios, sean públicos o de interés general, establecidos en cada momento.

El precepto, además, prevé una defensa especial de los usuarios en materia de seguridad, salud y legítimos intereses económicos. Ciertamente, la consideración de los

legítimos intereses económicos de los usuarios va a tener más predicamento en sede de servicios de interés general que en materia de servicios públicos, por obvias razones. Además de establecer procedimientos especiales de protección para la salud y la seguridad de los usuarios, también debe recordarse que, en esta materia, los poderes públicos fomentarán la constitución de asociaciones y organizaciones que puedan expresar los intereses comunes de los usuarios, ordinariamente para cada servicio, sea público o de interés general. Cómo la Constitución no distingue entre servicios públicos, esenciales y de interés general, tampoco debe distinguir el intérprete, de manera que la expresión se refiere indistintamente a dichas modalidades de servicios.

En materia de servicios públicos, incluso en aquellos cuya gestión se confía al sector privado, no está claro del todo que la matriz jurídica que los regule sea privada o pública. GIANNINI ha hablado, para estos supuestos, de Derecho Privado Especial porque, obviamente, existen componentes esenciales de Derecho Público que no se pueden desconocer puesto que, en estos casos, el servicio se establece con fondos públicos, fondos que están especialmente vinculados a una reserva esencial de principios de Derecho Público que no se pueden desconocer. En el caso de los servicios de interés general, dónde ya no hay titularidad pública de la actividad, por sorprendente que pueda parecer, como intenté demostrar en el epígrafe anterior, resulta que se certifica una clara vuelta al Derecho Administrativo por la sencilla razón de que la garantía de los derechos más importantes del usuario a la universalidad, asequibilidad y calidad del servicio son de cuenta de la Administración, aunque el servicio esté prestado por empresas privadas. Junto a ello, también en los servicios de interés general el usuario tiene derecho a la continuidad y regularidad en las prestaciones, lo que ha de ser garantizado igualmente por la Administración pública. Que esto sea sí supone para el Derecho Administrativo, y sobre todo para la Administración pública, una congruente intensificación de las técnicas de supervisión, control e inspección de dichos servicios con el objetivo precisamente de garantizar la calidad, universalidad y asequibilidad de las prestaciones.

La Administración pública no siempre es consciente de este nuevo papel que juega, lo que en ocasiones puede poner en entredicho cuestiones tan estratégicas como la continuidad del suministro en supuestos extraordinarios por no disponer de los medios personales y materiales acordes con las nuevas funciones que la Ley y la realidad le encomienda.

En los casos de servicios públicos como la educación, el régimen jurídico del usuario está disciplinado por normas de Derecho Público puesto que los usuarios se encuentran en situación de especial sujeción. Sin embargo, si atendemos al sentido actual de las reformas, también en los llamados servicios públicos de naturaleza social, es probable que la fuerza de la libertad y la victoria de los derechos fundamentales en su pugna con las características clásicas del servicio público, terminen por dar entrada a los presupuestos de la libertad solidaria dotando al usuario de una posición realmente central en la construcción y desarrollo de estos servicios.

Por tanto, la denominada vuelta al Derecho Administrativo en los servicios de interés general y el llamado Derecho Privado Especial que se aplica a las formas

indirectas de gestión de servicios públicos, nos muestran un nuevo panorama en el que, poco a poco, se va sustituyendo la preeminente posición de la Administración en beneficio de la centralidad del usuario.

En los servicios de interés general se rompe con el dogma de la titularidad pública de la actividad. Se pasa de la “*publicatio*” a la “*ordenatio*”. Es decir, cambia uno de los presupuestos formales más significativos del servicio público. Sin embargo, las notas caracterizadoras del servicio permanecen, no sólo inalteradas, en el servicio de interés general, sino intensificadas en alguna medida. La continuidad, la regularidad, la igualdad y la neutralidad, también distinguen el régimen de los servicios de interés general. En estos casos, la Administración pública dispone de determinadas obligaciones de servicio público, así llamadas en las leyes correspondientes, que debe cumplir precisamente en garantía de estos principios.

Los principios de igualdad y neutralidad, de aplicación a los servicios públicos y a los servicios de interés general, garantizan la universalidad y el libre acceso, sin que se puedan establecer discriminaciones. En el caso de las telecomunicaciones, por ejemplo, la obligación de servicio universal implica que las empresas que presten el servicio dispongan, para las personas con minusvalías, determinados requisitos y complementos en los sistemas de telefonía fija que demuestran hasta que punto la intensidad de la sensibilidad social es en estos supuestos una de las características de la prestación de estos servicios abiertos al mercado y con una intensa responsabilidad pública.

La posición central del usuario es independiente de que el régimen sea de servicio público o de interés general. En el caso del servicio de interés general tendrá, es verdad, más libertad para seleccionar el servicio que más le convenga. En el caso del servicio público, ordinariamente es más complicado que exista libertad de elegir servicio. Pero en ambos casos, disponen de un derecho a prestaciones continuas, regulares, iguales, asequibles y de calidad.

Una consideración que se deriva del nuevo derecho fundamental a una buena Administración pública es el correspondiente derecho de los usuarios a buenos servicios públicos y a buenos servicios de interés general. Probablemente, la traducción a términos concretos de este nuevo derecho de los ciudadanos en general, y de los usuarios de servicios públicos o de servicios de interés general se refiera a los estándares de calidad que han comenzado a codificarse en las llamadas cartas de servicios, un instrumento de origen anglosajón que ayuda sobremedida a que el usuario conozca desde el principio la tabla de las obligaciones que debe cumplir el prestador del servicio, sea público o privado.

Ciertamente, este derecho al buen funcionamiento de los servicios públicos y de los servicios de interés general, debe ser reconocible para el usuario a partir de algunos parámetros concretos, como pueden ser las notas que clásicamente configuraron y configuran en la actualidad los servicios públicos: igualdad, neutralidad, continuidad y regularidad. Además, como las cartas de servicios incorporan ordinariamente obligaciones concretas del prestador del servicio, en caso de incumplimiento se podrán impugnar ante la jurisdicción competente en cada caso.

En los supuestos de huelga de estos servicios, la Administración ha de garantizar unos servicios mínimos razonables que permitan atender con regularidad las exigencias del servicio. El usuario, además, tiene en estos casos un obvio derecho a conocer con antelación la situación de la huelga y su duración a los efectos oportunos.

Una de las claves para entender el sentido de la evolución histórica de los servicios se refiere a la naturaleza jurídica del usuario. Según los postulados de la Escuela de Burdeos, cuna del servicio público, éste surge de un acto unilateral de la propia Administración, del Ente público que presta el servicio. Pero ese acto está condicionado, como señala DUGUIT, a que el usuario emita una declaración de voluntad solicitando ser admitido a dicho servicio en los términos establecidos en la norma que lo disciplina. Una vez que el usuario es aceptado al servicio, entonces se convierte en titular de una situación jurídica objetiva, estatutaria, regida por las normas del servicio, que son por definición, mudables. Así las cosas, resulta que el usuario, ni tiene derecho subjetivo alguno a ser admitido al servicio ni a que la prestación en que éste consista se realice en determinadas condiciones, ni siquiera a oponerse a una eventual decisión de supresión del servicio. Es la consecuencia de concebir el servicio desde la unilateralidad, desde la consideración del usuario como súbdito, como un administrado al que la Administración ha de aceptar al servicio. Algo que con el paso del tiempo y la llegada de los servicios públicos de naturaleza económica e industrial se terminó por la sencilla razón de que el se tomó conciencia de que el interés general en estos casos descansa precisamente en la prestación de determinadas actividades de relevancia pública a determinados ciudadanos, que adquieren un papel activo puesto que a fin de cuentas el servicio está pensado y construido para ellos.

En la actualidad, con la consagración del principio de igualdad y el reconocimiento de que los poderes públicos tienen la obligación de crear las condiciones para que la libertad y la igualdad de los ciudadanos sea real y efectiva, las cosas van a ser distintas. Efectivamente, ahora el acceso no es un privilegio del aparato público sino un derecho de los ciudadanos. Hoy existe el derecho subjetivo a acceder en condiciones de igualdad al servicio público de que se trate y también el usuario del servicio tiene derecho a que éste se preste en las condiciones previstas en las normas que disciplinan el régimen jurídico y el funcionamiento del servicio. En este punto, las diferencias entre los servicios públicos y los servicios de interés es mínima pues en ambos casos la Administración tiene la obligación de asegurar y garantizar que la prestación se realice en unas determinadas condiciones que integran el derecho del que hoy tanto se habla y se escribe a buenos servicios públicos. Derecho que es el corolario necesario del más amplio derecho fundamental de todo ciudadano a una buena administración y gobierno de las instituciones públicas.

Con el advenimiento del Estado social de Derecho y su correlato, el Estado del bienestar, la participación ciudadana se convierte en el elemento del que se echa mano para suplir la llamada falta de legitimidad de la Administración. Empieza a hablarse de participación orgánica, de participación en la definición, análisis, ejecución, implementación y evaluación de los servicios públicos. En realidad, la

participación de los interesados en el procedimiento administrativo adquiere gran relevancia y los usuarios y sus representaciones juegan un papel importante en orden al establecimiento de las normas reguladoras de los servicios, no así, por obvias razones, en lo referente a la gestión. Aparecen las cartas de servicios y las Autoridades independientes o neutrales, quizás llamadas así para encubrir precisamente la falta de autonomía de la que pueden gozar quienes están nombrados por el poder político, con el objetivo de ser garantes de los derechos de los usuarios en los servicios regulados.

5. EL INTERÉS GENERAL EN EL LEVANTAMIENTO DE LA SUSPENSIÓN DE LA OPA DE GAS NATURAL SOBRE ENDESA (LA RELEVANCIA DEL INTERÉS GENERAL PARA EL DERECHO ADMINISTRATIVO)

A) Introducción

El reciente auto de la sala tercera del Tribunal Supremo por el que se alzó la suspensión del acuerdo del consejo de ministros de febrero del año anterior autorizando con condiciones la OPA de Gas Natural sobre Endesa, de fecha 15 de enero de 2007, plantea un interesante debate sobre el significado y funcionalidad de las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo y, sobre todo, la operatividad del Derecho Administrativo entendido como el Derecho del servicio objetivo al interés general en un mundo en el que el mercado campa tantas veces a sus anchas derribando y saltándose toda suerte de límites, incluso los provenientes de la realización jurídica de los intereses generales.

El argumento que utilizó el Tribunal Supremo, por auto de 28 de abril de 2006 en el que suspende la OPA de Gas Natural sobre Endesa, de acuerdo con el artículo 130 de la ley jurisdiccional de 1998, se centró en la ponderación circunstanciada de los intereses en conflicto junto a la posibilidad de que, de acordarse la ejecución del acuerdo, el recurso perdiese su finalidad legítima. Criterios que, acertadamente, llevaron a la sala a suspender el acuerdo. La preferencia del interés general, concretado en la superioridad de los intereses generales de usuarios y consumidores sobre el derecho de accionistas e inversores en bolsa, tal y como acreditó entonces la sala, parece, atendiendo a la operación mercantil proyectada y a los informes de los órganos reguladores, un dato de primera magnitud en orden a la medida cautelar. En el mismo sentido, tal y como señaló el Tribunal Supremo en su auto de 28 de abril de 2006, a partir de los informes técnicos de la Comisión Nacional de la Energía y del Tribunal de Defensa de la Competencia, se puede producir, de mediar la OPA, una situación de irreversibilidad que haría inviable una hipotética sentencia anulatoria del acuerdo del Consejo de Ministros.

El auto de 28 de abril acordó la suspensión. El 26 de junio, la misma sala del tribunal Supremo rechazó el correspondiente recurso de súplica.

Cómo es sabido, las petición de la medida cautelar fue instada por Endesa y el recurso de súplica por el abogado del Estado y los codemandados Gas Natural e Iberdrola. Meses después, el 17 de noviembre, para ser más exactos, Endesa pide a la sala la modificación de la medida cautelar establecida a su favor el 28 de abril de 2006 y su sustitución por la medida cautelar consistente en la suspensión de los derechos políticos correspondientes a las acciones representativas del capital social de Endesa que pudiera adquirir Gas Natural de liquidarse la OPA. El abogado del Estado, sin compartir los argumentos esgrimidos por la representación procesal de Endesa, expresa su acuerdo con la revocación de la suspensión de la OPA. Por su parte, Gas Natural solicita que se rechace el incidente cautelar por entender que es un fraude procesal, se opone a la suspensión de los derechos políticos correspondientes a las acciones de Endesa que pueda adquirir gas Natural de liquidarse la OPA y, para lo que ahora interesa, también pide que se deje sin efecto los autos de 28 de abril y de 26 de junio levantándose, para ello, la suspensión cautelar del acto recurrido. Iberdrola igualmente se opone a la modificación y sustitución de la medida cautelar que plantea Endesa pero también se muestra partidaria de la revocación de la suspensión del acuerdo del Consejo de Ministros.

Es decir, la suspensión acordada el 28 de abr de 2006, ratificada el 26 de junio del mismo año, por sendos autos de la sala tercera del Tribunal Supremo, es levantada, por la misma sala, el 15 de enero de 2007.

Para analizar el régimen jurídico del levantamiento de la medida cautelar, me parece pertinente traer a colación los artículos 130.1 y 132 1 y 2 de la ley jurisdiccional, que son los preceptos, junto a la exposición de motivos de la ley, que el juzgador ha de tener presente para resolver el levantamiento de una medida cautelar.

El 130.1 señala:

“Previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuándo la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudiera hacer perder su finalidad legítima al recurso.”

Por su parte, el artículo 132 dispone:

“1. Las medidas cautelares estarán en vigor hasta que recaiga sentencia firme que ponga fin al procedimiento en que se hayan acordado, o hasta que éste finalice por las causas previstas en esta Ley. No obstante, podrán ser modificadas o revocadas durante el curso del procedimiento si cambiaran las circunstancias en virtud de las cuales se hubieran adoptado.

2. No podrán modificarse o revocarse las medidas cautelares en razón de los distintos avances que se vayan haciendo durante el proceso respecto a las cuestiones formales o de fondo que configuran el debate, y tampoco en razón de la modificación de los criterios de valoración que el Juez o Tribunal aplicó a los hechos al decidir el incidente cautelar.”

Conviene, también, tener en cuenta la propia exposición de motivos de la ley de 1998 en punto a las medidas cautelares porque, como es sabido, en esta materia el legislador ha acogido buena parte de las reclamaciones y sugerencias que doctrina y jurisprudencia

venían realizando en los últimos tiempos, sobre todo desde la proyección del derecho a la tutela judicial efectiva en relación con las prerrogativas de ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos en caso de recurso contencioso:

“De las disposiciones comunes sobresale la regulación de las medidas cautelares. El espectacular desarrollo de estas medidas en la jurisprudencia y la práctica procesal de los últimos años ha llegado a desbordar las moderadas previsiones de la legislación anterior, certificando su antigüedad en este punto. La nueva ley actualiza considerablemente la nueva regulación de la materia, amplía los tipos de medidas cautelares posibles y determina los criterios que han de servir de guía a su adopción. Se parte de la base de que la tutela cautelar forma parte del derecho a la tutela efectiva, tal como tiene declarado la jurisprudencia más reciente, por lo que la adopción de medidas provisionales que permitan asegurar el resultado del proceso no debe contemplarse como una excepción, sino como facultad que el órgano judicial puede ejercitar siempre que estime necesario. La ley aborda esta cuestión mediante una regulación común a todas las medidas cautelares, cualquiera que sea su naturaleza. El criterio para la adopción consiste en que la ejecución del acto a la aplicación de la disposición pueden hacer perder la finalidad del recurso o causar al recurrente perjuicios de imposible o difícil reparación, pero siempre sobre la base de una ponderación suficientemente motivada de todos los intereses en conflicto. Además, teniendo en cuenta la experiencia de los últimos años y la mayor amplitud que hoy tiene el objeto del recurso contencioso-administrativo, la suspensión de la disposición o acto recurrido no puede ya constituir la única medida cautelar posible. La Ley introduce, en consecuencia, la posibilidad de adoptar cualquier medida cautelar, incluso las de carácter positivo. No existen para ello especiales restricciones, dado el fundamento común a todas las medidas cautelares. Corresponde al Juez o Tribunal determinar las que, según las circunstancias, fuesen necesarias. Se regulan medidas cautelares “inaudita parte debitoris” —con comparecencia posterior sobre el levantamiento, mantenimiento o modificación de la medida adoptada— así como medidas previas a la interposición del recurso en los supuestos de inactividad o vía de hecho.”

a) El régimen jurídico del levantamiento de las medidas cautelares

A tenor de lo dispuesto en el artículo 132.1 de la ley de 1998, puede afirmarse que una vez señalada la medida cautelar, ésta ordinariamente estará vigente hasta que recaiga la sentencia por la sencilla razón que el sentido y fundamento de su adopción se halla, previa valoración circunstanciada de los intereses en conflicto, en que el recurso no pierda su finalidad legítima, lo que suele acontecer en los supuestos en que se puedan producir situaciones irreversibles. Esto es, la medida cautelar está destinada a llegar hasta el momento de la sentencia salvo que concurran, dice el precepto citado, nuevas circunstancias: si cambian las circunstancias en virtud de las cuales se hubieren adoptado.

Es, por tanto, el cambio de las circunstancias el único motivo que admite el legislador para que pueda prosperar el levantamiento o modificación de las medidas cautelares adoptadas. Se trata de la aplicación de la regla “rebus sic atantibus” a la materia. Si han cambiado las circunstancias sobre las que se ha establecido la medida cautelar, lo que procede es analizar la incidencia de esas circunstancias sobre la

modificación o levantamiento ya que es posible que en estos casos los propios argumentos jurídicos utilizados para la cautelar aconsejen, sobre nuevas circunstancias, una decisión distinta como pueda ser su modificación parcial o levantamiento. El quid de la cuestión reside, pues, en la mutación o no de los hechos, no como señala el legislador en el párrafo segundo del artículo 132 en atención a los avances que se vayan haciendo en el proceso respecto al análisis de las cuestiones formales o de fondo que configuran el debate, y tampoco en razón de la modificación de los criterios de valoración que el Juez o tribunal aplicó a los hechos al decidir el incidente cautelar.

Como quiera que en el auto de 28 de abril de 2006 constan los criterios de valoración que utilizó el Supremo para disponer la suspensión, la cuestión del levantamiento de la medida cautelar se contrae a analizar si ahora el Tribunal Supremo aprecia la existencia de nuevas circunstancias que de manera suficiente permitan levantar la suspensión. Es decir, hemos de examinar hasta que punto se razona satisfactoriamente el cambio de perspectiva desde la apreciación del cambio de circunstancias.

En mi opinión, como ahora comentaremos, al entender el Supremo que no se dan las nuevas circunstancias, no procedería el alzamiento de la cautelar. Sin embargo, en una exégesis al margen del régimen jurídico estricto que diseña la ley jurisdiccional para la materia, el Tribunal Supremo acoge una versión del principio dispositivo a partir del carácter rogatorio de la jurisdicción que deja en mal lugar el sentido y funcionalidad que la propia Constitución atribuye a la función judicial de la actividad administrativa en el artículo 106, sobre todo en la medida en que en el proceso contencioso administrativo el Juez o tribunal correspondiente controla la actividad administrativa así como los intereses públicos que la justifican. Intereses que, es obvio, son los generales.

El Tribunal Supremo, al conceder el alzamiento de la medida al margen del artículo 132.1 a partir del denominado principio dispositivo y de una determinada mutación del interés público, que no se justifica, inicia un camino singular en la materia que contrasta con el esfuerzo de la doctrina y de la jurisprudencia por engarzar en la “ratio decidendi” de las cautelares, como decía la exposición de motivos de la ley de 1956, en la incidencia del interés público, criterio que con el antiguo artículo 122 de la ley en la mano, salvo que se acudiera a la exposición de motivos de la ley, apenas tenía aplicación hasta. Y, sin embargo, es el elemento básico y fundamental a considerar en un trámite procesal en el que se trata de analizar la ejecutividad de un acto o una norma administrativa, ejecutividad que como sabemos, se basa en el interés general.

Hace algunos años, 1986, me ocupé específicamente de este asunto y llegué a la conclusión de que el interés general debiera, junto con la irreversibilidad de la situación generada por la ejecución del acto, constituir el criterio central para la adopción y, en su caso, levantamiento de la medida cautelar.

La pregunta es, ¿han cambiado las circunstancias del caso de manera que los mismos criterios de valoración de la cautelar, no otros, aconsejen levantar la medida? A ello, como señala el Tribunal Supremo se aplica la representación procesal de Endesa, consciente de que ese el único argumento posible para llevar al ánimo del Tribunal la necesidad de levantar la medida adoptada ante el cambio de circunstancias.

b) Las nuevas circunstancias

La vieja ley jurisdiccional de 1956 contemplaba en el párrafo 4 del artículo 124 el levantamiento de la suspensión del acto administrativo en los siguientes términos:

“Levantada la suspensión al término del recurso o por cualquier otra causa, la Administración o persona que pretendiera tener derecho a indemnización de los daños causados por la suspensión deberá solicitarlo ante el Tribunal por el trámite de incidentes...”

Si comparamos el régimen actual con el de 1956 nos encontramos con que hoy por hoy, como consecuencia de la tarea de la doctrina y la jurisprudencia, el régimen del levantamiento o alzamiento de la medida cautelar está regulado de una manera más precisa. En concreto, la jurisprudencia entendió, auto del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 1985, que el precepto al emplear el término “o por cualquier otra causa” se refería a los supuestos en que sobrevienen a la suspensión ya acordada circunstancias nuevas. Así, el Supremo entendió que “la posibilidad de que la sala pueda reconsiderar la procedencia de la medida cautelar adoptada por cambio de circunstancias encuentra su apoyo no sólo en los principios que informan este tipo de procesos, sino también en la norma habilitante contenida en el apartado cuarto del artículo 124 de la ley jurisdiccional tal y como ha dicho la doctrina jurisprudencial en los autos de 12 de diciembre de 1962, de 12 de septiembre de 1963 y 31 de julio de 1967, pues si bien razones de seriedad o seguridad jurídica imponen mantener una medida de suspensión acordada si subsisten las circunstancias y éstas fueron correctamente apreciadas; su cambio o alteración exige una respuesta de acomodación al motivo legitimador nuevo, ya que el antiguo perdió su vigencia o virtualidad”.

Es más, el cambio de circunstancias sin más puede que no implique el levantamiento o modificación de la medida cautelar. Dichas nuevas circunstancias, de acuerdo con los criterios de valoración que en su día aconsejaron la adopción de la cautelar, han de aconsejar al Juez o Tribunal el levantamiento de la medida cautelar. Se trata de que las nuevas circunstancias lleven al juzgador, de acuerdo con la ponderación de los intereses en conflicto y con la posibilidad de que el recurso pierda su finalidad legítima, a la convicción racional del levantamiento de la medida cautelar.

En estos casos, cómo ya señalara en su día el Tribunal Supremo en el citado auto de 1985, la decisión del Juez o Tribunal no debe ir “en contra de lo que el interés público exija; dado que tal y como ha dicho la sala (sentencia de 14 de febrero de 1975) habrán de ponderarse en todo caso las circunstancias concurrentes, ya que la suspensión no puede imponerse a las exigencias del interés público, pues este es prevalente en la medida en que el interés público exija precisamente el cumplimiento del acto o disposición cuestionada”.

El artículo 132.2 excluye de la posibilidad del levantamiento o la modificación de las medidas cautelares varios supuestos que hemos de tener muy presentes, pues en su virtud no se podrá fundar la decisión del alzamiento de la suspensión. A saber, no se podrá alzar la cautelar en atención a los avances que se vayan haciendo durante el proceso en cuestiones de fondo o de forma, por una obvia razón: la medida cautelar no se analiza desde la legalidad, su eventual levantamiento tampoco, bien sea por

argumentos materiales o formales. La medida cautelar se adopta en el marco de los efectos del acto o de la disposición tras una ponderación circunstanciada de los intereses en conflicto que haga perder al recurso su finalidad legítima.

El legislador también excluye la posibilidad del levantamiento de una decisión del juzgador a partir de la modificación de los criterios de valoración que el Juez o Tribunal aplicó a los hechos al decidir el incidente cautelar. Ello significa, ni más ni menos, que el juzgador no puede utilizar para resolver sobre el alzamiento de la suspensión argumentos o criterios de exégesis distintos de los empleados en la resolución sobre la pertinencia de la suspensión. Por una poderosa razón: porque los criterios de valoración utilizados para la adopción de la cautelar son los que establece el legislador en el artículo 130 y en el caso de la decisión sobre el levantamiento parece congruente que, mediando nuevas circunstancias, serán los mismos criterios de valoración los que aconsejen, o no, el alzamiento de la suspensión. El artículo 132.1 señala, insisto, que procede el levantamiento si cambian las circunstancias en cuya virtud se hubiera dictado la suspensión. Es decir, han de ser circunstancias directamente conectadas a los argumentos que el 28 de abril llevaron al Tribunal Supremo a acordar la suspensión del acuerdo del Consejo de Ministros.

En el caso de la petición de alzamiento de la suspensión instada por Endesa, el Tribunal Supremo entiende en su auto de 15 de enero de 2007 que no se producen las nuevas circunstancias del artículo 132.1 de la ley de 1998. Para la representación de Endesa esas nuevas circunstancias residen en la OPA de Eon sobre Endesa, autorizada con condiciones por las autoridades españolas y por la Comisión europea a través de la dirección general de competencia. Igualmente, se considera que la entrada del grupo Acciona en el capital de Endesa es también una situación fáctica, sobrevenida y relevante que, a juicio de los solicitantes del alzamiento de la suspensión, hará todavía más remota la posibilidad de que triunfe la OPA de Gas Natural. Es decir, se trata de consideraciones de orden netamente económico y mercantil que se presentan para intentar llevar al ánimo del Tribunal Supremo que ahora la posición de los accionistas de Endesa podría verse perjudicada si se mantiene la suspensión al no poder éstos optar por considerar la oferta que consideren más ventajosa para sus intereses, de manera que, dicen, en la actualidad los efectos de la medida cautelar no están recayendo de forma predominante sobre Gas Natural sino sobre terceros y fundamentalmente sobre el proceso de OPAS en su conjunto. Por ello, se pide el alzamiento de la suspensión y que, en su lugar, se acuerde la suspensión de los derechos políticos de las acciones de Endesa que adquiera Gas Natural al liquidarse la OPA y, asimismo, la suspensión de la obligación de cumplir las condiciones a que el acuerdo impugnado ha subordinado la aprobación de la operación. Por su parte, el abogado del Estado, Gas Natural e Iberdrola se oponen a la modificación instada por Endesa pero se muestran conformes con que la medida cautelar adoptada el 28 de abril quede sin efecto, aunque no por las razones esgrimidas por la representación de Endesa.

La fundamentación del levantamiento de la cautelar en la existencia de nuevas circunstancias constituye la tesis de Endesa. Nuevas circunstancias, insisto, que se

centran en la existencia de una oferta competidora a Gas Natural que ha sido autorizada y que se plantea en mejores condiciones, según parece, que la hacen más atractiva a los accionistas de Endesa que la de Gas Natural. Pues bien, según el auto del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2007, “el argumento no puede ser aceptado, pues la circunstancia alegada no cabe calificarla de hecho novedoso, no tenido en cuenta por la sala en sus anteriores resoluciones. Los autos del pleno de la sala por los que se acordó y confirmó la suspensión de la eficacia del acuerdo del consejo de ministros ya contemplaron la posibilidad de que la OPA de Eon fuera autorizada (...) si bien descartaron la trascendencia de ese dato a la hora de adoptar la resolución, habida cuenta de que centraron su decisión en otro aspecto, al entender que la operación de concentración presentaba una doble faceta, una mercantil y otra pública, para razonar a continuación que esta segunda faceta podía y debía ser objeto de un enjuiciamiento independiente, en el que el interés primordial que había que proteger era el de los consumidores y usuarios, por encima del de los accionistas”.

Es decir, la OPA de Eon ya fue objeto de análisis jurídico con anterioridad por lo que no se trata de nuevas circunstancias. Pero es que, además, la OPA de Eon se refiere a un mercado notoriamente diferente al afectado por la OPA de Gas Natural sobre Endesa, que se refiere al marco territorial español por una parte, y, por otra, a distintas posiciones en el mercado del gas y de la electricidad.

El argumento fundamental de la sala el 28 de abril de 2006 al adoptar la suspensión fue efectivamente la consideración del interés general de usuarios y consumidores, que es superior al de accionistas en un mercado que afecta prácticamente a la totalidad de la población residente en España. Argumento que recuerda ahora el propio Tribunal Supremo trayendo a colación parágrafos completos del auto de 28 de abril de 2006 en los que se pone de manifiesto que incluso desde el punto de vista mercantil existe un interés público representado por la fiabilidad y seguridad de los mercados secundarios de valores, mientras que desde la perspectiva pública resulta que existe un indudable interés público en la defensa de la competencia, “por cuyo mantenimiento, decía el auto de 28 de abril de 2006, debe velar el consejo de ministros, evitando que los efectos restrictivos que la operación comporta causen perjuicio a los usuarios dando lugar a peores servicios a peores precios”. Es decir, la posición central de los usuarios es bien destacada por el Tribunal Supremo en el acuerdo de suspensión, por lo que, para levantar la cautelar lo razonable sería que, junto a la acreditación de la desaparición de la situación irreversible que haga perder al recurso su finalidad legítima, se garantizara que ya no existe perjuicio a los intereses de usuarios y consumidores.

