

LA LUCHA CONTRA LAS INMUNIDADES DEL PODER EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO (PODERES DISCRECIONALES, PODERES DE GOBIERNO, PODERES NORMATIVOS)

POR

EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA

Catedrático de la Facultad de Derecho de Madrid.

SUMARIO: Introduccin. I. Poder y Derecho. La conversión de la metafísica en técnica como tarea jurídica.—II. La configuración del sistema de enjuiciamiento contencioso de la Administración: idea de la legalidad, libertad como garantía jurídica, derecho de resistencia, separación entre Administración y Justicia, el autocontrol del aparato administrativo y la aparición del recurso contencioso.—III. La jurisdiccionalización del recurso contencioso y el repliegue de la Administración hacia zonas de inmunidad judicial. Los tres círculos de inmunidad de la anterior Ley de lo contencioso y el esfuerzo de reducción de la Ley de 1956.—IV. La inmunidad de los poderes discrecionales. Los primeros intentos de reducción: la existencia de elementos reglados en todo poder discrecional, en especial el fin y la desviación de poder. La situación actual de nuestro Derecho en orden al control de la discrecionalidad.—V. Hacia un control más sustancial del poder discrecional. *a)* El control de los hechos determinantes. *b)* Discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados; el principio de la unidad de solución justa y la reducción de la masa de la discrecionalidad y su relativización. *c)* El control por los principios generales del Derecho. El último residuo de la discrecionalidad: la apreciación de valores singulares.—VI. La inmunidad de los llamados actos políticos o de gobierno. El intento restrictivo de la Ley de 1956 y el efecto expansivo de su Preámbulo. Importancia política y régimen jurídico. La disolución doctrinal de los actos de gobierno. El caso singular de los actos de relación con el Legislativo y de relaciones internacionales. Análisis de los demás pretendidos actos de gobierno, en especial cuestiones de orden público y de organización militar. La eliminación de esta supervivencia de la razón de Estado. El caso francés. Las cláusulas generales constitucionales de otros países y el fin de los actos de gobierno. La condenación de las exclusiones de materias por ministerio de la Ley.—VII. La inmunidad de los poderes normativos. La idea revolucionaria de la Ley y la conversión de ésta en un simple medio técnico de la organización. La Ley como amenaza para la libertad. El estilo legislativo de la Administración. La defensa contra los poderes normativos administrativos y la significación del recurso contra Reglamentos. Problemas actuales del mismo. *a)* El acceso al recurso: legitimación; la injustificación de la limitación a Corporaciones. Recurso de reposición. *b)* La universalidad del recurso: inadmisión de la extensión a esta materia de la doctrina de los actos de gobierno y de una limitación por razón de la materia del Reglamento. *c)* La fiscalización de los poderes legislativos delegados: inexistencia de excepciones. *d)* Fondo del recurso: el criterio esencial de los principios generales.—VIII. Conclusión: la eliminación de inmunidades. El poder administrativo como poder esencialmente justiciable. Estado de Derecho y Estado de Justicia.

Nada más grato para mí que hablar en esta Universidad de Barcelona (), en la que justamente inicié mi Licenciatura de Derecho hace ya más de veinte años, y de la que guardo un gran recuerdo de maestros eminentes y de compañeros, al que he procurado mantenerme siempre fiel. Viví aquí durante un año entero la misma vida que ahora vosotros, Promoción de 1962, os disponéis a despedir, a la vez anhelantes, temerosos, ilusionados y tristes. Honor también de dirigirme a esta Promoción de 1962, con la que ninguna relación ciertamente me ligaba hasta ahora, pero que se ha hecho familiar a todos los administrativistas españoles, y al último de todos ellos, que soy yo, por esa designación que orgullosamente la señala: la del llorado profesor Manuel Ballbé, nombre que despierta tantas resonancias de admiración, de dolor, de afecto fraternal. ¡Qué decir ya, y precisamente ante ustedes, que con él han convivido hasta su muerte, qué decir de nuevo del profesor Ballbé que no conozcáis! Yo mismo, por un triste y honroso encargo a la vez, he debido hacer, recientemente, su nota necrológica en la REVISTA DE ADMINISTRACION PUBLICA, cuyo Consejo de Redacción honra, en la que me he esforzado en precisar la pérdida que significa la desaparición de esta gran figura, que va a marcar—Promoción de 1962—a la vez de orgullo y de exigencia íntima todos vuestros destinos universitarios.*

I

En este curso, donde tantas cosas importantes estaréis oyendo, me toca a mí un menester que es habitual en los modos científicos del Derecho Administrativo. Es, desde luego, su servidumbre (por de pronto, esto); nos parece, sin embargo, a sus servidores que también su grandeza. Esta tarea es la de reconducir los grandes temas, los temas que estremecen el corazón del hombre (1), como es éste, sin duda, del Poder,

(*) Este trabajo recoge el texto de la conferencia pronunciada por el autor en la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona el día 2 de marzo de 1962, dentro del curso *El Poder y el Derecho*, organizado por la «Promoción Manuel Ballbé» de 1962.

(1) VON KIRCHMANN, *La jurisprudencia no es ciencia*, traducción española, Madrid, 1949, pág. 46: «Todas las cuestiones del Derecho público están penetradas de estos factores...; basta mencionar estas cuestiones para que el corazón de cada cual se ensanche».

a su concreta, diaria y artesana aplicación, donde desaparecen su esoterismo y su misterio y se hace patente, posiblemente, su funcionalismo verdadero. Así, todo el succulento tema del Estado de Derecho se convierte para los administrativistas en un conjunto de técnicas concretas y particulares. Esta conversión de la metafísica en técnica es, justamente, nuestro papel en el gran concierto de las ciencias sociales. No es exacto que una buena Administración pueda sustituir una ausencia de Política (2), o que todo el problema del Estado de Derecho pueda ser reconducido a un problema de justicia administrativa, como alguna vez se ha pretendido (3), pero sí lo es, sin embargo, que sin una total y plenaria resolución de este gran tema de la justicia administrativa el Estado de Derecho es literalmente nada. El ciudadano se enfrenta con el Poder primariamente en cuanto poder administrativo. El le acompaña, como decían nuestros clásicos del siglo XIX, desde la cuna a la sepultura. Pero no se trata, naturalmente, de enfocar este problema de la justicia administrativa como un sistema de regulaciones procesales formales, sino de hacer pasar por ellas todo un conjunto de reglas sustanciales, que es lo que vamos a intentar precisar, en cuanto a uno de sus puntos críticos, en esta lección de esta mañana.

II

La idea de someter el Poder sistemáticamente (4) a un juicio en el que cualquier ciudadano pueda exigirle cumplidamente justificaciones de su comportamiento ante el Derecho es una idea que surge del Estado montado por la Revolución francesa, pero que aparece de un modo ocasional. No se encuentra en las grandes fuentes doctrinales de la Revolución una anticipación de este mecanismo que lejanamente pudiese parecerse a lo que hoy estamos habituados a ver. Sin embargo, es un hecho que es de aquí, de los grandes dogmas revolucionarios, de donde en

(2) Más bien ocurre que sin una sana estructura política no existe ni siquiera la posibilidad de una mediana Administración. Cfr. mi libro *La Administración española*, Madrid, 1961, pág. 229.

(3) Cfr. el excelente estudio de SCHEUNER, *Die neuere Entwicklung des Rechtsstaats in Deutschland*, en la obra colectiva *Hundert Jahre deutsches Rechtsleben. Festschrift deutscher Juristentag, 1860-1960*, tomo II, Karlsruhe, 1960, págs. 229 y sigs., en especial págs. 247 y sigs.

(4) Al margen, pues, las posibilidades casuísticas de un enjuiciamiento del Príncipe, que ya la Edad Media conoce (justicias estamentales, técnica de los rescriptos *contra in*, especialmente).

virtud de un conjunto de circunstancias, muchas de ellas casuales, va a surgir esto que hoy ya se considera como un atributo definitivo del sistema cultural de Occidente. Esquemáticamente, estas razones, que determinan el surgimiento de la justicia administrativa, podríamos esbozarlas así:

En primer lugar, el principio de legalidad. Es, con toda claridad, una consecuencia del dogma rousseauiano de la voluntad general, en virtud del cual no se aceptan ya poderes personales; todo el poder es de la Ley, toda la autoridad que puede ejercitarse es la propia de la Ley; sólo «en nombre de la Ley»—expresión ya habitual, pero cuya significación precisa resulta de su origen en los textos revolucionarios (5)—se puede exigir la obediencia. La Ley otorga, y a la vez limita, la autoridad de los agentes, que, como tales, son sólo servidores de la Ley, *lex loquens*, aunque en el sentido precisamente opuesto al que se dió a esta expresión en la Edad Media cuando se refería al Rey. Parafraseando a DUCUIT podríamos decir, con conceptos caros a la mentalidad administrativista, que se trata de la conversión del hecho bruto del poder político en la idea técnica de la competencia legal (6).

En segundo lugar, el principio de la libertad como una garantía jurídica. De nuevo es también en nuestro terreno donde ha de efectuarse la conversión técnica de este soberbio mito de la libertad en una técnica jurídica operante y concreta. La libertad como ideario, como idea metafísica, podríamos decir, se convierte para nosotros, en nuestro terreno, en el derecho público subjetivo. Este derecho público subjetivo comienza configurándose como un derecho a la legalidad, en el sentido de un derecho a oponerse a la opresión que no venga en nombre de la Ley, a oponerse a toda posibilidad de ser afectados en la esfera de los intereses personales si no es por disposición expresa de la Ley. Ahora bien, esta idea, que es patente en todos los textos revolucionarios, comienza técnicamente montando a su servicio dos garantías perfectamente toscas, como tomadas

(5) El artículo 5.º de la Declaración de derechos de 1789 dice: «Todo lo que no es prohibido por la Ley no puede ser impedido, y nadie puede ser forzado a hacer lo que ella no ordena»; el artículo 7.º: «Los que soliciten, dicten, ejecuten o hagan ejecutar órdenes arbitrarias deben ser castigados; pero todo ciudadano apelado o detenido *en vertu de la loi* debe obedecer al instante: se hace culpable de la resistencia». A su vez, el famoso artículo 3.º de la Sección 1.ª del Capítulo II de la Constitución de 1791 dice: «No hay en Francia autoridad superior a la de la Ley. El Rey no reina más que por ella, y sólo en nombre de la Ley puede exigir obediencia».

(6) Es sabido que DUCUIT edifica sobre esa diferencia su entera construcción del Derecho público: «La puissance publique... c'est une notion sans valeur et qu'il faut bannir de toute construction positive du droit public», *Manuel de Droit Constitutionnel*, 4.ª ed., París, 1923, pág. 65.

del Antiguo Régimen (7). Por una parte, la técnica medieval del derecho de resistencia—los textos revolucionarios que proclaman el derecho de resistencia son constantes, como ustedes saben (8)—; por otra parte, la técnica del proceso penal al agente arbitrario, al agente que no legitima su actuación con un mandato de la Ley.

Evidentemente, estas dos técnicas no son válidas por su misma violencia, por su misma excepcionalidad, para poder exigir el respeto a la Ley a una acción administrativa que se manifiesta concreta, constante, detallista, y, además, en mantenido crecimiento. Ocurre, sin embargo, que la idea de exigir judicialmente a la Administración por modo directo ese respeto a la Ley, que sería toda su regla de vida, parece encontrarse en los propios comienzos revolucionarios con un obstáculo inesperado, que es el dogma de la separación entre la Administración y la Justicia.

La última fase del Antiguo Régimen contempla la curiosa experiencia de un intento de mediatización judicial de los poderes regios. Los Parlamentos judiciales, como saben ustedes, último reducto del estamento nobiliario (el propio MONTESQUIEU fué Consejero y Presidente más tarde del Parlamento de Burdeos, y, además, en su gran libro sobre *L'esprit des lois* formula una directa y nada velada apología del sistema), se oponen a las grandes reformas de estructura que el monarca absoluto emprende en la última fase de su monarquía, sobre todo cuando estas reformas están orientadas en el sentido de una reforma de estructura social, por obra de los grandes ministros fisiócratas TURCOT, CALONGE, NECKER.

(7) En realidad, el influjo se recibe directamente a través de las formulaciones anglo-ajonas (inglesas y americanas), que, a su vez proceden de la propia experiencia revolucionaria de estos países. Véase nota siguiente.

(8) Véase el libro clásico de WOLZENDORFF, *Staatsrecht und Naturrecht in der Lehre vom Widerstandsrecht des Volkes gegen rechtswidrige Ausübung der Staatsgewalt*, Breslau, 1916 (reimpresión fotomecánica, Aalen, 1961), págs. 390 y sigs. El artículo 2.º de la Declaración de derechos de 1789, dice: «Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression». Los antecedentes ingleses y americanos, en WOLZENDORFF, págs. 262 y sigs y 375 y sigs. En el artículo 32 de la declaración de derechos girondina se especificaba: «Il y a oppression lorsqu'une loi viole les droits naturels, civils et politiques qu'elle doit garantir. Il y a oppression lorsque la loi est violée par les fonctionnaires publics dans son application à des faits individuels. Il y a oppression lorsque les actes arbitraires violent les droits des citoyens contre l'expression de la loi. Dans tout gouvernement libre, le mode de résistance à ces différents actes d'oppression doit être réglé par la Constitution». Fueron los jacobinos, no obstante, quienes formalizaron más matizadamente este derecho de resistencia en sus varias formas: pasiva, defensiva y agresiva o insurrección (arts. 10, 11, 27 y 35 de la declaración de 1793). Cfr. DUCURT, *Manuel*, cit., págs. 320 y sigs., y su *Traité de Droit Constitutionnel*, 2.ª edición, III. París. 1923. págs. 735 y sigs.

Justamente la negativa de los Parlamentos al «enregistrement» de las Ordenanzas regias, las llamadas «remontrances», que es una especie de veto devolutivo al rey que actúan respecto a las Ordenanzas que reciben, origina la gran crisis constitucional del Antiguo Régimen, de la que va a salir directamente la convocatoria de los Estados generales.

Los revolucionarios son conscientes de esta gran experiencia, y una vez que el poder político es suyo no aceptan llanamente la posibilidad de que los jueces, que para ellos se identifican todavía con las clases conservadoras, pudiesen mediatizar sus propias decisiones. Es así como se formula la Ley de separación entre la Administración y la Justicia, la famosa Ley de 16-24 de agosto de 1790, donde se proclama la separación radical entre la Administración y la Justicia, entendida en el sentido de que los tribunales no podrían (literalmente, porque es muy expresiva la frase) molestar de la manera que fuese a las operaciones de los cuerpos administrativos («troubler de quelque manière que ce soit les opérations des corps administratifs») ni citar ante ellos a los administradores por razón de sus funciones (9).

He aquí, pues, que en el mismo momento que todo este ideario de la legalidad, de la libertad, de la garantía jurídica, va a ponerse en práctica, parece encontrarse con un obstáculo impensado: este principio de la separación entre la Administración y la Justicia, separación concebida como una exención judicial, una exención rotunda, radical, absoluta, de los poderes administrativos. Pero he aquí también lo casual, he aquí lo paradójico. Es justamente esta idea de la exención judicial de la Administración la que va a determinar la suerte entera de lo que hoy llamamos lo contencioso-administrativo.

Este régimen de lo contencioso-administrativo comienza originándose como un control interno de la Administración sobre su propio aparato. No ya los Tribunales, sino la propia Administración, mediante órganos especiales, será quien enjuicie el comportamiento de los administradores. Tiene para ello la Administración un interés directo: la reducción a la legalidad formal de todo el actuar del magno aparato de la Administración, una experiencia inédita en la historia política del hombre, fué posible porque la Ley es de suyo una técnica de racionalizar una organización colectiva (10). Al interés de los particulares de que los funciona-

(9) Véase sobre todo esto mi estudio *La Revolución francesa y la emergencia histórica de la Administración contemporánea*, en *Homenaje a Pérez Serrano*, II, Madrid, 1959, páginas 202 y sigs.

(10) Es éste el concepto de legalidad en la sociología de la organización de Max WEBER. Véase *infra*.

rios no excediesen la Ley, se unió así el de la propia Administración en sus órganos centrales o directores, a quienes interesaba lo mismo para poder mantener en orden su propio aparato, excluyendo iniciativas personales, en un momento, además, en que estas iniciativas amenazaban con un vasto desorden el sistema social. Es por ello un hecho rigurosamente comprobable que la historia del recurso contencioso-administrativo corre parejas, paradójicamente, con la historia de la centralización: son los jacobinos, primero, los autores del famoso centralismo revolucionario, que tanto influyó todavía en las ideas de Lenin sobre las estructuras políticas, y es Napoleón, más tarde y definitivamente, el gran constructor del Estado centralizador francés moderno, modelo para toda la Europa del siglo XIX, y que dista aún de haber perdido actualidad, los que instauran y desenvuelven, configurándolo casi en sus líneas actuales, el sistema de lo que hoy llamamos contencioso-administrativo.

Este sistema es un sistema de autocontrol; no podían ya ejercerlo los jueces en virtud del dogma de la separación. Lo ejerce la propia Administración, y respecto de este control montado por la Administración en su propio interés, los particulares coadyuvan, podemos decir, al modo de un Ministerio público, de un Ministerio fiscal, que denuncia la infracción de la Ley y en interés de ésta (11).

Es un hecho que Napoleón atribuyó el conocimiento de estos recursos a los dos órganos por excelencia centralizadores de todo su sistema: el Consejo de Estado, en lo central, los Consejos de Prefectura, en los Departamentos.

Es cabalmente esta radicación del sistema de control en el propio aparato administrativo y en su interés lo que permite su consagración definitiva y lo que impulsa su desarrollo y extensión, que va a marcar desde sus fases iniciales el sistema de lo contencioso.

