

MÓDULO INSTRUCCIONAL DE

TEMAS DE DERECHO ADMINISTRATIVO I

- Conceptos Fundamentales de
Derecho Administrativo.
- Medidas Cautelares en la Jurisdicción
Contencioso Administrativa.

PLENO DEL CONSEJO NACIONAL DE LA JUDICATURA DE EL SALVADOR

Presidenta

Licda. Silvia Lizette Kuri de Mendoza

Consejales Propietarios

Dra. Mirna Ruth Castaneda de Alvarez

Dr. Carlos Mauricio Molina Fonseca

Dr. René Mauricio Castillo Panameño

Dra. María Hortensia Cruz de López

Licda. Marta Alicia Aguirre de Pérez

Lic. José Ricardo Reyes Escoto

Proyecto de Capacitación Inicial y Continua de Operadores Jurídicos.

AECI - CNJ

Escuela de Capacitación Judicial

Dr. José Ernesto Criollo - Director

Licda. Berta Díaz Zelaya - Sub-Directora

Oficina Técnica de Cooperación de la Embajada de España

Dr. Francisco Sancho López - Coordinador de la Oficina Técnica de Cooperación

Dra. Beatriz González - Directora del Proyecto de Capacitación

Autor:

Francisco Racionero Carmona

Magistrado

Juzgado de lo contencioso administrativo nº1 de Madrid (España)

Unidad de Producción Bibliográfica y Documentación, CNJ - ECJ

Jefe de la Unidad: Licda. Karen de Sermeño

Diseño: Licda. Patricia Martínez

Diagramación: Erika Ortiz

Los artículos publicados son de la exclusiva responsabilidad de sus autores

Consejo Nacional de la Judicatura

Final Calle Los Abetos No. 8 Colonia San Francisco, San Salvador

Tels. 245-2449, 245-2450 y 245-2451.

INDICE

Presentación

Conceptos fundamentales de derecho administrativo.

Módulo Primero

I.- El Estado	2
II.- La Administración Pública	46

Módulo Segundo

I.- Teoría General de las potestades administrativas	61
II.- El Reglamento	63

Módulo Tercero

El acto administrativo	67
----------------------------------	----

Módulo Cuarto

El procedimiento administrativo	74
---	----

Módulo Quinto

La jurisdicción contencioso administrativa	78
--	----

Medidas Cautelares en la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Medidas cautelares	82
I. Antecedentes	82
II. La regulación de la nueva ley L.J.C.A Española (Ley 29/98 del 13 de julio de 1998)	91

PRESENTACIÓN

El trabajo que aquí se publica es un material guía, para el estudio de áreas especializadas de Derecho Administrativo que en el marco del programa a Jueces y Magistrados de capacitación continua se realiza en el Consejo Nacional de la Judicatura. El autor previo a presentar el tema central expone en primer lugar sobre el origen del Estado. (creación, alumbramiento previo a presentar el tema central, y de sus progenitores), sus principales elementos, relaciona, aunque puntualmente sobre la teoría general de las potestades administrativas y reglamentarias, se refiere además a algunos conceptos básicos del acto administrativo, relacionando una importante clasificación.

Así mismo se refiere al procedimiento administrativo, puntualizando sobre los principios y fases de un procedimiento administrativo común o general a todas las administraciones públicas en beneficio de garantizar los derechos e intereses de los administrados, y a vía de recomendación sintetiza lo que una ley de procedimientos administrativos debe contener, se refiere aunque en forma esquemática a la organización y estructuración del proceso contencioso administrativo que regula la L.J.C.A. de El Salvador, como guía básica para identificar los requisitos puntuales de admisibilidad de la demanda en un juicio contencioso administrativo.

Todo lo anterior sirve de base al autor para destacar las líneas de dimensión constitucional que sobre las medidas cautelares tema central de este trabajo, en relación con la ejecutividad del acto administrativo, en este apartado denominado curso especializado del Derecho Administrativo: “medidas cautelares” señala la posibilidad de la suspensión judicial de un acto administrativo, sin más límite que asegurar la efectividad de la sentencia que en un juicio contencioso administrativo, pueda dictarse, fundamentándose en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español, y en el nuevo Sistema Administrativo Español L.J.C.A. de 1998; la utilidad de su señalamiento es la posible aplicación de criterios similares en nuestro país, a través de una futura incorporación en nuestro derecho nacional de tales supuestos, de tal forma que explica que la suspensión del acto administrativo recurrido no sea la única medida cautelar, inclusive describe el procedimiento a seguir y la posibilidad de revocar las medidas cautelares que se hayan dictado; y compara con el criterio que sigue la L.J.C.A. de El Salvador, la que en el art. 16 prevé una única medida cautelar: la suspensión del acto administrativo, medida que tendrá lugar cuando el acto de que se trate tenga contenido positivo.