Por otra parte, como recuerda el Tribunal Supremo en su auto de 28 de abril de 2006, los intereses de los accionistas o el daño que a juicio de la representación de Gas Natural se produjera e la libertad de empresa y a la transparencia y agilidad del mercado de valores son “sin lugar a duda intereses muy dignos de protección, pero su intensidad debe rebajarse cuándo se enfrentan al interés más extenso e intenso de todos los consumidores y usuarios, que debe prevalecer frente a ellos”. Esta afirmación la realiza la sala del Tribunal Supremo porque entiende congruentemente que en un proceso contencioso administrativo, sea la fase que sea, es un proceso en el que

se analiza en derecho una actuación administrativa que, a tenor del artículo 106 de la Constitución, se proyecta igualmente sobre el interés público que ha de justificar y fundar cualquier actuación administrativa. Esto es así por la sencilla y elemental razón de que siendo el interés público el pilar del privilegio de la ejecutividad de los actos administrativos, es lógico y coherente que sea también el interés general un criterio muy, pero que muy revelante en orden a determinar la procedencia o no de la paralización temporal de la ejecutividad administrativa. Por eso, insisto, el legislador de 1956 entendió en la exposición de motivos de la ley jurisdiccional de 1956 que la incidencia del interés público es clave en orden a cualquier decisión que haya de adoptarse sobre la procedencia, o no, de la suspensión de la ejecución del acto administrativo recurrido.

El auto de 15 de enero de 2007, pues, reconoce que para la sala “los intereses verdaderamente relevantes a efectos de la suspensión cautelar del acuerdo impugnado fueron principalmente el interés en la preservación de la competencia en el mercado del sector energético, la consiguiente protección de los consumidores y usuarios y también el interés institucional de Endesa en su subsistencia como proyecto empresarial”.

La presentación de la oferta de Eon fue analizada jurídicamente, dice el auto de 15 de enero de 2007, “bien que para ser rechazada su trascendencia en el expediente, toda vez que con anterioridad al auto de 28 de abril de 2006, mediante la providencia de 9 de marzo de 2006, se abrió un específico trámite de alegaciones sobre tal cuestión” Es decir, ahora la sala tras reconocer que la posible incidencia de la OPA de Eon fue analizada incluso con anterioridad a la adopción de la cautelar el 28 de abril de 2006, cita varios pasajes de dos votos particulares que, aunque son opiniones jurídicas muy respetables, no fueron, sin embargo, atendidas en dicho auto. Me parece que vale la pena glosar brevemente alguno de estos razonamientos porque parece que, en alguna medida, su pensamiento, el de estos votos, va a servir a la nueva mayoría de la sala a sostener que los intereses de los accionistas, el interés de la empresa Endesa, será el que al fin y a la postre, de la mano de la aplicación del principio dispositivo, será el criterio fundamental que funde la nueva doctrina del Tribunal Supremo.

El auto de 15 de enero de 2007 se refiere a los dos votos particulares. Es de suponer que cuándo se citan expresamente algunos de sus párrafos será porque la nueva mayoría del Tribunal Supremo ahora entiende que esa doctrina tiene relevancia en orden a la decisión sobre el levantamiento de la medida cautelar. En uno de ellos aparece de forma bien patente la idea de que los intereses de los accionistas de Endesa resultan perjudicados con la suspensión: “...la adopción de medidas cautelares no sólo conllevará una situación de provisionalidad en el gobierno de las empresas afectadas, dilatada en el tiempo, que con alta probabilidad influirá negativamente en su dirección y gestión. Más aún, producirá una situación perjudicial para los propios accionistas, quienes quedarán privados durante toda la pendencia del pleito de aprovechar tanto la oferta de Gas Natural como la de Eon”. En el mismo sentido el segundo voto particular que también recoge expresamente el auto de 15 de enero de 2007, señala que “los intereses privados de los accionistas estarán mejor protegidos permitiendo el juego de las ofertas en competencia. La suspensión acordada paraliza ambas ofertas hasta una fecha

incierta. Mientras esta suspensión dure quedará impedido no sólo que los accionistas de la demandante puedan aceptar la oferta competidora sino también la mejora de la oferta primera que, eventualmente, pudiera ser planteada”.

Sin embargo, el criterio más solvente, desde mi punto de vista, para despejar cualquier duda jurídica que pudiera haber sobre la OPA de Eon como circunstancia habilitante, según el artículo 132, para aconsejar el levantamiento de la suspensión, la encontramos en el auto de la sala de 26 de junio de 2006 que resuelve el recurso de súplica frente al auto de 28 de abril del mismo año en los siguientes términos: “no ha perdido objeto la suspensión por el hecho de que ya está suspendida la OPA en otro proceso, o por efecto de la presentación de una OPA competidora, pues en ambos casos cabe que la suspensión se alze, en cuyo caso operaría la que se acuerda en esta pieza separada. Aunque el interés de uno de los impugnantes de la OPA sea obtener un mayor precio de las acciones, no debe olvidarse que hay otros demandantes cuyos intereses son también dignos de protección, y además está el interés público que debe ser especialmente valorado conforme al artículo 130 de la ley jurisdiccional”. Llama la atención, y no poco, la reiteración con que los autos de 28 de abril y de 26 de junio de 2006 fundamentan la suspensión en consideraciones concretas sobre el interés público, doctrina que parece coherente de acuerdo con la exégesis y doctrina que han estudiado las medidas cautelares en el orden jurisdiccional contencioso administrativo en el que la referencia al interés público, concretado y materializado sobre el caso concreto, permite llegar a soluciones presididas por el sentido que tiene el Derecho Administrativo como el derecho del poder para la libertad, en feliz expresión del profesor GONZALEZ NAVARRO. Quizás por ello, para levantar la suspensión, lo razonable sea argumentar sobre esta materia hasta el punto de demostrar jurídicamente que, sobre todo, el interés de consumidores y usuarios, severamente perjudicado con la OPA de Gas Natural, ha desaparecido como consecuencia de las nuevas circunstancias que aconsejarían el alzamiento de la cautelar. Sin embargo, veremos cómo la nueva doctrina del Tribunal Supremo no camina por la senda del régimen jurídico diseñado en la ley de 1998 sino a partir de principios generales sobre la naturaleza rogatoria de la jurisdicción contencioso administrativa y la aplicabilidad del principio dispositivo a este proceso.

En fin, sobre la cuestión de la OPA de Eon, el auto de 15 de enero de 2007 es claro y terminante: “A tenor de estos párrafos de las resoluciones recaídas en la pieza de medidas cautelares, se colige que la sala no dejó de tener presente que existía una oferta competidora y valoró que también la suspensión cautelar de la primera redundaría sobre la imposibilidad temporal de optar por una o por otra. Así las cosas, la presentación y ulterior aprobación de la OPA competidora por el grupo Eon no constituye procesalmente una circunstancia nueva a efectos del artículo 132.1 de la ley “. Si el único requisito establecido en la ley de 1998 para fundar el levantamiento de la medida cautelar reside en el cambio de circunstancias que hubieran aconsejado la suspensión, al menos tal y cómo está redactado el artículo 132.1 de la ley de 1998, podríamos preguntarnos, de nuevo, si lo razonable jurídicamente hubiera sido dar aquí por terminado la cuestión planteada y haber denegado el alzamiento solicitado.

Sin embargo, las cosas sucedieron de otra forma. A renglón seguido, tras esta declaración categórica y solemne de no atender al argumento de la representación procesal de Endesa en orden a la consideración de la existencia de las nuevas circunstancias, el Tribunal Supremo entra a estudiar jurídicamente el siguiente argumento de quienes solicitan el alzamiento de la medida cautelar. Veamos: lo determinante, para el levantamiento, según el nuevo argumento, no es la existencia de la oferta de Eon, sino que dicha opción ha sido autorizada y que, según parece, resulte más atractiva para los accionistas que la planteada por Gas Natural, con lo que lo más probable es que la OPA de Gas Natural no prospere, que es lo que todos suponemos a día de hoy. Es decir, como resume el auto de 15 de enero de 2007 “la circunstancia nueva que a juicio de Endesa justifica la reconsideración de la vigencia de la suspensión aquí acordada es la práctica imposibilidad de que el acuerdo del consejo de ministros impugnado en este recurso llegue a desplegar su eficacia, por ser, a la vista de la evolución de los acontecimientos, altamente improbable que la OPA de Gas Natural triunfe”. Claro, Endesa, como reconoce el Tribunal Supremo, es consciente de que su gran obstáculo para conseguir el levantamiento de la suspensión es “el mayor valor que la sala dio al interés de los consumidores y usuarios frente a los accionistas (interés este último que es el que ahora se sitúa en primer lugar) y por eso trata de despejar ese obstáculo alegando que el interés de la protección de los consumidores y usuarios no será verídico perturbado por la modificación o revocación de la medida cautelar. Ahora bien, sustenta, sigue diciendo el auto de 15 de enero de 2007, esta apreciación en un presupuesto argumental que constituye la piedra angular de todo su razonamiento, cuál es el de que la OPA de Gas Natural no va a prosperar porque la del grupo Eon es mejor y Gas Natural no está en condiciones de igualarla, pero al razonar así está basando toda su construcción argumental más en hipótesis y conjeturas que en hechos ciertos y acreditados”. Con otras palabras, esta idea es ratificada por el mismo auto cuando señala que “Endesa sostiene su argumentación en una perspectiva sobre el probable éxito de la oferta del grupo Eon, pero las conjeturas que realiza en tal sentido podrían ser dialécticamente contrarrestadas por conjeturas de índole opuesta. Hallándonos así, ante conjeturas e hipótesis que se mueven tanto en un sentido como en el contrario, no puede aceptarse en este incidente cautelar que demos preferencia a las primeras frente a las segundas, hasta el extremo de dar por supuesto que la OPA de Eon es la que va a triunfar y se va a liquidar”.

Por tanto, tampoco en este supuesto procede levantar la suspensión. Insisto, una vez que se ha analizado concienzuda y pormenorizada la alegación de Endesa relativa a la existencia de circunstancias sobrevenidas que aconsejen el alzamiento, lo razonable sería dar por terminada la argumentación jurídica y resolver la improcedencia del levantamiento por no haberse acreditado la concurrencia de la causa que para esta situación dispone el artículo 132.1 de la ley jurisdiccional. A pesar de ello, el Tribunal Supremo decide analizar también la conveniencia de alzar la suspensión acordada para decretar, en caso de que la OPA hubiera de ser liquidada a favor de Gas Natural, que a partir de ese momento quedasen suspendidos los derechos políticos correspondientes a las acciones adquiridas de acuerdo con el principio de proporcionalidad del artículo

726.2 de la Ley de enjuiciamiento civil, según el cual una de las notas características que debe definir a una medida cautelar es la de no ser susceptible de sustitución por otra medida igualmente eficaz, pero menos gravosa o perjudicial para el demandado. Sin embargo, para la sala tercera del Tribunal Supremo, no resulta tampoco convincente la apelación a este precepto de la Ley de Enjuiciamiento Civil ya que “desde el punto de vista del gravamen o perjuicio sobre el demandado (en este caso el codemandado Gas Natural) resulta notorio que la situación para él sería más perjudicial y gravosa, especialmente desde la perspectiva de la suspensión de los derechos políticos de las acciones adquiridas, porque éstas, como consecuencia de la suspensión, habrían sido objeto de una transmisión irreversible en tiempo en que por razón de aquella suspensión aparecerían mermadas en parte de su valor, pues sería transmitido el mensaje de que Gas Natural no podría inicialmente ni tomar el control ni ejercer influencia en el gobierno de la empresa adquirida”. Por otra parte, como también recuerda el auto de 15 de enero de 2007 en relación con esta cuestión, la suspensión de los derechos políticos es una medida expresamente prevista en el artículo 60 de la ley del mercado de valores para supuestos distintos de los contemplados en este caso, “ya que tal privación se articula como un reproche para quien adquiere un porcentaje significativo de acciones eludiendo la obligación de formular una OPA, mientras que aquí estamos ante el caso contrario, esto es, ante una OPA ya formulada y en trámite”.

El Tribunal Supremo también descalifica jurídicamente la alegación de Endesa relativa a la aplicación del reglamento comunitario CE 139/2004 “no sólo porque la operación contemplada en el acto administrativo aquí impugnado no tiene trascendencia comunitaria, sino porque el precepto de ese reglamento referido a la suspensión de derechos políticos (artículo. 7.2.b) contempla la situación previa al pronunciamiento de la Comisión, mientras que en este caso nos hallamos ante un supuesto en que el consejo de ministros ya ha adoptado su decisión y las dos ofertas competidoras ya han sido aprobadas”.

La OPA de Eon, pues, no constituye, en opinión del Tribunal Supremo, en su auto de 15 de enero de 2007, una “novedad jurídicamente susceptible de convertirse en palanca para levantar la suspensión acordada o sustituirla por la de suspender los derechos políticos y la ejecución de las condiciones impuestas en el acto objeto del litigio”.

c) Régimen jurídico de las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo

En la regulación anterior a 1998, el régimen aplicable a la suspensión del acto administrativo en vía de recurso contencioso administrativo se encontraba en el artículo 122 y siguientes de la Ley de 1956 y, como admitió la jurisprudencia en algunos casos, dada la insuficiencia normativa de tal régimen, procedía la aplicación analógica de las normas de la ley de enjuiciamiento civil propias de las medidas cautelares. Sin embargo, en la exposición de motivos de la ley de 1998, en la que, como hemos señalado, se diseña un novedoso y completo sistema de protección cautelar en el orden jurisdiccional contencioso administrativo que recoge las distintas aportaciones de la

doctrina y jurisprudencia de los últimos años. Cualquiera que conozca la literatura jurídica sobre la materia puede constatar que el tema de la justicia cautelar ha sido, sino el asunto central de estos años, uno de los principales argumentos para buscar nuevos enfoques desde los que mejorar sustancialmente el régimen de 1956. En este sentido, la cita realizada al principio de este epígrafe de la exposición de motivos de 1998 constituye una buena prueba de que ello es así. Por ejemplo, podemos leer en dicho preámbulo, tras constatar la antigüedad e insuficiencia de la regulación anterior que “la nueva ley actualiza considerablemente la regulación de la materia, amplía los tipos de las medidas cautelares posibles y determina los criterios que han de seguir de guía a su adopción”. Esto es, se trata de un completo régimen aplicable, como “regulación común a todas las medidas cautelares, cualquiera que sea su naturaleza”. Señala además la exposición de motivos, por si quedara alguna duda sobre el criterio central a tener presente por el juzgador al resolver sobre la medida cautelar, que éste “consiste en que la ejecución del acto o la aplicación de la disposición puedan hacer perder la finalidad del recurso, pero siempre sobre la base de una ponderación suficientemente motivada de todos los intereses en conflicto”. Por tanto, es razonable pensar que si este el argumento medular para adoptar la cautelar, su levantamiento, mediando circunstancias nuevas, ha de poder sustentarse en la desaparición, consecuencia de esas circunstancias novedosas, del criterio, en su caso, determinante de la adopción de la medida cautelar.

Por otra parte, la disposición final 1 de la ley de 1998 establece la supletoriedad de la ley de enjuiciamiento civil en lo no previsto en la ley de la jurisdicción contencioso administrativo, de dónde se infiere sin forzar el razonamiento, que serán de aplicación las normas procesales civiles en ausencia o laguna de disposición aplicable en la ley de 1998, lo que, en caso del levantamiento o alzamiento de la cautelar en modo alguno debiera acontecer desde la concreción y detalle con que está regulada esta vicisitud de la medida cautelar en el artículo 132 de la ley de 1998, precepto que, por supuesto, supera el viejo artículo 124 de la ley de 1956. Si esto es así, cómo parece, podemos volver a preguntarnos hasta que punto el Tribunal Supremo, una vez despejada la duda jurídica sobre la operatividad de las nuevas circunstancias en orden a la alzada, puede acudir a otros argumentos extra legem para autorizar el levantamiento de la cautelar. Insisto, la lectura del artículo 132 de la ley de 1998 permite concluir que lo adecuado a Derecho será que una vez que se dicte la medida cautelar, esta permanezca en vigor hasta que recaiga la sentencia, de manera que sólo excepcionalmente procederá el levantamiento cuándo cambien las circunstancias en cuya virtud se hubiere acordado la medida cautelar. Circunstancias que, parece obvio, han de estar directamente conectadas con la pérdida de consistencia de los argumentos que hayan llevado al juzgador a adoptar la medida cautelar, sin que sea posible que el Juez o Tribunal pueda, en orden alzada de dicha medida, pueda modificar los criterios de valoración que aplicó a los hechos al decidir el incidente cautelar.

En esta línea me parece pertinente, y bien fundamentado, lo dicho por el magistrado Óscar GONZALEZ en el voto particular al auto de 15 de enero de 2007 al

glosar la exposición de motivos de la ley de 1998 ya que dicho preámbulo sus términos actualiza “considerablemente la regulación de la materia”, lo que implica que “sus disposiciones tienen una pretensión agotadora de las medidas, dejando escaso margen a la aplicación de normas procedentes de otros sectores del Ordenamiento jurídico, en aquellos aspectos en que existe una regulación específica”, dice atinadamente el voto particular. Obviamente, cuándo no existe una regulación específica, o la que hay es problemática o confusa, entonces sí que no hay el menor problema en aplicar las reglas generales de la interpretación de las normas. Pero cuándo la interpretación no ofrece dudas porque no se da el supuesto legitimador del alzamiento de la medida, entonces resulta más que discutible acudir a normas o principios jurídicos que hasta podrían desnaturalizar el sentido del proceso contencioso administrativo desde la luz del propio artículo 106 de la Constitución.

Por tanto, como se puede leer en el voto particular a que hago referencia, “cuándo el artículo 132 establece el principio general de vigencia de las medidas cautelares adoptadas hasta la terminación del proceso por alguna de las causas previstas en la ley, no admite, fuera de estos supuestos, la modificación o revocación de las medidas durante el curso del proceso salvo si cambiaran las circunstancias en virtud de las cuales se hubiera adoptado”.

La lectura del párrafo segundo del artículo 132 mantiene, como hemos señalado, el principio general de mantenimiento de la medida cautelar adoptada, como dice el voto particular que comentamos, “al margen de los avatares que se vayan produciendo en el proceso, pues ni su revocación o modificación será procedente en función del análisis de las cuestiones de forma o de fondo que configuran el debate, y tampoco en razón de los criterios de valoración que el Juez o Tribunal aplicó a los hechos al decidir el incidente cautelar”.

Por todo ello, al no haberse acreditado cambio en las circunstancias en virtud de las cuales se hubiera acordado la suspensión, de acuerdo con el régimen jurídico establecido en la ley de 1998, lo procedente hubiera sido el mantenimiento de la medida que, además, es la regla general. Antes de pasar a examinar cuál poderosa razón capaz de excepcionar el régimen general fue la que abonó la decisión sobre el alzamiento de la cautelar, me parece que en este momento puede ayudar a comprender mejor la problemática en la que nos encontramos un repaso a los criterios sobre los que el Tribunal Supremo acordó la medida cautelar el 28 de abril de 2008, en el bien entendido de que, de mantenerse la actualidad de dichas razones, muy, pero que muy intensa y definitiva deberá ser la argumentación que da pie al levantamiento de la medida cautelar.

d) Criterios para la adopción de la medida cautelar

El auto del Tribunal Supremo de 28 de abril de 2006 por el que se suspendió cautelarmente la autorización del Consejo de Ministros a la OPA de Gas Natural sobre Endesa plantea, entre otras relevantes cuestiones, la de ponderar circunstanciadamente, como manda el legislador de 1998 de la ley de la jurisdicción contencioso administrativa, los intereses en conflicto. Tarea en la que debe partirse de la posición jurídica

del interés de los usuarios en un sector, el del gas y la electricidad, en el que prácticamente todos los habitantes estamos concernidos. ¿Será, pues, que la centralidad de los usuarios y consumidores, por relevante que sea el interés de los accionistas o de los inversores, deba tener un lugar medular en la ponderación circunstanciada de los intereses en conflicto? Esta pregunta es despejada en el auto de 28 de abril de 2006 en atención, cómo no podía ser de otra manera, del régimen jurídico que la nueva ley de 1998 establece para las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo. Por una razón obvia: porque en estos sectores son usuarios o consumidores todos los residentes en España, de dónde se infiere que el derecho de los usuarios a buenos servicios a buenos precios es un corolario necesario de la progresiva liberalización de estos mercados. Es decir, mientras el derecho de los accionistas atiende a un determinado grupo de personas, lo cierto es que los usuarios, potenciales y reales del mercado del gas y de la electricidad, son todos los residentes en España, por lo que su protección adquiere mejor condición que la de los accionistas si nos situamos desde la perspectiva del interés general.

Primar el interés de los accionistas sobre el de los usuarios constituye una peculiar manera de entender el interés general basado en consideraciones parciales. Estamos en presencia de mercados de transición del monopolio a la liberalización en los que las situaciones de concentración o de posición dominante es casi seguro que van a afectar a los precios y a la calidad de los servicios.

Por otra parte no podemos olvidar que la competencia es otro relevante parámetro de interés público pensado para abrir los monopolios al pluralismo, a la búsqueda precisamente de ambientes de mayor libertad de elección para los usuarios, que podrán optar por las compañías de su preferencia. Por tanto, limitar un mercado en transición a la liberalización es probable que no contribuya a mejorar las posibilidades de libertad de elección de dichos usuarios.

La competencia es un medio ideado para que el usuario sea el centro de estos mercados. Si se perjudica su posición jurídica cercenando su capacidad de elección, entonces se estará impidiendo el ejercicio de la libertad y, por ello, dificultando que los españoles dispongan de mejores servicios a mejores precios. Restringir la libertad sin causa justa es un ejercicio de autoritarismo incompatible con el estado de evolución social en el que estamos.

El Tribunal Supremo se pronunció en dos ocasiones sobre la petición de suspensión cautelar del acuerdo del Consejo de Ministros que daba vía libre a la OPA de Gas Natural sobre la eléctrica Endesa. Por auto de 28 de abril de 2006 decretó la procedencia de la medida cautelar y por auto de 26 de junio del mismo año resolvió la improcedencia del recurso de súplica interpuesto por la representación de Gas Natural contra la suspensión del citado acuerdo del Consejo de Ministros. A nosotros nos interesa, a los efectos de este capítulo, llamar la atención sobre la doctrina del Tribunal Supremo en orden a la aplicación al caso concreto de lo dispuesto en la ley de la jurisdicción contencioso administrativa de 1998 cuándo señala que el juez o tribunal, para pronunciarse sobre la procedencia de la medida cautelar, ha de valorar circunstanciadamente los intereses en conflicto. Y, en esta materia, como es bien sabido, si es el interés general el presupuesto que justifica la ejecutividad de

los actos administrativos, es lógico que para decidir sobre la paralización temporal de la eficacia de un acto sea necesario también analizar en que medida el interés general reclama precisamente la ejecución o la suspensión. Pues bien, en atención a este pronunciamiento que todo juez o tribunal contencioso administrativo ha de realizar se plantea la consideración del interés general.

El objeto del recurso contencioso administrativo era el acuerdo del Consejo de Ministros de 3 de febrero de 2006 por el que se supedita la aprobación de la operación de concentración económica consistente en la toma de control exclusivo de Endesa por parte de Gas Natural a determinadas condiciones.

Pues bien, cuándo el Tribunal Supremo estudia la procedencia o no de la medida cautelar, señala que siendo la OPA una operación mercantil también es verdad que tiene elementos relativos a la competencia puesto que evidentemente la OPA, de salir adelante, producirá evidentes efectos en el mercado. Por eso, como dice el Tribunal Supremo en su auto de 28 de abril, tal y como recuerda ahora el auto de 15 de enero: “aunque prime la voluntad de los accionistas, que serán en último término quienes decidan si la operación prosperará o no en función del porcentaje de la aceptación de la oferta, contiene también, la OPA, un interés público representado por la seguridad y la fiabilidad de los mercados secundarios de valores, cuya protección está atribuida a la Comisión Nacional del Mercado de Valores”. Y, por lo que se refiere a la dimensión que afecta a la competencia, también señala el Tribunal Supremo que desde este punto de vista existe “un interés público indudable, que no es otro que la defensa de la competencia, por cuyo mantenimiento, en la medida de lo posible, debe velar el Consejo de Ministros, evitando que los efectos restrictivos de la competencia que la operación comporta causen perjuicio a los usuarios dando lugar a peores servicios a mayores precios”.

Es decir, la perspectiva del usuario resulta central en esta cuestión como componente fundamental del interés público a considerar. ¿Sería posible mantener la eficacia de una disposición en cuya virtud se puedan generar peores servicios a mayores precios? ¿Dónde quedaría, entonces, ese derecho al buen funcionamiento de los servicios de interés general? ¿Es qué no constituye un elemento esencial de estos servicios su universalidad, su calidad y asequibilidad?

Por tanto, si la competencia se restringe, si un mercado en transición a la competencia se cierra por admitir agentes que dominen la situación, parece que los usuarios estarían en peores condiciones que si se mantuviera la competencia en unas condiciones de razonabilidad que, según el auto del Tribunal Supremo no se producen en este caso porque la competencia quedaría en entredicho al aparecer, fruto de la OPA, un gigante en una clara posición de dominio real del mercado.

Claro, ahora sabemos que la OPA de Gas Natural se retiró, pero entonces postular este vaticinio como dato indubitable era trabajar sobre conjeturas lo que, por más probables que puedan parecer, no parece que sea un argumento de peso para la decisión judicial, ya que la posición contraria, dadas las reglas de funcionamiento de estos mercados, también admitiría algún grado de hipótesis.

El Tribunal Supremo se refiere en su resolución de abril de 2006, tras admitir que una operación de estas características produciría daños irreversibles, al interés de los

accionistas, al daño que se produciría a la libertad de empresa, y a la transparencia y agilidad del mercado de valores. En este momento me interesa reseñar sobremanera la primera de estas cuestiones ya que es, para mí, la médula de la adopción de la medida cautelar y, por ello, habría de estar presente en su alzamiento pues si la posición de los usuarios y consumidores de gas y electricidad, de mantenerse la OPA quedarán en la misma situación, no acierto, desde el punto de vista jurídico a explicar la razón del levantamiento de la suspensión de la OPA salvo que se acojan otros criterios, que son los que estudiaremos en el siguiente epígrafe. En efecto, como dice el auto de 28 de abril de 2006, estos intereses son muy dignos de protección, “pero su intensidad debe rebajarse al interés más extenso e intenso de todos los consumidores y usuarios, que debe prevalecer frente a ellos”. Ciertamente, en un sector como el de la energía los usuarios representan una parte muy sustancial de la población que se encuentra directamente concernida por el uso de dichos servicios. Por tanto, se trata de un interés, cuantitativamente considerado, de mayor calado que el del interés, por supuesto legítimo, de una parte, por muy importante o relevante que esta sea. También es un interés, además de extenso, más intenso porque afecta con mayor fuerza y relieve a las condiciones de vida de los consumidores y usuarios ya que se trata de la prestación de servicios de interés general muy relacionados con la calidad de vida de los ciudadanos.

Por otra parte, el Tribunal Supremo señaló en este auto que “no puede hablarse de que haya un interés público en que la OPA prospere, ni en que el Consejo de Ministros deba mejorar a través de su acuerdo la competencia existente, sino sólo mantenerla, no cabe olvidar que cualquiera que sea el número de los inversores en Bolsa a los que pueda afectar la operación, siempre será menor que el de los usuarios, ya que en los mercados de la electricidad y el gas están afectados todos los residentes en España, pues son servicios de primera necesidad hoy imprescindibles en cualquier hogar, comercio o industria, y que además inciden de modo directo en el presupuesto de dichos usuarios e indirectamente en la cesta de la compra, repercutiendo en el índice de precios al consumo”. Realmente, no es fácil encontrar resoluciones judiciales que expliquen mejor la dimensión jurídico-administrativa del interés público. En el caso de autos, nunca mejor dicho, se mantiene, como no podía ser menos, que el interés público ha de venir representado por el interés de los usuarios, que son la mayoría de los residentes en España, no sólo los nacionales. Además, todavía se da una vuelta de tuerca más al concepto de interés público puesto que se alude a un dato difícil de combatir como es el del presupuesto de los usuarios, a la cesta de la compra de la mayoría de los residentes en España. Efectivamente, frente a estas consideraciones, el interés que puedan tener los accionistas de tal o cual empresa cede, en extensión e intensidad, salvo que se entendiera que el interés de una parte fuera superior al del conjunto, algo que desde la consideración de lo que es, ha sido, y debe ser el Derecho Administrativo, me parece sencillamente inaceptable.

Por si hubiera quedado insuficientemente explicado el sentido en que el Tribunal Supremo entiende al interés público, señala que “el mantenimiento de un mercado competitivo, con las menores barreras de entrada posible, con el mayor número viable de operadores actuando, en el que la posición de dominio de alguno de ellos no sea

extrema, constituye el pilar imprescindible de una economía de mercado, en orden a la libre determinación de los precios, de tal forma que los usuarios resulten beneficiados por esa competencia con la obtención de mejores servicios a mejores precios”.

En efecto, la competencia no es fin en si misma, sino un medio para que los usuarios dispongan de libertad para elegir los servicios que mejor se adecuen a sus necesidades. La competencia en un sistema de libre mercado obliga a los prestadores de los servicios a estar permanentemente pensando en cómo ofrecer mejores servicios a mejores precios. Al final, el interés público que está ínsito en la competencia repercute esencialmente en la mejora de las condiciones de vida de los usuarios.