III

No podemos seguir paso a paso la historia de este desenvolvimiento. Baste decir que esta evolución concluye por eliminar esos supuestos convencionales iniciales que permitieron su instauración. Hoy ya el recurso contencioso-administrativo no es un recurso montado desde dentro de la

(11) Todavía encontramos esta idea en HAURIOU, *Précis de Droit Administratif*, 12 edición, París, 1933 pág. 405: los recurrentes «jouent le rôle d'un ministère public»; su papel en la historia del recurso, págs. 406-7.

propia Administración y en su propio interés, sino que es un hetero-control (valga el término), un control arbitrado por auténticos jueces, un control jurisdiccional pura y simplemente, y, por consiguiente, en interés de los demandantes, salvo en los supuestos excepcionales de acciones populares, aunque en todo caso produzca siempre saludables efectos de buena Administración. Quizá esto, que es evidente, y que es fruto relativamente tardío del desarrollo de la institución, es lo que fuerza a un repliegue de la Administración sobre sus propias prerrogativas y a que ésta presente la exigencia formal de que determinadas materias que le son propias han de quedar inmunes al control y a la fiscalización de los jueces.

La historia de la reducción de estas inmunidades, de esta constante resistencia que la Administración ha opuesto a la exigencia de un control judicial plenario de sus actos mediante la constitución de reductos exentos y no fiscalizables de su propia actuación, podemos decir que es, en general, la historia misma del Derecho Administrativo.

Pero nos urge llegar a la actualidad del tema y, en concreto, a nuestro propio país.

Cuando en 1952 se dictó el texto refundido de la Ley de lo Contencioso Administrativo, esos grandes círculos de actuación, inmunes a la fiscalización judicial son, sobre todo, tres: los actos discrecionales, por una parte; los actos políticos, en segundo lugar, y los actos normativos o Reglamentos, en tercer lugar. Cada uno de estos tres círculos ordena alrededor de los mismos toda una amplia materia exenta, inmune al poder fiscalizador de los jueces, donde la Administración, por consiguiente, puede obrar a su arbitrio. La Ley actualmente vigente de la jurisdicción contencioso-administrativa, de 27 de diciembre de 1956, obra, por cierto, en su mejor parte del profesor BALLBÉ, hizo un enorme esfuerzo para concluir con estos tres círculos de exención jurisdiccional. Pero este esfuerzo, en buena parte, no fué, o no pudo ser, completo.

Hay que decir, en todo caso, que esa reducción de inmunidades no puede ser la obra de puras y abstractas declaraciones legales, sino que ha de ser el resultado de todo un vasto movimiento de lucha por el Derecho, en el que, naturalmente, no es sólo responsable, y ni siquiera quizá primariamente, el legislador. Aquí se inserta, sobre todo, la obra de la jurisprudencia, que ha comenzado ya con arrojo, debemos decir, aunque en ocasiones también con timidez y con recelo, a sacar todas las consecuencias de esa espléndida Ley. Es obligación de todos los juristas el auxiliar a esta gran obra de la jurisprudencia, el facilitarla y abrirla

caminos, el animarla en las descubiertas hacia terrenos todavía no por ella recorridos, el organizar y sistematizar sus hallazgos aislados.

Vamos, por nuestra parte, a ofrecer un examen analítico de la situación actual y de las posibilidades de reducción de esos tres últimos y ya clásicos círculos de inmunidad jurisdiccional de la Administración: los poderes discrecionales, los poderes políticos o de gobierno, en el sentido estricto de poderes de los que emanan los llamados actos políticos o de gobierno, y los poderes normativos.

IV

En primer lugar, pues, los poderes discrecionales.

Se ha dicho del poder discrecional—la frase es del excelente jurista suizo Hans HUBER (12)—que es el verdadero caballo de Troya en el seno del Derecho Administrativo de un Estado de Derecho.

Conocen ustedes sobradamente el concepto de poderes discrecionales, de actos discrecionales. El sistema de la inmunidad judicial de los mismos, presente todavía en la Ley anterior de 1952, era el de la eliminación pura y simple de todos los actos discrecionales en bloque. Allí donde se daba un acto discrecional—y debemos decir que raro es el acto administrativo donde no se dé un elemento de discrecionalidad—, allí el juez, sin más, constatando el hecho de que esta discrecionalidad estaba presente en el acto, se abstenía de entrar en el fondo del mismo.

La primera reducción de este dogma de la discrecionalidad se opera observando que en todo acto discrecional hay elementos reglados suficientes como para no justificarse de ninguna manera una abdicación total del control sobre los mismos (13). Estos elementos reglados son, por de pronto, la misma existencia de la potestad, de cuyo ejercicio dimana el

(12) H. HUBER, *Niedergang des Rechts und Krise des Rechtsstaat*, en *Festschrift für Z. Giacometti*, Zürich, 1953, pág. 66.

(13) Esta observación se hizo ya por la doctrina francesa del siglo XIX frente a una jurisprudencia análoga a la nuestra reciente, que es la que influyó en la primitiva Ley de lo Contencioso de 1888. Véase LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative*, 2.^a edición, II, París, 1896, pág. 424. El Conseil d'Etat no recogió, sin embargo, esta tesis hasta 1902, con el famoso *arrêt Grazietti*, que motivó un agudo comentario de HAURIOU (*La jurisprudence administrative*, II, París, 1929, págs. 182 y sigs.), donde por primera vez se dijo: «Il n'y a pas d'actes discrectionnaires; il y a un certain pouvoir discretionnaire de l'Administration, qui se retrouve plus ou moins dans tous les actes».

acto (14), la extensión concreta de esta potestad, que es imposible que sea totalmente indeterminada (15), y, en fin, la competencia para ejercitarla. Estos son siempre elementos necesariamente reglados. Luego lo son normalmente, aunque pueden no darse o darse en distinta medida, las formas determinantes para el ejercicio de la potestad y, en fin, el fondo parcialmente reglado (16); puede haber, en efecto, una regulación, y, además, ordinariamente, la hay, no totalmente discrecional, sino parcialmente discrecional en cuanto al fondo, que obliga, pues, a considerar o a partir de ciertos elementos reglados previos (por ejemplo, ascenso por elección entre funcionarios, pero dentro del primer tercio de la escala de la categoría inmediatamente anterior, o entre los que tengan tantos años de antigüedad o tales cualificaciones).

El segundo gran proceso de reducción llega más allá y significa un extraordinario progreso en la técnica de la reducción de esta pieza suelta, que era la potestad discrecional. Consiste, como saben ustedes, en constatar que el fin de las potestades discrecionales es también un elemento reglado de las mismas. En efecto, las autoridades administrativas pueden contar y cuentan, con toda normalidad, con poderes discrecionales, pero no para el cumplimiento de cualquier finalidad, sino precisamente de la finalidad considerada por la Ley, y en todo caso de la finalidad pública de la utilidad o interés general.

Es al hilo de esta observación como se monta la técnica de control de la desviación de poder. El acto discrecional que se ha desviado de su

(14) No hay acto sin potestad previa, ni potestad que no haya sido positivamente atribuida por el Ordenamiento. Es falsa, pues, la tesis, bastante común, por otra parte, de que hay potestad discrecional allí donde no hay norma, postulado central de la doctrina de la «vinculación negativa» de la Administración al Derecho. Véase sobre esto mi artículo *Observaciones sobre el fundamento de la inderogabilidad singular de los Reglamentos*, REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, 27, 1958, págs. 76 y sigs., especialmente página 77. Ya antes CLAVERO ARÉVALO, *La doctrina de los principios generales del Derecho y las lagunas del ordenamiento administrativo*, en la misma REVISTA, 7, 1952, págs. 88 y sigs., distinguiendo con toda corrección entre potestad discrecional y ausencia de Ley. Véase últimamente en el mismo sentido, PETERS, *Verwaltung ohne gesetzliche Ermächtigung?*, en *Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit. Festschrift für H. Huber*, Bern, 1961, págs. 206 y sigs. También JESCH, *Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen in rechtstheoretischer und verfassungsrechtlicher Sicht*, en «Archiv des Oeffentlichen Recht», 82, 1957, págs. 209 y sigs., donde tipifica justamente la discrecionalidad como un fenómeno de «Ermächtigung» o habilitación legal.

(15) Ello equivaldría a someter al imperio de tal potestad la totalidad del orden jurídico y de los derechos subjetivos, lo cual es impensable en un Estado de Derecho. Incluso la potestad legislativa o la constituyente—aun situando el caso ya fuera de la Administración y del Derecho Administrativo—tienen efectivos límites: S. ROMANO, *Principii di Diritto Costituzionale Generale*, rist. 2.^a ed., Milano, 1947, págs. 261-6.

(16) Una excelente sistematización, en MERIKOSKI, *Le pouvoir discrétionnaire de l'Administration*, Bruxelles, 1958.

fin. del fin en vista del cual el Ordenamiento otorgó el poder, ha cegado la fuente de su legitimidad. Incurrir en un vicio, que, naturalmente, puede ser fiscalizable por los Tribunales. Es una aportación técnica que viene del Derecho francés (donde cuenta ya más de un siglo), y que ha sido recibido muy tardíamente en nuestro Derecho.

La Ley de lo Contencioso Administrativo de 1956 por vez primera ha introducido, en efecto, la técnica de control de las potestades discrecionales por la desviación de poder, que de esta manera ha tenido que penetrar curiosamente en nuestro Derecho por vía legal y no jurisprudencial. Sin embargo, parece quedarse ahí. Atendidas las declaraciones legales, el punto en que nuestro Derecho está hoy en cuanto a este gran tema de la reducción de las potestades discrecionales, es precisamente este del control de los elementos formalmente reglados, con la especificación de que uno de ellos es el fin, fiscalizable a través de la técnica de la desviación de poder. Pero, evidentemente, las técnicas de reducción de la potestad discrecional no pueden quedar aquí. Sería un error interpretar la Ley de la jurisdicción contenciosa de 1956 en el sentido de que el único vicio estimable por los Tribunales en los actos discrecionales es el vicio de la desviación de poder (17). Sin embargo, no es infrecuente que se haga una aplicación práctica en el sentido de esta interpretación y que los recurrentes fueren los argumentos para probar que, en efecto, se da este vicio legalmente tipificado.

V

Podemos decir con alguna seguridad que existe la posibilidad de otro control mucho más sustancial sobre las potestades discrecionales. La doctrina francesa, que es la misma que puso a punto la técnica de la desviación de poder, es hoy bastante escéptica sobre las posibilidades prácticas

(17) El artículo 83. 2. se refiere inequívocamente «a cualquier forma de infracción del Ordenamiento jurídico», en tanto que la referencia a la desviación de poder es sólo a una de estas formas de infracción («incluso») que no excluye cualquier otra. En tal sentido ya CLAVERO ARÉVALO, *La desviación de poder en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo*, REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, 30, pág. 113, nota. S. MARTÍN-RETORTILLO, *La desviación de poder en el Derecho español*, en la misma REVISTA, 22, pág. 172, y en mi citado estudio *La interdicción de la arbitrariedad*, pág. 160. Bien es verdad que la Exposición de Motivos de la Ley, tan certera de ordinario, no lo es tanto al hablar de las potestades discrecionales, cuyo control jurisdiccional parece limitar al de sus elementos reglados, lo cual, si es verdad que en último término es cierto, no lo es menos que requiere algunas importantes aclaraciones sobre la extensión real de tales elementos reglados. Véase *infra*.

que la misma ofrece, y está volcando por ello su interés sobre otras técnicas alternativas que se han revelado mucho más eficaces (18). Es paradójico que sea justamente en este momento cuando nuestro Derecho haya venido a consagrar como última conquista algo sobre lo que tan escasas esperanzas tienen hoy en su país de origen.

Puesto que tenemos todavía que tratar de otras materias, es fuerza esquematizar rápidamente este importante tema, clasificando para ello en tres apartados las técnicas de control de la discrecionalidad que pueden utilizarse al margen de las ya indicadas.

a) En primer lugar, el control de los hechos determinantes. Toda potestad discrecional se apoya en una realidad de hecho que funciona como supuesto de hecho de la norma de cuya aplicación se trata. Este hecho ha de ser una realidad como tal hecho, y ocurre que la realidad es siempre una: no puede ser y no ser al mismo tiempo o ser simultáneamente de una manera y de otra. La valoración política de la realidad podrá acaso ser objeto de una facultad discrecional, pero la realidad como tal, si se ha producido el hecho o no se ha producido y cómo se ha producido, esto ya no puede ser objeto de una facultad discrecional, porque no puede quedar a arbitrio de la Administración discernir si un hecho se ha cumplido o no se ha cumplido, o determinar que algo ha ocurrido si realmente no ha sido así. El milagro, podemos decir, no tiene cabida en el campo del Derecho Administrativo.

En nuestro Derecho Administrativo, en nuestra jurisprudencia especialmente, no es raro encontrar el control de los hechos determinantes de las facultades discrecionales en aplicaciones casuísticas (19), pero no

(18) RIVERO, *Droit Administratif*, 2.^a ed., París, 1962, ha hablado de un «déclin du détournement de pouvoir» (pág. 224). VEDEL, *Droit Administratif*, II, París, 1959, indica también cómo el desarrollo de otras técnicas de control ha implicado «la diminution du rôle joué par le détournement de pouvoir». AUBY y DRAGO, *Traité de Contentieux administratif*, III, París, 1962, págs. 85 y sigs. (donde se emplean los mismos términos de «déclin» de la desviación de poder y de la disminución y reducción de su campo de aplicación, que «es hoy poco frecuente»). JEANNEAU, *Les principes généraux du Droit dans la jurisprudence administrative*, París, 1954, págs. 38-9, habla también de una cierta «desafectación» actual por el «détournement de pouvoir» y de un «déclin» del mismo como consecuencia sobre todo del desarrollo de la técnica de los principios generales y de la del control de los hechos. Etc.

(19) Un paso extraordinario ha supuesto la nueva regulación de la prueba en el proceso contencioso-administrativo por la Ley de 1956, y la afirmación explícita del Preámbulo de ésta, dirigida contra la anterior jurisprudencia, de que «la jurisdicción contencioso-administrativa no es una casación, sino propiamente una primera instancia jurisdiccional», lo que significa que no es «impertinente la prueba, a pesar de que no exista conformidad en los hechos de la demanda». Véase, para un tratamiento ejemplar del tema en la jurisprudencia reciente, mi estudio *La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria*, en REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, 30, especialmente págs. 147 y sigs.

hay del mismo una conciencia general y es obligado, desde luego, forzar esta conciencia sistemática, porque precisamente en el control de la realidad de los hechos determinantes radica una de las posibilidades más eficaces de control judicial de las potestades discrecionales, como saben bien en los países que utilizan abiertamente esta técnica.

b) En segundo lugar, y ésta es una de las aportaciones más importantes de la ciencia jurídica alemana de los últimos tiempos, procede recordar la diferencia entre discrecionalidad y lo que los juristas alemanes llaman los conceptos jurídicos indeterminados (20). Estos conceptos jurídicos indeterminados, o que se contienen en lo que también se llaman las normas flexibles, son consustanciales a toda la técnica jurídica y no constituyen una particularidad del Derecho público.

El *arbitrium boni viri*, el «standard» de conducta del buen padre de familia, la buena fe, el orden público o las buenas costumbres como límite de la autonomía de la voluntad, o simplemente los conceptos de fidelidad, respeto, fuerza irresistible, ejemplo corruptor, uso natural de las cosas, etc., todos estos conceptos (unos, conceptos de valor; otros, conceptos de experiencia), bien conocidos en la doctrina general del Derecho (21), son conceptos jurídicos indeterminados, en el sentido de que la medida concreta para la aplicación de los mismos en un caso particular no nos la resuelve o determina con exactitud la propia Ley que los ha creado y de cuya aplicación se trata.

Pues bien, en el Derecho público estos conceptos jurídicos indeterminados son también perfectamente habituales y normales, con idénticos contornos técnicos (22); un error común y tradicional, y de penosas conse-

(20) En la jurisprudencia francesa esta importante técnica de control se engloba en la anterior de control de los hechos, como un supuesto simplemente más intenso. Así, por ejemplo, AUBY y DRAGO, *Traité*, cit., III, págs. 74 y sigs., bajo el concepto de «cualificación jurídica de los hechos», como supuesto más intenso del de mera constatación material de los mismos y menos de lo que ya juzgan que es—a mi juicio erróneamente—una apreciación de hechos con verdadero control de la oportunidad. Igualmente, LETOURNEUR, *El control de los hechos por el Consejo de Estado francés*, en REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, 7, págs. 219 y sigs., lo que llama «control de la legalidad en relación a las circunstancias de hecho» y «sustitución de la apreciación del funcionario por la del juez». Igualmente RIVERO, *La distinction du droit et du fait dans la jurisprudence du Conseil d'Etat français*, en la obra colectiva *Le Fait et le Droit. Etudes de Logique Juridique*, publicado por el «Centre National de Recherches de Logique». Bruxelles, 1961, págs. 130 y sigs., con una gradación de supuestos de control judicial de hechos idéntica a la de AUBY y DRAGO, ya indicada. Por las razones que veremos, aun sumariamente, es mucho más certero el enfoque germánico.

(21) Véase ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, Stuttgart, 1956, págs. 106 y sigs.

(22) Véase BACHOF, *Die verwaltungsgerichtliche Ermessenskontrolle*, en «Süddeutschen Juristenzeitung». 1948. págs. 742 y sigs., y *Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbes-*

cuencias para la historia de las garantías jurídicas, ha sido confundir la presencia de conceptos de esa naturaleza en las normas que ha de aplicar la Administración con la existencia de poderes discrecionales en manos de ésta (23). Algunos ejemplos de conceptos jurídicos indeterminados en el Derecho Administrativo: justo precio, utilidad pública (como concepto legal), urgencia, circunstancias excepcionales, orden público, etc.