CONCEPTOS FUNDAMENTALES
DE
DERECHO ADMINISTRATIVO.

Módulo 1

I.- EL ESTADO¹

Las páginas que siguen no son de Historia, tampoco de Filosofía. Sin embargo, si hemos de hablar del Estado o respecto del Estado, algo habremos de decir de él, de sus características o elementos constitutivos, aunque sean sobradamente conocidos y haya toneladas de material en su homenaje, para describir la realidad a que nos referimos.

Como no es sencillo dar una definición apriorística, bueno será empezar nuestro relato por sus elementos fundantes, aquellos sin los cuales no es posible reconocer que estamos en presencia de un Estado.

Es bien conocido de la ciencia política y de la teoría del Estado, desde su configuración como ramas del conocimiento, que existe desde que se conjuntan un territorio, un grupo humano (denominado con la espesa palabra de pueblo) y un poder que, además, se califica hasta ahora mismo, de soberano, en el sentido de que por encima de él no existe otro, y que sirve para articular a los otros dos: se ejerce sobre el grupo humano que se asienta en el territorio.

A.- DE SUS ELEMENTOS FUNDANTES

a) Del lugar

El primer elemento es, pues, de fácil intelección. Es el espacio en el que el poder del Estado puede desenvolver su actividad específica; y ese territorio se contempla desde un doble plano, el negativo, de tal modo que sobre aquél sólo puede existir un poder soberano, ningún otro Estado, ni poder no sometido al Estado, puede ejercer su autoridad, salvo, claro es, supuestos de autorización expresa -por ejemplo, el arrendamiento de zonas militares o las formas históricas de Estados federales y confederales, análisis que excede con mucho el propósito de

¹ Este apartado del módulo tiene su origen y base conceptual en el libro "Antileviatán: la cultura de los derechos". F. Racionero Carmona. Ed. Dykinson S.L. Madrid 2003.

estas páginas-, y el positivo, por el que todas las personas que se hallan en él, incluso transitoriamente, están sometidos a su autoridad.

b) De la tribu

La población es el elemento humano del estado. Es la “nación”, que se puede definir de mil modos distintos. Baste uno: comunidad de hombres que tiene conciencia de los lazos étnicos, históricos, culturales y económicos que les unen y están movidos por una voluntad de vivir juntos bajo instituciones políticas comunes. En la determinación de la base de esa conciencia es donde surgen los problemas.

Y así, en algún momento, se pensó en la religión con palabras hoy tan sorprendentes como las que siguen²: “La unidad católica de España no es, empero, un hecho en la historia de España, sino la definición misma, la idea de la hispanidad, la esencia de la historia... Otras naciones se han hecho de otros materiales. España está hecha de fe cristiana y de sangre ibérica... El catolicismo en Francia es un ambiente, en el cual se puede vivir; es un marco, un cauce, dentro del cual puede discurrir la vida; pero no es el nervio, no es el eje necesario de la existencia nacional. En España, en cambio, la religión católica constituye la razón de ser de una nacionalidad que se ha ido realizando y manifestando en el tiempo, a la vez, como nación y como católica, no por superposición, sino por identidad radical de ambas condiciones”. También en la siempre disparatada idea de la raza, no más que un concepto zoológico que significa división de una especie -designando esta última a un conjunto de animales que se entremezclan pero no lo hacen con otros animales- que conduce al desatino del racismo. Recuérdense las estupideces de C. G. Carus, titular de la propiedad intelectual sobre el modelo humano “ario”, o del conde Arthur de Gobineau que interpreta la Revolución francesa sobre base racial (sublevación del sustrato étnico celto-romano, dominado siempre por la casta dominadora franco-normanda, la verdadera y única protagonista de la Historia); cómo no citar a sus herederos, señaladamente H.S. Chamberlain, o más tardíamente el inefable A. Rosenberg; la nómina es infinita. O la lengua, ese sistema que sirve de vehículo de comunicación

2 Manuel García Morente. “Idea de la hispanidad”. Madrid 1947. Citado por Miguel Ayuso Torres en “¿Después del Leviatán?. Sobre el estado y su signo”. Ed. Dykinson. Madrid 1998.

a una comunidad. O la cultura, término complejo que incluye conocimiento, creencias, arte, ley, moral, costumbres y cualquier otra capacidad o hábito adquirido por el hombre como miembro de la sociedad que produce una cierta cohesión social. Una tradición nacionalista de base alemana fundamentará el nacionalismo precisamente en esta interpretación: es la singularidad cultural de una colectividad, el “espíritu del pueblo”, el responsable de la creación de la nación. Lejos de ser ésta el resultado de complejos factores histórico-políticos y de la acción estatal, la nación debe constituirse en el criterio legítimo para delimitar las organizaciones políticas de base territorial. Entre otras razones, porque se cree indispensable el disfrute de un estado propio como garantía de lo que pasa a convertirse en valor superior de la colectividad: la personalidad cultural diferenciada del pueblo.