En el auto de 26 de junio de 2006, por el que se resuelve el recurso de súplica ante la suspensión otorgada por el Tribunal Supremo, los recurrentes vuelven a plantear la cuestión de si los derechos de los accionistas de Endesa son preferentes sobre los intereses de los usuarios, intereses, los de los accionistas que según se solicita, deben ser valorados con preferencia sobre otros, incluidos los de los consumidores, ya que éstos, según los recurrentes, tienen su protección en el régimen de tarifas establecidos en las leyes que regulan los mercados del gas y la electricidad. El Tribunal Supremo, en el auto de referencia, vuelve a señalar que “ya en el auto se explicaron las razones por las que se consideró prevalente el interés de los consumidores que, frente a lo que ahora se dice, no son ajenos los avatares anticompetitivos en los mercados energéticos, habida cuenta de que la formación de la tarifa, e incluso en la calidad y continuidad de los servicios, influyen decisivamente factores externos, cuya conformación responde a la situación de los respectivos mercados, especialmente los costes de los servicios, los déficits presupuestarios que en ellos se incluyen, y las variaciones de suministro a los productores, muy sensibilizados en las centrales de ciclo combinado”. Es decir, el interés de los usuarios en recibir buenos servicios a buenos precios está en un plano de mayor relevancia que las consideraciones sobre las técnicas de determinación de las tarifas, extremo ciertamente importante, pero que no puede ser considerado desde una óptica unilateral ya que el compuesto buenos servicios-buenos precios está directamente vinculado al interés público que detrás de la protección de la competencia en estos mercados de tanta trascendencia para la calidad de vida de los residentes en nuestro país.

e) El principio dispositivo en el proceso contencioso administrativo

Llegados a este punto, toda vez que los parámetros hermeneúticos que ofrece la ley de 1998 parecen insuficientes para el levantamiento de la medida cautelar, nos encontramos con que la sala tercera del Tribunal Supremo estima que el argumento del abogado del Estado ha atenderse. Argumento inteligente, desde luego, pero que desde la perspectiva del interés general que entiendo está presente y se proyecta con intensidad en los procesos contencioso administrativos, resulta sorprendente. Veamos sino los términos en los que el auto del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2007 se refiere a la cuestión. De entrada se admite por el supremo órgano judicial que el

razonamiento de la abogacía del Estado es novedoso, aunque objetivo, pues “la parte recurrente, que pidió y obtuvo la suspensión cautelar del acto impugnado, ha sido la que de forma sobrevenida ha instado su modificación o subsidiaria revocación”. Es decir, ¿qué debe acontecer en un proceso contencioso administrativo, sometido al Derecho Administrativo, si a quien beneficia la cautelar concedida a su solicitud decide en un momento determinado, seguramente en función de sus intereses, instar su alzamiento o levantamiento? Si estuviéramos en presencia de un proceso civil, la contestación no tendría especiales problemas, como no es difícil de colegir. Sin embargo, en el seno de un proceso contencioso administrativo, en un incidente en el que el interés general ocupa, ha ocupado, y seguirá ocupando un lugar central, las cosas no se pueden despachar de igual manera que si estuviéramos en un proceso mercantil, salvo que la nueva doctrina sea la de la privatización gradual del Derecho Administrativo hasta convertirlo en un simple instrumento para la realización de pretensiones privadas, por legítimas que éstas sean.

Ciertamente, cómo reconoce el abogado del Estado, según señala el auto de 15 de enero de 2007, las circunstancias alegadas por Endesa no son nuevas. A pesar de ello, de que no se da el presupuesto legitimador del alzamiento según el artículo 132 de la ley jurisdiccional vigente, entiende que “procede acceder a la revocación porque, cualesquiera que fueran las razones en su día sostenidas en su día por los recurrentes y cualquiera que fuera el fundamento de la decisión de la sala, ahora se trata de retirar una medida a petición de parte, siendo de recordar, dice el abogado del Estado, se adoptan siempre a iniciativa y en beneficio de parte (artículo 130 LJCA), sin que puedan adoptarse ni mantenerse de oficio, de manera que si quien pidió y obtuvo la medida pide ahora que se revoque, esta petición basta por sí misma para que se proceda con arreglo a lo solicitado”.

El razonamiento del abogado del Estado reclama algún comentario. Es verdad que la medida ha de solicitarse. Por supuesto, si no se solicita, no se puede conceder porque la jurisdicción contencioso administrativa es rogatoria. Ahora bien, que esto sea así, no quiere decir, ni mucho menos que, como se dice, el artículo 130.1 signifique que las cautelares se adoptan siempre a iniciativa y en beneficio de parte sin más. Se adoptan a iniciativa y beneficio de parte siempre que, tras una ponderación circunstanciada de los intereses en conflicto, el juzgador estima que, de no concederla, el recurso podría perder su finalidad legítima. Es decir, si la cautelar viene exigida por el interés general, es obvio que el juzgador la va a otorgar, y si el levantamiento, a su vez, se opone al interés general, es razonable que el Juez o Tribunal la deniegue. Por una razón de naturaleza constitucional, porque el artículo 106 atribuye a los Jueces y Tribunales la función del control de la actividad administrativas y de los fines que la justifican. El día en el que desaparezca del control judicial de la Administración la consideración del interés general, ese día es probable que el Derecho Administrativo haya desaparecido. Por tanto, entendiendo que siempre ha de buscarse un argumento para defender la posición que corresponda, la afirmación de que la medida cautelar en el orden contencioso administrativa se adopta en beneficio de parte sin más matizaciones o modulaciones es sencillamente inaceptable.

Pues bien, la sala, que va a terminar acogiendo esta tesis, se manifiesta partidaria de la naturaleza rogatoria de la jurisdicción contencioso administrativa como regla general con algunas excepciones que han de tener carácter restrictivo. El carácter rogatorio caracteriza, es verdad, la esencia de la jurisdicción contencioso administrativa. Es más, el acceso a la jurisdicción es a instancia de parte. Ahora bien, que la jurisdicción sea rogatoria no puede significar que se desconozca la propia naturaleza del Derecho que regula dicha jurisdicción, que es, al menos por ahora, el Derecho Administrativo, Derecho que tiene mucho que ver con el control de los actos y normas administrativas y los fines de interés público que los presiden. No podemos olvidar que estamos en un supuesto de paralización temporal de un acuerdo del consejo de ministros que ha sido suspendido precisamente porque en la operación hermeneútica de ponderación circunstanciada de los intereses en conflicto, se ha acreditado, como hemos señalado anteriormente, que el interés general aconseja dicha cautelar. Por eso, si se admite sin más que las cautelares quedan única y exclusivamente en manos de las partes, entonces se estaría proclamando que la voluntad de las partes es, más o menos, la dueña del proceso incidental, lo cual ciertamente repugna el sentido que tienen estas medidas en el orden contencioso administrativo, al menos hasta ahora. Es más, siguiendo la tesis del abogado del Estado, la sala dice en el auto de 15 de enero de 2007 que “las medidas cautelares sólo pueden ser adoptadas por el órgano judicial previo impulso de las partes y no de oficio (a diferencia de otros Ordenamientos, en que estas medidas provisionales de oficio por el Tribunal está expresamente prevista y autorizada) y respecto de las cuales el principio dispositivo presenta un vigor aún mayor que el desempeñado en el proceso principal”. He aquí, pues, el principal argumento que utiliza la sala el 15 de enero de 2007 para levantar la suspensión. Un argumento que no está previsto en la ley de 1998, que parece contradecir el carácter de permanencia de la medida cautelar adoptada hasta que termine el proceso contencioso y que se colige de un principio procesal que, en mi opinión, no puede ser traído sin modulaciones al proceso contencioso administrativo.

Una de las preguntas que al estudioso de las medidas cautelares le plantea este cambio de rumbo que ahora parece seguir el Tribunal Supremo es si constituye un argumento suficientemente sólido cómo para justificar la admisión de nuevos supuestos de levantamiento de la cautelar al margen de la ley.

Se trata de un razonamiento desproporcionado, desconectado de la jurisprudencia hasta ahora recaída en la materia y, sobre todo, insisto, al margen de los criterios que el legislador ha establecido para levantar las medidas cautelares en el orden contencioso administrativo. El voto particular formulado por el magistrado Óscar GONZALEZ abunda en esta idea cuándo señala que “el hecho de que la ley haya especificado de forma taxativa los supuestos excepcionales en que cabe la revocación o modificación de las medidas cautelares adoptadas, impide extender a otros supuestos esta posibilidad”. Porque, en efecto, el levantamiento es una excepción que sí ha de interpretarse restrictivamente. No al revés como parece colegir la sala al deducir del principio dispositivo el principio general de la disponibilidad de las cautelares en función del interés de la parte como si fuera posible, y legítimo, que pudiera instrumentalizarse el proceso incidental en función de las diferentes y

variadas pretensiones que por un proceso principal puede atravesar la voluntad de una determinada parte procesal. En virtud de este razonamiento, por mor de una peculiar interpretación jurídica, se cambia el sentido del artículo 132 de la ley que establece la excepcionalidad del levantamiento cuándo concurren nuevas circunstancias. Ahora, la suerte de las cautelares queda única y exclusivamente en manos de las partes, parece que sin afectación alguna, pues, al interés general. Es más, ¿qué pasaría si dentro de unos días Endesa solicitara de nuevo la adopción de la cautelar? De seguirse a pies juntillas esta doctrina se llegaría a una conclusión tan irracional como que habría que volver a acordarla porque esa es la voluntad de la parte. Por tanto, como señala el voto particular, “ni siquiera por vía de interpretación pueden los órganos judiciales ampliar los términos de las normas más allá de lo que resulte de sus palabras, cuándo éstas son claras, como en el caso presente, pues ello desbordaría los límites que la Constitución les impone en su artículo 117, de actuar sometidos al imperio de la ley”.

Por otra parte, si la medida cautelar, como quiere el legislador, alcanza su pleno sentido en evitación de que el recurso pierda su finalidad legítima, resulta que dejarla al albur de la pretensión de parte chocaría frontalmente con su propia funcionalidad pues podría operar al margen de este presupuesto esencial, lo que es abiertamente incongruente y contradictorio. Como dice el voto particular, “si la razón fundamental para su adopción no es otra, como indica el artículo 130, que la de preservar la finalidad legítima del recurso, de tal forma que la sentencia que en su día se dicte, si fuere estimatoria, pueda ejecutarse, lo lógico será que si el Tribunal sentenciador ha considerado en el auto que resuelve la pieza de medidas cautelares que existe un grave riesgo de que la ejecución del acto recurrido impedirá aquella finalidad, no parece razonable que antes de terminar el proceso se deje sin efecto la medida, con el peligro de que la sentencia que se dicte quede inejecutada”.

En realidad, entender implícito en el artículo 130 de la ley jurisdiccional el principio dispositivo como causa de levantamiento o modificación de la cautelar en su día otorgada constituye probablemente una interpretación que va más allá de lo razonable y de la aplicación de las reglas generales de la exégesis normativa. Así me parece que lo entiende el voto particular al auto de 15 de enero de 2007 que estamos comentando al decir que “si el legislador hubiera querido que a petición de la propia parte solicitante de la medida concedida podía dejarse sin efecto la misma, lo habría dicho expresamente, al igual que enumeró los otros supuestos en que estableció esta posibilidad. Es este un elemental principio hermeneútico recogido por la doctrina y jurisprudencia al establecer los criterios de interpretación de las normas: “*inclusius unus, exclusius alterius*”. Pero es que además esto se infiere, sin mayores dificultades, de los términos imperativos que usa el precepto —“estarán en vigor”, dice—, lo que implica que esta vigencia únicamente puede ser alterada en los escasos supuestos previstos no en otros”.

Si se admite, sin más, la plena disponibilidad de las medidas cautelares en función de los intereses de las partes, entonces es muy posible que comencemos una peligrosa senda en la que, además de facilitar la desnaturalización del sentido de las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo, éstas se conviertan en

mero instrumento de las partes para satisfacer sus eventuales pretensiones, lo que en un incidente, como el cautelar, en el que el interés general juega una baza muy relevante, es ciertamente inquietante desde la perspectiva del control judicial de los intereses públicos que fundan, o deben fundar la acción administrativa. Pretender que el alzamiento de una medida cautelar, por el hecho de que lo haya pedido una parte, y no se haya opuesto el abogado del Estado, no tenga consecuencias prácticas en orden a la posible quiebra del sentido propio de la suspensión de la OPA atenta a la naturaleza jurídica de la propia medida. Es más, atender a un supuesto de alzamiento de una medida cautelar, otorgada por razones de interés general, porque lo pida la parte a quien beneficia y el defensor de los intereses generales no se oponga, es un ejercicio jurídico que, insisto, abre el camino a la desvirtuación de la funcionalidad de las medidas cautelares.

Desde este punto de vista, desde a consideración del principio dispositivo, todavía podemos, de nuevo, formularnos una pregunta de difícil contestación. ¿Qué ocurriría si, más adelante, por razones parciales, la parte que obtuvo primero la suspensión y luego el alzamiento, solicita otra vez la cautelar y no se opone el abogado del Estado? Según la nueva doctrina, habría que concederla. Entonces, cómo lúcidamente argumenta el voto particular del magistrado Óscar GONZALEZ, “hay que pensar que se está utilizando el proceso con fines espúrios, pues el principal fundamento de su pretensión, que no es otro que el daño que a la competencia se ocasione con el acto autorizador recurrido, ya no le interesa o le resulta indiferente, con lo que la sentencia estimatoria que pretenda en su demanda, irá dirigida, mas que a una “restitutio in integrum”, a lograr fórmulas subsidiarias de cumplimiento, lo que evidentemente contradice la esencia del proceso”. Proceso, el incidental, que no se puede aislar de las reglas establecidas en el artículo 130, especialmente de la operación jurídica de ponderación circunstanciada de los intereses en conflicto, entre los que siempre tienen una decisiva trascendencia, como no podría ocurrir de otro modo en un proceso contencioso administrativo, los intereses generales.

Llegaos a este punto, la sala, en el auto de 15 de enero de 2007, tras referirse expresamente a la tutela judicial efectiva, dónde efectivamente ha de inscribirse la denominada tutela judicial cautelar, como corolario derivado del derecho fundamental reconocido en el artículo 24.1, tras analizar los artículos 130 y 132 de la ley jurisdiccional, entiende que el principio general de vigencia de la cautelar adoptada hasta la terminación del proceso contencioso administrativo, “no establece tanto una exclusión del principio dispositivo cuanto más bien una cláusula de protección del beneficiario de la medida cautelar adoptada frente a cualesquiera interesados en su revocación o modificación, cláusula que no desapodera por completo al promotor y beneficiario de la medida de las facultades de disposición sobre la misma, sino que le ampara ante cualquier intento no consentido de privación de la tutela cautelar otorgada”. El razonamiento, correcto desde una consideración procesal civil, tropieza con el no pequeño problema de que en el proceso incidental cautelar en el contencioso administrativo resulta que es menester ponderar los intereses en conflicto y si el interés general aconsejara la cautelar, no parece congruente que pudiera concederse el alzamiento mientras dicho interés general

se oriente hacia la paralización del acto administrativo impugnado. De lo contrario, hasta podría pensarse que la parte podría jugar a su arbitrio con los intereses generales, algo en sí mismo contradictorio con la propia esencia del sentido que la Constitución atribuye a la función judicial en relación con la actuación administrativa.

La sala reconoce, como no podía ser de otra manera, la regla general de inalterabilidad de la cautelar acordada hasta el fin del proceso contencioso. Ahora bien, a juicio de la sala, dicha regla deja detener sentido, “cuándo es el propio beneficiario de la tutela cautelar quien solicita su atenuación o revocación, más aún si las demás partes no se oponen a esa petición, pues estando orientada la medida provisional ya obtenida a la salvaguarda de su posición procesal, no puede negarse a esta parte la posibilidad de aligerar o desistir de esa protección, si considera que la posible eficacia del éxito de su pretensión procesal no sufre por ello”. El razonamiento, siendo entendible en el marco de un proceso en el que se ventilen cuestiones de orden civil, no es admisible, insistimos, en el seno de un proceso incidental cautelar contencioso administrativo porque, como fácilmente se comprenderá, el interés general nunca, nunca, puede quedar al arbitrio de las partes.

El fundamento, pues, de la concesión del alzamiento de la cautelar, reside, como señala el auto de 15 de enero de 2007 en que “partiendo de la base de que la adopción de las cautelares implica que la sala deberá resolver en consecuencia y acordar la terminación de la pieza separada, pues partiendo de la base de que la adopción de las cautelares tiene en la ley jurisdiccional carácter rogado (de manera que si no se solicitan no le cabe a la sala adoptarlas y el pleito sigue su tramitación sin ellas), y que su finalidad no es salvaguardar el orden jurídico abstracto, objetivo institucional de las cosas, al margen del proceso principal, sino la efectividad de la sentencia favorable a la concreta pretensión del solicitante y beneficiario de la medida, no tiene sentido mantenerla si la propia parte beneficiaria, en cuyo interés se adoptó y cuyo coste y riesgo de indemnizar los daños y perjuicios que de ella se deriven asume, entiende que la efectividad de la sentencia que en su día pueda efectuarse no sufre merma alguna por obra de ese alzamiento, más aún si la Administración, a quien constitucionalmente se le encomienda la defensa del interés general (artículo 103. 1) no se opone”.

El problema que se encuentra en tal razonamiento estriba en que la cautelar no se adopta, en su caso, en interés exclusivo de quien la solicita. Más bien, se acuerda siempre que el interés general aconseje su adopción. Si es así y si el interés general permanece perjudicado por la ejecución del acto, como en el caso que comentamos, no es razonable, no es congruente con los artículos 130 y 132 alzar la medida por la sencilla razón de que el principio dispositivo no tiene carácter absoluto. Quizás de manera más autorizada lo expresa el voto particular firmado por el magistrado Óscar GONZALEZ cuándo dice que “no puede sostenerse que el proceso está regido de forma absoluta por el principio dispositivo, sometido a la voluntad de las partes. Si bien esto pueda predicarse del proceso civil en el que late un interés particular, no ocurre lo mismo en el proceso contencioso administrativo en el que subyace un interés público decisivo. El distinto tratamiento que sus respectivas leyes reguladoras dan a cada uno, que como antes se dijo, es exhaustivo en la ley jurisdiccional, impide sin más un trasvase de preceptos de una a otra. Basta hacer un recorrido por alguna de sus disposiciones para

darse cuenta que ese interés público lo tiene presente el legislador, y lo aplica cuándo se trata de excepcionar el principio dispositivo. En efecto, así lo vemos en la figura del desistimiento, permitiendo el artículo 74.4 rechazarlo razonablemente cuándo apreciarse daño para el interés público. Más adelante, el artículo 75.2 al regular el allanamiento impone al órgano judicial dictar la sentencia que estime ajustada a Derecho, que podrá por tantos ser contraria a la pretensión del actor. En el mismo sentido se expresan los artículos 76.2 y 77.3 para la satisfacción extraprocesal y la transacción”.

Si, por tanto, en la propia ley jurisdiccional se modula razonablemente el imperio del principio dispositivo por mor de las exigencias del interés público, como es lógico, no se acierta a comprender por qué cuándo del alzamiento de la cautelar se trata, máxime cuándo se ha adoptado por razones de interés general, resulta que se ha de permitir que dicha medida cautelar quede a la suerte de la pretensión de las partes. Es decir, el principio dispositivo no se puede aplicar con carácter absoluto en el orden contencioso administrativo, tal y cómo se deduce con bastante facilidad de los artículos 74.4, 76.2 y 77.3.

Pero es que, además, como remacha el voto particular incluso en el proceso civil tiene importantes excepciones “como ocurre en los procedimientos relativos al derecho de familia y estado civil de las personas.”.

En fin, si resulta que la sala admite que la OPA de Eon no es subsumible en las nuevas circunstancias a que se refiere el artículo 132 de la ley jurisdiccional para proceder al alzamiento de la cautelar adoptada el 28 de abril, lo razonable y congruente con el régimen jurídico diseñado para las cautelares en la ley de 1998, hubiera sido el mantenimiento de la suspensión, sobre todo si subsisten los graves daños que para la competencia representaba la absorción de Endesa por Gas Natural, con la desaparición que ello comportaba, como dice el voto particular del magistrado Óscar GONZALEZ, de uno de los competidores más activos del mercado del gas, y el reforzamiento de Gas Natural en el mercado de la electricidad aumentando su poder significativo en el mismo.

La aplicación del principio dispositivo en esta materia supone una infracción, sigue diciendo el voto particular, “el sistema de *numerus clausus* que el artículo 132 tiene establecido. Es más, los intereses públicos deben tenerse presentes como corrección a ese principio, y así, el en mencionado auto de 28 de abril la sala puso de manifiesto la preferente protección que debía darse a los intereses de los consumidores, frente a los accionistas, intereses que se verían irremediablemente afectados con el levantamiento de la medida”. Este es, para mí, el argumento medular a partir del cuál debe operarse en materia de cautelares contencioso administrativas.

Finalmente, debe valorarse también que una vez concedida la cautelar por exigencias de la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución, para que el recurso no pierda su finalidad legítima, dicha cautelar no puede ser renunciada en perjuicio de terceros ni del interés público por imperativo del artículo 6.2 del Código Civil. Si, cómo se admitió por la sala el 28 de abril, se concede la suspensión por razones de interés público, “renunciar ahora a esa medida sin que se de el supuesto excepcional previsto en el artículo 132 de la ley jurisdiccional es indudable que supone una renuncia en perjuicio de aquel interés público que, atendiendo al criterio mantenido en el auto de 28 de abril de 2006, la sala entonces entendió ser tutelado”.

VIII.

EL MODELO CONSTITUCIONAL DE DESCENTRALIZACIÓN POLÍTICA Y TERRITORIAL

1. FUNCIONALIDAD DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

En la historia de un país hay hitos históricos que contribuyen a conformar los rasgos de la ciudadanía política de sus habitantes. Olvidarlos, desvirtuar su sentido, o convertirlos en un tópico inerte, afecta de manera inmediata a nuestra propia identidad de ciudadanos. Por eso no es ocioso, sino un saludable ejercicio político, que recordemos la centralidad que entre nosotros ocupa el 6 de diciembre de 1978. Ese día, se abrió para España, para todos los españoles, un esperanzador panorama de libertad, de justicia, de igualdad y de pluralismo político. Recordar esta fecha es reconsiderar el valor de estos preciados bienes, rememorar el esfuerzo de su consecución y reafirmar nuestro compromiso de preservarlos y enriquecerlos permanentemente.

La Constitución es producto del constituyente, y no podemos por menos de ponderar la prudencia y el sentido de Estado del que en 1978 redactó nuestra norma suprema, por encima de discrepancias ideológicas y de divergencias políticas. La Constitución surge, sobre todo, de la propia sociedad para organizar los poderes del Estado. Es la propia sociedad quien tiene un sentido de la organización de la vida de la comunidad, y una valoración de los bienes que deben ser protegidos y de las prioridades que deben ser asumidas. El acierto del constituyente consiste en percibir esas valoraciones y en sistematizar su contenido. El éxito de nuestro proceso constitucional fue en realidad un cúmulo de aciertos en el que todos participaron.

Como ya se indicaba en el artículo 16 de la declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789, “toda sociedad en la que no esté asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de los poderes carece de Constitución”. De algún modo están aquí implícitos los que considero los dos fines fundamentales de la Constitución, la libertad de los ciudadanos —expresada en este caso en la garantía de sus derechos— y la participación, expresada aquí —limitadamente— como participación en el poder político.

Precisamente, las bases del concepto liberal y moderno de Constitución se fundamentan en el reconocimiento y garantía de la libertad del ciudadano frente al poder público a través de una serie de principios y técnicas, destacando el respeto a los derechos fundamentales y la consagración de la división de poderes. Reconocimiento de los derechos individuales, separación de poderes y principio de legalidad son el trípode sobre el que descansa el concepto liberal de Constitución.

El espíritu de consenso se puso particularmente de manifiesto en la elaboración de nuestro Acuerdo Constitucional. Muchos de los españoles podemos recordar con admiración la capacidad política, la altura de miras y la generosidad que presidió todo el proceso de elaboración de nuestra constitución de 1978. Una vez más se cumplió la máxima de DAHLMANN: “En todas las empresas humanas, si existe un acuerdo respecto a su fin, la posibilidad de realizarlas es cosa secundaria...”. Hoy, gracias al tesón y al esfuerzo de aquellos españoles que hicieron posible la Constitución que celebramos en su veinticinco aniversario, la consolidación de las libertades y el compromiso con los derechos humanos son un inequívoca realidad entre nosotros.

Porque ¿cuál es la herencia entregada en aquel momento constituyente, cual es el legado constitucional? Un amplio espacio de acuerdo, de consenso, de superación de posiciones encontradas, de búsqueda de soluciones, de tolerancia, de apertura a la realidad, de capacidad real para el diálogo que, hoy como ayer, siguen y deben seguir fundamentando nuestra convivencia democrática. En otras palabras, el triunfo de las coordenadas del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario al servicio del libre desarrollo de las personas en un contexto socio-económico justo y digno.

Este espíritu al que me refiero —de pacto, de acuerdo, de diálogo, de búsqueda de soluciones a los problemas reales— aparece cuando de verdad se piensa en los problemas de la gente, cuando detrás de las decisiones que hayan de adoptarse aparecen las necesidades, los anhelos y las aspiraciones legítimas de los ciudadanos. Por eso, cuando las personas son la referencia para la solución de los problemas, entonces se dan las condiciones que hicieron posible la Constitución de 1978: la mentalidad dialogante, la atención al contexto, el pensamiento compatible y reflexivo, la búsqueda continua de puntos de confluencia y la capacidad de conciliar y de escuchar a los demás. Y, lo que es más importante, la generosidad para superar las posiciones divergentes y la disposición para comenzar a trabajar juntos por la justicia, la libertad y la seguridad desde un marco de respeto a todas las ideas. Cuando se trabaja teniendo presente la magnitud de la empresa y desde la tolerancia cobra especial relieve el proverbio portugués que reza “el valor crea vencedores, la concordia crea invencibles”. Es anecdótico lo que voy a escribir, pero la misma razón puede encontrarse en aquella cantinela —“el pueblo unido jamás será vencido”— tan repetida en el período constitucional. Podremos disentir en no pocas de las cuestiones que nos afectan a diario. Pero habremos de permanecer unidos en la absoluta prioridad de los valores que nuestra Constitución proclama.

A estos valores quisiera referirme ahora, porque creo que esa es la sustancia constitucional que nos interesa. Donde reside el espíritu constitucional, el centro de donde procede el dinamismo y las virtualidades de la Constitución, es en ese conjunto de valores o de vectores, recogidos tanto en el preámbulo como en el articulado, que dan sentido a todo el texto constitucional y que deben impregnar el régimen jurídico y el orden social colectivo. Es decir, se trata de las directrices que deben guiar nuestra vida política, no sólo la de los partidos, la de todos los españoles, nuestra vida cívica.

En el preámbulo constitucional se señalan, en primer lugar, la justicia, la libertad y la seguridad como los tres valores constitucionales más importantes. En la idea de justicia late la convicción de que hay algo debido al hombre, a cada hombre. Por encima de consideraciones sociológicas o históricas, más allá de valoraciones económicas o de utilidad, el hombre, el ciudadano, cada vecino, se yergue ante el Estado, ante cualquier poder, con un carácter que me atrevo a calificar de absoluto: esta mujer, este hombre, son lo inviolable; el poder, la ley, el Estado democrático, se derrumbarían si la dignidad de la persona no fuere respetada. En la preeminencia de la libertad se está expresando la dignidad del hombre, constructor de su propia existencia personal solidaria —escribo solidaria porque creo que no es posible

concebir la existencia personal de otra manera—. Y finalmente, la seguridad, como condición para un orden de justicia y para el desarrollo de la libertad, y que cuando se encuentra en equilibrio dinámico con ellas, produce el fruto apetecido de la paz.

El segundo de los principios señalados en el preámbulo constitucional, siguiendo una vieja tradición del primer constitucionalismo del siglo diecinueve —una tradición cargada de profundo significado—, es el principio de legalidad. La ley es la expresión de la voluntad popular. La soberanía nacional se manifiesta a través de la ley. El principio de legalidad no significa otra cosa que respeto a la ley, respeto al proceso de su emanación democrática, y sometimiento a la ley, respeto a su mandato, que es el del pueblo.

En virtud del principio de legalidad el Estado de Derecho sustituye definitivamente a un modo arbitrario de entender el poder. El ejercicio de los poderes públicos debe realizarse en el marco de las leyes y del Derecho. Todos, ciudadanos y poderes públicos, están sujetos —así lo explicita el artículo 9 de la Carta Magna— a la Constitución y al resto del Ordenamiento jurídico. Por eso, el imperio de la Ley supone la lealtad constitucional e institucional, concepto central del Estado de Derecho que hoy también debemos recordar.

No podía ser de otra manera: la justicia, la libertad y la paz son los principios supremos que deben impregnar y orientar nuestro ordenamiento jurídico y político. Respetar la ley, la ley democrática, emanada del pueblo y establecida para hacer realidad aquellos grandes principios, es respetar la dignidad de las personas, los derechos inviolables que les son inherentes, el libre desarrollo de sus existencias personales, y en sociedad..

El Estado de Derecho, el principio de legalidad, el imperio de la ley como expresión de la voluntad general, deben, pues, enmarcarse en el contexto de otros principios superiores que le dan sentido, que le proporcionan su adecuado alcance constitucional. No hacerlo así supondría caer en una interpretación mecánica y ordenancista del sistema jurídico y político, privando a la ley de su capacidad promotora de la dignidad del ciudadano. Y una ley que en su aplicación no respetara ni promoviera efectivamente la condición humana —en todas sus dimensiones— de cada ciudadano, sería una norma desprovista de su principal valor.

En el tercer inciso del preámbulo de la Constitución se plantea la cuestión de los derechos humanos y el reconocimiento de la identidad política y cultural de los pueblos de España, al señalar la necesidad de “proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos, sus culturas, tradiciones, lenguas e instituciones”.