Lo peculiar de estos conceptos jurídicos indeterminados es que su calificación en una circunstancia concreta no puede ser más que una: o se da o no se da el concepto; o hay buena fe o no hay buena fe en el negocio, o el sujeto se ha comportado como un buen padre de familia o no, podemos decir en términos del Derecho Privado; o en nuestro campo: o hay utilidad pública o no la hay; o se da, en efecto, una perturbación del orden público, o no se da; o el precio que se señala es justo o no lo es, etc. *Tertium non datur*. Hay, pues, y esto es esencial, una unidad de solución justa en la aplicación del concepto a una circunstancia concreta. Aquí está lo peculiar del concepto jurídico indeterminado frente a lo que es propio de las potestades discrecionales, pues lo que caracteriza a éstas es justamente la pluralidad de soluciones justas posibles como consecuencia de su ejercicio. Si el Ministro, por ejemplo, tiene potestad discrecional para ascender a los funcionarios de una categoría y pasarlos a la categoría superior, tan justo será, desde el punto de vista del Derecho, que escoja a Juan, que escoja a Pedro, como que escoja a Antonio. Aquí, cualquiera de estas soluciones, alternativamente, es igualmente justa, y precisamente porque lo es existe libertad de decisión (la discrecionalidad consiste esencialmente en una libertad de elección), procediendo ésta en virtud de otros criterios materiales distintos de los jurídicos, que por ello no pueden jurídicamente ser fiscalizados. En la aplicación de un concepto jurídico indeterminado la Ley—por hipótesis—

Unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht, en «Juristenzeitung», 1955, págs. 97 y sigs. ULE, *Zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht*, en *Gedächtnisschrift für W. Jellinek*, München, 1955, págs. 309 y sigs., y en sus dos obras recientes, *Verwaltungsprozessrecht*, München und Berlin, 1960, págs. 5 y sigs., y *Verwaltungsgerichtsbarkeit*, Berlin, 1960, págs. 318 y sigs. REUSS, *Das Ermessen*, en «Deutsches Verwaltungsblatt», 1954, págs. 585 y sigs., y *Der unbestimmte Rechtsbegriff*, en la misma revista 1954, págs. 649 y sigs. BECKER, *Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung*, en «Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer», Hef. 14, Berlin, 1956, págs. 125 y sigs. EYERMANN-FRÖLER, *Verwaltungsgerichtsordnung*, Berlin, 1960, páginas 492 y sigs. JESCH, *Unbestimmter Rechtsbegriff*, cit. EHMKE, «Ermessen» und «unbestimmter Rechtsbegriff» im Verwaltungsrecht, Tübingen, 1960.

(23) De ahí la gravedad del error de algunas teorías de la discrecionalidad que han tratado de identificar ésta con el uso en las Leyes de conceptos indeterminados o imprecisos, tesis antigua bastante extendida que todavía tiene algún representante reciente entre nosotros.

no nos da resuelto, como ocurre en los conceptos jurídicos determinados (por ejemplo, la fijación de la mayoría de edad), la solución concreta de cada caso, de modo que ésta debe ser buscada acudiendo a criterios de valor o de experiencia, según la naturaleza del concepto; pero lo característico es que ese valor propio del concepto o esa experiencia a que el concepto remite deben ser objeto de una estimación jurídica según el sentido de la Ley que ha creado el concepto jurídico indeterminado en cuestión, Ley que ha configurado éste con la intención expresa de acotar un supuesto concreto, aunque su precisión reste indeterminada; de este modo la aplicación de estos conceptos será justamente un caso de aplicación de la Ley. Por ello el proceso de constatación de si un concepto jurídico indeterminado se cumple o no se cumple, no puede ser nunca un proceso volitivo de discrecionalidad o de libertad, sino un proceso de juicio o estimación (24), que ha de atenderse, necesariamente, por una parte a las circunstancias reales que han de calificarse, por otra, al sentido jurídico preciso que la Ley ha asignado, con la intención de que la solución posible sea sólo una, al concepto jurídico indeterminado que su precepto emplea. Justamente por esto, el proceso de aplicación de conceptos jurídicos indeterminados es un proceso reglado, podemos decir, utilizando el par de conceptos reglado-discrecional, porque no admite más que una solución justa, es un proceso de aplicación e interpretación de la Ley, de subsunción en sus categorías de un supuesto dado, no es un proceso de libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o de decisión entre indiferentes jurídicos en virtud de criterios extrajurí-

(24) Una de las explicaciones más agudas que se ha dado de la diferencia entre discrecionalidad y uso de conceptos jurídicos indeterminados en la de FLUME, *Steuerwesen und Rechtsordnung, en Festgabe für R. Smend*, Göttingen, 1952, págs. 59 y sigs., que, aunque con expresiones no desprovistas de equívoco, ha establecido la correspondencia de ese par de conceptos con el de «Handlungsermessen» y «Urteilsermessen», esto es, la discrecionalidad de actuación frente a la discrecionalidad de juicio; la primera supone la posibilidad de una actuación activa de la autoridad según propia iniciativa, cuya solución concreta no comprende en sí la norma, que se limita a apoderar a aquélla con la competencia, medios y ámbito formal en que la decisión puede moverse; el supuesto segundo es el de una declaración jurídica sobre el fundamento de una «norma de decisión objetiva» («Sachentscheidungsnorm», frente a la «Handlungsnorm» del primer caso): es una mera declaración de lo que es de derecho en el caso concreto; se trata de una mera aplicación del Derecho, que el autor califica incluso como «jurisdicción en sentido material». Cfr. sobre esta perspectiva JESCH, op. cit., págs. 234 y sigs., ЕНМКЕ, op. cit., páginas 24 y sigs. Hemos de notar que la expresión española «discrecionalidad», al utilizar el concepto de discreción, que igual puede utilizarse en el ámbito cognoscitivo como en el de la actuación práctica, y que es casi equiparable al de prudencia, tan ligado tradicionalmente a la función de los Tribunales, quita relieve a la contraposición que se persigue; ésta quedaría más clara si se empleasen expresiones más netas, como, por ejemplo, la de arbitrio.

dicos, como es, en definitiva, lo propio de las facultades discrecionales.

La funcionalidad inmediata de esta fundamental distinción se comprende en seguida; allí donde estemos en presencia de un concepto jurídico indeterminado, allí cabe con perfecta normalidad una fiscalización jurisdiccional de su aplicación (25). En el Derecho español encontramos aplicaciones casuísticas e informadas de esta tesis que no han parado mientes sobre la peculiaridad del fenómeno, pero nos falta también una conciencia sistemática del mismo, conciencia sistemática en la cual radican posibilidades enormes de reducción de ese gran cuerpo bruto de las potestades discrecionales. He aquí, por ejemplo, el concepto de casa ruinosa, típico concepto jurídico indeterminado. Ante una casa determinada no cabe más que una sola solución justa: la casa es ruinosa o no es ruinosa. Es claro entonces que esta determinación no puede ser objeto de una facultad discrecional, sino que se trata de un problema de aplicación de la Ley en un caso concreto. El Tribunal Supremo, con absoluta corrección, no ve ningún obstáculo en entrar en el fondo de si existe o no existe casa ruinosa en el caso particular, y de rectificar, por consiguiente, el juicio de la Administración (26).

El concepto de falta de probidad del funcionario, como una de las faltas disciplinarias típicas: el Tribunal Supremo no tiene ningún inconveniente en entrar a valorar sobre las circunstancias concretas si hay que entender producido este concepto jurídico indeterminado de la probidad o de la falta de probidad, etc. (27).

(25) No podemos entrar en todos los problemas de esta fiscalización. La exposición esquemática que adoptamos en el texto se complica algo por la necesidad de reservar a la autoridad que aplica un concepto jurídico indeterminado el llamado por BACHOF «margen de apreciación» («Beurteilungsspielraum») (JESCH lo llama expresivamente «Begriffshof» por diferencia del «Begriffskern», esto es, halo del concepto por diferencia de su núcleo fijo, utilizando categorías de HECK), que en todo caso—véase nota anterior—es un margen cognoscitivo y no volitivo; este «margen de apreciación»—es la tesis de JESCH—será mayor o menor ordinariamente según la posibilidad o no de aportar o representar ante el Tribunal la totalidad de los elementos de hecho que la autoridad que aplicó el concepto tuvo en cuenta. En ocasiones la extensión del «margen de apreciación» está tasada por la Ley: por ejemplo, para la determinación del justo precio en la expropiación, la lesión que se invoca para que el Tribunal pueda revisar la apreciación administrativa ha de exceder precisamente del sexto (art. 126. 2. de la Ley de Expropiación Forzosa).

(26) Véase E. ROCA, *El expediente contradictorio de ruina*, Madrid, 1961.

(27) Notemos al paso que los poderes de fiscalización de que usa nuestro Tribunal Supremo en materia de sanciones disciplinarias son mucho más amplios que los que utiliza el Consejo de Estado francés, que suele reconocer en la materia un «margen de apreciación» amplísimo a la Administración. RIVERO. *La distinction du droit et du fait*, citado, págs. 145-6. Esta audacia de nuestra jurisdicción no hace sino más ostensible su frecuente abstención en materia de sanciones policiales. Véase *infra*.

Incluso encontramos en la jurisprudencia reciente, aunque por la vía forzada de la desviación de poder, quizá por esa interpretación equivocada, que ya hemos combatido, de entender que es ella la única vía de penetración en el bloque de las facultades discrecionales, una Sentencia de 24 de octubre de 1959, en la que el Tribunal Supremo entra directamente a valorar en un concurso para la provisión de una plaza de recaudador de contribuciones de un gran Municipio catalán los méritos respectivos de los concurrentes, las ventajas que cada uno aporta, y a resultas de ello no tiene inconveniente en rectificar el juicio de la Administración (28). Aquí el principio de la unidad de solución justa, al dar

(28) Sentencia fundamental (Ponente, señor CERVIA CABRERA) que constituye quizá el punto extremo alcanzado por nuestro Tribunal Supremo en materia de control de la discrecionalidad. CLAVERO AREVALO, *La desviación de poder*, cit., págs. 119-120, tras sostener que en esta Sentencia se trató más bien de un caso de control jurisdiccional de los hechos (dando a este concepto la extensión propia de la doctrina francesa, que ya hemos combatido, *supra* nota 20), afirma luego (pág. 122, nota) que en los Considerandos de la Sentencia se excede en ocasiones el argumento de la desviación de poder—o del control de los hechos—entrándose en «el vicio de mérito de los actos administrativos», es decir, por consiguiente, en un juicio de pura oportunidad y no de legalidad. Es de notar que, sobre la misma técnica del control de los hechos, los franceses aceptan que en ocasiones, y por de pronto en todos los casos de «police municipal», el Consejo de Estado sustituye con su propio juicio el juicio de oportunidad de la Administración, yendo más allá del examen de mera legalidad. AUBY y DRAGO, *Traité*, cit., III, págs. 81 y sigs. RIVERO, *De la distinction du droit et du fait*, cit., pág. 146. DUBISSON, *La distinction entre la légalité et l'opportunité dans la théorie du recours pour excès de pouvoir*, Paris, 1956, págs. 129 y sigs. y 198 y sigs. A mi juicio, estos equívocos quedan aclarados utilizando la idea de los conceptos jurídicos indeterminados de que, en realidad, se trata; la existencia de una unidad de solución justa, que excluye la auténtica discrecionalidad, tanto en el caso de la resolución del concurso a que la Sentencia de 24 de octubre de 1959 se refiere, que debía hacerse conforme al bien del servicio o el interés público y escogiendo a quien reuniera las mejores condiciones de competencia y garantía, como en el ejemplo francés de la policía municipal, porque el orden público es otro concepto jurídico indeterminado (vid. *infra*), justifican sobradamente estas soluciones jurisprudenciales. Sin embargo, es claro que en ellas la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados es llevada a su extremo al calificarse como tales conceptos tan amplios (dotados de un halo tan extenso, diríamos en la terminología de JESCH) como «el bien del servicio o el interés público», o «el orden público», respectivamente, con los cuales, y especialmente con el primero de ellos, viene a comprenderse la mayor parte de las hoy tenidas por facultades discrecionales. Pero ésta es justamente una consecuencia de esta construcción, como veremos, que viene a justificar la correctísima, y casi escandalosa, declaración de la Sentencia de 24 de octubre de 1959: esta técnica de control implica que se «ha transformado la noción del acto administrativo discrecional, pues sin perjuicio de cierta amplitud de criterio en la decisión, éste, en lo que afecta a su parte resolutive, se ha convertido en reglado, ya que no se considera válido más que cuando cumple el fin que implica la idea del bien del servicio o del interés público, pudiendo decirse que todas las veces que la legalidad u objeto del fin está determinada, no existe poder discrecional». Se apunta con claridad, aunque acaso equivocadamente, a la doctrina de la unidad de solución justa, sin que falte una certísima salvedad del «margen de apreciación» o «Beurteilungsspielraum»: «sin perjuicio de cierta amplitud de criterio en la decisión». Este concepto de margen de apreciación se en-

carácter de concepto jurídico indeterminado al «bien del servicio o el interés público», o a «las mejores condiciones de competencia y garantía», que era el principio valorativo incluido expresamente en las bases del concurso, justifica sobradamente la gallarda solución jurisprudencial.

Esta técnica de los conceptos jurídicos indeterminados lleva en sí (y así se ve en la Sentencia que acaba de citarse) un principio expansivo que es capaz de acabar con muchas de las que tradicionalmente vienen considerándose como facultades discrecionales, especialmente en cuanto se interpreten como conceptos de tal naturaleza los tan amplios de «interés público», «utilidad pública» y—éste, por supuesto, frente a nuestra tradición jurisprudencial que trata de incluirlo dentro de la función de gobierno, cuestión a la que aludiremos inmediatamente—«orden público». «Esta nueva teoría—ha dicho ULE (29)—muestra que la actuación administrativa reglada y la discrecional no están radicalmente separadas..., y que la contraposición doctrinal [entre ambas]... queda considerablemente relajada. Ello se manifiesta, ante todo, en la [nueva] posición que los Tribunales administrativos adoptan ante la Administración».

c) Tercera técnica de control de las facultades discrecionales: el control por los principios generales del Derecho.

Los principios generales del Derecho son, como bien se sabe, una condensación, a la vez, de los grandes valores jurídicos materiales que constituyen el *substractum* mismo del Ordenamiento (30) y de la experiencia reiterada de la vida jurídica (tópica, en el sentido de VIEHWEG) (31). Pues bien, hay que afirmar que la Administración está sometida no sólo a la Ley, sino también a los principios generales del Derecho (32), y ello

vientra también certeramente formulado en la Sentencia de 8 de junio de 1959 (Ponente, señor Mouzo Vázquez), incluso con su conexión a la posibilidad de representación ante el Tribunal de los elementos de juicio (juicio, no voluntad!) tenidos en cuenta para resolver: «Un Tribunal designado en forma legal es de presumir que use de sus facultades discrecionales con toda ponderación y rectitud..., sin que tenga el Tribunal juzgador de esta «diti» elementos de juicio para desvirtuar el análisis, crítica y conclusiones a que llegó el Tribunal examinador».

(29) ULE, *Verwaltungsprozessrecht*, cit., pág. 8.

(30) Subrayar esto es un mérito bien conocido de F. DE CASTRO, *Derecho Civil de España*, I, 2.ª ed., 1949, págs. 405 y sigs.

(31) VIEHWEG, *Topik und Jurisprudenz*, München, 1953. En general, para este tema de los principios generales remito a mi artículo citado *La interdicción de la arbitrariedad*.

(32) La afirmación habitual de la doctrina francesa de que la Administración está sometida además de a la regla legal, a la regla jurisprudencial (DUJUISSEAU, op. cit., páginas 52 y sigs. EISENMAN, *Le Droit Administratif et le principe de légalité*, en «Conseil d'Etat, Etudes et Documents», 11, 1957, págs. 25 y sigs.) es perfectamente equívoca: las reglas jurisprudenciales no son sino concreciones de los principios generales. Más certeramente la Ley Fundamental de Bonn, artículo 20, párrafo 3.º, proclama la vinculación de la Administración (y de los Tribunales) «an Gesetz und Recht», a la Ley y al Derecho;

por una razón elemental, porque la Administración no es señor del Derecho, como puede pretender serlo, aunque siempre será parcialmente, el legislador. La Administración no es un poder soberano, sobre esto hemos de insistir, y por esta simplísima razón no puede pretender apartar en un caso concreto, utilizando una potestad discrecional, la exigencia particular y determinada que dimana de un principio general de derecho operante (dentro de la comunidad que se contempla) en la materia de que se trate. La Ley que ha otorgado a la Administración tal potestad de obrar no ha derogado para ella la totalidad del orden jurídico, el cual, con su componente esencial de los principios generales, sigue vinculando a la Administración. No tiene sentido por ello pretender ampararse en una potestad discrecional para justificar una agresión administrativa al orden jurídico, vale decir, a los principios generales, que no sólo forman parte de éste, sino mucho más, lo fundamentan y lo estructuran, dándole su sentido propio por encima del simple agregado de preceptos casuísticos.

El control de la discrecionalidad por los principios generales hace al juez administrativo atenerse a su más estricta función de defensor del orden jurídico. Hay que decir que en parte alguna del Ordenamiento la apelación a los principios generales es más necesaria que en el Derecho Administrativo. El Derecho Administrativo es el campo más fértil de la legislación contingente y ocasional, de las normas parciales y fugaces; sobre lo cual tendremos más tarde ocasión de reflexionar. Ante ello no hay la menor posibilidad de una jurisprudencia y de una ciencia estrictamente exegética, ni por verdadera reducción al absurdo, por inesperado «embarras de richesse», es posible sostener que el Derecho Administrativo sea la suma de todo ese conjunto inacabable de normas en perpetuo fieri, cuyas notorias y graves deficiencias no alcanzan a potenciarse (antes bien, resultan potenciadas) por la agrupación o reunión de todas ellas. Más que en parte alguna resulta aquí evidente que sin un esqueleto de principios generales capaz de insertar y articular en un sistema operante y fluido ese caótico y nunca reposado agregado de normas, el Derecho Administrativo, ni como ordenación a aplicar, ni como realidad a comprender, ni, consecuentemente, como ciencia sería posible.