Sin embargo, todos ellos son tan insuficientes como incontrastables por la realidad: Estados plurilingües, multirraciales y, no digamos plurirreligiosos, son ejemplos constantes.

Más posibles son las referencias a una cooperación institucionalizada de ciudadanos o proyecto común -a la Historia, en definitiva-, sea el “plebiscito cotidiano” de Renan o el orteguiano “proyecto sugestivo de vida en común. Pero entendido tal proyecto exclusivamente como solidaridad. En trance de imaginar, e intentar encontrar una idea que dé un mínimo de cohesión a un grupo humano que se constituye en Estado, solo esta cooperación solidaria podría ser asumible y, además, en el sentido tan limitado y humilde que “solidaridad” tiene en castellano: relación entre las personas que participan con el mismo interés en cierta cosa. Esta idea naturalmente por sí sola carece de la fuerza necesaria para cohesionar un grupo amplio y multiforme, multirracial, multirreligioso y plurilingüe, como el que constituye un Estado. Pero sí sirve como aglutinante conceptual que interacciona con todos los demás. Es la única que puede justificar, si no el sentimiento, al menos la sensación (actuación del “como sí”) de que un grupo se diferencia de otro. Es la única que puede explicar que frente a la unidad esencial de la raza humana -ahora sí, en sentido estrictamente zoológico, como distinta a otra- haya podido prevalecer la visión contraria, la de su infinita, constante y muchas veces enfrentada, fragmentación. Es, en fin, la única que hace aceptable el contrato social como única base posible de la estatalidad.

c) De la fuerza que los vincula

Creo que desde León Duguit nadie ha descrito lo obvio con tanto acierto: que todo grupo humano, del mayor al menor, se divide entre “gobernantes” y “gobernados”, es decir los que mandan, dan órdenes y toman las decisiones y los que obedecen, las cumplen y las ejecutan. Esta dicotomía, siendo el gobernante el Estado, después puede arroparse con toda suerte de epítetos y justificaciones; pero es irrefutable que lo que predomina en la noción de Estado, incluso como mera percepción o intuición, es su poder. Pero hay que dar alguna pincelada más³. Se puede mandar, gobernar etc. sólo por la fuerza, por el poderío material y, en suma por la capacidad de coaccionar al otro; en este caso no estamos en presencia del poder político del Estado o, al menos, no siempre el Estado actúa así; es evidente que las leyes no se cumplen siempre y solamente por la amenaza de la sanción anudada a su incumplimiento. Urge, pues, contestar algunas preguntas: de qué clase de poder hablamos, si no es mera fuerza bruta; cómo se justifica; por qué se obedece. El poder del Estado es absoluto, irresistible, es poder de dominación, es “imperium”. Es un poder que, en su ámbito de validez no tiene superior⁴. Esta clase de poder es lo propio del Estado moderno⁵. Pues bien, a esta clase de poder irresistible se califica de soberano o, por mejor decir, “es” soberano. Se conecta así con la doctrina de la soberanía (enseguida veremos qué es esto) que surge de la necesidad de afirmarse el Estado frente a los otros poderes que

3 Maurice Duverger. “Instituciones Políticas y Derecho Constitucional”, Ed. Ariel. Barcelona 1970.

4 Hay, claro es, otros poderes - familia, Iglesia, empresa, escuela y, desde otro ángulo, el municipio y en España las comunidades autónomas -; pero no son soberanos sino meramente autónomos. La autonomía, en sentido jurídico, significa el reconocimiento de ordenamientos particulares que permiten el ejercicio de potestades acomodadas a las necesidades de la realidad en la que operan sin perjuicio de dejar reconocida la primacía del ordenamiento superior. A ese ordenamiento superior se denomina ordenamiento soberano u ordenamiento originario, los demás son ordenamientos autónomos o secundarios. Santiago Muñoz Machado. “Derecho público de las Comunidades autónomas”. Ed. Civitas. Madrid 1982.

5 Naturalmente que en los modelos organizativos de la antigüedad -cuyos arquetipos son usualmente despotismo y democracia orientales, el estado heleno y el imperio romano; en Centroamérica, antes de la conquista, las fórmulas de agrupación social evolucionan desde los grupos domésticos (bandas, aldeas, etc. hasta los cacicazgos y reinos; v. “Manual de Hª de Centroamérica. UCA Editores. El Salvador C.A. 1996 - existía un poder unitario e irresistible; no es, pues, este carácter el que los diferencia de nuestro Estado sino, cabalmente, el modo de relación de este con el súbdito. Convencionalmente hablamos de la libertad de los antiguos y la libertad de los modernos. Y es cierto. La primera suponía tanto como participación en el poder del estado pero el individuo nada significa, es lo público el todo; la idea de una esfera de libertad individual no existe; la segunda, por el contrario, significa ser libre frente al estado y poseer el derecho de influir en el poder del Estado.

le acosan; circunstancia ésta, por cierto, a la que jamás hubieron de enfrentarse los estados antiguos. Solo conformando esta clase de poder se puede desarticular a los demás. Y este poder se despliega tanto en el orden interno, bajo el sello de la unidad, como en el externo, frente a otras comunidades soberanas.