Este principio general expresado en el preámbulo se ve traducido, en el artículo 2 de Constitución, en el reconocimiento de la identidad política de los pueblos de España, al garantizar el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que integran la nación española, así como la solidaridad entre todas ellas, lo que se ha concretado, tras veinticinco años de desarrollo constitucional, en un modelo de Estado que goza de una razonable consolidación y estabilidad, como lo prueba la cantidad y calidad de las competencias asumidas por las Comunidades Autónomas. Y desde luego

que, para muchos de nosotros, este respaldo jurídico-político a la realidad plural de España es uno de los principales aciertos de nuestra Constitución y un motor para nuestro progreso cultural y político.

El juego y la relación existentes entre el principio de unidad y el de autonomía, reconocidos constitucionalmente, producen a veces tensiones que deben superarse precisamente a partir del equilibrio que preconozca precisamente la esencia del modelo autonómico. Ante estas tensiones es necesario el sentido común y el acuerdo como metodología para el desarrollo constitucional. Particularmente en este punto —en lo referente al Título VIII—, porque nos encontramos ante una cuestión que afecta esencialmente a la misma concepción del Estado. No se trata de elaborar un nuevo consenso, sino de establecer nuevos consensos sobre la base del consenso constitucional. Y la Constitución ha querido que el derecho al autogobierno se reconozca a la vez que el principio de unidad y la solidaridad entre todas las autonomías. Es cierto que las Comunidades Autónomas, en cuanto que identidades colectivas con una personalidad propia manifiestan sus legítimas particularidades y singularidades. Los usos políticos han denominado a estas particularidades “hechos diferenciales”, denominación adecuada precisamente en la medida en que existen elementos comunes.

Pues bien, la existencia de esas diferencias o singularidades —como se quieran llamar— promueven un enriquecimiento constante y dinámico —que diría Salvador de MADARIAGA— de ese conjunto que se llama España, vertebrado como un Estado autonómico, y en el que la potenciación y desarrollo de las distintas partes, mejora el conjunto, tal y como señalara acertadamente ORTEGA Y GASSET.

En este marco, España constituye un magnífico espacio de solidaridad y convivencia siempre desde la plena aceptación de las diferentes identidades que la integran, en un ejercicio activo de compromiso en el respeto a las diferencias. Por eso, la cooperación al bien de todos y común, parece el mejor bien posible para cada uno. Cooperación que, como he reconocido el propio Tribunal Constitucional, se halla en la esencia del modelo autonómico.

La cooperación implica, necesita la diversidad, la pluralidad, la aportación diversa de los que cooperan y tienen un objetivo común. Además, no se trata de una solidaridad mercantilista, sino de una solidaridad en la que cada identidad se esfuerza para la mejora propia, la de los demás y la del conjunto, en la medida y la forma en que esto sea posible. Por eso hablamos de autonomía y de integración, en un equilibrio que conviene encontrar entre todos, para cada momento. En este sentido, la Constitución se nos presenta como un instrumento jurídico y político adecuado para la consecución de tan fecundo equilibrio, que tenemos que saber alcanzar y desarrollar inteligente y respetuosamente los unos con los otros.

Hay que observar, sin embargo, que parte de estos conflictos de entendimiento derivan de ciertas deficiencias —ampliamente reconocidas— de nuestro desarrollo constitucional. En concreto me estoy refiriendo a la necesidad de la reconversión del Senado en una auténtica Cámara de representación territorial, a tenor de lo dispuesto en el artículo 69 de la Carta Magna. Un Senado auténticamente territorial, como Cámara, por ejemplo, de primera lectura para todos los asuntos con trascendencia

territorial traería consigo, por su propia lógica, un ambiente de mayor responsabilidad desde las perspectivas particulares en los asuntos generales, y consecuentemente un ambiente de mayor solidaridad y equidad. Por fin tendríamos una Cámara en la que estarían representados proporcionalmente los Entes territoriales, una Cámara que haría posible la institucionalización de una nueva perspectiva autonómica: la multilateralidad, una nueva dimensión que, de seguro, simplificaría enormemente los problemas y aseguraría mayores cotas de solidaridad y equidad en el sistema, y sobre todo de transparencia, al hacer más patente el reflejo institucional de la realidad plural de España. Si de momento no pudiéramos resolverlo, por no encontrar el nivel de acuerdo necesario, habríamos de intentar, por ejemplo, la modificación del Reglamento de la Cámara. Nos lo exige el ejercicio de la convivencia constitucional y el más elemental sentido de la prudencia.

Precisamente en este marco de equilibrio que es necesario redefinir, se encuadra otro elemento del diseño territorial que requiere de la posición y la dimensión que la Constitución le asigna. Me refiero, claro está, a los Entes locales, que deben disponer efectivamente de la autonomía que constitucionalmente les está garantizada. La libertad y la justicia no se producen en las grandes declaraciones ni en las estructuras jurídicas generales, sino que se dan en los entornos personales de la existencia, o no se dan. Por eso, adecuar la posición institucional y competencial de los Entes locales a las exigencias constitucionales es, a mi juicio, una tarea ya iniciada en la que hay que seguir caminando con paso firme, si tenemos presentes los principios de proximidad y cercanía a la gente que deben guiar las actuaciones de la Administración. Y es urgente también, si queremos dotar a nuestro sistema político y cívico del equilibrio necesario en la distribución territorial del poder.

El vuelco que ha dado España en lo que se refiere a su articulación territorial es verdaderamente impresionante. Los que recuerden los tiempos pasados, serán quienes mejor puedan testimoniar el alcance, la profundidad de esta transformación.

Y esta experiencia, que arranca del mismo acto constituyente, ya que afecta a la misma identidad y concepción de lo que es España, es un acierto que viene avalado por la multitud de beneficios derivados de tal planteamiento. Sobre todo dos, que a mi juicio se perfilan como los fines que sintetizan los objetivos de la descentralización: la libertad y la participación. El Estado autonómico, en efecto, ha facilitado y propiciado un más alto grado de participación política, habida cuenta del mayor acercamiento y proximidad de la cosa pública al ciudadano. Y mayores cotas de libertad también congruentemente con lo anterior, porque ha supuesto un refrendo político para la realidad plural española.

Esto es lo que verdaderamente interesa del proceso autonómico, lo que significa como plataforma para despertar las capacidades creativas de todos los españoles, desde su propio genio, desde su propia condición e identidad libremente asumida. Estoy convencido de que las potencialidades ocultas en esas capacidades aún no plenamente operativas —si sirve la dicción— son de un alcance difícilmente imaginable. Y no lo digo por una ensoñación complaciente, sino por la convicción que se deriva del hecho de estar en los umbrales de una nueva civilización que sólo se podrá construir sobre

los supuestos económicos, informativos, relacionales, de la globalización, y sobre los culturales de la autoidentificación.

Tratar de identidad, de cultura, de autoidentificación, no es referirse a una suerte de superestructura, de adorno superfluo o de elemento extraño que no afecta a la vida productiva. Tratar de autoidentificación, de identidad es referirse a factores que son claves para el desarrollo de un mundo cada vez más globalizado y más dominado por estructuras que podríamos denominar integradoras. Problemas tan importantes para el mundo del futuro inmediato como la integración social —o su contrapuesto negativo, la marginación—, o la solidaridad, que no es sino un enunciado más comprensivo que el anterior, sólo podrán resolverse adecuadamente desde el respeto a la diferencia como un valor fundante de la nueva civilización, y desde la aportación diferenciada que la propia identidad permite al conjunto en que nos integramos.

En nuestro proceso constituyente se trata de subrayar la idea de una España integrada por personas vinculadas entre sí por una historia común y por un alto grado de solidaridad recíproca, a pesar de que tengan lenguas, culturas y tradiciones distintas, que todos ellos intentan preservar.

La política democrática tiene así la responsabilidad de dar con la fórmula armonizadora de esas realidades complejas, ofreciendo mecanismos de integración política válidos basados en la práctica de formas significativas de reparto vertical del poder y en la aceptación en profundidad de una cultura política liberal-democrática. Nuestra Constitución es consciente de la continuidad histórica de una nación española que se abre a la convivencia con nacionalidades de preferente signo cultural.

Me refiero a una concepción que pone por encima de todo las libertades, afirmando la realidad española en la convicción de que ambas conducen a fortalecer nuestra condición social, cultural y política. La primacía del individuo hace que cualquier concepto de nacionalidad o nación sea siempre una riqueza para quien quiera tomarla y nunca una palanca de escisión o de exclusión.

La descentralización política puede interpretarse como una forma de respuesta equilibrada a determinadas tensiones que hacían insostenible el mantenimiento del viejo estado unitario y centralista. El Estado autonómico intenta así responder a determinadas demandas de autogobierno, junto con la construcción de nuevas bases de participación democrática y de pluralismo cultural.

Una de las notas fundamentales que puede destacarse del Estado autonómico es su carácter dinámico, dinamismo que no sólo ha de entenderse referido a la transformación de nuestro Estado centralista decimonónico en un Estado que se encuentra entre los más descentralizados de Europa, sino también al esfuerzo continuado de mantenimiento de un equilibrio basado en un espíritu de transacción y acomodo y que necesita de un esfuerzo continuado de mantenimiento y una voluntad de colaboración y actuación en común. Dinamismo, equilibrio y entendimiento, son tres características que en 1978 alumbraron ese gran monumento a la generosidad y a la tolerancia que fue la Constitución y que hoy deben ayudar a superar las tensiones lógicas que se producen entre unidad y autonomía.

El Estado autonómico se basa en la aceptación de una estructura política común, esto es, un Estado compartido, y en la permanencia de una misma base sociológica,

la existencia de la nación española, como elemento de legitimación de la forma estatal común. Caben pocas dudas acerca del carácter de la nación española como comunidad específica socialmente determinada, que sirve como sustento a la forma política del Estado autonómico basado en una idea de España, no rígida, dogmática o excluyente, sino antes bien, flexible e integradora en razón de su carácter plural.

Es esta nación española la que aparece como titular de la soberanía, cuya atribución se realiza de un modo exclusivo, originario e indivisible; configurándose como una nación compleja integrada, por virtud del artículo 2 de la Constitución española, por nacionalidades y regiones reconociendo la existencia en su seno, pero formando parte de ella, de pueblos diferenciados, por lo que el preámbulo del texto constitucional puede hablar justamente de “pueblos de España”.

Se trataba por lo tanto, en el ánimo constituyente, de afirmar la realidad inequívoca de lo que se ha dado en llamar los hechos diferenciales, particularmente los de aquellas comunidades que se llamaron nacionalidades históricas, a las que se dio tal consideración por tener completado su proceso estatutario en el régimen republicano.

El ánimo constitucional era tan claro a este respecto que no se dudó en utilizar la expresión ‘nacionalidad’ para referirse a las realidades culturalmente diferenciadas que se integraban en España. Significaba esto, a mi entender, que se estaba no sólo en la disposición favorable a acoger todas las reivindicaciones de carácter cultural, histórico y político que desde los diversos territorios autónomos que se fuesen articulando pudieran hacerse, sino que se atendía el proceso positivamente. Es decir, el constituyente afrontaba el proceso autonómico con una actitud constructiva y activa a favor de lo que se consideraba constitucionalmente el derecho legítimo de cada pueblo de los que integran España a entender en la organización y gobierno de los asuntos propios. Y ese proceso había de realizarse, para cada Comunidad, en un grado y ámbito que la misma Constitución y el desarrollo legislativo posterior —en un proceso descentralizador sin parangón— se encargarían de definir.

Pero el límite general que se ponía a semejante proceso, que se engloba dentro del proceso general constituyente —en cuanto se estaba constituyendo una nueva organización territorial del Estado que la misma experiencia histórica se iba a encargar de perfilar, ya que la redacción del título VIII era manifiestamente abierta—, el límite general de ese proceso, digo, venía señalado por el concepto de solidaridad, de notable ambigüedad jurídica, y sobre todo por el claro y preciso concepto de soberanía. Hasta el punto —y es esta una explicación plausible— que al referirse a los territorios culturalmente diferenciados, en su afán de destacar su profunda singularidad, el constituyente habló de “nacionalidad”, pero reservó el título de nación para el conjunto de España. Se trataba de reservar a España —en su totalidad— el título de nación, justamente para no dejar lugar a duda alguna respecto al principio de soberanía, se trataba de salvaguardar el principio jurídico que se mencionó: es la nación el sujeto soberano.

La atribución de la soberanía al pueblo español indica que, en la mente del constituyente, España aparece como una verdadera nación o comunidad intrínsecamente diferenciada. Podría aducirse a este respecto que nos estamos encontrando aquí ante un argumento viciado, en el sentido de que se está entendiendo que la nación lo es por su constitución política —“demos” sujeto a la ley que él mismo se da— y afirmando

al mismo tiempo que si se da a sí mismo la ley constituyente, lo hace porque es una nación. Desde luego la cuestión no es vana y conviene aclarar la confusión en lo posible, o cuando menos sus términos. En efecto, la proclamación y promulgación de la Ley Fundamental es constituyente porque “constituye” la comunidad política, y en ese sentido España es una nación porque así se define a sí misma. Pero tal definición no se produce de modo arbitrario, caprichoso, aleatorio o casual.

¿Qué razón se puede entonces aducir para justificar el proceso constitucional, su planteamiento, desarrollo y desenlace, cuando se ha llevado a cabo desde el presupuesto de la existencia de España? Veámoslo. El reconocimiento de la pluralidad cultural y lingüística de España, nos impiden acudir a una unidad de esa clase para fundamentar el hecho constitucional. Así mismo se descarta de todo punto el recurso a un mismo origen étnico. Y por otra parte, la pretensión de fundamentarse en un principio territorial se ve gravemente dificultada por no ser España la única entidad política asentada sobre el territorio peninsular.

2. EL MODELO CONSTITUCIONAL: UN ACIERTO

Al abordar la cuestión de la articulación territorial de España, desde la moderación y el equilibrio, desde los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, es preciso poner en ejercicio las cualidades que definen esta forma de aproximarse al modelo territorial diseñado en la Constitución de 1978.

En primer lugar, el sentido realista, que exige un esfuerzo de acercamiento a la realidad y de apreciarla en su complejidad. No es que tal aproximación resulte fácil, o que lo encontrado en ella sea indiscutible, pero sin entrar en la discusión de fondo sobre las posibilidades del conocimiento humano, se puede decir que es necesario ese esfuerzo de objetividad, que no puede ser afrontado sin una mentalidad abierta. La mentalidad abierta, la ausencia de dogmatismos, es necesaria no sólo para comprender la realidad, sino para comprender también que puede ser entendida por diversos sujetos de formas diversas, y que esas diversas versiones forman también parte de la realidad. La complejidad de lo real y su dinamismo deben ser abordados con una actitud adecuada, que en ningún caso pretenda negarla, y que integre igualmente su complejidad, viendo como compatibles todos sus componentes, y su dinamismo.

La realidad plural de España es aceptada por todos prácticamente. Ni desde los esquemas más ultramontanos del unitarismo español deja de reconocerse, con fórmulas más o menos pintorescas, la realidad diversa de los pueblos de España. Pero desde ese planteamiento, tal variedad se aprecia como un adorno, o un accidente, de la unidad esencial española, como una entidad superficial, casi folklórica, podríamos decir, que no haría en todo caso más que resaltar el esplendor de lo que tenemos en común, que sería lo verdaderamente importante. Cuántas veces, en cuántas ocasiones, hemos escuchado retóricas exaltaciones de las literaturas o de las lenguas llamadas regionales, pongamos por caso, como apéndices o curiosas peculiaridades de una realidad cultural española —de fundamento castellano— supuestamente sustantiva

y a la que aquellas otras se considera subordinadas. Y además, ante esas identidades culturales que se ven como secundarias o subordinadas, se manifiestan a continuación suspicacias contumaces cuando de ellas se quiere hacer un uso normal en todos los ámbitos de la vida y la actividad pública.

Por eso el acuerdo y mandato constitucional relativo a la defensa de la identidad cultural y política de los pueblos de España, o, por decirlo de un modo más amplio, la estructuración autonómica de España, me parece uno de los aciertos más importantes de nuestros constituyentes. Y también, por eso, porque responde a una realidad, y además una realidad que juzgo positiva, por cuanto realmente —no retóricamente— nos enriquece a todos, es por lo que desde los presupuestos de moderación y equilibrio, no es posible una actitud que no sea de apoyo y potenciación para esas culturas, lejos de los que sienten nostalgia de un integrismo uniformante o de los que propugnan particularismos que consideramos excesivos. Así, por ejemplo, por muy conflictiva o problemática que pueda parecer a muchos la pluralidad cultural de España, en absoluto se puede mirar con nostalgia o como un proyecto de futuro una España culturalmente uniforme, monolingüe, por ejemplo, ya que esta aproximación sería una pérdida irreparable. Expresado positivamente, hay que afirmar que unas lenguas vasca, catalana, gallega o valenciana, pujantes, vigorosas y conformadoras del sentir de cada una de las Comunidades que la hablan en el marco de un proyecto común abierto y de conjunto, constituye un proyecto a potenciar permanentemente.

Justamente ahora, cuando parece que se ven cumplidos los techos competenciales, el nacionalismo radical da un paso más en la escalada de sus reivindicaciones y plantea en su dimensión constitutiva lo que llaman “la cuestión nacional”, que se concreta en la reivindicación del derecho de autodeterminación y la soberanía. Y es también ahora, cuando se empiezan a oír las voces que recuerdan, reivindican o reclaman la condición de España como nación. No es casualidad. En cierto modo es lógico que así sea, como reacción natural ante lo que se toma como un exceso de los nacionalismos. La Constitución en esto no ofrece lugar a dudas, es cierto, pero precisamente los nacionalistas propugnan su reforma. En parte, a través de las reformas estatutarias aprobadas están consiguiendo sus objetivos.

Bien; la cuestión nacional encierra un debate sumamente complejo y, a veces, extremadamente sutil. Viendo las cosas como son, o sea, como están hoy por hoy, no caben desde luego dudas, por razones históricas, jurídicas, sociológicas, etc., de que el sujeto soberano es el conjunto del pueblo español. Otra cosa es que haya un proyecto nacionalista para que esto no sea así, pero, hoy por hoy, no deja de ser un proyecto.

Desde el actual modelo autonómico se debe afirmar la condición plural de la realidad española, incluso y sobre todo desde la identidad gallega, vasca, catalana, andaluza, o cualquier otra de las que integran España. Constitucionalmente es incontestable, pero es necesario hacer de la propuesta jurídica algo vivo y real. Es necesario reiterar que la afirmación de la identidad particular de las Comunidades de España, en absoluto tiene que suponer la negación de la realidad integradora de España, como los nacionalistas —unos con violencia, otros intelectualmente, no con acierto a mi juicio— constantemente afirman. Y también parece menester repetir,

por lo tanto, que la afirmación de España no puede ser ocasión para menoscabo alguno de la identidad particular.

La obligación de las instancias públicas de preservar y promover la cultura de las nacionalidades y regiones no es una concesión graciosa del Estado, sino un reconocimiento constitucional, es decir, constitutivo de nuestro régimen democrático. Por tanto los poderes públicos no deben ser indiferentes ante los hechos culturales diferenciales. Pero igualmente la interpretación de esa obligación debe hacerse tomando en consideración un bien superior que a mi entender fundamenta la construcción constitucional de una España plural, que no es otro que el de la libertad. Sólo en una España de libertades cabe una España plural. Pero las libertades son ante todo libertades individuales, de cada uno. Cualquier otra libertad será una libertad formal, o abstracta. Por eso la promoción de la cultura particular no podemos interpretarla sino como la creación de condiciones favorables para que los ciudadanos, libremente, la desarrollen, nunca como una imposición, ni como un proceso de incapacitación para el uso libre de los medios que cada uno considere oportunos para su expresión.

La solidaridad es otro principio central en la interpretación de la realidad plural de España. Pienso que nadie está legitimado en España para hablar de deuda histórica, porque todos somos deudores de todos, de ahí la pertinencia de España como proyecto histórico de convivencia, que a todos enriquece. Pero hoy, la solidaridad real exige justamente de los más ricos el allegamiento de recursos para atender a las personas y territorios más deficientes en medios, servicios y posibilidades. Sin embargo este planteamiento no puede hacerse con la pretensión de establecer un régimen permanente de economías subsidiadas. La solidaridad es también una exigencia para el que podríamos considerar beneficiado de ella, pues en su virtud le es exigible un esfuerzo mayor para superar su situación de atraso, asumiendo, desde luego, las limitaciones de sus posibilidades reales.

Esta concepción de la realidad española no es nueva, podrá decirse. Efectivamente, nadie podría pretenderlo. Pero se trata de que la sociedad haga una asunción real de su significado. Desde los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, lo que se mira es al individuo, en todas las dimensiones de su realidad personal, se afirma el papel de centralidad de la gente, de los individuos reales. Desde ese presupuesto se impulsa y promociona la identidad de cada uno, sin imposiciones ni exclusivismos. Es verdad que buena parte de la desestructuración cultural que hoy parecen sufrir las sociedades que presentan rasgos culturales más diferenciados se debe a la presión uniformadora del Estado centralista, que en demasiadas ocasiones se ha ejercido incluso con violencia. Pero no es menos cierto que esas mismas Entidades han sufrido el acoso general que en todas las partes del mundo sufren las culturas minoritarias, o incluso las culturas mayoritarias en determinados ámbitos. Pensemos, por ejemplo, las “agresiones” que sufren ciertos aspectos de la cultura hispánica por parte de la anglosajona. Pero no es menos cierto que por otra parte, en el mismo seno de esas sociedades con una cultura diferenciada, algunos no han hecho otra cosa que aprovechar las mejores oportunidades que se ofrecían con la integración en ámbitos de intercambio más extensos y protegidos.

Además, el compromiso con los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, exige también una actitud de moderación y de equilibrio. Se trata de evitar las disyuntivas absolutas y traumáticas que pretenden, sean de un signo o de otro, hacer depender la propia identidad personal y colectiva de una opción política extrema, en este caso la que afecta ni más ni menos que a la soberanía. En los inicios del siglo XXI, en una España plural, solidaria y de libertades, en una perspectiva histórica que parece anunciar situaciones inéditas hasta ahora en el discurrir de la humanidad sobre el planeta, afirmo que no es de la soberanía de lo que depende la pervivencia cultural y política de ningún grupo, ni de ninguna colectividad, y que el camino de futuro, en una sociedad globalizada, abierta, multicultural, sólo podrá recorrerse haciendo reales los procesos de integración que se basen en el respeto a la identidad y a la diversidad individual y colectiva. España abrió en 1978, con su Pacto Constitucional, un proceso que puede indicar el camino de semejante integración, camino que sólo podrá hacerse superando el particularismo nacionalista y el imperialismo nacional. La resistencia mostrenca del segundo parece haberse superado, la del primero es aún asignatura pendiente. Europa, con otras condiciones iniciales y en otras dimensiones, ha emprendido también un difícil camino de integración, que sólo podrá ver el éxito apoyándose en estos mismos presupuestos a que hemos aludido.

Las fórmulas que conjuguen, en el juego político, de manera equilibrada, integración y peculiaridad diferencial, pueden ser muy diversas, y consecuentemente, desde una posición de centro, cualquiera de ellas es aceptable. Ahora bien, la que de hecho tenemos, la que a nosotros mismos nos hemos dado, es perfectamente válida para conjugarlas, y además nos parece la más adecuada precisamente por ser la que tenemos. Cabe, es cierto, el ejercicio intelectual y dialéctico de plantearnos otras fórmulas constitucionales, y cabe también la estrategia política de formularlas. Pero unos y otra no dejan de ser juegos, en uno o en otro sentido, juegos políticos, intelectuales o verbales. Porque de hecho, lo que tenemos —y esto es ser realista— es “esta” constitución de 1978, de la que ya hemos celebradosu veintiseis cumpleaños..

Cierto que ya resuena la cantinela de que esto es sacralizar la Constitución. No, en absoluto. La Constitución no es sagrada. Pero es el Pacto en el que se sustenta la vida y el ejercicio político de los españoles. Es el Pacto de todos, no es cualquier cosa.

Como alguien ha señalado, sería una soberana frivolidad política que de cuando en cuando hubiésemos de plantearnos, desde el principio, las bases de nuestra convivencia política. Y más cuando las que ahora tenemos han demostrado sus virtualidades y, a lo que parece, no las han agotado. Lo que es de todo punto inadmisible es el razonamiento que algunos hacen: como la Constitución se puede cambiar —no es sagrada— cambiémosla. El problema es que no satisface a los nacionalistas. Bien, pero ese motivo no basta tampoco para cambiarla.

Desde el pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, donde se propugnan marcos de integración cada vez más amplios, con un respeto absoluto a las peculiaridades diferenciales en tanto en cuanto no son concebidas como barreras, y por tanto obstáculos para aquella integración de la que nuestras sociedades tantos beneficios pueden obtener, debe buscarse una solución.

Cataluña debe ser plenamente Cataluña, y no necesita debilitar su integración en España para lograrlo. El País Vasco ha de ser plenamente lo que es, no podría ser de otro modo, pero tal cosa no significa que deba producirse una “euscaldunización” obligada de quienes allí residen, antes bien debe tal proceso —si fuese pertinente— formularse como un proyecto ilusionante, abierto, y ante todo libre, sin que incorporarse a él tenga que significar necesariamente la aceptación de un criterio político único, el nacionalista. La potenciación de la propia cultura, obligada por nuestra Constitución, no puede interpretarse, ni por unos ni por otros, como un corsé que ahogue las libertades políticas. Al final la cuestión de la pluralidad de España se reconduce a la cuestión central de nuestra libertad, a que cada Comunidad Autónoma sea lo que es y como es, o la quieran hacer quienes allí viven.

Sólo desde el supuesto, repito, de la libertad y de la solidaridad es posible construir una España plural. O, expresándolo tal vez mejor, la realidad plural de España sólo puede ser aceptada y afirmada auténticamente desde el fundamento irrenunciable de la libertad y la solidaridad.

Nuestro proceso constituyente, que —inseparablemente unido al proceso que se ha llamado la Transición española— despierta la admiración de la opinión pública en el mundo entero —y no es ocioso recordarlo—, pretendió la promoción de los principios y valores democráticos, por tan largo tiempo preteridos en España, y junto con ellos, o por ello mismo, se propuso la superación tanto del nacionalismo español, del que el régimen franquista hizo bandera, como los nacionalismos particulares que perseguían mediante la independencia la ruptura de la convivencia española.

Se trataba por lo tanto, en el ánimo constituyente, de afirmar la realidad inequívoca encerrada en lo que se ha dado en llamar los hechos diferenciales, particularmente los de aquellas comunidades que se llamaron nacionalidades históricas, a las que se dio tal consideración por tener completado su proceso estatutario en el régimen republicano.

El ánimo constitucional era tan claro a este respecto que no se dudó en utilizar la expresión ‘nacionalidad’ para referirse a las realidades culturalmente diferenciadas que se integraban en España. Significaba esto, a mi entender, que se estaba no sólo en la disposición favorable a acoger todas las reivindicaciones de carácter cultural, histórico y político que desde los diversos territorios autónomos que se fuesen articulando pudieran hacerse, sino que se atendía el proceso positivamente. Es decir, el constituyente afrontaba el proceso autonómico con una actitud constructiva y activa a favor de lo que se consideraba constitucionalmente el derecho legítimo de cada pueblo de los que integran España a entender en la organización y gobierno de los asuntos propios. Y ese proceso había de realizarse, para cada Comunidad, en un grado y ámbito que la misma Constitución y el desarrollo legislativo posterior —en un proceso descentralizador sin parangón— se encargarían de definir.

Pero el límite general que se ponía a semejante proceso, que se engloba dentro del proceso general constituyente —en cuanto se estaba constituyendo una nueva organización territorial del Estado que la misma experiencia histórica se iba a encargar de perfilar, ya que la redacción del título VIII era manifiestamente abierta—, el límite

general de ese proceso venía señalado por el concepto de solidaridad, de notable ambigüedad jurídica, y sobre todo por el claro y preciso concepto de soberanía. Hasta el punto —y es esta una explicación plausible— que al referirse a los territorios culturalmente diferenciados, en su afán de destacar su profunda singularidad, el constituyente habló de “nacionalidad”, pero reservó el título de nación para el conjunto de España. Se trataba de reservar a España —en su totalidad— el título de nación, justamente para no dejar lugar a duda alguna respecto al principio de soberanía, se trataba de salvaguardar el principio jurídico que se mencionó: es la nación el sujeto soberano.

Con una conformidad explícita con el texto constitucional, o con una posición de ambigüedad calculada respecto al mismo y al Estatuto respectivo, según los casos y según el momento político, los partidos nacionalistas han desarrollado su estrategia durante todo el proceso de transferencias, produciendo un doble discurso perfectamente coherente con sus objetivos políticos últimos: de cara al exterior, la afirmación de los altísimos niveles competenciales alcanzados con el impulso del estatuto propio, cuyo prestigio legal se trata por todos los medios de acentuar —desvinculándolo del precepto constitucional—; y de cara al interior, la permanente insatisfacción por la interpretación raquítica de los techos competenciales.

Y precisamente cuando los niveles de transferencia alcanzan su culminación y son colmadas con creces las aspiraciones que estaban implícitas en la incoación del proceso autonomista, contemporánea del proceso constituyente, parece abrirse una nueva etapa en la estrategia de los nacionalistas catalanes, vascos y gallegos: la reivindicación de la soberanía.

Tal estrategia puede revestir formas diversas, pero básicamente de lo que se trata es, o bien de reclamar la plena soberanía a través de la autodeterminación, o bien llegar a ella a través de fórmulas diversas que pretenden la partición de la soberanía entre el todo y las partes. Sin embargo, en este punto, a nuestro entender, no caben interpretaciones. Justamente la contundencia constitucional en el título de soberanía no deja lugar a dudas: España es una nación.