Por otra parte—y la observación es de FORSTHOFF (33)—, en una Ad-

sobre lo cual véase FORSTHOFF, *Die Bindung an Gesetz und Recht* (art. 20 Abs. 3 GG). *Strukturanalytische Bemerkungen zum Uebergang vom Rechtsstaat zum Justizstaat*, en «Die Öffentliche Verwaltung», 1957 págs. 41 y sigs. SCHNORR, *Die Rechtsidee im Grundgesetz. Zur rechtstheoretischen Präzisierung des Art. 20, Abs. 3 GG*, en «Archiv des Öffentlichen Rechts», 1960 págs. 121 y sigs.

(33) *Lehrbuch des Verwaltungsrecht*, 3.^a ed., München u. Berlin, págs. 3-4.

ministración que invade todas las esferas de la vida privada, «no la simple técnica de ciertas formas jurídicas, sino sólo la vinculación a *principios jurídicos materiales* (34) puede asegurar hoy en la medida necesaria libertad individual y justicia social legitimando al Estado como Estado de Derecho».

Las posibilidades de un control judicial de los poderes discrecionales por los principios generales del Derecho son muy extensos. Hay principios generales que funcionan como reserva última para condenar resultados extremos obtenidos por la Administración, como el principio de la iniquidad manifiesta (35), o el de la irracionalidad (36), o el de la buena fe (37), o el de la proporcionalidad de los medios a los fines (38), o el

(34) Principios que no son, dice el mismo FORSTHOFF en otro lugar (*op. cit.*, página 61), *ius normatum*, sino *iustitia normans*. HAYEK, *The Constitution of Liberty*, London, 1960, págs. 213-4, observa justamente que cuando la acción administrativa interfiere la esfera privada del individuo, los Tribunales deben tener el poder de decidir no solamente si tal acción es *infra vires* o *ultra vires*, sino si la substancia de la decisión administrativa es tal como el derecho impone que sea, y ello porque el principio del «rule of law» o estado de Derecho, significa que el ciudadano y su propiedad no puede convertirse en objeto o en medio para la acción administrativa, que la Administración no tiene poderes discrecionales contra los derechos fundamentales de la persona.

(35) Véase sobre ello las referencias de mi artículo *La interdicción de la arbitrariedad*, pág. 164.

(36) *Ibidem*, págs. 161-5. La Sentencia de la Sala 3.^a de 9 de febrero de 1960 (ponente, señor SERRA MARTÍNEZ), alude al «principio jurídico de razón natural, y como tal recogido y desarrollado jurisprudencialmente» el de *legem patere quam ipse fecit*.

(37) *Ibidem*, pág. 165. RUCK, *Treu und Glauben in der öffentlichen Verwaltung*, en el volumen *Aequitas und Bona Fides. Festgabe Simonius*, Basel, 1955, págs. 341 y sigs. BAUMANN, *Der Begriff von Treu und Glauben im öffentlichen Recht*, Zürich, 1952. GIACOMETTI, *Allgemeine Lehre des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts*, Zürich, 1960 páginas 220 y sigs. y 289 y sigs. Las Sentencias de la Sala 4.^a, de 23 de diciembre de 1959 y 13 de junio de 1960 (ponentes, señores FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ y MARROQUÍN TOBALINA) invocan expresamente el «respeto al principio de buena fe en sus relaciones [de la Administración] con los administrados», enunciando la primera como declaración general «el respeto debido al principio de buena fe, en que han de inspirarse tanto los actos de la Administración como los del administrado». Este principio es mucho más dúctil que el de la prohibición del abuso del derecho, el cual puede ser incluido como una particularidad del primero. Sobre este último, con el esfuerzo de tipificar la figura sobre la desviación del poder, MARTÍNEZ USEROS, *La doctrina del abuso de derecho y el orden jurídico administrativo*, Madrid, 1947. GOY, *L'abus du droit en Droit Administratif français*, «Revue de Droit Public», 1962, págs. 5 y sigs.

(38) Sostenido ya, como límite de las facultades discrecionales, en la Sentencia de la Sala 5.^a de 20 de febrero de 1959 (ponente, señor CAMPRUBI PANDER), estudiada por mí en el citado artículo *La interdicción de la arbitrariedad*, en especial págs. 138-9 y 162-3. Hoy puede encontrar base legal este principio en los artículos 40 2. de la Ley de Procedimiento Administrativo y 6 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales. Véase también VON KRAUS, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, Hamburg, 1955 (Universität Hamburg. Abhandlungen aus dem Seminar für öffentliches Recht).

de la naturaleza de las cosas (39), etc. Otros principios se revelan como límites directos más inmediatos y operantes, como el fundamental principio de igualdad (40), «cornerstone of administrative justice» (41), y en general, todos los derivados de las decisiones políticas fundamentales (en el sentido de Carl SCHMITT) (42) y de los derechos y libertades fundamentales de las personas y las instituciones (43), puesto que es evidente que la Administración no puede, en nombre de sus facultades discrecionales, violar principios constitucionalmente consagrados como base entera de la organización comunitaria y del orden jurídico.

Al término de esta formidable reducción de la discrecionalidad queda de ésta un último residuo, aquel en el que se manifiesta como una apreciación de valores singulares (la oportunidad es sólo uno de ellos) sobre la que se monta la libertad de elección en que en último extremo consiste. Esto ya no es fiscalizable jurisdiccionalmente, ni puede serlo, porque los Tribunales sólo pueden usar para la medida del actuar administrativo criterios jurídicos generales—lo general es justamente lo propio del Derecho, en donde radica su objetividad, y no en apreciaciones subjetivas y contingentes de la justicia de los casos concretos. Es en esa libertad última de decisión, en vista de lo singular y de lo concreto, en donde radica la responsabilidad del poder político, responsabilidad de que el juez está exento y que nunca puede pretender sustituir. El control judicial de la discrecionalidad no es, por ello, una negación del ámbito propio de los poderes de mando, y ni siquiera se ordena a una reducción o limitación

(39) Véase las referencias de mi trabajo *La interdicción de la arbitrariedad*, comentando la consagración de este principio como límite de la potestad reglamentaria, que es una de las formas más extensas de discrecionalidad, por la citada sentencia de 20 de febrero de 1959, págs. 138 y 162. Adde, BALLWEG, *Zu eine Lehre von der Natur der Sache*. Basel, 1960.

(40) *La interdicción de la arbitrariedad* (donde se comenta la Sentencia de la Sala 5.ª, ya citada, de 6 de julio de 1959, que acoge expresamente este principio como límite de la discrecionalidad reglamentaria), págs. 149-150 y 162; con referencias. Ultimamente, BETTERMANN, *Rechtsgleichheit und Ermessensfreiheit*, en la revista «Der Staat», 1962, páginas 79 y sigs, y ENTRENA CUESTA, en REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, 37, págs. 63 y siguientes.

(41) FRIEDMANN, *Law in a changing Society*, London, 1959, pág. 367. Véase, en concreto, JEANNEAU, *Les principes*, cit., págs. 7 y sigs., sobre su enorme juego en la jurisprudencia francesa.

(42) Véase, en general, H. J. WOLFF, *Rechtsgrundsätze und verfassungsgestaltende Grundentscheidungen als Rechtsquellen*, en el *Gedächtnisschrift für W. Jellinek*, cit., páginas 33 y sigs. Aquí se inserta, sobre todo en Alemania, el gran debate sobre el alcance del principio del Estado social de Derecho, sobre lo cual véase, por todos, los trabajos de FORSTHOFF y BACHOF, en el cuaderno 12 de las «Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtler», con el título *Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaat*, y SCHEUNER, *Die neuere Entwicklung des Rechtsstaat in Deutschland*, págs. 241 y sigs.

(43) *La interdicción de la arbitrariedad*, cit., págs. 163-4 y referencias.

del mismo (44), sino que, más sencillamente, trata de imponer a sus decisiones el respeto a los valores jurídicos sustanciales, cuya transgresión ni forma parte de sus funciones ni la requieren tampoco sus responsabilidades.

VI

El segundo gran bloque de materias inmunes a la jurisdicción contencioso-administrativa es el bloque de los actos políticos.

La Ley de la Jurisdicción, de 1956, no ha podido concluir con esta institución de los actos políticos o actos de gobierno como actos de los cuales no pueden conocer los Tribunales contenciosos. En el artículo 2.º, apartado b), de la Ley se definen estos actos de la siguiente manera: «Cuestiones que se susciten en relación con los actos políticos del Gobierno, como son los que afecten a la defensa del territorio nacional, las relaciones internacionales, seguridad interior del Estado y mando y organización militar».

La Ley, sin embargo, ha hecho un plausible esfuerzo por intentar restringir el significado práctico de estos actos políticos, en dos direcciones: por una parte ha limitado la posibilidad de los actos políticos a que sean emanados del Gobierno, entendido orgánicamente; para ello ha jugado con cierta habilidad con la sinonimia de la palabra gobierno, que si significa objetivamente una función, también especifica un órgano, en concreto el Consejo de Ministros; así la Ley habla de «actos políticos del Gobierno», sin que la mayúscula de este último término y su concreción por el artículo determinado y determinante «el» deje la menor duda sobre la intención, como por lo demás lo aclara—intentando justificarlo (45)—la Exposición de Motivos. Por consiguiente, todas las autoridades inferiores al Gobierno, al Consejo de Ministros, no pueden emanar actos de gobierno, actos políticos, que tengan la virtud de no ser fiscalizables por los Tribunales contenciosos. Hay que decir, sin embargo, que

(44) Pues, como ha notado justamente SCHEUNER, *Die neuere Entwicklung des Rechtsstaats*, pág. 252. «sin un campo libre a la iniciativa configuradora y a la elección ninguna Administración puede actuar eficazmente para la satisfacción de las necesidades de la vida moderna. El polo opuesto sería... la uniformización mecánica de todas las medidas y prestaciones de la autoridad, según preceptos normalizados exactamente fijados, y con ello la enervante igualización e inmovilidad de un Leviatán burocrático».

(45) «La función política, confiada únicamente a los supremos órganos estatales». Pero, sin embargo, se puede arriar que hay «supremos órganos estatales» que no son el Gobierno y que son incluso superiores a él (Jefe del Estado, Consejo del Reino, Consejo de Regencia). Vid. *infra*. La concreción juega, en realidad, como un límite hacia abajo, no hacia arriba.

el Tribunal Supremo no ha seguido fielmente esta idea de la Ley de lo Contencioso, y son ya bastantes las Sentencias en que aplica la calificación de acto político a actos pura y simplemente ministeriales (46), e incluso de autoridades inferiores (47). La reciente Sentencia de 10 de febrero de 1962 (Ponente, señor FERNANDEZ HERNANDO) parece iniciar una toma de conciencia de esa intención restrictiva de la Ley al limitar la producción de actos políticos al Consejo de Ministros.

Segunda limitación con que la Ley de lo Contencioso ha querido relativizar el concepto de acto de Gobierno: la Ley dispone que, no obstante la imposibilidad de entrar en el enjuiciamiento de los mismos, está entre los poderes de la jurisdicción el disponer indemnizaciones en el caso de que de la aplicación de estos actos dimanen perjuicios (48).

Pero al lado de este esfuerzo positivo por reducir este viejo dogma, la Ley de lo Contencioso ha incurrido, a mi juicio, en un grave motivo de censura, que es el intento de ofrecer una justificación teórica de este fenómeno de la impunidad jurisdiccional de los llamados actos políticos. Toda justificación abstracta, toda teoría, está dotada de una inmediata fuerza expansiva, y es un hecho fácilmente comprobable que la misma está siendo utilizada por los Tribunales, no sólo para decidir estas cuestiones con buena conciencia, sino también para extender el concepto de acto de gobierno bastante más allá de lo que cualquier interpretación estricta podría admitir.

(46) Sentencias de 18 de junio de 1959, 10 de noviembre de 1959. En la conocida serie de Sentencias recaídas sobre el mismo caso de sanciones impuestas con motivo de una reunión de carácter político (26 de diciembre de 1959, 29 de febrero de 1960, 23 de marzo de 1960 y 7 de octubre de 1960) se trataba de una sanción impuesta por el Ministro de la Gobernación; al amparo de lo dispuesto en la Ley de Orden Público, el Consejo de Ministros había conocido de las mismas sólo por vía de recurso contra el acto sancionatorio ministerial (lo que evidentemente no alteraba el carácter ministerial de la medida: un recurso no puede cambiar en materia política lo que inicialmente no lo era, y más si su resolución es confirmatoria del acto recurrido).

(47) Aunque incidentalmente, la Sentencia de 25 de abril de 1961 afirma que «tuvo evidentemente tal carácter (de acto de gobierno) la incautación del cargamento de harina por la Autoridad militar en previsión de necesidades urgentes derivadas de los sucesos ocurridos en Sidi Ifni»; se trataba de un acto de la Autoridad militar local de Canarias.

(48) Este precepto procede de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954 (véase mi libro *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, Madrid, 1956, pág. 203), la cual a su vez lo toma del antiguo Reglamento de la Ley de lo Contencioso de 22 de junio de 1894, art. 4.º (que nunca tuvo aplicación). Sobre alguno de los problemas de la nueva fórmula legal vid. BOQUERA OLIVER, *La responsabilidad del Estado por la adopción de medidas no fiscalizables en vía contenciosa*, en *Estudios en homenaje a Jordana de Pozas*, I, Madrid, 1961, págs. 195 y sigs. En todo caso entiendo que toda dificultad interpretativa ha de resolverse en favor de la plenitud de jurisdicción de los Tribunales contenciosos sobre los *soi disant* actos políticos.

Dice la Ley en su Exposición de Motivos, en efecto, que estos actos políticos no son actos administrativos de gran porte («no constituyen una especie del género de los actos administrativos discrecionales, caracterizada por un grado máximo de la discrecionalidad»), sino que son otra cosa que actos administrativos («actos esencialmente distintos», dice, nada menos), puesto que—concluye—una es la función administrativa y otra la función política.

Estas afirmaciones tan categóricas, puestas al lado de sus consecuencias en la parte preceptiva de la Ley y en la jurisprudencia, no las compare hoy, podemos decir, ningún otro sistema y quizá ningún jurista autorizado. Desde el punto de vista material, desde luego, es obvia la diferencia entre las grandes decisiones políticas que comprometen la suerte entera de la comunidad, y el diario y ordinario quehacer del último funcionario de la Organización. La distinción entre políticos y funcionarios, como agentes que respectivamente encarnan esas dos distintas responsabilidades, es obvia y se apoya en una base real evidente. Pero es también un lugar común que el Derecho Administrativo no puede ser edificado sobre una idea material de la función administrativa (49). Jurídicamente, que es lo que importa, puesto que estamos hablando de Derecho Administrativo, no hay ninguna diferencia entre el acto más importante del Consejo de Ministros, con las salvedades que haré a continuación, y el acto más nimio del último funcionario de la escala, y no la hay por una razón jurídica elemental, porque todos son órganos de la misma persona, del mismo sujeto, y, por consiguiente, con el mismo título el Consejo de Ministros, como el último liquidador de contribuciones de partido, vienen a imputar del mismo modo al mismo sujeto su propia decisión.

Por otra parte, esta persona jurídica, este sujeto que es la Administración, está sometida al mismo Derecho, sin consideración, salvo una posible distinción inferior de régimen, a la posición de los órganos a través de los cuales actúa. Esto ocurre, del mismo modo, en todas las organizaciones personificadas; nadie dudaría que entre los actos de la Junta general de accionistas y los de cualquiera de los múltiples factores de una gran Sociedad hay una verdadera diferencia de grado, atendida su importancia material respectiva; pero sería absurdo pretender de ello, o bien que los actos de la Junta general no son actos de la Sociedad, o bien que si los actos del factor son actos mercantiles, los de la Junta general

(49) Sobre esto, mi estudio *Verso un concetto del Diritto Amministrativo como diritto statutario*, en «Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico», 1960, págs. 317 y sigs.

no, o bien, por último, y mucho más absurdo, que estos últimos no pueden ser fiscalizables por los Tribunales. Aun entre los actos de una persona física no tiene la misma importancia, con toda evidencia, contraer matrimonio, reconocer un hijo o hacer testamento, que comprar un periódico o depositar el abrigo en un guardarropa, pero ello nada arguye, ni puede argüir, lógicamente, contra la doctrina general del negocio jurídico ni contra su extensión, capaz de comprender todas esas particularidades. En definitiva, y esta es la lección que importa retener, una es la perspectiva del Derecho, que es una perspectiva de régimen, y otra la propia de cada una de las materias a que el Derecho se refiere. Al insistirse sobre la diferencia cualitativa entre Política y Administración se está diciendo algo obvio, pero es una petición de principio pretender arrancar de esta diferencia material una diferencia de régimen jurídico, tan grave, además, como la de la definitiva exclusión del Derecho Administrativo de todo un sector de actos que inicialmente se nos presentan como actos propios del sujeto en que la Administración consiste.

Una confirmación de lo que decimos es la absoluta incapacidad, que puede ya darse por rubricada, cabe decir, después de más de un siglo de esfuerzos incesantes y de distinciones cada vez más sutilmente renovadas, en que se encuentra la doctrina para decirnos qué es lo que positivamente es un acto de gobierno.

La teoría de los actos de gobierno, resumamos algo bien conocido (50), ha pasado por una serie de fases muy características. Cuando surge en la jurisdicción francesa de la primera Restauración (51) se justifica en la doctrina del móvil o del fin; sería acto político aquel cuya finalidad, cuyo móvil determinante, es político. Se observa en seguida, como era elemental, que estos móviles políticos (calificativo que, por

(50) Vid., en general, DUEZ, *Les actes de gouvernement*, París, 1935. SCHNEIDER, *Gerichtsfreie Hohheitsakte*, Tübingen, 1951; RUMPF, *Regierungsakte im Rechtsstaat*, Bonn, 1955, y allí citados. Para España, GUNTA, *Los actos políticos o de gobierno en el Derecho español*, «Revista del Instituto de Derecho comparado», 4, 1955, págs. 74 y sigs., y *Actos políticos y Justicia Administrativa*, en *Estudios en homenaje al profesor Legaz*, Santiago de Compostela, 1960 págs. 913 y sigs.; SÁNCHEZ AGESTA, *Concepto jurídico del acto político*, en *Homenaje a Pérez Serrano*, I, Madrid, 1959, págs. 183 y sigs. CARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo*, I, 2.ª ed., Madrid, 1961, págs. 367 y sigs., y el citado trabajo de BOQUERA; todos, por cierto, y en general, dentro de las posiciones tradicionales.

(51) Ha sido fácil observar que la introducción de la teoría de los actos de Gobierno fué una iniciativa del Consejo de Estado para no exacerbar la enemiga que le profesaban los nuevos poderes, iniciativa, pues, «inspirada por la única preocupación política de hacerse modesto para mantenerse y durar»; DUEZ, *op. cit.* págs. 30-1; OLIVIER-MARTIN, *Le Conseil d'Etat de la Restauration*, París, 1941 y el Prólogo de PICHAT.

otra parte, es perfectamente equívoco para discriminar una actuación del poder—«poder político»—y que suele reservarse en la práctica para las medidas de defensa de la clase gobernante o del régimen) pueden aplicarse a cualquier acto, y, por consiguiente, aparte la dificultad de precisar en cada caso el motivo último del acto, puede llegar prácticamente a la eliminación de la mayor parte del Derecho Administrativo de la posibilidad de su fiscalización jurisdiccional.

En 1875 el Consejo de Estado francés abandona la teoría del móvil (curiosa forma de cómo al simple contagio con el mundo político el acto administrativo se torna extrajurídico) y la sustituye por la llamada teoría de los actos de gobierno «à raison de sa nature». ¿Cuáles son estos actos de gobierno por naturaleza? No obstante el énfasis del planteamiento, se renuncia a otro criterio que el puramente empírico o casuístico, y se aboca así al sistema de enumeración o de lista: son actos de gobierno aquellos que la propia jurisprudencia ha llamado actos de gobierno. Naturalmente, esta es la confesión paladina de que estamos en presencia de un fenómeno que no tiene una justificación material.

En nuestro Derecho estamos aún, no obstante el intento de construcción conceptual de la Exposición de Motivos de 1956, o más bien podría decirse a causa de eso mismo, en el momento del sistema de lista, aunque todavía haya ecos en las decisiones jurisprudenciales del criterio del móvil o de la finalidad.

El propio artículo 2.º de la Ley enumera unos cuantos actos políticos, aunque sin afán exhaustivo, dejando, pues, el cuidado de completar la lista a la jurisprudencia; dice, en efecto: «como son los que afecten a la defensa del territorio nacional, relaciones internacionales, seguridad interior del Estado y mando y organización militar».

De estas listas tradicionales de actos, de la misma del artículo 2.º, hay dos supuestos, dos, y nada más que dos, que son, efectivamente, perfectamente distintos de los actos administrativos. Se trata de los actos de relación internacional cumplidos por los órganos superiores en vista de las relaciones internacionales, por una parte, y en segundo lugar, los actos de relación interconstitucional de los órganos superiores: así del Jefe del Estado o del Consejo de Ministros con las Cortes o con el Parlamento, según los regímenes: remisión de Proyectos de Ley, cuestiones de confianza, fijación del orden del día, disolución de las Cámaras, convocatoria de elecciones, etc.

Ahora bien, hay que decir que estos dos tipos de actos (vuelvo a repetir: los producidos en las relaciones internacionales y los que se realizan en el ámbito de relaciones entre el Ejecutivo y el Parlamento) no proce-

den, con toda claridad, de la Administración como persona (52). Las relaciones internacionales las cumple, no la Administración, sino la persona internacional del Estado, el Estado entendido como personalidad jurídica desde otro ordenamiento distinto del Ordenamiento administrativo, desde el Ordenamiento jurídico internacional. Y a su vez, las relaciones con el Parlamento tampoco las cumple la Administración en cuanto tal, sino simplemente los titulares de los puestos supremos de la Administración en cuanto que cumplen otras funciones constitucionales además de las propias de órganos de la Administración (53).

La exención de la jurisdicción contenciosa de estos dos tipos de actos es una consecuencia rigurosa de que, en efecto, no son actos de la Administración (54) y no están, por lo mismo, sujetos al Derecho Administra-

(52) Remito a mi estudio *Verso un concetto di Diritto amministrativo*, cit, especialmente págs. 328 y sigs., para una mayor precisión de este argumento.

(53) Es a estos dos tipos de funciones, y correlativamente de actos, a los que exclusivamente se refieren quienes prefieren seguir hablando de actos políticos como expresión de una supuesta función gubernamental, en Francia (CHAPUS, *L'acte de gouvernement, monstre ou victime*, en «Dalloz. Chronique», 1958, págs. 5 y sigs. y voz «Acte de gouvernement», en *Encyclopedie Dalloz. Droit Administratif*, París, 1960. AUBY y DRACO, *Traité*, cit., I, págs. 71 y sigs., en especial 75 y sigs.; en Francia se discute aún, y estos mismos autores disienten entre sí, si hay o no que incluir, además, entre los actos de gobierno, los hechos de guerra, en cuanto a su irrecorribilidad por el contencioso de indemnización, prevaleciendo hoy el criterio de que la inadmisión del recurso se funda más bien en la irresponsabilidad del Estado por este tipo de daños, que son objeto de reparaciones a través de medidas legislativas—cfr. desde la teoría de la responsabilidad mis observaciones a este supuesto, en *Los principios de la nueva Ley de Expropiación*, cit., págs. 185 y sigs.), Alemania (H. J. WOLFF, *Verwaltungsrecht*, I, München und Berlin, 1956, págs. 200-1; ULE, *Verwaltungsprozessrecht*, cit., págs. 102-3; los alemanes suelen incluir además los actos presidenciales de gracia o indulto, pero en Francia donde en un tiempo también estos actos se calificaron de actos de gobierno, se prefiere hoy explicarlo por la naturaleza judicial de estas decisiones—así en las famosas conclusiones del comisario CELIER en el «arrêt Combert», 1947, «Revue de Droit Public», con comentario de WALINE, 1947, págs. 95 y sigs.—, observándose que estos actos son controlados en su regularidad por los Tribunales penales) e Italia (por todos, SANDULLI, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Napoli, 1952, pág. 5, especialmente la enumeración). Los *Acts of State* del Derecho inglés, sobre los que también los Tribunales excusan su conocimiento, son exclusivamente los actos de relaciones internacionales: SCHNEIDER, *Gerichtsfrei*, cit., páginas 49 y sigs.; WADE y PHILLIPS, *Constitutional Law*, 6.ª ed. London, 1961, págs. 249 y siguientes. Estas posiciones doctrinales no pueden, pues, ser aducidas en apoyo de nuestra concreta situación legal y jurisprudencial, que extiende el concepto de acto político mucho más allá. En concreto, tanto la Exposición de Motivos de la Ley de la Jurisdicción y su artículo 2.º b), como los autores cit. *supra*, nota 50, que aceptan y justifican su posición objetivista, tienen de la función pública o de gobierno una idea mucho más extensa y de hecho sin límites concretos, lo que priva de toda seguridad a su manejo y da al concepto de acto político, como ya hemos notado, una verdadera fuerza expansiva a costa del sistema de garantías.

(54) Lo que no parece utilizable es la distinción que enuncia el importante Auto de la Sala 3.ª de 22 de junio de 1961, al que luego aludiremos más detenidamente, entre la actuación del Estado «como Administración... o como Poder público... como ente polí-

tivo. De ahí que no se trate propiamente de consagrar una inmunidad jurisdiccional de la Administración, por el simple motivo de que no es la Administración quien los realiza, ni una excepción a la regla de la competencia general de la jurisdicción contenciosa, porque ésta limita constitutivamente sus poderes a fiscalizar los actos de la Administración.

Tan no es una inmunidad jurisdiccional la exclusión de esas dos especies de actos, que justamente, y esta me parece que es la prueba definitiva, resulta que los mismos son residenciables ante otras jurisdicciones con plena normalidad: los actos de relación internacional, ante los órganos jurisdiccionales internacionales; los actos constitucionales de relación con el Parlamento o con las Cortes ante los órganos de la jurisdicción constitucional, allí donde ésta exista.

¡Cuán distintos, sin embargo, los demás pretendidos actos de gobierno! Los demás pretendidos actos de gobierno, todos los demás, creo que sin excepción, son actos administrativos puros y simples, sólo que dotados de una especial importancia política (ordinariamente en el sentido de la lucha política), pero esta misma importancia lo que justificaría en rigor sería, precisamente, un análisis más cuidadoso de los mismos por la jurisdicción contencioso-administrativa, pero no proclamar su exención radical ante ésta (55).

Proclamar la inmunidad jurisdiccional de la Administración en estas materias, así genérica e imprecisamente llamadas políticas, implica ni más ni menos que consagrar que la Administración puede obrar en las mismas sin límite legal ninguno, incluso atropellando los derechos más elementales y más obvios de los ciudadanos, puesto que no existe medio técnico ninguno, ni de imponerle esos límites legales, ni de exigirle el respeto a esos derechos hipotéticamente atropellados.

Tómense los ejemplos más característicos de nuestra jurisprudencia, el orden público y la organización militar.

El orden público es hoy en todos los países occidentales el ejemplo más claro de lo que más atrás hemos llamado un concepto jurídico indeterminado: no puede ser una facultad discrecional de la Administración determinar a su arbitrio si existe o no perturbación del orden público, o

tico», a efectos de distinguir los actos administrativos de los políticos; tampoco el caso resuelto ilustra sobre la posible aplicación de este criterio.

(55) TRIEPEL formuló ya clásicamente la observación de que las cuestiones políticas y las jurídicas no son entre sí contrapuestas, y que la naturaleza política de un acto no excluye su configuración o carácter jurídico: *Staatsrecht und Politik*, Berlín, 1927, páginas 17 y sigs. En el Derecho Internacional, donde lo contrario implicaría su disolución, es ya comúnmente admitido: WENGLER, *Der Begriff des Politischen im internationalen Recht*, Tübingen, 1956, págs. 40 y sigs.

amenaza de la misma, o incluir el más inocuo de los actos de la vida privada entre los actos contrarios al orden. Y ello por razones muy simples: primero, porque el *criterium* central que hemos utilizado para separar la discrecionalidad de los conceptos jurídicos indeterminados, la unidad de solución justa, se cumple en el caso con fácil evidencia: una misma situación no puede ser a la vez conforme y contraria al orden, como un mismo señor puede ser designado o no designado Alcalde, sin perjuicio de que la vida social reserve necesariamente un «margen de apreciación» de cierta holgura—nunca, en todo caso, una discrecionalidad—a la Administración para su calificación (56). Segundo, y capital, todo orden constitucional construye un ámbito de vida privada, las libertades y derechos fundamentales, justamente con el ánimo de declararlos exentos de la acción policial; afirmar que es discrecional de la Administración determinar si cualquier actividad contraría o no el orden es tanto como aceptar que la Administración pueda hacer caso omiso de esos ámbitos de libertad garantizados (57). Por último, supuesta ya la

(56) El caso más claro es el que ofrece la jurisprudencia francesa, que arranca de las famosas decisiones de principios de siglo sobre las medidas policiales de prohibición de procesiones católicas o del toque de campanas en base al argumento del orden público: el Consejo de Estado anuló tales medidas por entender que estos actos, que podrían en algún caso concreto provocar desórdenes (prueba que incumbe a la Administración, en cuyo caso podría legitimarse la medida restrictiva), por sí mismos no son contrarios al orden público. Véase los comentarios de HAURIUO a estas decisiones del Consejo de Estado, *La jurisprudence administrative*, cit., II, págs. 722 y sigs. WALINE, *Droit Administratif*, 7.^a ed., París, 1957, pág. 578. Posteriormente este control de la realidad de la perturbación del orden público se ha extendido mucho más: el Consejo de Estado juzga si motivos estéticos de protección del paisaje o de monumentos son o no motivos de orden público para justificar el uso de los poderes policiales (WALINE, pág. 569), o la protección de autótonos de ultramar contra el alcoholismo, o la de menores en los bailes, o la lucha contra ciertas publicaciones juzgadas malsanas, o el interés financiero de una colectividad, o el interés de tercero (WALINE, págs. 570-1), o si las perturbaciones del orden o su amenaza justifican o no, por su naturaleza o intensidad, la intervención de la autoridad de policía (AUBY y DRACO, *Traité*, III, págs. 78-9), o si las películas prohibidas por las autoridades atentan o no a la moralidad pública atendidas las circunstancias (AUBY y DRACO, *Ibidem*, págs. 26-7), o si la eventualidad de las perturbaciones invocadas por la autoridad de Policía presenta o no el grado de gravedad suficiente para justificar una medida restrictiva (AUBY y DRACO, *Ibidem*, pág. 83), etc. Para Italia, a través del concepto—equivoco—de discrecionalidad técnica, véase VIRCA, *La potestà di polizia*, Milano, 1954, págs. 45 y sigs. Para Alemania, NEBINGER, *Allgemeines Polizeirecht*, Stuttgart, 1954, págs. 17 y sigs. Para Inglaterra el caso es aún más claro, puesto que las medidas represivas son un monopolio de los Tribunales (lo que, por cierto, es un argumento definitivo sobre la naturaleza de concepto jurídico indeterminado del orden público: cfr. *supra*, nota 24). Véase ALLEN, *The Queen's Peace*, London, 1953, págs. 131 y sigs.

(57) Cfr. sobre el límite de las libertades públicas, WALINE, págs. 578 y sigs. DÜRIG, *Art. 2 des GG und die Generalemächtigung zu allgemein polizeilichen Massnahmen*, «Archiv des Oeffentlichen Rechts», 79, 1953, págs. 57 y sigs. VIRCA, págs. 54 y sigs., y el clásico estudio de THOMAS, *Grundrechte und Polizeigewalt, en Festgabe für das Preussische OVG*, Berlín, 1925, págs. 183 y sigs.

existencia de la perturbación del orden, y justificada la acción policial, los medios de la Policía no son ilimitados, sino perfectamente tasados, y ello no sólo por el argumento general de que la Policía no supone la posibilidad de una excepción ilimitada al orden jurídico existente, sino porque, además, es de elemental constatación comprobarlo legislativamente, y más aún justificarlo en la inmediata conexión de los poderes policiales con la garantía de la libertad; de ahí que, incluso dentro del arsenal de medios disponibles legalmente, los Tribunales entren incluso a juzgar sobre su proporcionalidad con las circunstancias de hecho (58).

He aquí, pues, que el orden público y la Policía general ni siquiera constituyen ya el campo por excelencia de la discrecionalidad, como pretendía la antigua doctrina, no ya, como viene afirmando nuestra jurisprudencia, materia de gobierno vedada *a limine* al conocimiento de los Tribunales contenciosos. Es cierto que el artículo 2.º alude *expresis verbis* entre los actos políticos del Gobierno a los que atañen a «la seguridad interior del Estado», pero entiendo que cabría perfectamente una interpretación de acuerdo con un concepto justo de las llamadas funciones de gobierno, que es la concepción de la Ley, limitando esta referencia a las grandes medidas de defensa total del Estado, como puede ser la declaración de los estados de excepción o de guerra (59), pero no a las medidas represivas individuales (60).

Pues, vamos a ver, ¿qué quiere decirse con que tales materias son actos políticos? ¿Quiere decirse que la Administración en cuanto se trate

(58) Véase, en general, además de algunos de los ejemplos de la nota 54, VIRGA, páginas 59 y sigs. VON KRAUS, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit, passim* (el apoyo en la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados, págs. 62 y sigs.). El artículo 40 de la Ley de Procedimiento Administrativo y el 6.º del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955, dan hoy un apoyo positivo a este principio, como ya notamos más atrás. Es su fundamento la presunción en favor de la libertad.

(59) Cuya naturaleza de acto político, aunque sólo sea por alterar el orden normal de las competencias constitucionales entre los distintos Poderes, se admite en otros países; véase *infra* sobre la aplicación del artículo 16 de la Constitución francesa, y VIRGA, página 51. De todos modos, como en la actual Ley de Orden público, de 30 de julio de 1959 (posterior, pues, a la Ley de la jurisdicción), la declaración del estado de excepción, y normalmente también del estado de guerra, se acuerdan por Decreto-Ley, no sería preciso calificar estas decisiones de actos políticos para alcanzar su inmunidad jurisdiccional: cabe, no obstante, que la declaración del estado de guerra se haga por autoridades locales, artículos 37-8, supuesto para el cual vale el argumento del acto político, aunque por cierto vendría a estorbarlo una interpretación estricta del criterio orgánico de la Ley jurisdiccional (sin embargo, dada la delimitación del supuesto del artículo 37, puede muy bien justificarse esa competencia de la autoridad periférica como sustitutiva de la normal competencia del Gobierno).