En el planteamiento nacionalista radical se trata ahora de socavar tal concepción, de ahí que la condición nacional de España se niegue reiteradamente por parte de los nacionalistas. Y desde su perspectiva hay que decir que tienen razón, es decir, España no es una nación en el sentido en que para los nacionalistas gallegos, vascos o catalanes lo es Galicia, Euzkadi o Cataluña: la homogeneidad cultural o lingüística que supuestamente presentan esos territorios no se encuentra en España. Pero sucede que el concepto de nación que los nacionalistas particularistas aplican a sus Comunidades respectivas no es real. No existe una identidad cultural o lingüística única u homogénea en los respectivos territorios; no existe un territorio “nacional” sobre el que se haga la reivindicación política de modo definitivo y completo; no existe una realidad histórica que justifique la reivindicación nacional de modo incontestable. De ahí que se pueda afirmar, sin temor a error, que la reivindicación nacional que se hace por las partes tiene su fundamento principal en el objetivo político nacionalista, en la voluntad de los nacionalistas, lo cual —debemos reseñarlo— es enteramente legítimo, pero sitúa el planteamiento nacionalista en sus coordenadas verdaderas.

Es cierto, y no es posible negarlo sin faltar a la verdad, que existe un hecho diferencial de alcance a veces profundísimo. Pero tan exagerado y erróneo como negarlo es maximizarlo hasta convertirlo en un hecho universal homogéneo en el propio territorio, como los nacionalistas pretenden. De tal forma que la condición de vasco, gallego, o catalán no sería derivada de la propia sujeción al estatuto, como actualmente sucede, sino, en el supuesto del cumplimiento de las aspiraciones nacionalistas, sería derivada de la identificación con el proyecto nacional que los propios nacionalistas propugnan, con el detrimento y menoscabo que tal formulación conlleva para las libertades personales, mediatizadas, se quiera o no —en el nacionalismo— por la afirmación, previa a toda consideración política, de la realidad nacional particular propia.

Quienes reafirman su voluntad de apoyo a la España constitucional defienden la Constitución por ser soporte y refrendo de la confluencia democrática de la plural riqueza de la ciudadanía española. Ese todo social, ese conjunto cuya realidad se afirma cada vez que se habla de Españaese todo social, digo, es reafirmado en su conjunto —no como un simple agregado— por quienes sostienen la validez y las virtualidades de la realidad histórica denominada España.

Por eso, la visión constitutivamente plural de la nación española, integrada por nacionalidades y regiones, implica ciertamente reconocer un relieve político a la variedad territorial, el reconocimiento de una complejidad territorial con una indudable relevancia política. Pero este pluralismo político-territorial no pone en cuestión el espacio político común. Porque la clave constitucional está en la rotunda afirmación de ambos —pluralismo político territorial y espacio político común— frente a las expresiones del pensamiento único, estático y cerrado, sea en clave de uniformidad o de disgregación.

La Constitución consagra un modelo nuevo de Estado, inédito en nuestra historia constitucional, que se caracteriza primariamente más que por la distribución territorial del poder, por la afirmación rotunda de la libertad, la participación y el pluralismo, y la convivencia y la solidaridad, como valores superiores sobre los que articular el edificio constitucional.

Treinta años son, por una parte muchos y, por otra, pocos. Muchos, si se tiene en cuenta la experiencia histórica de las constituciones en España. Pocos, si se piensa en la gran virtualidad de una Norma que ha sabido regular con amplitud y generosidad, los principales aspectos de la convivencia colectiva de los españoles.

A) Estado autonómico español

a) Introducción

En el panorama político español diversas circunstancias, de calado distinto también, han conducido a centrar la reflexión de los políticos y de los juristas en determinados aspectos de nuestra Constitución, y particularmente en uno sustantivo, como es el de la organización territorial del Estado. En buena parte esta atención es debida a la contestación que desde determinados nacionalismos se hace al ordenamiento constitucional vigente, bien negándolo en su totalidad y ejerciendo en el discurso un rechazo

completo de la Constitución, aún admitiendo el orden constitucional como marco adecuado para articular democráticamente ese rechazo; bien, aún aceptando básicamente el texto constitucional y resaltando sus virtualidades, proponiendo una lectura que conduce de hecho —y a veces de un modo explícito— a la negación de concepciones que el constituyente consideró fundantes del mismo orden constitucional.

En el fondo se está dirimiendo una batalla política en la que subyacen conceptos diversos de nación, y de este modo la noción de nación, confusa donde las haya, se convierte en el eje en torno al que gira una de las disensiones políticas más importantes que hoy se vislumbran en España. Pero tal cuestión no es exclusiva de nuestro país. Como ha escrito BERLIN, la sociedad mundial continúa organizándose política y jurídicamente, como en los dos últimos siglos, bajo la dominación ideológica del nacionalismo, del que se interpreta como fundamento esencial el principio de “cada Estado, una nación; a cada nación, un Estado”.

b) La cuestión nacional

Es obvio, a la vista del principio citado, que de la interpretación que se haga de la nación dependerá la configuración del Estado. Pero de lo dicho parecen colegirse tres consecuencias. Veamos.

La primera es fundamental por cuanto es soporte de la concreción jurídica más inmediata del principio citado: La nación es el sujeto de soberanía, la entidad soberana en la que residen y de la que emanan todos los poderes del Estado. Una soberanía que no es divisible y que se ejerce sobre todo el territorio del Estado, que aparece así caracterizado como territorio nacional, territorio sobre el que la nación es soberana.

La segunda es clave para la interpretación de la realidad nacional: la unidad y la igualdad jurídica de los miembros del Estado parecen querer fundamentarla algunos sobre una concepción de la nación como unidad cultural esencialmente homogénea y única, es decir la igualdad jurídica que el Estado consagra, se fundamentaría no ya en un principio jurídico universal sino, más allá del Derecho, en una realidad metajurídica, constitutivamente igualitaria, la nación.

Y la tercera introduce un elemento de conflicto en la interpretación de nuestro Estado autonómico, como veremos: sobre el supuesto de la unidad del Estado y de la igualdad de sus miembros, se asienta la concepción de que la organización y distribución territorial del poder del Estado ha de ser tendencialmente simétrica.

Pero ninguna de estas consideraciones resuelve la cuestión fundamental: la de quién es el sujeto de soberanía, cómo se delimita, en qué se fundamenta esa atribución, qué alcance tiene. Es decir, qué es o cómo hemos de entender la nación.

La complejidad del fenómeno nacionalista, complejidad que se manifiesta en el orden histórico, político, jurídico y conceptual, su entrecruzamiento con las grandes corrientes ideológicas de la modernidad, como son el liberalismo, el socialismo y el fascismo, nos excusarán de hacer siquiera una aproximación somera a su descripción.

Pero no podemos obviar un acercamiento al disenso que se produce respecto al concepto de nación, que se mueve —para simplificar— entre estos dos extremos:

la nación como “etnos”, como singularidad natural o cultural y, en su forma más primaria, racial; y la nación como “demos”, como conjunto de ciudadanos que viven sujetos a las mismas leyes, que el mismo “demos” se da. Aunque debemos anticipar ya que una clarificación conceptual no dejaría resuelto el problema, que seguiría manifestándose en toda su agudeza, ya que no se daría respuesta a la cuestión de cuales son los elementos que en el caso particular, concreto, permiten hablar de la constitución de un “etnos”, por una parte, o, por otra, quedaría sin resolver el problema de cual es la entidad de la colectividad que por propia voluntad se da a sí misma una ley común que la convierte en “demos”.

Otra observación previa pertinente, respecto a los nacionalismos, se refiere a la diferenciación entre los llamados nacionalismos moderados y los radicales. Es comúnmente aceptado denominar moderados a los nacionalismos que propugnan el recurso a los medios democráticos para la consecución de sus objetivos políticos, ligados siempre al reconocimiento de la soberanía como elemento determinante de la propia condición de nacionalistas en el orden político. También se admite comúnmente calificar como radicales a los nacionalistas que defienden el recurso no sólo a los medios legales que el régimen democrático pone a su alcance sino también a aquellos otros medios que se salen de la legalidad y entre los que se incluye también el ejercicio de la violencia. De todas las maneras, aunque la existencia de planteamientos radicales entre los nacionalistas conlleva graves conflictos políticos y de convivencia, no añaden especial dificultad a la clarificación que pretendemos, que se sitúa más bien en el terreno conceptual. Esos planteamientos radicales, en ciertos aspectos, se configuran simplemente como un elemento más —aunque gravísimo, ciertamente— en el drama político en que se debaten los demócratas.

Hecha esta salvedad, ¿cuál es el soporte conceptual de los nacionalismos particulares que se dan en este momento en España? Tal y como hoy aparecen configurados, el soporte es la idea de que Cataluña, Euzkadi o Galicia —pongamos por caso— son auténticamente naciones y como tales sujetos soberanos originarios, negando consiguientemente la condición nacional del Estado español en su actual extensión.

Frente a esta interpretación nacionalista se contraponen la Constitución, que afirma la condición de España como nación. Sin embargo en la interpretación que habitualmente se hace de esta afirmación se pueden observar dos tendencias, la de quienes parecen querer sostener o recuperar la idea de unidad y homogeneidad cultural de España, rehabilitando de esta manera un cierto nacionalismo españolista, y la de quienes interpretando la nación en el sentido jurídico constitucional de Estado nacional afirman la prioridad de la sujeción del “demos” a la misma ley, a la ley democrática.

Sobre estas tres posiciones, entiendo que se desarrolla el que podríamos denominar conflicto nacionalista, destacando ya desde ahora, que la tercera de ellas, se presenta como una solución de superación de las otras dos, por cuanto no puede calificarse tal posición como nacionalista. Pero debemos subrayar también que cualquier postura —incluida esa tercera— que se decante a favor de la vigencia actual y de la permanencia futura de la realidad española en su integridad es considerada, en términos generales, por los nacionalismos particulares, como un nacionalismo de signo contrario al suyo, es decir, como un nacionalismo españolista.

c) El Estado autonómico como Estado nacional

El profundo proceso de descentralización política que se ha realizado en España ha sido ocasión para que los partidos nacionalistas particularistas (no puede hablarse con propiedad de partidos nacionalistas españolistas) hayan invocado ese proceso como un camino abierto que desembocará en una nueva situación. El nuevo panorama territorial de la península supondrá una ruptura con la situación constitucional actual, que ahora mismo se reivindica ya. Tal reivindicación pone de manifiesto, según me parece, que prácticamente están cubiertos los techos competenciales a los que los nacionalismos podían aspirar, y de ahí el salto cualitativo en sus reivindicaciones. Pero la interpretación que del proceso autonómico hacen los nacionalistas es errónea, y ello puede afirmarse por dos motivos.

El primero, porque la misma Constitución, contempla un límite insalvable en el proceso descentralizador. Como ya señalamos, el constituyente dejó abierta la concreción de la distribución de competencias en los distintos ámbitos territoriales. Y lo hizo movido por una prudencia política evidente, la de no adelantar con la norma lo que era conveniente que dictara el desarrollo político mismo, la experiencia política. Pero también, movido por la prudencia política, cuidó de señalar con precisión los límites del proceso autonómico, reafirmando, como hemos señalado, la condición nacional de España. Esa reafirmación no se hace con la intención de subrayar una nacionalidad de carácter “étnico”, que obviamente no se da en España, sino con la de destacar la condición soberana del pueblo español, que abarca a todos los ciudadanos españoles sin distinción de ningún tipo.

El segundo motivo por el que puede considerarse errónea la interpretación nacionalista es tan importante o más que el primero. Deriva de la interpretación del mismo proceso autonómico. Efectivamente, los nacionalistas tienden a considerar que la descentralización política es una concesión, o un derecho que el Estado cede a regañadientes, porque el Estado mantiene —en el terreno de los supuestos nacionalistas— una tendencia centralista y uniformadora. Consecuentemente el Estado se postula como una realidad en oposición a las diversas nacionalidades que lo integran. Pero la realidad es bien distinta. La Constitución consagra un modelo nuevo de Estado, inédito en nuestra historia constitucional, que se caracteriza primariamente más que por la distribución territorial del poder, por la afirmación rotunda de la libertad, la participación y el pluralismo, y la convivencia y la solidaridad, como valores superiores sobre los que articular el edificio constitucional.

En esa perspectiva es en la que hay que entender el proceso autonómico. De ahí que la descentralización no deba ser considerada una cesión forzada, sino una afirmación profunda de la libertad y el pluralismo de los españoles, un procedimiento eficaz para hacer efectivos márgenes más amplios de participación en la vida pública, y una garantía definitiva de la pervivencia y fortalecimiento de las diversas culturas que recíprocamente nos enriquecen. No se podría entender de otra forma la Constitución, y cualquier otra interpretación sería, a nuestro juicio forzada y empobrecedora.

Así pues, es esta nación española la que aparece como el único titular de la soberanía, cuya atribución se realiza de un modo exclusivo, originario e indivisible; la

nación española se configura como una nación compleja, integrada, como recoge el artículo 2 de la Constitución, por nacionalidades y regiones, reconociendo la existencia en su seno, pero formando parte de ella, de pueblos diferenciados, por lo que el preámbulo del texto constitucional habla justamente de “pueblos de España”.

El hecho de que la soberanía radique en el conjunto del pueblo español supone dos importantes consecuencias:

En primer lugar, la imposibilidad de que el ejercicio del poder constituyente se atribuya a una fracción del pueblo. Y, en segundo término, los Estatutos de las Comunidades Autónomas no pueden ser considerados manifestaciones constituyentes de un poder político jurídico originario regional; es el Estado quien les atribuye poder jurídico, confirmándoles la eficacia que procura su reconocimiento y poniendo a su disposición la utilización de su poder coercitivo. Así, el contenido del Estatuto cobra su fuerza y virtualidad de la voluntad del órgano constituyente estatal, pero al mismo tiempo aparece limitado, por un lado, por la voluntad del mismo órgano constituyente y, por otro, por el eventual control del Tribunal Constitucional.

d) España como Nación

La atribución de la soberanía al pueblo español indica también que, en la mente del constituyente, España aparece como una verdadera nación o comunidad intrínsecamente diferenciada.

Y podría aducirse a este respecto que nos estamos encontrando aquí ante un argumento viciado, en el sentido de que se está entendiendo que la nación lo es por su constitución política —“demos” sujeto a la ley que él mismo se da— y afirmando al mismo tiempo que si se da a sí mismo la ley constituyente, lo hace porque es una nación. Desde luego la cuestión no es vana y conviene aclarar la confusión en lo posible, o cuando menos sus términos. En efecto, la proclamación y promulgación de la Ley Fundamental es constituyente porque “constituye” la comunidad política, y en ese sentido España es una nación porque así se define a sí misma. Pero tal definición no se produce de modo arbitrario, caprichoso, aleatorio o casual.

¿Qué razón se puede entonces aducir para justificar el proceso constitucional, su planteamiento, desarrollo y desenlace, cuando se ha llevado a cabo desde el presupuesto de la existencia de España? Veámoslo. El reconocimiento de la pluralidad cultural y lingüística de España, nos impiden acudir a una unidad de esa clase para fundamentar el hecho constitucional. Así mismo se descarta de todo punto el recurso a un mismo origen étnico. Y por otra parte, la pretensión de fundamentarse en un principio territorial se ve gravemente dificultada por no ser España la única entidad política asentada sobre el territorio peninsular.

Si no hay, pues, lugar a la invocación de un principio étnico, territorial, lingüístico o cultural —en un sentido digamos antropológico, porque sí existe una cultura española— ¿en qué se basa, o cual es el punto de partida del proceso constituyente español? El proceso constitucional español se basa en la realidad histórica de España. No hace mucho la definía de un modo muy claro un líder nacionalista catalán, cuando negando la condición nacional de España afirmaba, en cambio taxativamente

su realidad, la realidad de España, aludiendo justamente a su historia, y con ella a su realidad política, a las vivencias comunes, los recuerdos, los hechos y empresas realizadas por el conjunto, los lazos afectivos, los proyectos.

Puedo comprender, de acuerdo con la interpretación que venimos apuntando sobre el comportamiento nacionalista, el énfasis en negar la condición de nación de España, pero ese empeño no se compadece con la afirmación rotunda de la realidad española, si no es por un escondido —o para algunos, manifiesto— interés político. Las grandes realidades sociales —grandes también en el sentido de extensas— están sujetas a un dinamismo constante, que permite a quien pretenda su disgregación, tomando ocasión de las fuerzas internas que producen aquel dinamismo, resaltar las divergencias que en el cuerpo social se entrecruzan y las heterogeneidades que en él se encuentran, o que pueden generarse. Esta es la clave para comprender el planteamiento nacionalista.

Quienes reafirman su voluntad de apoyo a la España constitucional —no por un nacionalismo español— defienden la Constitución por ser soporte y refrendo de la confluencia democrática de la plural riqueza de la ciudadanía española. Ese todo social, ese conjunto cuya realidad se afirma cada vez que se habla de España —de ahí la reticencia de los nacionalismos particulares para emplear este nombre, mientras no se ha llegado a una implantación suficiente de la doctrina nacionalista— ese todo social, digo, es reafirmado en su conjunto —no como un simple agregado— por quienes sostienen la validez y las virtualidades de la realidad histórica denominada España.

De lo anterior se infiere que la nación española ejemplifica lo que suele denominarse nacionalismo voluntarista u occidental —aunque deba destacar que no me satisface el recurso al término ‘nacionalismo’—, coincidente con la tradicional concepción española de empresa común, como recuerdan ORTEGA Y GASSET, y RENAN, para quienes la nación es un proyecto sugestivo y renovado cotidianamente por sus integrantes.

Por eso, la visión constitutivamente plural de la nación española —nación, en el sentido que de ella venimos tratando aquí—, integrada por nacionalidades y regiones, implica ciertamente reconocer un relieve político a la variedad territorial, el reconocimiento de una complejidad territorial con una indudable relevancia política. Pero este pluralismo político-territorial no pone en cuestión el espacio político común, la clave constitucional está en la rotunda afirmación de ambos —pluralismo político territorial y espacio político común— frente a los nacionalismos de uno y otro signo, el uniformador y el particularista, que miran sólo a uno de los brazos que nuestra Constitución pone en equilibrio.

e) “La España plural”

España abrió en 1978, con su Pacto Constitucional, un proceso que puede indicar un camino de integración equilibrada, camino que sólo podrá hacerse superando el particularismo nacionalista y el imperialismo nacional. La resistencia mostrenca del segundo parece haberse superado, la del primero es aún asignatura pendiente.

Europa, con otras condiciones iniciales y en otras dimensiones, ha emprendido también un difícil camino de integración, que sólo podrá ver el éxito apoyándose en estos mismos presupuestos a que hemos aludido.

Las fórmulas que conjuguen, en el juego político, de manera equilibrada, integración y peculiaridad diferencial, pueden ser muy diversas, y consecuentemente, cualquiera de ellas es aceptable. Ahora bien, la que de hecho tenemos, la que a nosotros mismos nos hemos dado, es perfectamente válida para conjugarlas, y además nos parece la más adecuada precisamente por ser la que tenemos.

Cabe, es cierto, el ejercicio intelectual y dialéctico de plantearnos otras fórmulas constitucionales, y cabe también la estrategia política de formularlas. Pero unos y otra no dejan de ser juegos, en uno o en otro sentido, juegos políticos, intelectuales o verbales. Porque de hecho, lo que tenemos —y esto es ser realista— es “esta” Constitución, la de 1978.

Cierto que ya resuena la cantinela de que esto es sacralizar la Constitución. No, en absoluto. La Constitución no es sagrada. Pero es el Pacto en el que se sustenta la vida y el ejercicio político de los españoles. Es el Pacto de todos, no es cualquier cosa.

f) La reforma constitucional

En el conflicto que suscitan los nacionalismos particulares, no ya frente a un nacionalismo español, que en sus expresiones más crudas puede en buena parte considerarse hoy residual, sino frente a una afirmación constitucional de España, de la realidad nacional española, han jugado, a mi juicio, un papel no menor dos deficiencias en el desarrollo constitucional que se ha tardado demasiado tiempo en abordar, aunque su dificultad explique en parte el retraso con que se han comenzado a tratar.

Una de ellas es la necesidad urgente de articular adecuadamente la participación de las Comunidades Autónomas en la formación de la voluntad de los órganos estatales, cuestión ésta en la que la reforma del Senado, para convertirlo en una verdadera cámara de representación autonómica, aparece dotada de una relevancia trascendental. Esta reforma se muestra como un paso necesario para superar la carencia de una cultura política y administrativa de cooperación, que se pone de manifiesto en el recurso retórico reiterado a los agravios comparativos entre comunidades, cuestión que debiera dirimirse en el foro cameral adecuado que el desarrollo constitucional no ha todavía instituido y cuya perentoria necesidad es a cada paso más manifiesta.

La otra deficiencia —grave— consiste en el cierto olvido en que se han tenido a las Corporaciones Locales. Tal preterición se ha producido, según creo, debido a las urgencias impuestas por las Comunidades en el proceso de transferencias, por una parte, y por otra, en la imposibilidad de consolidar mayorías políticas estables sin el concurso de las formaciones nacionalistas, que si bien han proporcionado a gobiernos de uno y otro signo garantías de estabilidad tan necesarias y contrapuntos saludables de pluralismo, han condicionado, por otra, de un modo notable, toda la política territorial del Estado.

Esta última deficiencia que hemos señalado pesa gravemente en la cuestión que tratamos ya que los poderes autonómicos han venido consolidándose como poderes

únicos y hegemónicos en su ámbito propio, sin ver compensado su peso creciente por un asentamiento y fortalecimiento de las autonomías municipales, locales.

Hasta tal punto esto es así que determinadas formaciones nacionalistas han visto con alarma —para sus intereses políticos— la propuesta y ejecución de un Pacto Local que tienda, naturalmente, a afianzar la personalidad política de los entes locales. Esta reticencia se produce porque tal autonomía —la local— cabe interpretarla como un obstáculo para la realización de un proyecto nacional particular, ya que se podría ver rota, o se perjudicaría notablemente, la política de homogeneización cultural, lingüística, política, etc, que el proyecto nacionalista encierra. En este sentido, según parece, los proyectos nacionalistas suponen una constricción real de las libertades de los entes menores, respecto a la afirmación que de ellas se hace en el vigente modelo constitucional español.

Pero si cabe alguna reforma de la Constitución para adecuar o equilibrar determinados aspectos de la organización territorial del Estado, cabría también, de acuerdo con el sentir de los nacionalistas, una reforma que reconociera el derecho de autodeterminación, o, yendo más allá, la plena independencia de algunos de los territorios que integran España.

Efectivamente así es, por cuanto no existe necesidad histórica alguna en ningún evento o realización humanas. Pero admitir —¿qué impedimento podría haber para ello?— la no sacralidad de la Constitución, o la condición contingente de cualquier realidad histórica, no puede traducirse en la asunción de los postulados nacionalistas que parecen querer derivar de esos supuestos la necesidad ineludible de cambiar el texto constitucional y la necesidad insalvable de proceder a la disgregación territorial que pretenden, o al menos de sentar las bases jurídicas para hacerla posible.

Así que no se trata de cambiar las cosas simplemente por el hecho de que sea posible hacerlo, como a veces parecen argumentar los nacionalistas. Tampoco se trata de atrincherarse en el texto constitucional para hacer una defensa jurídica cerrada y a ultranza de lo que a la postre no es una realidad históricamente trascendente, sino el producto de la voluntad constituyente de los españoles. Pero debe evitarse igualmente que la defensa y promoción de un proyecto común, político, cultural, de convivencia y de presencia en el mundo, sea considerado sin más integrismo constitucionalista. El recurso a todos los medios para alentar y fortalecer un proyecto de futuro para todos los pueblos de España es enteramente legítimo, y se incluyen ahí los argumentos jurídicos, pues no en vano los partidos nacionalistas particulares han visto incrementada su presencia e influencia al amparo de los argumentos legales que la propia Constitución les ha proporcionado.

g) La articulación interior de España

Apuntamos al comienzo de este capítulo que una de las consecuencias que se derivaban del principio de que Estado y nación son realidades correlativas era la de la distribución simétrica del poder territorial. Sin embargo en la construcción del Estado autonómico una permanente reivindicación nacionalista ha sido la de un

tratamiento singular diferenciado para las autonomías históricas, consecuente con la afirmación particularista del hecho diferencial.

Vamos a encontrar ejemplificadas en este contencioso constante del nacionalismo algunas de las consideraciones que hemos acabado de hacer y que vemos como fundamentales para una interpretación correcta del hecho constitucional español.

El nacionalismo catalán ha insistido en la necesidad de que se produjera una disimetría en la distribución territorial del poder. Pero aplicar dogmáticamente tal principio significaría, de hecho, pervertir la interpretación de la Constitución. Esto es así porque fundamentando la pretendida disimetría en una exigencia del hecho diferencial se pretende coartar el libre desarrollo de otras comunidades que por sus peculiaridades podrían muy bien reclamar para sí la consideración de nacionalidades. En el caso de que así lo hicieran, profundos rasgos históricos, culturales y sociales, y sobre todo una homogeneidad muy superior a la de las comunidades vasca y catalana, justificarían sobradamente, al menos, la reclamación.

No pueden reclamarse techos competenciales diferenciados, para afirmar la condición singularizada de la propia comunidad en el conjunto de España, por la misma razón que el Tribunal Constitucional ha aducido para negar la posibilidad de exigir que todas las comunidades tengan las mismas competencias, porque “autonomía significa, precisamente, la capacidad de cada nacionalidad o región para decidir cuando y como ejercer sus propias competencias”. La doctrina del Tribunal Constitucional (Fundamento jurídico 10 de la Sentencia 37/1978) es bien clara y viene a resaltar el principio de libertad de la que la autonomía no es sino reflejo. De manera que ninguna Comunidad, para acentuar su propia singularidad —en un diferencialismo típico de los planteamientos nacionalistas—, puede condicionar o limitar las competencias de las demás.

Podríamos, pues, concluir, respecto al disenso que se produce de modo muy agudo en determinados territorios en torno a esta que hemos llamado “cuestión nacional”, señalando que la definición constitucional goza de la apertura y flexibilidad necesarias —en un sobresaliente ejercicio de libertad— para erradicar concepciones de España que, por su estrechez y dogmatismo, se han mostrado históricamente como nocivas, y al mismo tiempo refrenda de modo inequívoco el proyecto, la empresa común que es España.

Sin embargo no basta la garantía jurídica, es necesario el esfuerzo político y civil, lleno de creatividad, de imaginación, que demuestre en la vida cotidiana de cada pueblo las conjunciones posibles de la pluralidad de culturas que se dan en España. Es imprescindible no sólo la reconducción —en libertad— de los ímpetus nacionalistas particulares a la aceptación de la convivencia respetuosa de todos los pueblos de España, sino también la aceptación plena por parte de todos de la pluralidad político-territorial de España, sin sospechas ni recelos. En definitiva, si no queremos que nuestras estructuras jurídico-constitucionales queden vacías, es necesario ahondar realmente en los presupuestos constitucionales de libertad, participación, pluralismo y solidaridad.

h) El dictamen del Consejo de Estado acerca de la reforma constitucional en materia territorial

El dictamen del Consejo de Estado de 16 de febrero de 2006, aprobado por el pleno de la institución sobre el proyecto elaborado por la Comisión de Estudios del Consejo, constituye, a mi juicio, una de las mejores reflexiones que un jurista puede encontrarse sobre la Constitución de 1978. Este informe es la respuesta a la consulta formulada por el Gobierno acerca de la reforma constitucional de cuatro cuestiones bien concretas: la supresión de la preferencia del varón en la sucesión al trono, la recepción en la Constitución del proceso de construcción europea, la inclusión de la denominación de las Comunidades Autónomas y, finalmente, la reforma del Senado.

A lo largo y ancho de trescientas ochenta y dos páginas, el lector puede disfrutar de un estudio bien articulado, claro y coherente en el que, además de dar cumplida respuesta a los términos estrictos de la consulta, el Consejo de Estado va más allá precisamente atendiendo a la licencia del Ejecutivo para que se pronuncie sobre otras cuestiones vinculadas a la consulta que sean convenientes para completarla o mejorar su calidad técnica. En este ámbito encontramos, a mi juicio, sabias reflexiones y comentarios porque están presididos por el sentido jurídico y la experiencia de más de veinticinco años de desarrollo autonómico.

El informe que vamos a glosar, se elabora en el marco de las nuevas funciones del Consejo según la reforma de 2004 en virtud de la cual el supremo Órgano consultivo del Ejecutivo realizará por sí o bajo su dirección los estudios, informes y memorias que el Gobierno le solicite y elaborará las propuestas legislativas o de reforma constitucional que el Gobierno le encomiende. En el caso presente, nos hallamos ante la primera de estas nuevas funciones del Consejo en materia de reforma constitucional.

En este epígrafe me propongo analizar precisamente varias cuestiones que, aunque no son propiamente objeto de la consulta, son de gran calado jurídico, y aparecen analizadas por el Consejo del Estado en el marco de los asuntos conectados al objeto del dictamen que pueden ayudar a mejorar técnicamente o completar la propuesta del Gobierno. A ellos, fundamentalmente, me voy a referir a continuación. Me refiero a la dimensión o naturaleza abierta del sistema de distribución de competencias, al principio de solidaridad, al principio de igualdad y al principio de colaboración o cooperación. Cuatro cuestiones que están en el frontispicio de cualquier intento de reforma constitucional en materia autonómica. Insisto, el Consejo de Estado se refiere a ellas por entender que están en directa relación con los aspectos del sistema autonómico sobre los que se plantea la reforma.

Antes de entrar en el análisis de estas cuestiones, me parece que puede ser clarificador retener algunas afirmaciones del Gobierno en el texto de la consulta. Afirmaciones que llaman la atención por su claridad y compromiso y que, en mi opinión, resultan incongruentes con el actual derrotero que está adquiriendo el proceso de reforma de algunos Estatutos de Autonomía. Así, tras recordar la relevancia de la Constitución de 1978, se nos dice que el “acierto en los procesos de revisión constitucional depende de la conjunción de varios factores. A saber: a) que

los cambios a introducir respondan a demandas consistentes y que busquen resolver problemas o insuficiencias ampliamente reconocidas. b) que sean limitados y prudentes para no alterar el equilibrio en el que se sustenta el texto constitucional. c) que las alternativas propuestas hayan sido suficientemente maduras y sean consecuencia de un diálogo sostenido y sereno entre las fuerzas políticas y la sociedad. d) que se genere en torno a las modificaciones un consenso asimilable al que concitó el texto que se quiere reformar” (Informe, p. 7).

En cualquier caso, no está de más certificar las buenas intenciones del Gobierno al señalar en el texto que se somete a la consulta del Consejo de Estado que “todas las propuestas que integran esta reforma de la Constitución precisan el concurso de todos, con el objeto de alcanzar un gran acuerdo político y social que las respalde. En efecto. Si bien las Constituciones para durar tienen que adaptarse a las transformaciones sociales, no debe caerse en el error de abrir sucesivos procesos de revisión constitucional, pues la norma que recoge los fundamentos de la convivencia requiere de la estabilidad necesaria para que la cultura política de la comunidad no se vea sacudida por un continuo replanteamiento de los principios y valores sobre la que descansa” (Informe, p. 11).

En este contexto, al socaire de la cuestión de la denominación de las Comunidades Autónomas, se plantea la gran cuestión del principio dispositivo, principio inspirador de todo el modelo, que ahora, en virtud de la reforma, se trata de modular. En este sentido, parece obvio que el principio dispositivo, en lo que se refiere a su inicio, a su paso de potencia a acto, al nacimiento de las Comunidades Autónomas, ha cumplido su función. Se podría decir hasta que la autonomía, que es un derecho de tracto sucesivo, que no se agota por su uso, va cumpliendo etapas. La etapa del nacimiento de los sujetos autonómicos ha terminado. Desde ese punto de vista, el principio dispositivo se debe adecuar a la realidad y, en consecuencia, sería razonable derogar los preceptos constitucionales que sirvieron en su momento para la emergencia de las Comunidades Autónomas.

En efecto, aunque ahora se trate de reflejar la realidad, el principio dispositivo plantea que el ejercicio de la autonomía, dentro de los límites constitucionales, se plasme a través de un conjunto de decisiones políticas en virtud de las cuales, por ejemplo, se pongan en marcha procedimientos de reformas estatutarias con el fin de mejorar el autogobierno. Es decir, como señala el Consejo de Estado, “el principio dispositivo no desaparece por entero, pues en cierto modo es también este principio ya transformado, el que explica que estos nuevos Entes hayan recibido su facultad de redefinir de manera indefinida el ámbito de su autonomía” (Informe, p. 137). Redefinición que se articula esencialmente a través de las reformas estatutarias y que plantea el alcance y las consecuencias de la apertura del sistema, apertura que según el Consejo, no siempre origina ventajas evidentes (Informe, pp. 139-140).

Todos conocemos el proceso de instauración de las Comunidades Autónomas y su estado actual. Es posible que algunos aspectos del sistema como la diferenciación entre nacionalidades y regiones o el uso del artículo 150.2 de la Constitución hayan sido objeto de interpretaciones heterodoxas, por utilizar una expresión benévola. En

realidad, hoy nos encontramos ante una situación de relativa igualdad competencial, de manera que “cualquier otra ampliación de competencias que una Comunidad pueda conseguir para sí, mediante la reforma de su Estatuto, se convierte de inmediato en objetivo obligado para todas las que todavía no han llegado a este nivel” (Informe, p. 141). Por ello, afirmar que el principio dispositivo traería consigo un modelo diferenciado es relativa si tenemos presente, como señal el Consejo que “las diferencias organizativas entre todas las diversas Comunidades son pequeñas y las de los respectivos ámbitos competenciales casi todas transitorias” (p. 142).

En este contexto, la reforma estatutaria aparece como el principal instrumento para la ampliación competencial. Sin embargo, como argumenta el Consejo “cuándo la reforma en cuestión sirve de hecho para formalizar acuerdos generales ya logrados, como en el caso de los Pactos autonómicos de 1992, el enfoque localista no puede dar lugar a propuestas que no vayan a ser acogidas por las Cortes Generales. Cuándo, por el contrario, la propuesta de reforma surge sin acuerdo previo, en contraste entre la perspectiva particular y general, que es la propia de las Cortes Generales, ha de dilucidarse en el curso de la tramitación parlamentaria, dando lugar a una relación dialéctica entre aquéllas y los Parlamentos de las Comunidades, de la que pueden surgir tensiones perjudiciales para la vida del Estado y, a veces incluso, para la estabilidad de los partidos políticos” (pp. 142-143).

Cualquier lector avezado podrá colegir que la relación de este párrafo del dictamen con la situación del Estatut no es mera casualidad, sino que describe certeramente lo que puede ocurrir, y de hecho está aconteciendo. De ahí que advierta el Consejo de Estado que en este contexto “los riesgos de crisis que la apertura del sistema genera se hacen más graves, por razones obvias, cuándo más se acerca el ámbito competencial de las Comunidades al máximo admitido por la Constitución” (p. 143). Hoy estamos, en efecto, en esta situación, en la que no es imposible, ni mucho menos, que para ampliar las competencias se acuda a interpretaciones demasiado forzadas de las normas, dando lugar a “acusaciones de que con ellas se pretenda rozar o violentar, de manera deliberada o no, los límites constitucionales. Con ello, una cuestión estrictamente jurídica se lleva al debate político, con daño tanto para el Derecho como para la política”(Ibídem).

Así las cosas, el Consejo de Estado termina este punto afirmando que “parece razonable concluir que no carecen de fundamento las dudas que desde hace algún tiempo se manifiestan acerca de la conveniencia de mantener en vigor un principio organizativo que no produce efectos que no puedan lograrse, de manera jurídicamente más simple y políticamente menos traumática, por el simple procedimiento de llevar a la Constitución todo el sistema de delimitación de competencias”(Ibídem). Esta tesis del Consejo podría hacer pensar que se postula la práctica desaparición del principio dispositivo, el cierre hermético del modelo y la petrificación de las demandas de autogobierno de las Comunidades Autónomas. ¿Se trataría de constitucionalizar “in toto” el modelo. El Consejo de Estado, consciente del sentido de su comentario, señala a renglón seguido que su reflexión, que es la que guía el Derecho comparado, no implica necesariamente una homogeneidad absoluta entre

las Comunidades Autónomas y que siempre está abierta la posibilidad de impulsar el cambio a través de la reforma constitucional. En cualquier caso, no parece posible en este momento reducir “el contenido competencial de todos los Estatutos a una simple norma que atribuyese a la Comunidad correspondiente todas las competencias que la Constitución no reserva en exclusiva al Estado, o modificar, para lograr lo mismo, el apartado 3 del artículo 149 de la Constitución” (Informe, p. 144) ni es el objeto de la reforma planteada por el Gobierno. Ni a mi me parece que, habiendo artículos como el 150.2 de la Constitución, sea la solución a las tensiones.

La propuesta del Gobierno era superar la apertura inicial del sistema, no sustituir por otro el sistema abierto que tenemos (Ibídem), lo que no impide que el Consejo haya deslizado ese comentario a pesar de que insista en que le está vedado insinuar reformas no planteadas por el Gobierno. En este sentido, la posibilidad de incluir la denominación de las Comunidades Autónomas en la Constitución, aunque presenta dificultades técnicas, lingüísticas y gramaticales es posible, de manera que en este punto el principio dispositivo quedaría modulado. En verdad, desde la misma erección jurídica de las Comunidades Autónomas este principio ya queda limitado.

El Consejo de Estado, en uso de la licencia concedida por el Gobierno, analiza, en el marco de las cuestiones estrechamente relacionadas con la reforma que podrían ser atendidas para completarla y perfeccionarla, la necesidad de una regulación más completa del principio de solidaridad, la inclusión en la Constitución del principio de colaboración o cooperación, así como la necesidad de racionalizar la apertura del sistema. En mi opinión, si los principios de solidaridad y colaboración o cooperación encontraran una adecuada regulación en la Constitución, es posible que junto a la reforma del senado, el modelo abierto que caracteriza al sistema autonómico encontrara elementos de racionalidad que evitasen la huida hacia delante y su continua puesta en cuestión por algunos actores políticos.

Es sabido que el principio de solidaridad es uno de los principios básicos de los Estados compuestos. Es un principio jurídico, dice el Consejo de Estado, del que dimanan deberes concretos cuya observancia puede ser exigida por el Estado, por lo que parece adecuado conocer quienes son los obligados por dicho principio, qué autoridad está legitimada o habilitada para definir los deberes que de él se derivan y, eventualmente, cuáles son las consecuencias de su incumplimiento. Es verdad que la Constitución no ofrece un modelo acabado de principio. Es más, como se reconoce en el informe objeto de nuestra consideración, los preceptos de la Constitución hacen difícil determinar su ámbito y su contenido, “no sólo porque en algunas de ellas no hay alusión alguna ni a lo uno ni a lo otro, ni siquiera mediante el empleo de los conceptos generales y abiertos que son propios de los enunciados constitucionales, sino también porque los obligados por la solidaridad que ocasionalmente se mencionan no siempre los mismos, ni es el mismo el deber que la solidaridad les impone” (Informe, p. 189).

En el artículo 2 de la Constitución, la solidaridad opera como principio general y se proyecta sobre las nacionalidades y regiones. En el apartado 2 del artículo 138 hay una remisión al artículo 2, pero se refiere al Estado en su acepción restringida. En

opinión del Consejo de Estado, habría que superar esta discordancia “entendiendo que lo que el Estado ha de garantizar no es la solidaridad en cuanto principio sino su realización efectiva y que la tarea que la Constitución encomienda a las instituciones centrales del Estado es la refomatar los comportamientos solidarios de las Comunidades Autónomas y combatir los que no lo sean” (Ibídem). Sin embargo, como reconoce el informe, esta interpretación, a la luz de los actuales preceptos constitucionales no es fácil de colegir.

El artículo 138, ubicado en el Título VIII, permite pensar, como entiende el Tribunal Constitucional (sentencia 150/1992), que el principio de solidaridad también opera, además de en las relaciones interautonómicas, en las intraautonómicas, haciéndose efectivo a través de un Fondo de Solidaridad Municipal. Se encomienda al Estado en virtud de este precepto “velar por el establecimiento de un equilibrio adecuado y justo entre las diversas partes del territorio español atendiendo en particular a las circunstancias del hecho insular”, tarea que el Estado ha de atender en el marco de sus competencias pues este precepto no es una norma atributiva de competencia tal y como ha sentado el Tribunal Constitucional (sentencia 146/1992). El artículo 156 de la Constitución también contiene una referencia a la solidaridad entendida, junto a la coordinación con la Hacienda estatal, como principio en el marco de la autonomía financiera autonómica. Igualmente, señala el informe que no se trata de la solidaridad del artículo 2, sino de la solidaridad que existe, o debe existir, entre los españoles, cuestión que oscurece la hermenéutica del precepto y que en opinión del Consejo “parece razonable entender que los españoles concernidos por la solidaridad no pueden ser, para cada Comunidad Autónoma, solo el conjunto de sus propios miembros, pero no es fácil discernir que efectos puede tener la solidaridad general de todos los españoles entre sí sobre el ejercicio de las competencias financieras de las Comunidades Autónomas, puesto que la regulación de ese ejercicio ha de ser efectuada por una Ley Orgánica” (Informe, p. 191). Finalmente, el artículo 158 de la Constitución, el que instituye el Fondo de Compensación para gastos de inversión, trata de la solidaridad como obligación del Estado para con Comunidades Autónomas y provincias.

La Constitución es parca y muy poco explícita en cuanto a la regulación de la solidaridad, lo que ha llevado, como en otras materias centrales del modelo autonómico a que fuera el Tribunal Constitucional quien tuviera que construir el concepto. Para lo que ahora interesa, debe señalarse que de la solidaridad, como recuerda el Consejo de Estado, el Tribunal Constitucional ha hecho derivar él los deberes de cooperación, auxilio recíproco y lealtad (sentencias 152/1988, 236/1991 y 51/1993). Por tanto, el informe que estamos glosando señala en este punto que “parece conveniente revisar el tratamiento que la Constitución hace de este principio básico, modificando cuanto sea preciso los correspondientes preceptos” (Informe, p. 193)

A continuación, el Consejo de Estado se va a referir al principio de igualdad, tema crucial para entender el sentido del modelo y para entender el nervio del equilibrio dinámico entre unidad y autonomía en que, en mi opinión, descansa el sistema autonómico. El llamado Estado de las Autonomías implica, a partir del

principio dispositivo, de la voluntariedad de los sujetos autonómicos, una razonable diferenciación en el régimen jurídico de situaciones o relaciones del mismo género y, por ello, una cierta y relativa diversidad de derechos y obligaciones de los españoles en las distintas partes del territorio nacional (Ibídem). El problema, como es fácil de comprender, es que la diversidad del sistema, en palabras informe “sólo es tolerable dentro de ciertos límites, más allá de los cuales se rompería la unidad del sistema” (Ibídem). Esta es la médula de la cuestión: mantener la diversidad dentro de ciertos límites que no pongan en entredicho el principio de igualdad de todos los españoles consagrado en el artículo 14 de la Constitución.

Como señala el Consejo, el principio de igualdad de los españoles ha de ser complementado con normas que sirvan tanto para garantizar la diversidad potencial como para prevenir sus posibles excesos (Ibídem). En este sentido, debemos preguntarnos por el alcance de la prohibición contenida en el artículo 138.2, según la cual las diferencias entre los Estatutos “no podrán implicar, en ningún caso, privilegios económicos o sociales”. Y privilegio implica “la excepción de la regla común y, en virtud del principio dispositivo, las únicas reglas comunes a las que han de sujetarse todas las Comunidades son las establecidas en la propia Constitución, que no pueden ser exceptuadas sin incurrir en inconstitucionalidad” (Informe, p. 194). En este sentido, igualdad entre Comunidades quiere decir que están sometidas a las mismas reglas jurídicas, no que puedan tener un grado de desarrollo diverso pues, como señalara el Tribunal Constitucional en la sentencia sobre la LOAPA, “el régimen autonómico se caracteriza por un equilibrio entre la homogeneidad y la diversidad del status jurídico público de las Entidades territoriales que lo integran. Sin la primera no habría unidad ni integración en el conjunto estatal; sin la segunda, no existiría verdadera pluralidad ni capacidad de autogobierno, notas que caracterizan al Estado de las Autonomías.(...). Pero como el precepto habla de privilegios económicos y sociales y no parece que quepa hablar de privilegios de esta naturaleza entre Comunidades, ha de atribuírsele un significado distinto, que no afecta a la relación de las Comunidades entre sí, sino a la de cada una de éstas con las personas físicas y jurídicas titulares de derechos y obligaciones”(sentencia 76/1983).

En este sentido, según doctrina del Tribunal Constitucional, el párrafo primero del artículo 139 no exige un tratamiento jurídico uniforme de los derechos y deberes de los ciudadanos en todo tipo de materias y en todo el territorio del Estado, lo que sería frontalmente opuesto a la autonomía, sino que se refiere a lo sumo a una igualdad de posiciones jurídicas fundamentales (sentencia 37/1987). Es decir, la igualdad se predica de las posiciones jurídicas fundamentales, concepto no especialmente claro, lo que dificulta sobremanera una interpretación del precepto congruente. Si se entiende como igualdad en el ejercicio de los derechos fundamentales, es superfluo, y si se refiere a la delimitación de lo que es fundamental en el contenido de derechos no fundamentales, es, dice el informe que estamos comentando, “una noción elusiva y difícilmente aprehensible, más propia de textos doctrinales que normativos” (Informe, p. 196).

Por tanto, la clave está en determinar si la diversidad inherente al modelo autonómico se extiende a todo género de derechos, incluidos los económicos y sociales.

Es decir, si es posible, como parece, que una norma de una Comunidad otorgue a ciertos derechos un contenido más intenso o una mayor garantía que otra, entonces no haría falta tocar la Constitución. Pero si se trata de que los derechos económicos y sociales sean los mismos en todo el territorio nacional e idénticos los servicios públicos que satisfacen las correspondientes prestaciones, entonces sería necesario incorporar a la Constitución una norma en esta dirección pues se limita la autonomía de las Comunidades y se condiciona decisivamente la ordenación financiera del Estado (Informe, p. 197). Si, por el contrario, seguimos un criterio más cercano al artículo 158 de la Constitución y al artículo 15 de la LOFCA, entonces se entenderá que la función del Estado, dice el Consejo de Estado, “ha de ser la de asegurar un contenido necesario de estos derechos y un nivel mínimo de los correspondientes servicios en todo el territorio nacional, sin impedir que las Comunidades que así lo quieran vayan más allá” (Ibídem). En este caso, también la Constitución debería señalarlo inequívocamente, postula el Consejo.

El principio de solidaridad, en opinión de los miembros del Consejo de Estado, debe recogerse en la Constitución de una manera más completa. El principio de igualdad en su dimensión territorial, sea cual sea la dimensión elegida, parece que también debería explicitarse en la Constitución. Es decir, se trata, en mi opinión, de que a través de la concreción de estos principios, la naturaleza abierta del sistema adquiera contornos de racionalidad. Pues bien, en lo que se refiere a los principios de colaboración y cooperación, podríamos decir otro tanto de lo mismo.

En efecto, el principio de cooperación solo se recoge en la Constitución en el artículo 145 para referirse a la dimensión interautonómica. Nada se dice, sin embargo, de las relaciones de colaboración o cooperación entre el Estado y las Comunidades, siendo, como es un tema central de la metodología de las relaciones en los Estados compuestos. Por tanto, si bien la cooperación o colaboración horizontal es tratada por la Constitución, la cooperación vertical está huérfana de regulación. Por ello, y desde la convicción de que la colaboración y cooperación son principios esenciales al modelo, como ha dicho el Tribunal Constitucional, parece también atinado “reflexionar sobre la conveniencia de consagrar explícitamente en la Constitución el deber de cooperación y colaboración que pesa sobre todos los entes dotados de autonomía territorial, especialmente de las Comunidades, y de facilitar al mismo tiempo el cumplimiento de ese deber mediante una regulación más flexible de esas actuaciones concertadas” (Informe, p. 200). En otras palabras, el Consejo de Estado juzga conveniente la inclusión en la Constitución del deber de colaboración y cooperación o, si se quiere, del principio de colaboración y cooperación. Al mismo tiempo, parece aconsejarse la promulgación de una Ley de cooperación, proyecto que fracasó en el pasado y que ahora parece volver a retomarse a pesar de las reservas con que los partidos nacionalistas suelen acoger este tipo de normas.

Para terminar, es menester, al hilo de las atinadas reflexiones del Consejo de Estado, hacer algunos comentarios sobre la apertura del sistema autonómico, apertura que, si se atendieran algunos de las ideas vertidas en el informe, es probable que pudiera entenderse con un mayor grado de racionalidad y desde posiciones de

mayor equilibrio entre el Estado y las Comunidades. Por supuesto que una reforma del senado orientado a su especialización funcional en materia territorial también ayudaría a modular un sistema que requiere de más elementos de multilateralidad y de relación.

Esencialmente, la apertura del sistema autonómico encuentra su piedra de toque en la posibilidad de reformar los Estatutos, cuestión vinculada al principio dispositivo y cuyo impulso va de cuenta de la Comunidad interesada. Es verdad que los Estatutos tienen regulaciones parcialmente diferentes y que en 1993, ante las lagunas detectadas, se pensó, erróneamente, que sendas resoluciones de los Presidentes de Congreso y Senado solucionarían dichas diferencias. En fin, el panorama actual arroja, al decir del informe objeto de estudio, “un conjunto heterogéneo de normas cuyo rango formal no es adecuado a su contenido y cuya compatibilidad con la Constitución no es siempre evidente” (Informe, p. 207). Tenemos cinco regímenes distintos para la reforma estatutaria. Esta diversidad, que en si misma no es cuestionable, dice el Consejo de Estado, provoca cierta perplejidad. Una cosa es que los Estatutos establezcan el procedimiento que dentro de la Comunidad ha de seguir su reforma y otra muy distinta que se lleve también a ellos la regulación del procedimiento al que las Cortes Generales hayan de ajustarse en el ejercicio de sus propias potestades” (Informe, p. 215). De ahí que como postula el informe, se podría reformar esta cuestión y, ya de paso, reflexionar sobre la forma que ha de adoptar la intervención de las Cortes generales en los distintos supuestos.

El sistema abierto que diseña la Constitución tiene límites. Se puede jugar en una cancha amplia, más amplia de lo que parece. Pero en un terreno de juego acotado. Las líneas que delimitan el campo son, en este caso, las competencias exclusivas del Estado señaladas en el artículo 149 de la Constitución. Sin embargo, como sabemos, el artículo 150.2 de la Constitución permite ir más allá, aunque quizás no tanto como la realidad ha demostrado. La ampliación competencial ex artículo 150.2 es diferente a la planteada vía reformas estatutarias. Aquí estamos ante delegaciones o transferencias de ejercicio de facultades correspondientes a materias de competencia exclusiva del Estado en virtud de Leyes Orgánicas.

Es bien sabido, y está recogido en los diarios de sesiones de las Cortes, que la técnica diseñada en este precepto estaba pensada para introducir mecanismos de flexibilidad que permitieran adecuar el sistema a las nuevas circunstancias, una especie de mecanismo para manteneren el ámbito autonómico una cláusula “*rebus sic stantibus*”. En otras palabras, aunque las Comunidades vía reformas estatutarias hubieran apurado los máximos competenciales, siempre quedará esta técnica que permitirá nuevos desarrollos, aunque sea por virtud de delegaciones o transferencias del poder nacional.

Con el fin de racionalizar nuestro sistema autonómico, el Consejo de Estado parece partidario de clarificar algunos de los excesos producidos en la praxis constitucional del artículo 150.2. En concreto, reclama que se precise que este supuesto está construido para delegaciones o transferencias, no de la titularidad de competencias, sino del ejercicio, de la gestión, si se quiere. Y, por otra parte, que se caractericen las

facultades no susceptibles de transferencia o delegación por “naturaleza”; esas que son indelegables, que forzosamente, dice el informe, habría de hacerse en términos muy flexibles y teniendo presente las que se consideren inherentes al ejercicio de la soberanía e indispensables para garantizar el correcto funcionamiento de la Administración General del Estado, así como las que no pongan en peligro la capacidad del Gobierno de la nación para diseñar su propia política en aquellos ámbitos que la Constitución le ha reservado en exclusiva. Igualmente, ha de tenerse en cuenta para esta tarea, la competencia para definir el común denominador normativo que, en buena lógica, no puede ser cedida a una Comunidad Autónoma (Informe, pp. 220-221). En el mismo sentido, el informe del Consejo plantea que se precise, por lo que se refiere a las facultades susceptibles de delegación o transferencia, que lo son porque de esta manera se ejercen más eficazmente las competencias ya asumidas en sede estatutaria, con exclusión, por tanto, de todas las que se proyecten sobre materias en las que la Comunidad Autónoma no puede invocar ningún título que le habilite de una u otra forma para intervenir. La exigencia de una vinculación directa entre una o varias competencias de las que figuran en el Estatuto como propias de la Comunidad Autónoma y las que eventualmente pudieran traspasarse por el procedimiento previsto en el artículo 150.2 serviría para poner coto a la fuerza expansiva de esta técnica, sometiendo su uso a una condición que se expresa en términos positivos. Además, señala el informe, sería buena ocasión la reforma para zanjar la polémica sobre el blindaje ex Estatuto de las cesiones de competencias a través del artículo 150.2, incluyendo una expresa interdicción de la incorporación al texto estatutario de esas facultades estatales transferidas o delegadas (Informe, p. 221).

En fin, se podrían abordar más cuestiones en estas líneas referidas, por ejemplo, a la reforma del senado. Sin embargo, me parece que es momento de poner punto y final. El Consejo de Estado ha realizado una auténtica evaluación normativa de la Constitución en lo que al ámbito territorial se refiere. Ha aprovechado la licencia concedida por el Gobierno para abordar los temas más relevantes del sistema autonómico vinculados a la consulta gubernamental. En mi opinión, es necesario racionalizar el sistema incorporando el principio de cooperación en la Constitución explicitando los deberes del Estado y de las Comunidades Autónomas en relación con las reglas de juego. Es menester también precisar mejor el principio de solidaridad entre el Estado y las Comunidades Autónomas, así como el principio de igualdad en relación con la diversidad. Y, finalmente, también parece aconsejable, dado el tiempo transcurrido perfilar un poco más el artículo 150.2. Aspectos todos ellos que permiten mantener el modelo en ese equilibrio entre unidad y autonomía que ha hecho del sistema autonómico, mal que les pese a algunos, un ejemplo de descentralización en todo el mundo.

IX.

EL MARCO CONSTITUCIONAL DEL ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA

El Derecho Administrativo hunde sus raíces en la Constitución y desde la Constitución debe explicarse. En efecto, desde 1978 hasta el día de hoy un sinnúmero de instituciones, conceptos, categorías y dogmas del Derecho Administrativo clásico están siendo redefinidos y repensados desde los postulados constitucionales como consecuencia de la proyección del sistema del Estado social y democrático de Derecho sobre el entero Derecho Administrativo.

El Estado de Derecho, lo sabemos bien, supuso una nueva forma de entender el poder público desde el principio de legalidad, arrumbando versiones patrimoniales y subjetivas que dominaron sobremanera el viejo régimen. Desde entonces, la arbitrariedad está prohibida y el ejercicio del poder se ha ido objetivizando a partir de una serie de técnicas que han intentado proscribir el oscurantismo, el secreto y la opacidad como ambientes propios de ejercicio del poder que tanto dañó los derechos de tantos ciudadanos en el pasado. Sin embargo, a pesar de los pesares, día a día se certifica la existencia, también en el modelo democrático, de no poca arbitrariedad y subjetividad, seguramente porque el problema del poder, además de jurídico, o precisamente por ello, requiere de un fuerte compromiso con los más elementales principios democráticos.

Por tanto, en este comentario acerca de un tema tan importante cómo es el de la función pública, se debe tener presente la dimensión jurídica y la humana puesto que el poder es una de las realidades más antiguas a cuyo través tanto bien puede conseguirse como tanto mal puede provocarse. La clave va a estar en el sentido que se le da a su ejercicio y a la intensidad, repito, del compromiso personal con los valores constitucionales de que hagan gala los titulares de los diferentes organismos públicos en cada momento

Desde hace algún tiempo vengo trabajando en lo que se viene denominando por el profesor MEILAN GIL, Derecho Administrativo Constitucional; es decir, el estudio del Derecho Administrativo desde el marco constitucional. Consecuencia de este enfoque es este primer tomo introductorio del Derecho Administrativo Constitucional Español, al que espero agregar con el tiempo otros tomos referidos a las instituciones (acto, contratos, procedimiento, expropiación, sanciones, contencioso...) en su entendimiento desde los principios y parámetros constitucionales.

Constitución y Jurisprudencia van a ser, por ello, constantes en este epígrafe, que pretende ser una reflexión general sobre el alcance y proyección de los criterios constitucionales sobre el acceso a la función pública, modulada por la aplicación a la realidad de dichos preceptos a partir de determinados conflictos jurídicos resueltos en sede judicial.

Esta materia, la función pública, está muy vinculada con el ejercicio del poder público. Y el ejercicio del poder público requiere, para su cabal comprensión en el modelo democrático, la aplicación de lo que he denominado postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario. Si nos instalamos en los aledaños del pensamiento único, y su corolario necesario: el uso alternativo del Derecho, entonces el poder se convierte, no en un medio para hacer posible el bienestar integral de los ciudadanos, sino en un fin al que se debe supeditar la vida entera. Y hoy, por más

que nos pese, a pesar de los años de camino democrático que llevamos, seguimos observando, desde cualquier color político, un ejercicio del poder al margen de la vitalidad real de la ciudadanía, como lucha hobessiana contra el adversario, al que hay que laminar y eliminar precisamente a través del ejercicio del poder entendido como espacio de exclusión o de dominación absoluta.

Todos estamos de acuerdo, intuyo, en que los poderes públicos no pueden contratar al personal que tengan por conveniente sin más. Deben seleccionar el personal de acuerdo con la Constitución, lo que implica que el mérito y capacidad, como quiere el artículo 103.3, serán los principios y el ambiente que debe presidir el acceso y la promoción en la función pública. Este criterio se aplica, en mi opinión, a todas las Administraciones públicas sin perjuicio de que estén sometidas al Derecho Administrativo o al Derecho Privado. Por la sencilla razón que la denominada huida del Derecho Administrativo, hoy en franca crisis debido a la nueva función del Estado como garante de los derechos de los ciudadanos, ha tocado fondo y, sobre todo, porque en materia de selección de personal y de contratación los principios de mérito y capacidad, de publicidad y concurrencia, son de aplicación necesaria a cualesquiera Administración pública sea cuál sea su estatuto jurídico. La razón profunda la hallamos precisamente que los fondos públicos deben estar presididos en su uso y manejo por la transparencia, propiedad fundamental de la democracia que requiere de publicidad, concurrencia, mérito y capacidad. Por tanto, la huida de finales de siglo está transformándose en una vuelta, nueva y renovada, al Derecho Administrativo del siglo XXI.