(60) En las Sentencias de la Sala 5.ª, de 21 de marzo de 1958, 7 de abril de 1960 y 5 de octubre de 1961 podría encontrarse base para esta distinción entre medidas políticas de conjunto y su aplicación a casos concretos, que no son ya actos políticos.

de cuestiones de orden público puede obrar sin límites legal ninguno? Esto es lo que resulta de la declaración de incompetencia de los Tribunales contenciosos, y se comprende que no hay ningún principio jurídico que pueda justificarlo (61). Baste recordar lo que acabamos de notar sobre el papel de los derechos fundamentales como límites del poder de policía: el «habeas corpus», por ejemplo, o la limitación de las sanciones policiales y la reserva de las sanciones más graves (pensemos como caso límite en la pena de muerte) a los Tribunales penales, etc.

En virtud de la calificación de esta materia como política o de gobierno (62) está resultando una consecuencia jurídicamente inadmisibles, que es que estos valores jurídicos básicos, estos derechos fundamentales resulten intutelables ante la jurisdicción contencioso-administrativa, quedando ya únicamente su cuidado al único remedio, que al comienzo he-

(61) Hay que decir, en honor del Tribunal Supremo, que ha intuido lo absurdo de esta consecuencia, y que no es raro por ello encontrar en sus decisiones algo que procesalmente no tendría justificación: la declaración de acto político de una medida (lo que habría de implicar la inadmisión del recurso por incompetencia) y simultáneamente el análisis de fondo de si la Administración ha obrado dentro de los límites de su competencia, conforme al procedimiento debido, e incluso con o sin desviación del poder: así, concretamente, las Sentencias de 26 de diciembre de 1959, 29 de febrero de 1960, 23 de marzo de 1960 y 7 de octubre de 1960, en las que incluso podría verse también un examen de si ha existido o no perturbación del orden, conforme a la técnica más avanzada ya indicada. Análogamente la Sentencia de 18 de junio de 1959. Lo que estas Sentencias demuestran, con esa loable entrada en el fondo, es la falta de necesidad de la calificación de la materia como de gobierno, con lo que se evitaría, para recoger las palabras de WALINE, «cette penible impression de déni de justice que donne la jurisprudence» (*Traité*, página 195).

(62) En algunas Sentencias, así precisamente en todas las citadas en la nota anterior, se trata de justificar la calificación de actos políticos a las decisiones administrativas impugnadas por su «soporte legislativo eminentemente político», que, concretamente, lo constituía la Ley de Orden Público, el Fuero de los Españoles y la Ley de Reuniones —con su carácter de Ley de desarrollo de la Constitución de 1876. También así el Auto de la Sala 3.ª, de 22 de junio de 1961, que intenta establecer la correlación acto político-Derecho político. Como sería fácil explicitar, estos conceptos son inadmisibles en buena técnica; puesto que esas Leyes, y cualquier otra del mismo carácter, otorgan determinadas facultades e imponen límites concretos a la Administración, constituyen, sin ninguna duda, el régimen jurídico propio de ésta, y, por consiguiente, parte del Derecho Administrativo (aunque a la vez lo sean del Derecho Constitucional—no, desde luego, la Ley de Orden Público—en cuanto éste contiene las «têtes de chapitre», en el clásico concepto de Rossi, de todas las demás ramas del ordenamiento). El argumento podría extenderse a la expropiación forzosa, a la propiedad, a los impuestos, a la seguridad social al «nullum crimen sine lege», etc., con la paradójica consecuencia de la falta de eficacia de las normas básicas y fundamentales. Esta doctrina ha de entenderse felizmente superada por la Sentencia de la Sala 4.ª, ya citada, de 10 de febrero de 1962: «no es aceptable el criterio de que todas las sanciones impuestas por infracción de las disposiciones de la vigente Ley de Orden Público son irrecurribles en vía jurisdiccional».

mos calificado de violento e inadecuado como medio de defensa efectiva frente a la Administración, de la Jurisdicción penal.

Sería fácil prolongar el mismo análisis al segundo supuesto de actos políticos de los preferidos por nuestra jurisprudencia, los actos referentes a la organización militar. Es evidente que no puede consagrarse en favor de la Administración militar una libertad omnímoda y sin control posible para expulsar a sus miembros sin causa ninguna (63), o para ascenderlos (por ejemplo extremo, haciendo Coronel a un cabo), o trasladarlos de escala, o diplomarlos (64); no hay para ello ninguna exigencia política ni ninguna justificación práctica, y si hubiese sido necesario ya lo hubiesen dicho expresamente las normas que organizan y estructuran el Ejército configurando las correspondientes facultades discrecionales. Es absurdo que por esta vía singular el Tribunal venga a dar más que lo que las propias leyes y reglamentos reconocen.

Un atento análisis, pues, de este fenómeno de los actos políticos, con esa doble excepción a que me he referido, impone su desaparición. Se ha dicho con justicia de esta doctrina de los actos políticos que constituye pura y simplemente una reminiscencia de la vieja idea de la razón de Estado y del poder de ésta para hacer doblegarse en algún momento a la justicia; este es justamente el título, *La survivance de la raison d'Etat*, del famoso libro de André GROS (París, 1932) (65), y basta su

(63) Cfr. el caso de la Sentencia de 18 de junio de 1959 (la baja de un Policía Armada se califica de acto político).

(64) Cfr. las Sentencias de 16 de mayo de 1960 (pase de un marino a la Escala de Tierra) y 10 de noviembre de 1959 (convocatoria de un curso de aptitud para diplomarse en el Estado Mayor del Aire). Más certeramente, la Sentencia de 5 de octubre de 1961 (Ponente señor CORTÉS ECHÁNOVE) observa en un caso análogo, denegando la excepción de acto político, que «la cuestión que se plantea en el recurso queda reducida y circunscrita a la situación de un Jefe del Ejército dentro de la plantilla de su Cuerpo», lo que, en efecto, no parece que interese demasiado a la política general del Estado. En la Sentencia de 7 de abril de 1960 (Ponente, señor CERVIA CABRERA) parece justificarse la inexistencia de acto de gobierno en que el militar a que el acto impugnado afecta (traslado de un Comandante de Intervención militar) ejerce «funciones fundamentalmente burocráticas, que además no corresponden a Cuerpo o Arma que tenga directa potestad sobre tropa alguna», pero, en todo caso, la verdadera *ratio decidendi*, mucho más exacta e importante, parece ser esta otra: que los actos políticos implican «medidas políticas de defensa nacional o mando militar, es decir, a asuntos trascendentes dentro del ámbito general, y no precisamente para ventilar cuestiones individuales de la escasa importancia que al interés común pueden llevar el que una plaza de Comandante Interventor de determinados Servicios Regionales esté desempeñada por uno u otro funcionario, extremo, además, que está reglamentado, con autolimitación de cualquier facultad discrecional que sobre ello pudiera invocarse». Estas dos últimas Sentencias rectifican por sí solas todas las anteriores y parecen iniciar una justa posición del Tribunal Supremo, que es de esperar que se consolide.

(65) Antes ya IJZE dijo que la teoría de los actos de gobierno no era más que una «sistematización de la razón de Estado»: *Das Verwaltungsrecht der französischen Republik*, Tübingen, 1913, pág. 448.

enunciado para condenar su presencia en un Estado de Derecho que merezca este nombre.

En el Derecho francés, animado por una vivaz y sutil jurisprudencia, puede decirse que la doctrina de los actos de gobierno ha desaparecido. En 1952 publicaba VIRALLY un artículo con el expresivo título *L'irrevocable acte de gouvernement* (66); ya no se encuentran, estudiando la jurisprudencia con detención, actos de gobierno, sin perjuicio de que los dos grupos de actos a que nos hemos referido no sean residenciables ante los Tribunales contenciosos, por razones que nada tienen que ver con la razón de Estado ni con la prevalencia de la política sobre el Derecho, sino, simplemente, porque no procediendo de la Administración no son actos administrativos verdaderos.

Las dos últimas exposiciones de conjunto del Derecho francés, las de VEDEL y RIVERO, se refieren a «la antigua teoría de los actos de gobierno» como a una curiosidad histórica, al «abandono de la teoría de los actos de gobierno» (67), a que tal teoría «se reabsorbe en la regla general, según la cual el juez administrativo no es competente más que en lo que concierne a la acción propiamente administrativa de los órganos públicos»—excluyendo, pues, las relaciones Gobierno-Parlamento y las relaciones internacionales, únicamente (68).

Todavía hace quince días esa ejemplar institución judicial que es el Consejo de Estado francés acaba de dar, enjuiciando un verdadero caso límite, la puntilla de muerte a la vieja doctrina de los actos de gobierno.

(66) «Revue de Droit Public», 1952, págs. 317 y sigs. También en el mismo sentido son importantes ODENT, *Contentieux administratif*, I París, 1957, págs. 157 y sigs.; el artículo de EISENMANN, *Gerichtstreife Hoheitsakte im heutigen französischen Recht*, en «Jahrbuch des Oeffentlichen Rechts der Gegenwart», 2, 1953, págs. 1 y sigs., y la confirmación, con criterios de comparatista, por los libros de HAMSON, *Executive discretion and judicial control. An aspect of the French Conseil d'Etat*, London, 1954, págs. 151 y sigs., especialmente pág. 155, y RUMPF, *Regierungsakte*, cit., págs. 91-2. Las posiciones contrarias de CHAPUS y AUBY y DRAGO (*supra*, nota 53) son puramente verbales para etiquetar con el viejo nombre, ciertamente cargado de equívocos, la exención jurisdiccional de actos que no son actos administrativos verdaderos (que es lo mismo que sostienen estas posturas negativas), sin postular ninguna extensión, sino todavía una reducción, de las posiciones jurisprudenciales.

(67) VEDEL, *Droit Administratif*, cit., págs. 168 y sigs., como epígrafes de los respectivos apartados. Concluye en pág. 172: «Permanece un alma de verdad en la teoría de los actos de gobierno: el juez administrativo debe evitar todo incidente de frontera con el Parlamento y con las autoridades encargadas de la política intrnacional. Pero este fondo de verdad no basta para justificar el mantenimiento de la teoría de los actos de gobierno como categoría autónoma de nuestro Derecho».

(68) RIVERO, *Droit Administratif*, cit., pág. 142. Esta exclusión de la doctrina de los actos de gobierno, concluye, «presenta la ventaja de que, respetando la autonomía del Gobierno en dos dominios donde es necesaria, elimina de nuestro derecho una categoría que ofrece a las tentaciones de la arbitrariedad un refugio propio para estimularlas».

Por vez primera, el 16 de febrero de 1962, ha conocido el Consejo de Estado de un recurso dirigido contra un acto producido por el Presidente DE GAULLE, en ejercicio de los famosos poderes extraordinarios o dictatoriales del artículo 16 de la Constitución (69), poderes que ha utilizado, como bien saben ustedes, con ocasión del último *putsch* de Argel. Pues bien, un gran sector de la doctrina afirmaba que como con el ejercicio de estos poderes extraordinarios el Presidente asume todos los poderes del Estado, el ejercicio de tales poderes era lógicamente infiscalizable ante la Jurisdicción contenciosa. El Consejo de Estado acaba de decir lo contrario (70). Ha afirmado que estos poderes exorbitantes, extraordinarios, los cuales podían incluso ser calificados auténticamente de soberanos, puesto que la competencia del Presidente viene a suplir la competencia general de todo el cuerpo del Estado, y por supuesto del legislativo, son perfectamente fiscalizables como regla ante el Consejo de Estado, escapando a la fácil tentación que ofrecía la doctrina de los actos de gobierno (71), con una única excepción, que es allí donde las

(69) Véase, por todos, sobre este supuesto de genuina dictadura constitucional, que entrega todos los poderes del Estado al Presidente, «lorsque les institutions de la République, l'indépendance de la Nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux sont menacés d'une manière grave et immédiate», el excelente estudio de LAMARQUE, *La théorie de la nécessité et l'article 16 de la Constitution*, en «Revue de Droit Public», 1962, págs. 558 y sigs.

(70) La exposición oral, de la que apenas se ha alterado nada en este punto, se hizo sobre la referencia del diario «Le Monde», del día 18-19 de febrero de 1962. Posteriormente, la «Revue de Droit Public», en su número de marzo-abril de este año, ha publicado íntegros el texto del *arrêt* (*sieur Rubin de Servens et autres*, al que se ha dado fecha de 2 de marzo de 1962), las lúcidas conclusiones del Comisario HENRY y nota de BERLIA, págs. 283 y sigs. En esas conclusiones se hace un análisis pormenorizado de las tesis doctrinales anteriores; entre quienes opinaban que los actos emitidos en virtud del artículo 16, por su naturaleza de «actos soberanos... escapan *ipso facto* a todo control jurisdiccional», estaba RIVERO, *Droit Administratif*, págs. 63-4. El propio texto constitucional parecía amparar esta interpretación al confiar ilimitadamente al Presidente *les mesures exigées par les circonstances*.

(71) Las conclusiones del Comisario de Gobierno rechazan expresamente la calificación de acto de gobierno, que implicaría—dice—«revenir à la théorie du mobile politique que vous [el Consejo] avez abandonné depuis votre décision C. E. 19 fev. 1875. Prince Napoléon». La cuestión no le merece más comentarios. Sin embargo, acepta que la decisión de recurrir al artículo 16 (no, pues, los actos adoptados como consecuencia de ello) «escapa a vuestro control. Pero es un acto que modifica instantáneamente las competencias de los poderes constitucionales en sus relaciones entre sí, que interesa, pues, las relaciones entre el Ejecutivo y el Parlamento, con lo que encontramos ahí el dominio clásico de los actos de Gobierno». El texto del *arrêt* recoge esta distinción: la decisión presidencial de poner en aplicación el artículo 16 «présente le caractère d'un acte de gouvernement dont il n'appartient au Conseil d'Etat ni de apprécier la légalité ni de contrôler la durée d'application», por la razón indicada de interesar a las relaciones Ejecutivo-Parlamento, esto es, por no ser un acto de la Administración, según sabemos, sino del Presidente de la República.

decisiones del Presidente se produzcan dentro de la materia definida como dominio propio de la Ley por el artículo 34 de la Constitución; en este supuesto, el Presidente está adoptando disposiciones con fuerza de ley, y por esta razón exclusivamente (72), porque las leyes formales no son nunca residenciables ante los Tribunales contenciosos, este único sector de los poderes del Presidente será infiscalizable ante el Consejo de Estado francés; en todo lo demás la regla es la de la plena fiscalización del ejercicio de estos poderes (73), sobre todo utilizando la técnica de los principios generales del Derecho.

En otros países la eliminación de la doctrina de los actos de Gobierno, en su tradicional expresión, ha sido el resultado de una técnica constitucional explícita, la técnica llamada de la cláusula general de competencia de los Tribunales contenciosos. El artículo 132 de la Constitución austriaca, el 113 de la Constitución italiana y el artículo 19, párrafo IV, de la Ley Fundamental de Bonn, afirman que los ciudadanos pueden recurrir contra todos los actos de la Administración. Esto, naturalmente, impide toda posibilidad de distinguir en la Administración un sector de actividad jurisdiccionalmente exenta por su calificación de actividad política o de Gobierno (74). Esta especie de preceptos que, como

(72) «Pour cette raison, mais pour cette raison seule», subraya el Comisario, procedía rechazar el recurso, que se dirigía contra una decisión presidencial de tal carácter, que constituyó una jurisdicción militar de excepción para enjuiciar los hechos subservivos de Argel. El caso podríamos decir que es idéntico al de nuestros Decretos-Leyes.

(73) El Comisario acepta que este control «s'apparentera à celui que vous exercez dans les cas où vous admettez l'existence de circonstances exceptionnelles, sans que l'identification soit totale». Esta doctrina de las circunstancias excepcionales (véase, en general, MATHIOT, *La théorie des circonstances exceptionnelles*, en *Mélanges Mestre*, París, 1956, páginas 413 y sigs.) es una matización muy importante de la jurisprudencia francesa respecto a la extensión de los poderes discrecionales de la Administración, por encima incluso de las previsiones legales; la jurisprudencia española no conoce nada parecido, al menos sistemáticamente (en la Ley de Régimen Local, art. 117, *d*), y en la Ley de Orden Público, art. 17, habría base para ello), y es posible que su introducción descargase a las medidas de defensa del orden de la necesidad de ser protegidas por la teoría de los actos de gobierno.

(74) Véase en general, sobre esto, ANTONIOLLI, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien, 1954, págs. 296 y sigs. RINGHOFER, *Der Verwaltungsgerichtshof*, Wien, 1955, págs. 107 y sigs. LA TORRE, *Sull'art. 113 della Costituzione e alcuni problemi della giustizia amministrativa*, «Foro Amministrativo», 1949, págs. 265 y sigs. ROSANO, *L'art. 113 della Costituzione e l'abrogazione delle norme che limitano le impugnative*, «Foro Italiano», 1949, III, páginas 53 y sigs. ALESSI, *Sistema istituzionale del Diritto Amministrativo italiano*, Milano, 1953, pág. 638. GUCCIARDI, *La giustizia amministrativa*, 3.^a ed., Padova, 1954, páginas 199 y sigs. KLEIN y HERRFAHRDT, *Tragweite der Generalklausel im Art. 19 Abs. 4 des Bonner GG*, tomo 8 de las «Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer», Berlin, 1950, págs. 67 y sigs. BETTERMANN, *Verwaltungsgerichtliche Generalklausel, ordentlicher Rechtsweg und nichtiger Verwaltungsakt*, en «Monatsschrift für Deutsches Recht», 1949, pág. 398 («Es gibt keine justizlosen Hoheitsakte, keine gerichtsfreien

ha dicho expresivamente Walter JELLINEK refiriéndose al artículo 19-4 de la Ley Fundamental de Bonn, son de la estirpe de los artículos regios del Estado de Derecho (75), podemos decir que corona la gran construcción técnica que éste, inexcusablemente, requiere de una *lückenlose Rechtsschutz*, de una protección jurídica sin lagunas, en las palabras de Otto BACHOF (76).