En el artículo 103.1 de la Constitución encontramos las tres notas características de la actividad administrativa: servicio objetivo al interés general. Por tanto en esta materia del acceso a la función pública desde la perspectiva constitucional, la objetividad que viene del Estado liberal de Derecho a través del principio de legalidad, expresa la honda igualdad de todos los ciudadanos ante la Ley en su aplicación. Es decir, la Administración pública y sus agentes no pueden manifestar preferencias o discriminaciones fundadas en razones subjetivas de unos sobre otros. La selección del personal debe basarse en el mérito y la capacidad que habrán de valorarse por los órganos de selección a través de los correspondientes procesos selectivos. La razón de que la Administración esté vinculada por el mérito y la capacidad como criterios esenciales para la selección del personal trae su causa de que ante las Administraciones públicas todos somos iguales y de que la Administración, que también está vinculada de acuerdo con el párrafo primero del artículo 103 por la eficacia, deba elegir aquellas personas que estén mejores condiciones de cumplir los fines del aparato público. Y, en función de estos criterios, se diseñan los procesos selectivos en los que deben resplandecer el mérito y la capacidad.

Es bien conocido el texto de la Declaración de los derechos del hombre y el ciudadano de 1789 en el que se consagra, en relación con el tema que nos ocupa el principio de igualdad al establecerse que “todos los ciudadanos son igualmente admisibles a todas las dignidades, puestos y empleos públicos según su capacidad y sin otra distinción que sus virtudes y talentos”. Bellas palabras que reflejan bien el

espíritu ilustrado en este punto. Palabras que siguen siendo de aplicación en nuestro tiempo en la medida en que suponen la proyección del espíritu democrático en el marco de la función pública. Mérito y capacidad, por tanto, son características del sistema de acceso a la función pública que, desde el principio del sistema de Derecho Administrativo que surge de la Revolución francesa, han pugnado contra las expresiones de amiguismo, favoritismo, nepotismo, endogamia y “spoils system” que han distinguido al antiguo régimen en este punto como consecuencia de la naturaleza patrimonial del poder.

Sin embargo, no podemos caer en la ingenuidad, a veces calculado cinismo, de pensar que la corrupción se elimina con la apelación a principios jurídicos o a citas constitucionales. Es, por supuesto, necesaria la referencia a la Constitución, pero no suficiente por la sencilla razón de que los poderes son realizados por hombres y mujeres y de ellos, de sus compromisos constitucionales, depende que el ejercicio del poder, también en materia de selección de personal, discurra por estos u otros derroteros. Afortunadamente, la creencia en el efecto taumatúrgico de las Normas jurídicas ya no tiene apenas seguidores porque las Normas precisan de instrumentos jurídicos que las apliquen, y en esta tarea de aplicación y ejecución de la Ley, la Administración pública, y sobre todo los empleados públicos, tienen un papel fundamental. A ellos, a su sentido de la prudencia, de la proporción, de la medida, de la ponderación debemos que en tantas ocasiones los preceptos de las leyes se cumplan cabalmente. Otras veces, porque en toda realidad humana hay luces y sombras, las Normas no se cumplen; más bien, se busca deliberadamente el fraude de ley.

La selección del personal para la función pública refleja paladinamente la temperatura del compromiso democrático y expresa la fuerza real del Estado de Derecho. Normalmente, cuándo el principio de igualdad se cumple en esta materia, se puede decir que, en efecto, brillan las cualidades democráticas. Y, cuándo el favoritismo o amiguismo imperan por doquier, entonces nos encontramos en ambientes autoritarios o de ejercicio del poder en clave clientelar.

En términos generales, se puede afirmar que en nuestro país las Normas jurídicas y la praxis de los órganos administrativos encargados de la selección de personal en la función pública propician un entorno de igualdad, de mérito y de capacidad como criterios rectores.

Pues bien, junto al artículo 103 de la Constitución, que es el precepto de cabecera del régimen constitucional de la Administración pública, hemos de acudir a otro artículo que inicialmente se aplicaba a los titulares de los órganos públicos pero que ya se puede entender de aplicación también a los empleados públicos. Me refiero al artículo 23.2 CE que dispone: “...tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes”.

Este precepto define nada menos que un derecho fundamental que, en nuestro caso, establece el marco de operatividad del mérito y capacidad a que se refiere el artículo 103 de la Constitución. La interpretación literal del artículo 23.2 deja pocas dudas sobre su proyección sobre el acceso a la función pública en la medida en que se dice expresamente. Así, en síntesis, podemos afirmar que este precepto consagra

el derecho fundamental al acceso en condiciones de igualdad a la función pública, de forma y manera que salvo por razones objetivas y razonables, ningún ciudadano puede ser discriminado o ser objeto de trata desigual. Quiérese decir que la objetividad que distingue constitucionalmente a la Administración pública, artículo 103, se traduce, para el caso del acceso a la función pública en el mérito y capacidad como patrones o parámetros de racionalidad que van a hacer posible que ese derecho fundamental del artículo 23.2 se realice constitucionalmente.

Afortunadamente, el Tribunal Constitucional, después de interpretar el artículo 23.2 a favor sólo de los cargos representativos, debido a determinadas intervenciones durante el debate de la Constitución y a la exclusión de la referencia al mérito y la capacidad del precepto en cuestión, rectificó el camino para situar la cuestión en sus justos términos. Incluso el profesor Garrido Falla sostuvo en un principio, igual que el propio Tribunal Constitucional, que el artículo 23.2 y el 103 tenían una dimensión subjetiva diferente. El primero contemplaba la función política y el segundo la función pública integrada por los llamados funcionarios de carrera.

Fiel exponente de esta primera aproximación es la sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de febrero de 1984:

“...la lectura de los preceptos transcritos acredita que el derecho de acceso a los cargos públicos que regula el artículo 23.2, interpretado en conexión con el 23.1 y de acuerdo con tales preceptos, se refiere a los cargos públicos de representación política...”

Esta doctrina fu secundada por el Tribunal Supremo tal y como pone de manifiesto, por ejemplo, la sentencia de 24 de noviembre de 1986 al establecer que “las funciones y los cargos públicos a que se refiere el artículo 23.2 de la Constitución no incluye los puestos de la función pública profesional, la que es contemplada en el artículo 103.3 de la Constitución, pues aquél se refiere exclusivamente a los cargos públicos de carácter político...”

Pues bien, se puede decir que el cambio de criterio se produce con toda claridad en la sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de abril de 1989, que resuelve un recurso interpuesto contra una convocatoria de pruebas selectivas para el ingreso en un cuerpo administrativo autonómico. La argumentación del Tribunal parte, como es lógico, del análisis de la supuesta discriminación del derecho fundamental a la igualdad en el acceso a la función pública del 23.2 conectado con los parámetros del mérito y capacidad del artículo 103 también de la Constitución. Para el Constitucional existe una explícita, e implícita, conexión entre ambos artículos, de manera que el artículo 23.2 impone la obligación de no exigir para el acceso a la función pública requisito o condición alguna que no sea referible a los conceptos de mérito o capacidad. Razonamiento que, además, resulta congruente, como ha señalado MEMBIELA, con el artículo 19.1 de la ley de medidas urgentes para la reforma de la función pública de 1984 cuándo exige para el acceso a la función pública la garantía de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad.

Ciertamente, esta hermeneútica del artículo 23.2 es coherente con lo dispuesto en el artículo 103 puesto que el mérito y capacidad constituyen los conceptos en los

que se debe enmarcar el derecho fundamental a la igualdad en el acceso a la función pública. Es más, los parámetros del 103 reclaman como determinación previa el derecho fundamental al acceso en condiciones de igualdad a la función pública. Si no existiera el derecho fundamental a la igualdad en el acceso a la función pública, el mérito y la capacidad carecerían de sentido.

GARCIA-TREVIJANO ha afirmado, desde esta perspectiva, la existencia de un auténtico derecho fundamental a la igualdad en el acceso a la función pública profesional, complementario del derecho fundamental al acceso a los cargos públicos de naturaleza política. SANCHEZ MORON que ha estudiado ampliamente el derecho de la función pública, sostiene, en esta línea, la existencia de un derecho “*per relationem*”: un derecho a no ser discriminado o sufrir un trato desigual no fundado en razones objetivas y razonables en el acceso a los cargos y funciones públicas.

Insisto, el mérito y la capacidad aparecen como el límite constitutivo del derecho fundamental a la igualdad en el acceso a la función pública profesional. El derecho fundamental a la igualdad en el acceso al empleo público no es un derecho fundamental absoluto. De ahí que el mérito y la capacidad aparezcan como los límites que ayudan a entender el contenido constitucional del derecho. Pero, además, la legislación ordinaria ha establecido algunos límites como consecuencia de la existencia de algunas circunstancias que el interés público debe prever para que, en efecto, la Administración pública en general, y sus agentes en particular, puedan cumplir con mayor intensidad el servicio objetivo al interés general que justifica su existencia y su función constitucional. Me refiero al tema de las lenguas cooficiales que examinaremos a continuación y que nos van a permitir efectuar algunas reflexiones desde la perspectiva de los principios constitucionales.

Sin embargo, no quiero dejar de llamar la atención sobre la importancia de que el acceso a la función pública en condiciones de igualdad sea efectivamente un derecho fundamental. Seguramente, a nadie se le escapa que la ubicación de este derecho en el artículo 23.2 permite a sus titulares la tutela judicial reforzada del artículo 53.2 de la Constitución y, por ello, la defensa ante los Tribunales frente a decisiones administrativas que lo violen pudiendo acudir, por tanto, al procedimiento de defensa jurisdiccional contencioso-administrativa para los derechos fundamentales que prevé la Ley de 1998 y, por supuesto, al denominado contencioso normal u ordinario. Por supuesto, en última instancia, está abierta la vía de amparo constitucional. Que el acceso a la función pública en condiciones de igualdad sea un derecho fundamental es, pues, muy relevante.

La existencia de lenguas cooficiales en una determinada Comunidad Autónoma ciertamente modula el acceso a la función pública autonómica en condiciones de igualdad. Ahora bien, que se produzca una razonable y lógica limitación del derecho fundamental no quiere decir, como es obvio, que a través de la legislación de función pública en las Comunidades Autónomas con lenguas cooficiales se lesione esencialmente el derecho fundamental. De lo que se trata, desde mi punto de vista, es de que la Administración pública, estatal o autonómica, pueda cumplir en las mejores condiciones su función de servicio objetivo al interés general. Es decir, las limitaciones

que vamos a analizar a la luz de la legislación autonómica y de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, deben proceder de la racionalidad y de la consideración servicial de la propia Administración pública.

La gran pregunta en toda esta cuestión podría ser la siguiente: ¿qué condición debe tener en las pruebas selectivas para el acceso a la función pública autonómica el conocimiento de la lengua cooficial? Pregunta que nos lleva a plantear la necesidad de operar en este campo desde los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario. Matización que me parece pertinente para evitar el pensamiento único que llevaría, por ejemplo, a minimizar la realidad de las lenguas autonómicas o, por el contrario a construir la doctrina del requisito “sine qua non” que se está intentando sin que, al parecer, se sea capaz de ofrecer soluciones presididas por la medida y el respeto a la Constitución.

Desde el punto de vista general, el artículo 19.1º de la Ley de 1984 dispone que las Administraciones públicas, en el respectivo ámbito de sus competencias, deberán prever la selección de funcionarios debidamente capacitados para cubrir los puestos de trabajo en las Comunidades Autónomas que gocen de dos lenguas oficiales. Aplicado este precepto a la Administración del Estado, podríamos plantearnos que en los procesos selectivos para cubrir puestos de trabajo en las oficinas de atención al público o de registro se deba acreditar, como requisito “sine qua non” el conocimiento de la lengua cooficial. En este caso, parece razonable exigir dicho requisito por razones evidentes, pues en una Comunidad con dos lenguas es normal que las relaciones de los ciudadanos con la Administración puedan ser en una u otra lengua y, lógicamente, en los puestos de trabajo que más se relacionan con los ciudadanos debe haber personal capaz de entender y contestar en las dos lenguas. De lo contrario se podría decir que esa Administración pública no cumple cabalmente su función de servicio objetivo a los intereses generales por la sencilla razón de que antes del servicio está el conocimiento de lo que plantean los ciudadanos.

Por tanto, tampoco en esta materia se pueden hacer reglas categóricas. Más bien, debe operarse casuísticamente buscando la mejor solución de acuerdo con la Constitución, como es lógico. En este sentido, vamos a analizar la doctrina del Tribunal Constitucional. Para ello, es menester citar en primer lugar la sentencia de 26 de junio de 1982 en la que se señala que cuándo un Estatuto de Autonomía declara cooficial su lengua propia está imponiendo obligaciones a los poderes autonómicos y estatales, reconociéndolo como medio normal de comunicación entre ellos y en su relación con los sujetos privados, con plena validez y efectos jurídicos. Lógicamente, si existe una lengua cooficial ello debe tener consecuencias jurídicas puesto que la lengua es un medio de comunicación entre personas e instituciones, entre instituciones o entre personas. Sí, la lengua es un medio de comunicación y dónde es cooficial implica que deba ser conocida en dicho territorio. Ahora bien, que deba ser conocida no quiere decir que tenga que ser requisito general para el acceso a la función pública autonómica. Lógicamente, la Administración pública autonómica debe estar en condiciones de comunicarse con los ciudadanos en la lengua en que éstos se relacionen con la Administración pública. Esto implica que los puestos de trabajo de relación o

de comunicación con los ciudadanos dónde existe lengua cooficial deben estar servidos por personas que conozcan razonablemente la lengua propia pues, de lo contrario se producirían evidentes disfunciones.

En estas reflexiones no debe olvidarse que el artículo 3.1 de la Constitución señala que el castellano es la lengua española oficial del Estado y que todos los españoles tienen el deber de conocerla y el derecho de usarla. Deber de conocer el castellano y derecho de ser usado por todos los ciudadanos. La lengua cooficial debe ser conocida por la Administración autonómica, lo que implica que los empleados públicos deben comprenderla para relacionarse con los ciudadanos.

Llegados a este punto, es menester traer a colación una sentencia del Constitucional relevante en esta materia. Me refiero a la sentencia de 5 de agosto de 1983 que plantea, en términos de equilibrio y armonía la obligación de conocimiento del castellano y el derecho de usar las lenguas cooficiales. En este sentido, la sentencia señala que el derecho de los ciudadanos de una Comunidad Autónoma con lengua cooficial queda cumplido atribuyendo el deber de conocimiento de dicha lengua a la Administración en su conjunto, no individualmente a cada uno de los empleados públicos. Dicho fallo admite, como no podía ser menos, que se considere el conocimiento del idioma cooficial como mérito valorable:

“Una interpretación sistemática de los preceptos constitucionales y estatutarios lleva, por una parte, a considerar el conocimiento de la lengua propia de la Comunidad como un mérito para la provisión de vacantes, pero, por otra, a atribuir el conocimiento de dicha lengua a la Administración autonómica en su conjunto, no individualmente a cada uno de sus funcionarios, como modo de garantizar el derecho a usarla por parte de los ciudadanos de la respectiva Comunidad.

Ahora bien, dentro de este contexto, la valoración relativa de dicho mérito —y como tal considera el artículo 32.2ª), el conocimiento de la lengua oficial propia de las Comunidades— no tiene su fundamento en la implantación real de la lengua en cuestión, sino en la necesaria garantía del derecho a usarla, por lo que la frase final del apartado a) del artículo 32.2 “en función de la implantación real de la misma” ha de considerarse inconstitucional.”

Para lo que ahora interesa, la doctrina constitucional establece la obligación de la Administración pública autonómica de conocer la lengua cooficial, obligación que se proyecta sobre el conjunto de la organización, lo que implica que será la propia Administración autonómica la que, de acuerdo con la definición de los puestos de trabajo, determine concretamente como se materializa esa obligación.

La ley 30/1992 da un paso más en esta cuestión y establece en su artículo 36, desde la óptica del ciudadano, su derecho al uso de la lengua cooficial, en cuyo caso la Administración del Estado deberá igualmente expresarse en la lengua cooficial. Es decir, si el ciudadano se dirige a la Administración del Estado en castellano ésta le contestará en la misma lengua. Y si opta por la lengua cooficial, también la Administración del Estado le contestará en la misma lengua. Obviamente, en las relaciones de oficio, el idioma de la Administración del Estado será el castellano, aunque,

es lo normal, las comunicaciones se producen en ambos idiomas. En los supuestos de las Administraciones autonómicas y locales con lengua cooficial, el precepto autoriza a que la regulación del lenguaje a utilizar se remita a la normativa autonómica y a la especial local. La extensión de esta previsión permite que se salve la traducción al castellano cuándo se trate de documentos que debieran surtir efectos en el territorio de una Comunidad Autónoma dónde sea cooficial esa misma lengua distinta del castellano. Previsión pensada seguramente para Catalunya e Isles Ballears.

De acuerdo con la remisión a la legislación autonómica y teniendo presente la doctrina Constitucional examinada hasta el momento, podría sentarse que, en efecto, el conocimiento de la lengua cooficial puede ser empleado como mérito en las bases para el acceso a la función pública autonómica. A partir de aquí, encontramos diferentes grados en la consideración del conocimiento de la lengua cooficial para el acceso a la función pública autonómica. En Catalunya e Isles Ballears, se exige para el acceso a la función pública autonómica en general, en País Vasco y Galicia se requiere para determinados puestos de trabajo.

Ciertamente, la facultad de exigir el conocimiento de la lengua cooficial debe integrarse en el marco del derecho fundamental al acceso a la función pública en condiciones de igualdad y de acuerdo con los principios de mérito y capacidad. Y dicha ponderación, que corresponde a la Administración autonómica debe hacerse en el contexto de la plaza concreta.

En toda esta delicada cuestión podemos preguntarnos por el sentido de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. El Supremo acredita una interesante evolución que pasa desde su rechazo a valorar el conocimiento de la lengua cooficial, a admitirlo como requisito ordinario, hasta llegar a configurarlo como elemento integrativo de la capacidad del aspirante. Veamos.

En primer lugar, encontramos el rechazo a toda valoración en sendas sentencias de 25 de enero de 1985, de 3 de mayo de 1985, y de 18 de octubre de 1986. La segunda etapa parte de considerar, como ha señalado MEMBIELA, la lengua autonómica como mérito ordinario, aunque rechazándolo como requisito de capacidad que motive la exclusión de las pruebas selectivas. Es el caso de las sentencias, por ejemplo, de 3 de marzo de 1987 o de 21 de marzo de 1988. En fin, la tercera fase de la evolución jurisprudencial que analizamos, comienza tras la sentencia de 24 de noviembre de 1989 y permite, bajo supuestos justificados, que el conocimiento de la lengua cooficial se convierta en elemento integrativo de la capacidad del aspirante, con carácter obligatorio y efectos eliminatorios. En este caso, la cualificación puede ser superada “a posteriori” con la superación de un determinado curso oficial. O, si se quiere, dicha cualificación puede acreditarse con anterioridad a las pruebas selectivas si el aspirante ha superado dichos cursos oficiales. Hoy, dadas las posibilidades de las Administraciones públicas autonómicas, muchas de las cuáles disponen de Escuelas de Administración pública, no parece complejo solucionar estos problemas de cualificación en la lengua cooficial.

A efectos sistemáticos, podemos deducir de las sentencias de 13 de octubre de 1988 y de 22 de julio de 1996, los siguientes criterios sobre la cuestión de la

lengua cooficial y el derecho fundamental a la igualdad en el acceso a la función pública autonómica:

1. El principio general sigue siendo que puede valorarse como mérito no eliminatorio el conocimiento de la lengua cooficial para el acceso a la función pública autonómica.
2. Para concretos y determinados puestos de trabajo, las Administraciones públicas competentes pueden otorgar al conocimiento de la lengua cooficial carácter eliminatorio. Es el caso, por ejemplo, del acceso a la función pública en las oficinas de atención al público de una Administración autonómica o en las oficinas de atención al ciudadano en una Delegación del Gobierno con lengua cooficial.
3. La razón de esta excepción es muy sencilla: es la forma de garantizar el derecho de usar la lengua cooficial por parte de los ciudadanos que habitan Comunidades Autónomas con lengua cooficial.
4. Del criterio sentado en el punto anterior se infiere fácilmente que será discriminatoria la exigencia de conocimiento de la lengua cooficial cuándo no esté vinculada a la garantía del uso de la lengua vernácula por los ciudadanos de la Comunidad. Por eso es muy importante que se determine con toda precisión esta circunstancia en las relaciones de puestos de trabajo, por razones de seguridad jurídica y por elementales razones de planificación en las políticas de recursos humanos.
5. Cuándo no concorra alguna de estas circunstancias será aplicable la tesis jurisprudencial que considera discriminatoria la exigencia del conocimiento de la lengua cooficial con carácter obligatorio.

Junto a la doctrina del Tribunal Supremo, no podemos olvidar, obviamente, la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en su sentencia de 26 de junio de 1986 al admitir el conocimiento de la lengua cooficial dentro de las bases de un proceso selectivo para el acceso a determinadas plazas. A partir de esta jurisprudencia, el Tribunal Constitucional señalará, sentencia de 28 de febrero de 1991, que el conocimiento de la lengua vernácula puede ser requisito de capacidad para el acceso a la función pública autonómica, de manera que en el proceso selectivo deberá acreditarse el conocimiento de la lengua cooficial en su expresión oral y escrita. El fundamento de esta doctrina el Tribunal Constitucional lo encuentra precisamente en los principios de mérito y capacidad, parámetros moduladores del derecho fundamental al acceso a la función pública en condiciones de igualdad. En efecto, el Tribunal Constitucional señala en esta capital sentencia de 1991 que el principio de mérito y capacidad para el acceso a la función pública supone la carga para quien quiera acceder a ella de acreditar las capacidades, conocimientos e idoneidad exigibles para la función a la que se aspira, por lo que la exigencia del conocimiento de la lengua cooficial en el territorio dónde actúa la Administración a la que se desea integrarse es perfectamente ubicable dentro de los meritos y capacidades requeridas. Esta interpretación, debe enmarcarse, como es lógico, en el contexto, en el suelo del artículo 23.2 tal y como lo hemos entendido anteriormente. En efecto, la exigencia del conocimiento de la lengua cooficial es adecuada y

congruente en relación con la función a desempeñar. Es un requisito que no se puede, en mi opinión, establecer como requisito general de acceso a la función pública autonómica dónde exista lengua vernácula. Pienso que fuera del supuesto de puestos de trabajo que por su especial naturaleza requirieran el conocimiento de la lengua cooficial, su exigencia generalizada y masiva lesionaría gravemente el derecho fundamental a la igualdad en el acceso a la función pública al exigirse como requisito un conocimiento de la lengua cooficial que va más allá de la idoneidad requerida para desempeñar con eficacia la función pública. Es decir, ha de ser en la realidad, en la determinación de las relaciones de puestos de trabajo dónde haya de efectuarse esta modulación de la igualdad justificada en el mérito y la capacidad, lo cuál sólo puede realizarse racional y objetivamente desde la definición de la función concreta de la plaza convocada públicamente.

Ciertamente, los tiempos que corren en nuestro país no son lo más adecuados para que prevalezca el sentido común, el equilibrio y la ponderación en esta materia, por cuánto con relativa frecuencia observamos con qué frivolidad se utiliza la cuestión de la lengua, no como elemento de comunicación, sino como arma arrojadiza a la búsqueda de la afirmación radical de un hecho diferencial que se pretende definir con carácter absoluto, ignorando las más elementales exigencias del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario. En fin, esperemos que la cordura vuelva al espacio político y las cuestiones se planteen con racionalidad y pensando en cómo mejorar de verdad las condiciones de vida de los ciudadanos.

En esta materia, como hace BAÑO LEON, interesa distinguir con claridad entre discriminación y desigualdad razonable. La segunda se produce precisamente cuándo la no realización de la prueba del conocimiento de la lengua cooficial no provoque la exclusión del proceso selectivo, sino una desventaja susceptible de poder ser corregida o subsanada, por ejemplo superando algún curso organizado por la Escuela de Administración pública respectiva que sea parte del proceso selectivo, precisamente ahora que está tan en boga la realización de cursos selectivos para la adquisición de la condición de funcionario y que tanto predicamento tiene la formación continua.

En este sentido, debemos tener bien presente la regulación que en la materia establece la Administración del Estado: la Orden de 20 de julio de 1990. Disposición que establece las normas para la provisión de determinados puestos de trabajo en la Administración periférica del Estado en relación con el conocimiento de las lenguas cooficiales propias en determinadas Comunidades Autónomas: País Vasco, Catalunya, Galicia, Comunidad valenciana, Comunidad Foral de Navarra e Isles Ballears. En estos casos, el conocimiento de la lengua cooficial se valorará como mérito para la provisión por concurso de los puestos de trabajo cuyo contenido tenga relación directa con la información al público, la recepción y registro de documentos, las actividades de gestión con significados grados de proximidad con el público y de frecuencia en su relación; así como con las actividades para las que el conocimiento de la lengua cooficial constituya factor relevante. Desde luego, se trata de una regulación razonable que enmarca la cuestión en sus justos términos.

Una vez analizada la cuestión del conocimiento de la lengua cooficial en el marco del derecho fundamental a la igualdad en el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, es momento de estudiar la repercusión de las pruebas restringidas en este derecho fundamental. Para ello, es menester tener bien presente el artículo 19.1 de la ley de medidas urgentes para la reforma de la función pública de 1984, en cuya virtud, como es sabido, se señalan los tres sistemas ordinarios de acceso a la función pública: oposición, concurso o concurso-oposición. Sin embargo, la realidad ha demostrado que, en virtud de la discutida doctrina “por una sola vez”, se han diseñado convocatorias de acceso a la función pública en las que se han primado determinadas características de algunos aspirantes, introduciendo graves quiebras de la igualdad que, sin embargo, en algunos casos han encontrado la comprensión judicial por la vía de la excepcionalísima situación concurrente en el nacimiento de la función pública de las Comunidades Autónomas.

Quizás, la clave para entender lo que ha pasado se encuentre, como señala MEMBIELA, en el uso realizado de la disposición transitoria sexta de la ley de 1984 citada, precedente de lo que no mucho después empezaría a ocurrir en un ejercicio frontera con las más detestables prácticas del caciquismo del siglo XIX:

“2. Todo el personal que haya prestado servicios como contratado administrativo de colaboración temporal o como funcionario interino podrá participar en las pruebas de acceso para cubrir las plazas de nueva creación.

En todo caso, estas convocatorias de acceso, deberán respetar los criterios de mérito y capacidad, mediante las pruebas que reglamentariamente se determinen, en las que se valorarán los servicios prestados por este personal.

3. Las Comunidades Autónomas aplicarán las anteriores normas al personal contratado administrativo de colaboración temporal dependiente de las mismas para el acceso a las respectivas funciones públicas autónomas.

4. Los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas podrán convocar pruebas específicas para el personal que al amparo de disposiciones de carácter general promulgadas por las correspondientes Comunidades Autónomas tuviesen, con anterioridad al 15 de marzo de 1984, condición de contratados administrativos en expectativa de acceso a su respectiva función pública. Se considerarán incluidos en el presente precepto los contratados mediante convocatorias públicas con anterioridad al 15 de marzo de 1984.”

La letra de la disposición es bien respetuosa con el principio de mérito y capacidad y con la igualdad en el acceso puesto que dicho derecho fundamental al acceso en condiciones de igualdad se va a producir en un contexto en el que existe un número determinado de personas que con carácter temporal han sido vinculadas a la función pública. Ciertamente, es posible encontrar diseños de convocatorias en las que se haga un uso razonable del mérito y capacidad en la situación descrita. Es decir, es posible encontrar sistemas de selección en los que resplandezca el mérito y la capacidad en combinación con la valoración de los denominados servicios previos. Lo que no ocurre, en ningún caso, si la baremación de los servicios previos supone, como ha ocurrido en algún caso, la práctica exclusión “a priori” de aspirantes que

concurrían al acceso sin servicios previos. Cuándo esto ha acontecido, ha sido por valorar desproporcionadamente los servicios previos, lo que implica la lesión grave del mérito y la capacidad y la consagración, no de la desigualdad razonable, sino de la discriminación que, como sabemos, es una forma más de arbitrariedad.

La convocatoria de pruebas de acceso sólo para quienes tengan servicios previos en la Administración autonómica o local, como interino o contratado, sabemos bien que nos conduce a prácticas del pasado que debieran ser olvidadas. La razón algunos la encuentran en el uso de la función pública como fórmula para paliar el creciente desempleo mientras que para otros no era más que una práctica de introducir en la estabilidad al personal adepto al partido.

El caso de las pruebas restringidas de acceso hay que diferenciarlo tanto de la promoción interna como de la valoración de los servicios previos. De todas formas, cuándo la valoración es desproporcionada el resultado es la violación del derecho fundamental al acceso a la función pública en condiciones de igualdad.

Un caso ciertamente polémico es el de un concurso para la provisión de determinados puestos de trabajo en el que las bases requerían la pertenencia a un nivel inferior. El Tribunal Constitucional lo justificaseñalando que al ser una promoción entre funcionarios “puede considerarse en modo alguno irrazonable o arbitrario que se estime como mérito para el acceso a unas plazas administrativas de nivel superior el estar ocupando otras de nivel inferior (...) al ser una promoción entre funcionarios para el acceso a las plazas de oficial, aunque a través del sistema selectivo del concurso-oposición, lo que no resulta contrario a la Constitución, sino concorde con ella, dado el mandato de favorecer la promoción mediante el trabajo (artículo 35.1)”.

El problema nos lo encontramos cuándo el artículo 35.1 de la Constitución se utiliza saltando y sorteando los procedimientos selectivos: lo que ocurre cuando se mezcla el concurso-oposición con la promoción, cuándo se conculca la igualdad dando preferencia al funcionario sobre el que no lo es. Cuándo se trate de acceso a la función pública el régimen es distinto que en los casos de promoción interna, como es obvio.

En este momento, podemos afirmar que fuera del ámbito de aplicación del artículo 35.1, que en la función pública se circunscribe a los casos de promoción interna, la justificación de la igualdad en las pruebas restringidas es contraria a las más elementales exigencias del derecho fundamental establecido en el artículo 23.2 de la Constitución.

En cualquier caso, tampoco es oportuno estar siempre recordando lo que se ha hecho mal porque este camino no lleva a ninguna parte. Lo que está mal, mal está, mal se hizo y hay que olvidarlo. Lo que tiene de positivo lo que ha ocurrido es que ya sabemos lo que no hay que hacer. Y si a pesar de ello, siguen perviviendo las prácticas caciquiles entonces el juicio que podemos hacer no necesita de demasiados comentarios. Claro que ha habido una deficiente planificación y racionalización de las políticas de selección en la función pública. Claro que las Comunidades Autónomas tenían que iniciar su camino y que por algún lugar había que comenzar. Por supuesto,

pero ello no equivale a afirmar que esta excepcional situación habría de llevar a una más o menos deliberada violación de la igualdad en el acceso a la función pública. De ninguna manera, muchas cosas se hicieron mal. Ya está, se reconoce y a procurar cumplir con los criterios y principios constitucionales en la materia, olvidando el pasado o sin pretender acogerse a él.

El pasado nos enseña que la contratación temporal en la función pública debe estar bien justificada porque, de lo contrario, se abren las puertas de la arbitrariedad, del clientelismo y del amiguismo, justo las prácticas que curiosamente más han sido denostadas en esta materia.

¿Quiere esto decir que los procesos de funcionarización todavía en vigor son ilegales? Lo que quiero decir es que no es de recibo que todavía en estas fechas sigamos con procesos de funcionarización, con procesos restringidos para facilitar al acceso a la función pública a determinados colectivos. La doctrina de “por una sola vez” o de la excepcionalidad, la trajo el Tribunal Constitucional en su polémica sentencia de 14 de febrero de 1991 referida a la función pública andaluza y canaria y que algunos la extienden también a la función pública estatal. Para el Tribunal Constitucional “es evidente que el derecho a la igualdad en el acceso a la función pública supone una limitación fundamental a la práctica de las llamadas pruebas restringidas para el acceso a la función pública, las cuáles han de considerarse como un procedimiento proscrito por el artículo 23.2 de la Constitución, si bien no cabe excluir que en determinados casos excepcionales la diferencia de trato establecida en la Ley a favor de unos y en perjuicio de otros pueda considerarse como razonable, proporcionada y no arbitraria a los efectos de la desigualdad de trato que establece, siempre que dicha diferenciación se demuestre como un medio excepcional y adecuado para resolver una situación también excepcional, expresamente prevista en una norma con rango de Ley y con el objeto de alcanzar una finalidad constitucionalmente legítima, entre las que se integra también la propia eficacia de la Administración pública”.

Desde luego, el razonamiento de la sentencia es débil porque justifica la quiebra de un derecho fundamental y falaz porque la eficacia, salvo que se justifique la perspectiva maquiavélica, debe integrarse siempre en la legalidad. En cualquier caso, no es mi propósito anclarme en 1991. Lo grave es que todavía hoy se pretende esgrimir esta doctrina para continuar con la práctica de las pruebas restringidas para el acceso a la función pública.

A esta sentencia de 1991, aplicable a aquellas personas contratadas antes de 15 de marzo de 1984, siguió otra de 1992, de 19 de octubre, que analizó la constitucionalidad de una disposición transitoria de una Ley canaria de 1987 que fue más allá de marzo de 1984. El Tribunal Constitucional entendió que la transitoria de la Ley estatal de 1984 era básica conectándola con el citado artículo 19, el que establece con carácter general la regla de la convocatoria. Por ello, “la previsión de pruebas específicas para los funcionarios interinos en los términos en los que lo hace la disposición transitoria novena, 3, de la ley canaria impugnada, no puede ser aceptada, al conllevar la quiebra del repetido principio básico de convocatorias públicas y libres, lo que evidentemente no obsta para que, a través de las mismas, en el desarrollo de las

correspondientes pruebas selectivas de acceso puedan valorarse los servicios efectivos prestados por esos funcionarios, siempre que, no obstante, esa valoración no incurra en arbitrariedad e incompatibilidad, por tanto, con los principios de mérito y capacidad”.

La doctrina de esta sentencia es bien clara y razonable. La clave está en que la valoración de los servicios efectivos prestados por este personal sean compatibles con los principios de mérito y capacidad.

La sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de febrero de 1994 sienta con claridad que no se puede establecer un condicionamiento preliminar que conculque el derecho fundamental al acceso a la función pública en condiciones de igualdad. En este supuesto, el Constitucional declara inconstitucional una Orden convocando una plaza de letrado asesor exigiendo como requisito “sine qua non” haber prestado un mínimo de dos años en asesoramiento y defensa en juicio de Administraciones central y autonómica. El Tribunal es bien claro y distingue el requisito de la condición de mérito valorable que pudiera tener los servicios efectivos, en este caso de dos años: “el tiempo efectivo de servicios puede poner de manifiesto la aptitud o capacidad para desarrollar una determinada función pública, y pueden ser unos méritos que pueden ser reconocidos o valorados. No surgiría ningún problema si se consideraran los servicios prestados, no como un requisito necesario para participar en el concurso, sino como mérito a valorar en una fase ulterior del concurso, pues ello no puede estimarse como desproporcionado como, arbitrario o irrazonable. El problema surge cuándo el citado requisito se considera en la Orden comorequisito o presupuesto excluyente o “sine qua non” para que los aspirantes puedan participar en el concurso, por cuánto implica que, en principio, se excluye a potenciales candidatos al acceso a la función pública y se les veda la posibilidad de que puedan mostrar su capacidad y mérito.”.

Este fallo del Tribunal Constitucional aplica con rigor y racionalidad el principio fundamental del mérito y capacidad que, insisto, es compatible con la valoración de algunas circunstancias, como puede ser la de los servicios efectivos. Debe destacarse la operatividad de los principios generales de proporcionalidad y racionalidad como elementos de control de la discrecionalidad administrativa a la hora de diseñar el sistema de acceso a la función pública. Serán pues estos principios generales de Derecho, de inspiración constitucional quienes nos darán, en cada caso, la medida del cumplimiento del derecho fundamental al acceso a la función pública en condiciones de igualdad de acuerdo con los criterios de mérito y capacidad.

Otra cosa acontece, desgraciadamente, con las llamadas pruebas restringidas. Todavía en 1998 el Tribunal Constitucional las ha dado por buenas. En este caso el alto Tribunal llegó a afirmar que la regla de la ilegalidad de las pruebas restringidas no puede ser tan estricta que no ceda en determinadas circunstancias, siempre que se trate de una situación excepcional, que solo se acuda a estos procedimientos una sola vez y que dicha posibilidad esté prevista en una norma de rango legal. A pesar del rigor introducido por el Constitucional, la realidad señala que el concepto jurídico de excepcionalidad es susceptible de diferentes interpretaciones, quizás no siempre

fieles al sentido literal del término. Ahora bien, en esta sentencia se prohíbe, como no podía ser de otra manera, que, además, se establezcan requisitos subjetivos que supongan la quiebra de la concurrencia. La realidad, insisto, demuestra que tantas veces la valoración de los servicios previos hace prácticamente imposible la concurrencia en condiciones de mérito y capacidad.

En relación con el artículo 23.2 de la Constitución, hay que distinguir, desde el punto de vista de la eficacia, el momento de ejercicio de ese derecho fundamental y, por otra parte, analizar la protección del desempeño del puesto de trabajo censurando las intromisiones ilegítimas en el ejercicio del cargo o puesto. El derecho fundamental a la igualdad en materia de función pública se refiere, además de al acceso, a todo la relación profesional de servicios, con especial referencia a la provisión de puestos de trabajo. Así se desprende de lo dispuesto por el Tribunal Constitucional en la sentencia del Tribunal Constitucional de 3 de agosto de 1983 puesto que “el derecho a la igualdad tiene así un carácter general que comprende a los servicios públicos y actúa, en el acceso a la función pública y a lo largo de la duración de la relación funcionarial, de modo que los ciudadanos no deben ser discriminados para el empleo público o una vez incorporados a la función pública...”. Sin embargo, más adelante, el Tribunal Constitucional, en sentencia de 14 de octubre de 1991, diferencia una desigual intensidad del artículo 23.2 según que nos encontremos ante el acceso a la función pública, cuya eficacia es absoluta, o en las relaciones surgidas con posterioridad al acceso. Este diferente tratamiento el Constitucional lo justifica en argumentos organizativos, en el artículo 103 de la Constitución, tal y como se deduce de esta sentencia:

“...tampoco debe ignorarse la distinta consideración que, a estos efectos, merecen, de una parte, el acceso a la función pública y, de otra —dentro ya de la misma— el desarrollo o promoción de la carrera administrativa, y, por consiguiente, el diferente rigor e intensidad con que en cada una de ellas operan los derechos y valores constitucionales como son el acceso en condiciones de igualdad (artículo 23.2 CE) y de acuerdo con los principios de mérito y capacidad (103.3 CE), a las funciones públicas. Pues, en efecto, siendo el derecho del artículo 23.2 CE un derecho de configuración legal, puede la Administración legítimamente dentro de los concursos para la provisión de vacantes o puestos de trabajo entre personas que ya han accedido a la función pública (y, por tanto, acreditado los requisitos de mérito y capacidad) tener en cuenta otros criterios distintos que no guarden relación con éstos, en atención, precisamente, a una mayor eficacia en la organización de servicios o a la protección de otros bienes constitucionales...”

Esta doctrina es ciertamente polémica pues podríamos preguntarnos por la razón de que en el acceso la igualdad sea más intensa que en la promoción, por ejemplo. ¿Es que el mérito y la capacidad son de diferente calidad o naturaleza según que nos encontremos en el momento inicial o en un momento posterior?

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 103.3 y 23.2 de la Constitución, ha de ser el legislador ordinario quien regule el acceso a la función pública. En ambos supuestos, es bien sabido, hay una remisión expresa a las leyes. Sin embargo, como en otras materias, la diferencia entre ley y legislación ha invitado al Tribunal

Constitucional a relajar, a veces desproporcionadamente, la garantía del acceso a la función pública en condiciones de igualdad de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, al admitir el reglamento. La evolución la podemos seguir, de acuerdo con MEMBIELA, a partir de la sentencia de 14 de febrero de 1991 donde se establece con claridad que “la puesta en relación del artículo 23.2 (...) con el artículo 103.3, obliga a concluir que tales requisitos han de ser establecidos mediante disposición con rango de Ley por lo que hay que considerar como constitucionalmente proscrita la posibilidad de que la Administración mediante la vía reglamentaria o a través de actos de aplicación pueda incorporar nuevos y diferentes requisitos a los legalmente previstos en los procedimientos de acceso a la función pública.” Sin embargo, en la sentencia de 11 de junio de 1987, se admite la remisión al reglamento puesto que la reserva a la ley no debe entenderse de manera tan cerrada que impida que el reglamento ciertamente pueda concretar y detallar lo establecido en la ley, por supuesto sin innovar o sustituir al legislador:

“En el artículo 103.3 de la Constitución se establece, efectivamente, una reserva para la regulación por ley de diversos ámbitos de la función pública, entre los que se cuenta el estatuto de los funcionarios públicos. Esta materia queda, así, sustraída a la normación reglamentaria, más no en el sentido de que las disposiciones del Gobierno no puedan, cuándo así lo requiera la ley, colaborar con ésta para complementar o particularizar, en aspectos instrumentales y con la debida sujeción, la ordenación legal de la materia reservada, pues esta colaboración que, en términos de política legislativa, habrá de resultar pertinente en muchos casos, no sería contradictoria con el dictado de la Constitución cuando la remisión al reglamento lo sea, estrictamente, para desarrollar y complementar una previa determinación legislativa(...). La potestad reglamentaria no podrá desplegarse aquí innovando o sustituyendo a la disciplina legislativa, no siéndole posible al legislador disponer de la reserva misma a través de remisiones incondicionadas o carentes de límites ciertos y estrictos, pues ello entrañaría un desapoderamiento del Parlamento a favor de la potestad reglamentaria que sería contrario a la norma constitucional creadora de la reserva(...), siempre que estas remisiones sean tales que restrinjan, efectivamente, el ejercicio de esa potestad a un complemento de la regulación legal, que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia ley de tal modo que no se llegue a una total abdicación por parte del legislador de su facultad para establecer reglas limitativas, transfiriendo esta facultad al titular de la potestad reglamentaria, sin fijar ni siquiera cuáles son los fines u objetivos que la reglamentación ha de perseguir.”

A tenor de la doctrina constitucional se puede señalar que el estatuto básico de la función pública se refiere a la adquisición y pérdida de la condición de funcionario, a las condiciones de promoción en la carrera administrativa y a las situaciones que se pueden dar, a los derechos y deberes, a la responsabilidad de los funcionarios y a su régimen disciplinario, así como a la creación e integración en cuerpos y escalas funcionariales y al modo de provisión de puestos de trabajo en la función pública. También, como señala la sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de junio de 1987, se encuentra sometida a la reserva legal la regulación de las demás vías de acceso a la Administración pública.

En estas materias de reserva de ley que integran el llamado estatuto básico de la función pública se admite que el Gobierno, en el marco de lo dispuesto por el Tribunal Constitucional, dicte reglamentos que complementen el contenido de la Ley. El problema, sin embargo, lo encontramos al constatar que el contenido de la reserva se hace a través de enumeraciones dictadas por el Tribunal Constitucional y que, en ocasiones, dada la proliferación de reglamentos en la materia, se puede producir una conculcación del principio de reserva de ley del 103.3 CE. Quizás, como apunta MEMBIELA, la situación traiga causa de la habilitación contenida en el artículo 29 de la Ley de funcionarios civiles del Estado que remite al reglamento para la regulación de determinados aspectos del acceso a la función pública que no ha sido expresamente derogado.

¿Cuál es el ámbito subjetivo del artículo 23.2 de la Constitución en relación con el tema que nos ocupa? Para contestar a esta pregunta hemos de señalar que de acuerdo con FERNANDEZ FARRERES, el precepto se circunscribe al personal funcionario con exclusión, por tanto, del personal laboral y del ligado a la Administración por otras situaciones de colaboración (becarios...). Ahora bien, esto no quiere decir que la garantía del acceso en condiciones de igualdad a la función pública sólo se pueda predicar del personal funcionario porque ello sería absurdo ya que el mérito y la capacidad y el principio de igualdad deben aplicarse a todos los supuestos de selección de personal en la función pública en sentido amplio. Otra cosa bien distinta es que en el caso de los funcionarios la intensidad de los principios constitucionales pueda ser más rigurosa pues se trata de una vinculación permanente a la función pública como bien sabemos.

Por lo que se refiere a la dimensión objetiva, la clave está en que se viole la igualdad en el acceso a la función pública. Ello comporta, en opinión de MEMBIELA, dos consecuencias. La primera es que en este supuesto no entran las infracciones de la legalidad, que tienen su propia vía de censura jurídica. Y la segunda se refiere a que nos hallamos ante supuestos que se producen sólo cuándo la infracción de las bases del concurso impliquen una vulneración de la igualdad entre los participantes tal y como reconoce el Tribunal Constitucional en la sentencia de 27 de enero de 1987. Por lo que se refiere a la violación de la igualdad, no de la igualdad, para que opere la vía procesal de protección del derecho fundamental consagrado en el artículo 23.2 el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de sentar que “lo que en forma alguna resulta viable pretender de este Tribunal Constitucional, bajo la invocación de aquel derecho fundamental (art. 23.2 CE) y a través de la específica y singularísima vía de amparo es la revisión de lo decidido por el órgano administrativo calificador, y posteriormente, confirmado por los órganos judiciales competentes...”.

El principio de igualdad en el acceso a la función pública aparece modulado, ya lo hemos comentado en diferentes oportunidades a lo largo de esta exposición, por dos conceptos jurídicos indeterminados: el mérito y la capacidad, también con relevancia constitucional. En este campo, en el ámbito relativo a la integración del principio en relación con ambos conceptos jurídicos indeterminados, la Administración goza de cierta discrecionalidad. Ahora bien, como ha señalado el Tribunal Constitucional en la sentencia de 18 de abril de 1989, “el juicio de igualdad, dentro de la razonable dosis

de libertad de la Administración sobre el programa, pruebas selectivas y fijación de los méritos en el acceso a la función pública, tiene un sentido exclusivo de evitación o de reparación de las discriminaciones y no de la determinación de cuáles sean las opciones mejores o más adecuadas que pudiera haber elegido la Administración. En relación con esta ponderación en este proceso constitucional sólo cabe comprobar si tal ponderación es manifiestamente irracional, no responde a criterio admisible de general aceptación, y supone prácticamente la exclusión de otros, en este caso de los que concurren de fuera de la Administración...”.

La clave, por tanto, reside en que dicha integración no produzca discriminaciones o desigualdades arbitrarias que contraríen los principios constitucionales. Y será en el caso concreto cuándo el Tribunal Constitucional esté en condiciones de pronunciarse sobre una eventual lesión de este derecho fundamental por haberse producido una situación carente de justificación objetiva y razonable en relación con el principio de igualdad (sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de junio de 1994), por haberse rebasado el límite de lo tolerable (sentencia del Tribunal Constitucional de 31 de marzo de 1998), por establecerse requisitos de carácter discriminatorio (sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de julio de 2001), por haberse producido referencias individualizadas y concretas en la convocatoria (sentencia del Tribunal Constitucional de 29 de noviembre de 1993), por no solicitar para el acceso a la función pública requisito o condición alguna que no sea referible a los conceptos de mérito y capacidad (sentencia del Tribunal Constitucional de 21 de julio de 1998), por no cumplir el deber de impedir toda diferencia de trato entre los aspirantes, debiendo ofrecerles a todos un trato igual en las diferentes fases del proceso selectivo (sentencia del Tribunal Constitucional de 29 de mayo de 2000). En sentido positivo, encontramos algunos pronunciamientos del Tribunal Constitucional que ayudan sobremano a entender el alcance del derecho fundamental en relación con el mérito y la capacidad. En efecto, el Tribunal Constitucional ha señalado en su sentencia de 29 de noviembre de 1993 que es necesario “garantizar la igualdad de oportunidades en el acceso a la función pública con arreglo a las bases y al procedimiento de selección establecido, garantizando su aplicación por igual a todos los participantes e impidiendo que la Administración, mediante la inobservancia o la interpretación indebida de lo dispuesto en la regulación del procedimiento de acceso, establezca diferencias no preestablecidas entre los diversos aspirantes”. Ha dispuesto, sentencia de 18 de abril de 1989, que se fijen unos requisitos que impidan que las bases sean establecidas en términos singulares y muy concretos, provocando discriminación positiva a un conjunto prefijado de personas o que dichos requisitos, méritos o cualificaciones profesionales establecidos en los procesos selectivos sean de carácter general.

En definitiva, se trata de manifestaciones del principio de igualdad modulados por los conceptos jurídicos indeterminados de mérito y capacidad que, caso a caso, el Tribunal Constitucional ha ido perfilando. En síntesis, de acuerdo con MEMBIELA, se puede decir que se trata de evitar conductas de la Administración que supongan: pretericiones personales en el acceso a las funciones y cargos públicos, cuándo para la provisión de los empleos cargos se han introducido, explícitamente o no, referencias

individuales; quiebras procedimentales con resultado de preterición de un aspirante; exclusiones arbitrarias de aspirantes a pruebas selectivas.

El problema ya mencionado anteriormente de la valoración desproporcionada de los servicios previos ha sido objeto de la sentencia de 14 de febrero de 1991, señalando el Tribunal Constitucional que esta valoración de los servicios efectivos “no puede ser entendida a la luz de los artículos 23.2 y 103.3 CE, como autorización a la Administración para establecer o regular estas pruebas sin respetar los conceptos de mérito y capacidad, requisitos constitucionales que no impiden el reconocimiento o evaluación del mérito consistente en el tiempo efectivo de servicios, pero que en ningún caso pueda convertir a ese tiempo efectivo de servicios en título de legitimación exclusivo que permita el acceso a una función pública de carácter permanente al tener que respetarse en todo caso también para los interinos y contratados los principios constitucionales de mérito y capacidad” Lo que ocurre, como ya se comentó anteriormente, es que el argumento de la excepcionalidad o del por una sola vez ha abierto las puertas a prácticas que en algunos casos bordean, cuando no conculcan, estos principios. Es el caso de esta sentencia de 1991 por el que, en efecto, sí se declaró constitucional, a pesar de los pesares, el sistemas de pruebas extraordinarias para contratados administrativos previstas en disposición transitoria sexta. O es el caso amparado por la sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de junio de 1994 por el que se dio por bueno este sistema respecto a funcionarios interinos que realizaban tareas docentes. En esta sentencia se puede leer lo que sigue: “ el trato de favor concedido a los aspirantes que con anterioridad hubiesen desempeñado tareas docentes como funcionarios interinos posee un carácter excepcional y deriva de una circunstancia vinculada a una finalidad constitucionalmente legítima, como es normalizar la situación del personal al servicio de las Administraciones educativas y mejorar su cualificación...”.

La gran pregunta que debe responderse se refiere a cómo debe calificarse la práctica de contratar interinos en diferentes ramos de la actividad administrativa para después acogerse a esta excepcionalidad. En algunas ocasiones, estos procesos selectivos de interinos no han respetado las más elementales garantías de igualdad en su acceso porque se razonaba sobre la base de la temporalidad del empleo. Sin embargo, no pocas veces esta ha sido la puerta para el fraude ley, imputable sobre todo a quienes de una manera irresponsable generalizaron en su día esta forma peculiar de entrada en la función pública.

Para ir terminado este epígrafe puede resultar de interés analizar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en relación con los conceptos jurídicos indeterminados de mérito y capacidad. Sabemos bien que la discrecionalidad es un concepto bien diferente de los conceptos jurídicos indeterminados. Que la Administración pública goce de discrecionalidad quiere decir que dispone de un margen de libre apreciación para adoptar la decisión que le parezca la más adecuada y conveniente siendo posibles, obviamente, varias. En el caso de los conceptos jurídicos indeterminados, como ya es pacífico, las cosas suceden de otra manera: o la selección respeta el mérito y la capacidad o no. O el solar es ruinoso, o no. O se da la circunstancia de alteración del

orden público, a no. En estos casos, no hay una pluralidad de soluciones posibles; en estos casos se trata de constatar en la realidad si dicho concepto jurídico indeterminado se produce o no se produce. Por ello, la revisión judicial en estos casos no es tan compleja como la de la discrecionalidad. Sin embargo, en la materia que nos ocupa, el Tribunal debe tener en cuenta el mérito y la capacidad en el marco del principio de igualdad en el acceso a la función pública. El mérito y la capacidad deben evitar la consolidación de discriminaciones o de desigualdades arbitrarias o irracionales. El criterio para elegir a los candidatos, sí que está cubierto por el manto de la discrecionalidad, puesto que para esta decisión el órgano seleccionador goza de amplio arbitrio, aunque lógicamente ni es ilimitado ni absoluto.

El mérito y la capacidad, es obvio, evitan que la subjetividad sea un criterio de selección y que, por tanto, desaparezca del ámbito de esta cuestión el amiguismo o la arbitrariedad. Por el contrario, permiten que las decisiones estén amparadas en el mundo de lo objetivo y de la capacidad técnica adecuada a la naturaleza de las tareas a realizar estableciéndose con carácter general en relación con determinados conocimientos o determinada titulación.

Quienes hemos participado y participamos con cierta habitualidad en procesos selectivos en la función pública sabemos que estos principios deben vincularse a la realidad, haciendo el esfuerzo porque, en efecto, la objetividad, el mérito y la capacidad resulten congruentes en relación con la trayectoria y exposición, si es el caso, de los candidatos.

Aunque la Constitución en el artículo 103. 3 no se refiera a la publicidad, sí está reconocida en el artículo 19.1 de la Ley de 1984, y en el reglamento de 1995 en su artículo 5.1. En mi opinión, aunque quizás, por claridad y sistemática, debió haberse enumerado en el artículo 103.3 CE, su mención “in genere” en el artículo 9.3 CE en relación con el principio de publicidad de las normas soluciona cualquier problema en la materia; ello aunquese entienda que una convocatoria de pruebas selectivas es un acto administrativo y no una norma puesto que, para esta perspectiva, el artículo 59 de la ley 30/1992 dispone, en su apartado 6º, la publicación en el correspondiente tablón de anuncios o medio de comunicación.

Lógicamente, la publicidad está esencialmente conectada al mérito y a la capacidad pues éstas no podrían desplegar su operatividad al margen de un espacio de publicidad.

En este sentido, el Tribunal Supremo ha señalado en la sentencia de 26 de septiembre de 1986, de acuerdo con el artículo 9.3 de la Constitución que “es claro que la publicidad tiene por objeto hacer llegar a la generalidad de los posibles interesados el conocimiento la existencia y características de la convocatoria para que aquéllos puedan decidir lo oportuno respecto de su concurrencia. (...) La publicidad a través del Diario Oficial es un factor de igualación —art. 9.2 CE—” De la misma manera la publicidad es una exigencia de la igualdad, pues su conculcación provoca una evidente desigualdad.

Finalmente, la garantía del acceso a la función pública en la legislación ordinaria la encontramos en los conocidos artículos 30 de la Ley de funcionarios civiles del Estado y en el artículo 19 de la Ley de 1984.

Tras la reforma de la Ley 30/1992 en 1999 aparece el principio de confianza legítima como uno de los principios vertebradores de la actividad administrativa. La jurisprudencia, sobre todo del Tribunal Supremo, ya lo venía utilizando en muchos casos y, por otra parte, se trataba de un principio propio del acervo jurídico comunitario europeo de aplicación entre nosotros. Claro, un principio que afirma que la Administración pública no puede variar unilateralmente las reglas del juego, parece que podría ser vulnerado en aquellos supuestos en los que sin justificación alguna se salten los ritmos propios y tradicionales en la convocatoria de procesos selectivos. Obviamente, se estaría causando un daño en una legítima expectativa amparada, valga la redundancia, en el principio de confianza legítima que, como se ha dicho, es el principio de buena fe en su aplicación al Derecho Administrativo.

BIBLIOGRAFÍA

- ALESSI, R.: *Principi di Diritto Administrativo*, Milán, 1961.
- BAENA DEL ALCAZAR, M.: *Estudios sobre la Administración en la España del siglo XVIII*, Madrid, 1968.
- BAÑO LEON, J. M.: *Los límites constitucionales en la potestad reglamentaria*, Madrid, 1991.
- CLAVERO AREVALO, M.: “Consecuencias de la concepción del Derecho Administrativo como Ordenamiento Común y Normal”, *Revista General de Jurisprudencia y Legislación*, 1952.
- FERNANDEZ FARRERES, G.: *Colegios profesionales y derecho a la competencia*, Madrid, 2002.
- FORSTHOFF, E.: *Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid, 1958.
- GALLEGO ANABITARTE, A.: *Administración y jueces: gubernativo y contencioso*, Madrid, 1971.
- GALLEGO ANABITARTE, A.: “Las asignaturas de Derecho Político y Administrativo: el destino del derecho Público español”, *Revista de Administración Pública*, 1983.
- GARCIA DE ENTERRIA, E.: “Verso un concetto statutario del Diritto Administrativo”, *Revista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1960.
- GARCIA DE ENTERRIA, E.: *Revolución francesa y Administración contemporánea*, Madrid, 1972.
- GARCIA DE ENTERRIA, E.: *Dos estudios sobre la usucapión en Derecho Administrativo*, Madrid, 1974.
- GARCIA-TREVIJANO GARNICA, E.: *Los actos administrativos*, Madrid, 1986.
- GARRIDO FALLA, F.: *Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid, 1961.
- GARRIDO FALLA, F.: “Sobre el Derecho Administrativo y sus ideas cardinales”, *Revista de Administración Pública*, 1952.
- GIANNINI, M. S.: *Lezioni di Diritto Administrativo*, Roma, 1961.
- GIANNINI, M. S.: *Derecho Administrativo*, Madrid, 1991.
- GIDDENS, A.: *La tercera vía*, Barcelona, 2003.
- GONZALEZ NAVARRO, F.: *Tratado de Derecho Administrativo*, Pamplona, 1998.
- GONZALEZ RIVAS, J. J.: *La Constitución y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 2003.
- GONZALEZ PEREZ, J.: *Derecho Procesal Administrativo*, Madrid, 1964.

- MARTÍNEZ GARCÍA, C.: *La intervención administrativa en las telecomunicaciones*, Madrid, 2002.
- MAYER, O.: *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1982.
- MEILÁN, J. L.: *El proceso de la definición del Derecho Administrativo*, Madrid, 1968.
- MEILÁN, J. L.: *La cláusula de progreso de los servicios públicos*, Madrid, 1968.
- MEILÁN, J. L.: "El estudio de la Administración económica", *Revista de Administración Pública*, 1966.
- MEMBIELA, L.: *Provisión de puestos de trabajo en la Administración pública*.
- NIETO, A.: *Estudios históricos sobre Administración y Derecho Administrativo*, Madrid, 1986.
- PETOT, J.: "Quelques remalques sur les notions fondamentales du droit Administratif", *Revue de Droit Public*, 1965
- RIVERO, J.: *Droit Administratif*, París, 1993.
- ROCA, E.: *Comentarios a la ley de la jurisdicción contencioso administrativa*, Madrid, 2003.
- SANTAMARIA PASTOR, J. A.: *Apuntes de Derecho Administrativo*, Madrid, 1987.
- SANTAOLALLA, F.: "Las directivas de técnica normativa", *Revista de Administración pública*, 2006.
- SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho de la Función Pública*, Madrid, 1998.
- TIMSIT, G.: *Le role de la notion de fonction administrative en Droit Administratif Francaise*, París, 1963.
- VILLAR PALASÍ, J. L.: *Apuntes de Derecho Administrativo*, Madrid, curso 1965-66.
- VILLAR PALASÍ, J. L.: *Memoria sobre el concepto, fuentes y método del Derecho Administrativo* (inédita).
- VILLAR PALASÍ, J. L.: *La intervención administrativa en la industria*, Madrid, 1964.