Es esta misma técnica de las cláusulas generales de competencia jurisdiccional en las Constituciones la que impone calificar como inconstitucional cualquier intento de restringir la materia administrativa fiscalizable por los Tribunales, liquidando así otro reducto de inmunidad que todavía existe en nuestro Derecho, el de aquellas cuestiones exentas por determinación de la Ley, sin ninguna otra razón sustancial que la de la fuerza legal, el *quia nominor leo* de la Ley, así empeñada en la triste misión de negar el Derecho. El artículo 40 de la Ley de la Jurisdicción enumera unas cuantas de estas materias (77) y deja luego abierta la posibilidad, en su último apartado, de que otras leyes sigan enunciando más excepciones. Aunque después de la Ley jurisdiccional no podría decirse que éstas han sido numerosas, sí, sin embargo, que en algún caso han sido extraordinariamente significativas y que han inflingido un duro golpe al sistema de garantías jurisdiccionales contra la acción administrativa; me refiero en concreto a la Ley de Reforma tributaria de 26 de

Köln, 1956, especialmente pág. 6. MAUNZ-DÜRIG, *Grundgesetz. Kommentar*, München, 1958, y siguientes, comentario al artículo 19, IV, números marginales 10, 11, 23 y sigs. JESCH, *Gesetz und Verwaltung*, Tübingen, 1961, págs. 98-99. Los autores que después de este precepto siguen hablando de actos de gobierno lo hacen en el sentido verbal, e innecesariamente equívoco, que ya nos consta de actos no procedentes de la Administración (*supra*, nota 53).

(75) W. JELLINEK: «Gehört sicher zu den königlichen Artikeln des Grundgesetz», página 3 del tomo 8. cit. de las «Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer».

(76) BACHOF, *Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats*, cit., pág. 74 y su artículo *Die richterliche Kontrollfunktion im westdeutschen Verfassungsgefüge*, en el tomo *Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit Festschrift für Hans Huber*, ya citado, página 30 («eine lückenlose Gerichtskontrolle der Verwaltung»).

(77) Este artículo 40 es asistemático: por una parte se refiere a actos cuya exclusión no procede por ministerio de la Ley, sino por aplicación de principios propios del sistema de justicia administrativa, como los actos consentidos o confirmatorios; otros actos se excluyen por razón de pertenencia a otras jurisdicciones (los del apartado *d*), que corresponden a la jurisdicción de guerra, y los del apartado *e*), que pertenecen a la vía judicial correspondiente); otros son puros actos discrecionales (ascensos por méritos de guerra y recompensas al personal militar: he ahí que no ha habido necesidad de excluir las distinciones civiles); quedan, en fin, los casos de exclusión autoritaria pura y simple, que son los de los apartados *b*) (actos dictados en la función de policía sobre la prensa, radio, cinematografía y teatro) y *f*) (actos que una Ley excluya expresamente de la vía contenciosa). La Sentencia de 16 de mayo de 1960 ha interpretado expresamente estas exclusiones del artículo 40 en el sentido de la teoría de los actos de gobierno.

diciembre de 1957, que ha eximido de la posibilidad de conocimiento de los Tribunales contenciosos la mayor parte de todo el proceso de fijación de bases y liquidación tributarias.

Este tipo de leyes, que excluyen por su propia fuerza del conocimiento de los Tribunales contenciosos determinadas materias, es también imposible allí donde la Constitución proclama la universalidad de competencia de los Tribunales en virtud de esa cláusula general, de ese «párrafo regio» del Estado de Derecho.

VII

El último círculo de inmunidad frente a los Tribunales contenciosos, el último de los reductos tradicionales, ha sido el de los poderes normativos.

Toda la tradición revolucionaria, ya lo hemos notado al comienzo sumariamente, montó la idea del Estado de Derecho, poniendo el énfasis en un esquema simple: la sumisión de la Administración a la Ley. Pero esta Ley, que era sentida como el mayor escudo de la libertad, es un hecho que ha pasado a ser hoy uno de sus enemigos más temibles (78).

La concepción rousseauniana creía salvar con el dogma de la generalidad de la Ley hecha por todos los ciudadanos nada menos que la alienación del hombre en la sociedad. Esta esperanza utópica está totalmente quemada por la sociedad de nuestro tiempo. La Ley ha pasado a ser en nuestras complejas estructuras sociales un simple medio técnico de la organización colectiva. Es esta la significación que se da al concepto de legalidad en una construcción técnica tan apurada como la Sociología de Max WEBER, de modo que la Ley puede no sólo no hacer ninguna referencia a la justicia (por ejemplo, la organización de un taller de miles de obreros, una cadena de montaje), sino, mucho más, puede incluso también convertirse en un modo de organización de lo antijurídico (79), en un modo de perversión del ordenamiento. Es este el título: *La perversión del ordenamiento jurídico* de un impresionante análisis de F. VON HIPPEL (80) sobre la legalidad nacionalsocialista.

(78) Es el título del famoso artículo de LEIBHOLZ: *Die Bedrohung der Freiheit durch die Macht des Gesetzgebers*, «Universitas», 1959, págs. 459 y sigs. Véase, en general, sobre toda esta parte, mi artículo ya citado *La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria*.

(79) «La Ley como forma de organización de lo antijurídico», es el título de un epígrafe del lúcido análisis de WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Tübingen, 1952, págs. 327 y sigs.

(80) *Die Perversion von Rechtsordnungen*, Tübingen, 1955.

La Ley en sí misma es, pues, un puro pabellón formal que puede cobijar cualquier clase de mercancía. Nuestra sociedad, el hombre de hoy, tiene de ello plena conciencia. No es por ello extraño, ni mucho menos responde tampoco, contra lo que algunas veces se cree, a una simple táctica propagandística, el que en los países tras el telón de acero se hable con no menos énfasis, y posiblemente con no menos sinceridad, que en los países occidentales, de la exigencia del respeto por la Administración a una legalidad socialista (81). Si, por consiguiente, la Ley, en su pura formalidad, no asegura ningún valor de fondo, y aun cabe temer de ella razonablemente temibles atentados por su propia fuerza organizatoria, se impone la necesidad de establecer jurídicamente un sistema de defensa contra la Ley que permita hacer efectiva esa defensa por otras vías que la del viejo, inmatizado, gravísimo derecho de resistencia.

A nosotros no nos interesa ahora examinar el tema de la Ley en su generalidad, pero sí es de nuestra incumbencia el tratar de los poderes normativos de la Administración. La Administración en todas partes se ha apoderado de los poderes normativos, no sólo en virtud de su potestad reglamentaria, en los países que reconocen que la Administración tiene un poder reglamentario general, sino incluso, fuera de este supuesto, por las varias formas de delegaciones legislativas, cada vez más intensas y generalizadas, que se conocen en todos los países (y, por supuesto, en el nuestro). La Administración, sin embargo, y este es un hecho de elemental constatación, es un pésimo legislador. La Administración es una organización constituida para el tratamiento de lo inmediato, implicada además en mil gestiones concretas. Le falta esa serenidad de juicio, esa superioridad de posición que se requieren para poder acometer la definición abstracta de un orden justo. «Le domaine de la vie administrative—decía HAURIUO (82)—est le domaine du provisoire, du révocable et du viager», por diferencia de lo que ocurre con «le domaine de la vie civile, qui est, au contraire, le domaine du perpetuel et du définitif». El estilo normativo de la Administración se polariza por eso en la atención de urgencias inmediatas. Desde una famosa y agudísima idea de Carl SCHMITT (83), hoy todos los juristas alemanes hablan de una especie de legislación propia del Estado administrativo, lo que

(81) Entre tanta literatura sobre el tema, véase últimamente STAINOV, *Verwaltung und Verwaltungsrecht in der Volksrepublik Bulgarien und in den Sozialistischen Staaten*, en «Verwaltungsarchiv», 1962, págs. 145 y sigs.

(82) *Précis de Droit Administratif*, cit., pág. 565, nota.

(83) En su ya clásico estudio *Legalität und Legitimität*, ahora recogido en sus *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, Berlín, 1958, en especial págs. 265 y sigs.

ellos llaman «las leyes de medida» (*Massnahmegesetze*), leyes que atienden a resolver problemas concretos y singulares y no a planear propiamente un orden general y abstracto con vocación de permanencia (84). La Administración está, por otra parte, profundamente marcada por su estructura burocrática. A sus servicios les falta una visión serena y general de las situaciones sociales por la parcialidad de sus respectivas especialidades técnicas y por la dialéctica propia de las disfunciones burocráticas, consustanciales a su misma existencia.

Baste parar mientes en la impresionante salida diaria del «Boletín Oficial del Estado» para comprobar lo que trato de indicar: la ocasionalidad, la imperfección, la fugacidad de las normas administrativas aparece plásticamente, de una manera difícilmente superable, en esos inmensos rimeros que son las colecciones de «Gacetas», ordinariamente acumulados en algún sótano o en algún pasillo de los viejos edificios del Estado. ¡Qué lejos, en efecto, del «sagrado depósito de las leyes», de la emoción sacral que el hombre antiguo tenía ante las *leges patrum*, las leyes de los padres, incluso del sabor añejo y depurado que mantienen las colecciones de sentencias como expresión de una serena, viva y prudente majestad de Derecho!

De ahí que sea fundamental para la sociedad actual organizar técnicas eficaces de control respecto de estos poderes normativos de la Administración. Hay que decir más todavía, y es que, contra lo que de toda la tradición de la justicia administrativa parece resultar, el recurso contra Reglamentos tiene una indudable primacía respecto de los recursos contra los actos concretos, puesto que el recurso contra Reglamentos ejerce en la sociedad una verdadera función purgativa al evitar de raíz que un vicio inserto en un Reglamento se propague, se multiplique, amplifique sus efectos en la extensión y en el tiempo a través de los miles y miles de actos singulares de aplicación de este Reglamento. Es en este sentido, podríamos decir, una terapéutica que opera sobre las causas fisiológicas de la enfermedad, y no simplemente, como es en buena parte el recurso sobre los actos, sobre sus síntomas (85).

(84) Véase, en general, FORSTHOFF, *Ueber Massnahme-Gesetze*, en el *Gedächtnisschrift für W. Jellinek*, cit., págs. 221 y sigs. HEDEMANN, *Wesen und Wandel der Gesetzgebungstechnik*, en el *Festschrift für Smidt-Rimpler*, Karlsruhe, 1957, págs. 23 y sigs. MENCER y WERHAHN, *Das Gesetz als Norme und Massnahme*, en el tomo 15 de las «Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer», Berlín, 1957. H. HUBER, *Das Recht im technischen Zeitalter*, Bern, 1960, págs. 18 y sigs. ZEIDLER, *Massnahmegesetz und «klassisches» Gesetz*, Karlsruhe, 1961.

(85) Véase sobre esto, más detenidamente, mi estudio *La interdicción de la arbitrariedad*, cit., en especial págs. 154 y sigs.

Pues bien, una innovación de la Ley de la Jurisdicción contenciosa del 56 ha sido instaurar, por vez primera en nuestro Derecho (86), el recurso directo contra los Reglamentos. Es uno de sus méritos más legítimos. Sin embargo, falta, a mi juicio, en la Ley una configuración definitiva de este fundamental recurso, ausencia que la jurisprudencia no se ha decidido a colmar hasta ahora, quizá por un cierto e injustificado recelo contra esta técnica impugnativa que parece prevalecer frente a una tendencia contraria, de la que han resultado ya, no obstante, algunas luminosas Sentencias (87).

No podemos ocuparnos aquí, dada la extensión que ha ido tomando esta conferencia, de todos los problemas que plantea la especialidad de este recurso. Vamos a limitarnos a ofrecer esquemáticamente los puntos que a nuestro juicio están pendientes de resolución para llegar al desarrollo pleno de esta garantía fundamental que es el recurso contra Reglamentos.

a) Primero es menester desembarazar el recurso directo de la posibilidad de acceso al mismo. La Ley de 1956 ha impuesto una importante limitación a la legitimación para impugnar los Reglamentos, que reduce en principio a las Corporaciones. No hay nada, a mi juicio (88),

(86) El precedente del régimen local casi no ha tenido ningún valor real, sobre todo por su errónea solución al problema de la relación recurso directo-recurso indirecto, que en la práctica se tradujo, como notó certeramente CLAVERO ARÉVALO (*El recurso contencioso-administrativo contra Reglamentos y Ordenanzas en la nueva Ley de Régimen Local*, «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», agosto, 1951, en especial pág. 45 de la separata), en un paradójico sistema de seguro de ilegalidad en favor de la Administración.

(87) Por ejemplo, las de 20 de febrero y 6 de julio de 1959 (Ponentes, señores CAMPRUBÍ PADER y CERVÍÁ CABRERA), estudiadas por mí en el trabajo *La interdicción*, cit.

(88) No es exacta, desde luego, la razón que a veces proclama la jurisprudencia: «que [la Ley] no podía prescindir de ciertos presupuestos mínimos e insoslayables que son habilitantes so pena de incurrir en extremismos perturbadores, y si así no fuese hubiese instaurado una acción popular» (Sentencias de 31 de diciembre de 1960 y de 18 de abril de 1961, idénticas); en la primera de ellas se añade, además, que en este punto la Ley de la Jurisdicción «justamente se jacta de ser tan avanzado su ordenamiento como el que más de los extranjeros». Todas estas declaraciones son típicas *obiter dicta*, y no tienen por ello demasiada importancia, pero sí expresan la motivación interna de los jueces, la cual, por ser errónea, convendría fuere rectificada. Ningún país, que conozcamos, limita la impugnación de normas a las Corporaciones, y por eso la Ley de 1956 es en este punto bastante más restrictiva que la regulación de los demás países. Tampoco es cierto que la alternativa a esa legitimación corporativa sea la acción popular o cualquier otro «extremismo perturbador», sino la legitimación personal por un interés directo, como ocurre en todo el sistema general de la justicia y de las acciones, y como ocurre, desde luego, en los demás países donde la técnica del control abstracto de normas o recurso directo funciona pacíficamente y con normalidad y, en fin, en la propia Ley en el recurso contra actos o incluso en el mismo recurso contra Reglamentos en el supuesto del párrafo 3.º del art. 39. Véase, para Francia (donde la evolución ha sido justamente desde

que justifique esta limitación, que en ningún otro Derecho se conoce (89), y que pugna con el sentido personalista de toda la justicia al hacer depender la posibilidad de la tutela judicial de los individuos de la decisión de una Corporación o de otras personas (90). El hecho de que

exigir en el siglo XIX una representación de todos los intereses colectivos afectados hasta aceptar «d'une manière générale (que) toute personne dont les intérêts juridiques matériels ou moraux sont affectés par la réglementation est recevable à exercer un recours contre elle», AUBY y DRAGO, *Traité*, II, págs. 498 y sigs. Para Italia (solución idéntica: incidencia del Reglamento sobre una situación jurídica de que se es titular), DE MARCHI, *Il ricorso alla IV Sezione del Consiglio di Stato contro i regolamenti illegittimi ed il cosiddetto interesse a ricorrere*, «Rivista di Diritto Pubblico», 1915. I. A. ROMANO, *Osservazioni sull'impugnativa dei Regolamenti della pubblica Amministrazione*, «Rivista trimestrale di Diritto Pubblico», 1955, págs. 870 y sigs. Para Alemania (solución aún más amplia: eventualidad de sufrir un perjuicio en un futuro previsible), MENGER, *System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz*, Tübingen, 1954, pág. 92. y BACHOF, *La jurisdicción administrativa en la República Federal de Alemania*, REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, 25, pág. 312. Otra justificación material se declara a veces en la jurisprudencia: «que no es misión de esta jurisdicción el prevenir ataques futuros e inciertos, pues hasta ahora ha permanecido estática e inalterada la situación a pesar del Decreto» (Sentencia de 26 de mayo de 1961), con lo que se alude a la necesidad de esperar los actos singulares de aplicación. Como se comprende, el argumento va derechamente contra la justificación misma del recurso directo, pues exactamente lo mismo ocurre cuando quien recurre es una Corporación, con la diferencia de que para ésta los intereses afectados no son propios, sino de sus miembros; por otra parte, un Reglamento no es una simple amenaza potencial e «incierta», sino una perfecta realidad actual, como es actual también su incidencia sobre las situaciones jurídicas individuales, aun antes de los actos singulares de aplicación, por el solo hecho de modificar el orden jurídico e imponer—o pretender—una obligación de cumplimiento; por último, es totalmente erróneo remitir como forma ordinaria de impugnar Reglamentos al recurso indirecto (que es un recurso contra actos, cuya decisión no alcanza normalmente fuerza *erga omnes* y en cuyo seno no pueden discutirse fácilmente infracciones procedimentales del Reglamento o violaciones de los principios de Derecho), considerando excepcional o privilegiada la impugnación directa; sólo ésta permite apartar los Reglamentos nulos, cuya sola presencia perturba todo el orden jurídico y el mismo aparato administrativo, en lo cual abundan obvias razones de orden público; y aun puede invocarse el principio de economía procesal de resolver en un solo proceso lo que de otro modo, si ha de esperarse a los actos de aplicación, necesitará para ser rectificado cientos o miles de recursos.

(89) En otros países las Corporaciones de intereses han tenido que conquistar trabajosamente su capacidad y legitimación para recurrir, al lado, pero nunca excluyendo, la de los administrados. AUBY y DRAGO, *Traité*, II, págs. 155 y sigs., y 504 y sigs.

(90) Es evidente que no hay ninguna razón para dar aquí esta insólita prevalencia al principio corporativo, pues el orden jurídico afecta directamente a las personas, que por eso son sujetos activos del mismo, y no por el intermedio de una Corporación de intereses, que, además—y ello es de experiencia común—, puede existir o no (por ejemplo, los funcionarios no tienen ninguna representación corporativa, lo que les priva automáticamente de esta garantía). Por lo demás, los riesgos de esta entrega de la posibilidad de tutela judicial contra los Reglamentos a las Corporaciones son demasiado evidentes para insistir sobre ellos; conozco el caso de una Corporación cuyos miembros acordaron ir al recurso directo contra un Reglamento que les afectaba, recurso que bloqueó el jefe de la misma, por el hecho de que era a él, como representante legal de la Corporación, a quien correspondía extender los poderes en favor de Procuradores; no hay

la lesión que yo sufro en mi propia esfera jurídica esté acompañada por lesiones análogas sufridas por otros ciudadanos en sus respectivas esferas jurídicas no es, ni medianamente, un argumento atendible para imponer un litisconsorcio activo necesario de tanta gravedad, puesto que esa comunidad de lesiones no se traduce, ni se ve cómo podría traducirse, en una comunidad forzosa de titularidad, dada la total independencia entre el conjunto de las distintas esferas jurídicas afectadas. Podrá haber un motivo de acumulación procesal de los autos correspondientes a las distintas pretensiones, pero nunca de inadmisibilidad de una de éstas por no ir acompañada de las demás pretensiones individuales posibles. Un ejemplo totalmente análogo sería el de daños patrimoniales producidos por un mismo hecho (por ejemplo, una explosión) a un amplio conjunto de personas. La falacia del argumento legal es demasiado visible para insistir en ello.

Por cierto, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo hay indicios de que todavía se intenta restringir esta legitimación negando la posibilidad de recursos a las Corporaciones cuyo ámbito representativo es puramente local cuando se trata de impugnar disposiciones que afectan a todo el territorio nacional (91), restricción extra-legal y que de con-

que decir que este directivo era de libre designación gubernativa, lo que no es anómalo en nuestro Derecho. He aquí otro caso tomado de la Sentencia de 12 de febrero de 1962: una Junta social de un Sindicato (esto es, la representación obrera) no está legitimada para recurrir contra una disposición solicitada por su propio Sindicato (que incluye también la representación empresarial, que es la que pudo haber solicitado tal disposición). Por supuesto, estamos refiriéndonos al caso normal en que las normas afectan a los miembros corporativos y no directamente a la propia Corporación: en este último caso ésta será un administrado común (es, en general, el supuesto de la Sentencia de 26 de diciembre de 1961).

(91) Sentencia de 18 de abril de 1961 (un Grupo Sindical local no está legitimado para impugnar un Decreto de ámbito nacional: «un Grupo Sindical local no es Entidad que ostente la representación de interés que afectan en general a todos los Sindicatos de España, de los de su clase, dado su limitado ámbito personal y territorial, y si se admitiese lo contrario se perdería esa ecuación de interés y norma que una correcta interpretación exige entre los referidos intereses presuntamente lesionados y los Organismos para representarlos en esta especial legitimación *ad causam*»). No son, sin embargo, excepcionales los recursos en que se ha aceptado lo contrario: Sentencias de 16 de diciembre de 1959 (Colegio de Abogados de Barcelona contra la Orden de Hacienda de 22 de enero de 1959, que modificó la Instrucción Provisional del Impuesto sobre el rendimiento del trabajo personal), de 14 de diciembre de 1959 (un Sindicato Provincial de Transportes y Comunicaciones contra el Decreto de 23 de diciembre de 1957, que modificó el Reglamento de Ordenación de transportes por carretera), de 7 de julio de 1961 (Hermandad Sindical de Labradores de Cieza contra la Orden de Obras públicas de 31 de julio de 1959, que afectaba a toda la cuenca del Segura) etc. Es curioso que en el Derecho francés la regla venga a ser la inversa de la que intenta justificar la Sentencia de 18 de abril de 1961: no se reconoce legitimación a una entidad representativa cuando el caso no afecta a todos sus miembros, sino sólo a una parte de los mismos (AUBY y DRAGO, II.

firmarse supondría una gravísima quiebra para esta técnica impugnativa.

En el mismo orden hay que situar la jurisprudencia que ha impuesto, sin utilidad visible y con una interpretación perfectamente contestable (92), un trámite previo de reposición para una serie de recursos directos, trámite que no encuentra ninguna justificación en el régimen de este recurso y que embaraza su camino, que más bien debe ser estimulado que impedido.

b) El segundo extremo que me parece importante es el de establecer sin la menor vacilación el postulado de la universalidad de este recurso contra Reglamentos, respecto del cual no hay materias exentas, y ello porque en el orden de los principios ninguna podría justificarse y porque felizmente en el plano *de iure condito* ninguna acepta la Ley jurisdiccional de 1956. Sin embargo, quizá por la novedad de este recurso, encontramos dos Sentencias del Tribunal Supremo que pretenden nada menos que hacer aplicación en la materia reglamentaria de la arcaica, y ya hemos visto hasta qué punto superada, doctrina de los actos de Gobierno. La Sentencia de 10 de febrero de 1960 rechaza la admisión de un recurso dirigido contra sendas disposiciones del Ministerio de Trabajo reglamentando las Universidades Laborales, porque serían expresión de la «política docente-laboral del Estado...», la prosecución de dicha directriz política». La segunda decisión es el Auto de la Sala 3.^a de 22 de junio de 1961 (93), que califica como acto político el Decreto impugnado de 29 de septiembre de 1959, por «responder a una política afectante a la seguridad interior del Estado y a la organización de los Tribunales militares». Esta doctrina no es aceptable. En ningún país de los que conocen el recurso contra Reglamentos se ha extendido a

página 505) lo que pretende fundamentarse en el principio de especialidad de los entes corporativos, criterio restrictivo que no tiene gran importancia por no excluirse la legitimación puramente individual, como ya nos consta.

(92) Sentencia de 19 de enero, 27 de abril y 8 de junio de 1959. Véase mi crítica en *Recurso directo contra disposiciones reglamentarias y recurso previo de reposición*, REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, 29, págs. 161 y sigs. La réplica de GONZÁLEZ PÉREZ, *Los recursos administrativos*, Madrid, 1960, págs. 161 y sigs., que apoya sorprendentemente esta dialéctica de sutilezas dirigidas contra la admisión de los recursos, está ya contestada, en realidad, en mi anterior artículo, cuyos argumentos no merece la pena repetir.

(93) Este Auto no figura publicado en la «Recopilación Aranzadi». Puede consultarse íntegro, no obstante, en el núm. 3-4, de mayo-agosto de 1961, en la «Revista Jurídica de Cataluña», págs. 467 y sigs., que publica antes el texto de la demanda del recurso en que se produjo (recurso del Colegio de Abogados de Barcelona, dirigido por Manuel BALLBÉ, contra el Decreto de 29 de septiembre de 1959, refundiendo la regulación de los delitos contra el orden público).

un sector de éstos el equívoco calificativo de «políticos» (94), para concluir que sobre ellos el Tribunal no puede extender sus poderes fiscalizadores. Hay que decir que ni siquiera en nuestra antigua Ley de lo contencioso de 1888-94, en su regulación del recurso indirecto, ni en la Ley Orgánica del Poder judicial de 1870, al disponer en su artículo 7.º la excepción de ilegalidad de los Reglamentos, con la prohibición formal a los jueces de aplicar los Reglamentos contra Ley, se ha hecho esta salvedad de los supuestos reglamentos políticos, y es evidente que no tendría el menor sentido hacerla, luego no se ve la razón para que ello se haga en la técnica procesal del recurso directo, que es una más entre las técnicas de lucha contra el Reglamento ilegal. Hablar de Reglamentos infiscalizables por los jueces, sea cual sea la vía de fiscalización, es consagrar pura y simplemente en favor de la Administración una verdadera patente de corso para vulnerar las Leyes y el Derecho. De nuevo podemos hacer la pregunta sobre los efectos de esa abstención judicial: ¿Es que en la materia de seguridad interior, por referirnos a la doctrina del Auto de 1961, la Administración puede dictar Reglamentos con absoluta y total libertad, estableciendo penas de cárcel o de muerte, vulnerando las garantías básicas, violando las leyes formales?

En este Auto de 1961 se apunta, además, a otro criterio de exclusión: cuando la materia de los Reglamentos no sea de Derecho Administrativo, sino de Derecho Penal, Procesal, etc., sería de aplicación la regla de incompetencia del párrafo a) del artículo 2.º de la Ley (cuestiones de índole civil o penal). Esta doctrina no es tampoco aceptable. Lo que se fiscaliza en los Reglamentos no es tanto su materia, como (eventualmente a través de ella) la potestad reglamentaria de la Administración en cuanto tal potestad formal, cuyos límites (sustanciales, formales, procedimentales) (95) son siempre regulados por el Derecho Administrativo. Si el Reglamento Hipotecario infringe o no la Ley no es una cuestión de Derecho Hipotecario, sino de Derecho Administrativo. El texto de la Ley jurisdiccional expresamente autoriza además esta interpretación al distinguir con toda claridad (art. 1.º) entre actos, que han de estar sometidos

(94) Se comprende que el criterio puede dar al traste con el recurso contra reglamentos, pues es evidente que todos los reglamentos responden a una «política» (fiscal, de personal, docente, económica, etc.) del Estado; las frases que se han destacado en el texto de las dos decisiones pueden aplicarse sin la menor dificultad a cualquier reglamento. Es ésta, en realidad, una fácil reducción al absurdo de la doctrina de los actos políticos.

(95) El Tribunal Supremo ha anulado ya Reglamentos por defectos de procedimiento en su formulación: Sentencia de 26 de diciembre de 1961 (Ponente, señor FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ); dígase por qué este vicio no puede ser apreciado en un Reglamento que regule materias civiles.

al Derecho Administrativo, y disposiciones, de las que lo único que precisa es que han de ser «de categoría inferior a la Ley». Por último, la exclusión de «las cuestiones de índole civil o penal» que se enuncia en el artículo 2.º, a), de la propia Ley han de referirse, como pide el texto legal, a las cuestiones que estén positivamente «atribuidas a la jurisdicción ordinaria», pero el recurso directo contra Reglamento no lo está, con toda evidencia; es, pues, ésta una regla de distribución de competencias entre jurisdicciones y nada permitiría pretender echar sobre la jurisdicción ordinaria el conocimiento de tales recursos.

Ha pesado quizá en esta jurisprudencia, que hay que esperar ver pronto rectificadas, la misma dificultad de los casos en que se produjo y su significación. Los juristas anglosajones tienen para esto un apotegma muy expresivo, que aquí comprobamos: *Hard cases makes bad law*.

c) El tercer punto al que quisiera brevemente aludir en este rápido recorrido sobre los problemas del recurso contra Reglamentos es el de la fiscalización de los poderes legislativos delegados. He dedicado al tema un estudio reciente (96), y remitiéndome a él diré solamente que las varias formas de ese equívoco concepto de delegación, esto es, la deslegalización, la remisión y la delegación *stricto sensu*, son todos plenamente justificables. La jurisprudencia no suele aceptar conocer de este último caso (desarrollo de Leyes de bases), pero ello me parece injustificado, como sería ahora quizá algo extenso demostrar. El único acto normativo del Ejecutivo que está exento del recurso directo es el Decreto-Ley; todas las demás formas normativas, sin excepción, caen bajo su imperio.

d) En cuarto y último lugar, es fundamental para el futuro de este recurso y para el Derecho que los ilícitos a fiscalizar por él no se limiten a las ilegalidades puramente formales, o, en otros términos, que a su través se mida la validez de los Reglamentos también, y quizá sobre todo, por el criterio sustancial de los principios generales del Derecho. Todo lo que hemos dicho sobre el valor de este *criterium* central a propósito de la discrecionalidad es de aplicación inmediata al dominio reglamentario, dominio donde se produce una de las más intensas discrecionalidades, pero hay todavía una razón adicional, y es la de que el Reglamento opera inmediatamente sobre el ordenamiento, y los principios generales del Derecho, como ya tuvimos ocasión de notar, fundamentan y estructuran este ordenamiento, de modo que sin ellos éste no sería siquiera un orden estrictamente tal, cuanto más un orden precisamente justo.

(96) *Legislación delegada y recurso contencioso-administrativo*, en prensa, por la Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, «Centenario de la Ley del Notariado. Estudios jurídicos».

Aquí el Tribunal Supremo no ha pecado de remiso, y en su jurisprudencia reciente encontramos decisiones de una sutileza y un rigor ejemplares en esta dirección (97), que es de esperar que se afiance y consolide. Esta medida sustancial de validez de los Reglamentos está hoy en todos los países en pleno desarrollo, aunque quizá en ninguna parte como en Francia ha pasado a ser esencial, por la razón de que la nueva Constitución de 1958 ha creado la figura singular (inesperado fallo de la *Stufenbantheorie* kelseniana o teoría sobre el orden escalonado del ordenamiento) de Reglamentos directamente ordenados a la Constitución, en cuyo ámbito material reservado por ésta la Ley formal no puede entrar; estos Reglamentos no podrán, pues, ser tildados de ilegalidad o de infracción de la jerarquía normativa, porque no tienen sobre ellos otra norma que la Constitución, no obstante lo cual el Consejo de Estado no ha dudado en su fiscalización, que ya queda al solo cuidado de los principios generales del Derecho. Ha sido esta experiencia la que ha determinado a WALINE a proponer que debe «resueltamente sustituirse» la fórmula clásica «violación de Ley», como motivo de estimación del recurso, por la de «violación de la regla de derecho de fondo... y reconocer que el respeto de los principios generales del Derecho continúa imponiéndose a toda autoridad administrativa» (98).

VIII

Uno por uno hemos podido ver que esos tres últimos y graves reductos de la vieja inmunidad regia (*the king can do not wrong, lex animata in terra*, etc.) respecto de los Tribunales, que había infundadamente heredado la moderna Administración, pueden y deben ser eliminados. El poder administrativo es de suyo un poder esencial y universalmente justiciable. A ello llevan otras razones de principio que no es este el momento oportuno para puntualizar, pero, por de pronto, una razón básica, que no es un poder soberano.

(97) Sobre todo las Sentencias ya citadas de 20 de febrero y 6 de julio de 1959, comentadas ampliamente en mi trabajo *La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria*, al que se me disculpará remitirme de nuevo sobre este extremo.

(98) WALINE, *Les rapports entre la loi et le règlement avant et après la Constitution de 1958*, «Revue de Droit Public», 1959, págs. 699 y sigs.; la frase citada en págs. 711-2. Igual VEDEL, *Droit Administratif*, cit., pág. 635: «Los principios generales del Derecho tendrán, pues, una significación mucho más grande para limitar el arbitrio gubernamental». RIVERO, *Droit Administratif*, pág. 60: «En estas materias el Gobierno decide con una libertad vecina de la del legislador, hecha reserva de la necesidad para él de respetar los principios generales del Derecho»: *idem.*, pág. 72.

Al concluir este análisis hemos de expresar nuestra esperanza en que la lucha por el Derecho, esa gran empresa de todos los juristas, a la que, desde que salgáis de estas aulas, alumnos organizadores de este acto, vais a ser personalmente convocados, concluya pronto por lograr esa ambiciosa, alta, pero necesaria cota de todo Estado de Derecho que es la de instrumentarse como un Estado de justicia, pero entendiendo esta palabra no en cualquier sentido impreciso o retórico, sino precisamente como justicia judicial plenaria (99).

Me ampararé, para concluir, en unas graves y hermosas palabras de Alexis de TOCQUEVILLE:

«Es de la esencia del poder judicial ocuparse de intereses particulares y dirigir complacidamente sus miradas sobre los pequeños objetos que se presentan a su vista; es también de la esencia de ese poder, si no acudir por sí mismo en auxilio de aquellos que son oprimidos, estar sin desmayo a la disposición del más humilde de ellos. Por débil que se le suponga a este, puede siempre forzar al Juez a escuchar su reclamación y a responder a ella.

Tal poder es por ello especialmente aplicable a las necesidades de la libertad en un tiempo en que el ojo y la mano del soberano se introducen sin cesar en los más pequeños detalles de las acciones humanas, y donde los particulares, demasiado débiles para protegerse por sí mismos, están también demasiado aislados para poder contar con la ayuda de sus semejantes. La fuerza de los tribunales ha sido, en todos los tiempos, la más grande garantía que se puede ofrecer a la independencia individual, pero esto es, sobre todo, verdadero en los siglos democráticos; los derechos y los intereses particulares estarían siempre en peligro si el poder judicial no creciese y no se extendiese a medida que las condiciones se igualan» (100).

(99) Son hoy los juristas alemanes quienes destacan este punto de vista, que en otros tiempos fué propio del Derecho anglosujón, con su idea de la «judicial supremacy». Cfr., entre una amplia bibliografía, MARCIC, *Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat*, Wien, 1957; el ya citado artículo de FORSTHOFF, *Die Bindung an Gesetz und Recht*, que se subtitula: *Bemerkungen zum Uebergang vom Rechtsstaat zum Justizstaat*. BACHOF, *Grundgesetz und Richtermacht*, Tübingen, 1959 (y mi amplia reseña en «Revista de Estudios Políticos», núm. 105, págs. 291 y sigs.). WERNER, *Das Problem des Richterstaates*, Berlin, 1960. Quizá todos estos conceptos proceden de JAHREISS, que en un famoso trabajo de 1949 habló de un «Rechtsweg-Staat», de un «Rechtssprechungs-Staat» (Estado de acciones judiciales, Estado de Jurisdicción); véase este fundamental trabajo recogido en su libro *Mensch und Staat. Rechtsphilosophische staatsrechtliche und völkerrechtliche Grundfragen in unserer Zeit*, Köln-Berlin, 1957, págs. 113 y sigs., en especial págs. 126 y sigs.

(100) TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, en la edición de Gallimard, París, 1951, II, pág. 331.

JURISPRUDENCIA