La pregunta que hay que responder ahora, vista ya la clase de poder de que hablamos, es de dónde procede, por qué se justifica. Las respuestas son, como siempre, múltiples. Su origen divino, el tan utilizado “Derecho divino de los Reyes” - bien porque Dios ha designado directamente al gobernante desde toda la eternidad, bien porque lo entrega al cuerpo social y éste lo traslada a aquél, bien, en fin, porque dicho cuerpo, por medios diversos le designa y Dios directamente le atribuye el poder-, la mera fuerza, la familia y la propiedad, el contrato o la moral y hasta la psicología han servido para justificar la existencia del Estado y, por ende la obediencia.

B.- DE LA CONCEPCIÓN, ALUMBRAMIENTO, Y DE SUS PROGENITORES.

Que lo que conocemos como Estado es un constructor de la Historia -es decir, que nace y se define en el tiempo y en el espacio- es un lugar común. Fin del mundo antiguo y principio de un mundo nuevo. La fisonomía de Europa se transforma en los siglos XIV y XV. Pestes, guerras, recesiones y conquistas otomanas arruinan el antiguo equilibrio, destruyen el Imperio bizantino y sacuden los poderes tradicionales del Papa y del emperador. Pero aparecen otros poderes: en el seno de las ciudades que polarizan las redes económicas y bajo la autoridad del Príncipe que encuadra el Estado moderno, despunta el alba de un Renacimiento⁶.

Es concebido y alumbrado, pues, en Europa, en un tiempo marcado por tres circunstancias determinantes:

a) De las circunstancias

1.- El hombre que renace

La primera es, sin duda, el fenómeno cultural, técnico y

6 J. Carpentier y F. Lebrun. “Breve Historia de Europa”. Alianza Editorial. Madrid 1994.

científico que convencionalmente se denomina “Renacimiento”.

“El arquitecto supremo eligió al hombre, criatura de una naturaleza imprecisa y, situándole en el centro del mundo, se dirigió a él en estos términos: no te hemos dado ni lugar preciso, ni forma que te sea propia, ni función particular, Adán, a fin de que, según tus deseos y tú discernimiento, puedas coger y poseer el lugar, la forma y las funciones que desees. La naturaleza de todas las demás cosas está limitada y contenida en el seno de las leyes que les hemos prescrito. Tú, a quien ningún límite coacciona, conforme a la libre voluntad que hemos puesto en tus manos, decidirás los propios límites de tu naturaleza. Te hemos puesto en el centro del mundo para que, desde allí, puedas observar con mayor facilidad las cosas. No te hemos creado ni de cielo ni de tierra; ni inmortal ni mortal, para que, por tu libre albedrío, como si fueras el creador de tu propio molde, puedas elegir modelarte en la forma que prefieras. Mediante tu poder, podrás degenerar, adoptar las formas más bajas de la vida, que son animales. Mediante tu poder, podrás, gracias al discernimiento de tu alma, renacer en las formas más altas, que son divinas”. (Pico de la Mirándola, según *Las Mémoires de l'Europe*. París, Laffont 1971)⁷.

Con razón, pues, aquel redescubrimiento cultural se califica de antropocéntrico.

2.- El mundo que se amplía

Es también, la época de los grandes descubrimientos de ultramar, a expensas inicialmente de España y Portugal. Siguiendo modelos distintos (asentamiento y colonización los primeros y control de las rutas marítimas desde plazas fuertes y establecimientos comerciales los portugueses) tienen sin embargo las mismas causas y los mismos efectos. Las causas, la necesidad de metales preciosos, imprescindibles para las grandes transacciones comerciales, la búsqueda de especias -que, aunque aseguradas por los mercaderes italianos por sus relaciones con los árabes, tienen un coste menor en origen: tal es el sentido de la estrategia portuguesa de llegar directamente a los países del Indico- y, en fin, el móvil religioso, tanto el antiguo de cruzada como el nuevo de misión. Los efectos, el aumento y variedad

⁷ Cit. Por J. Carpentier y Lebrun. Op. cit.

de los objetos de comercio y, sobre todo la avalancha del oro y la plata americanos que, si bien provocó el alza de precios también tuvo un efecto dinamizador sobre la economía mercantil al estimular el crecimiento de la producción. Ello, además de que la tendencia de España y Portugal a cubrir sus necesidades con importaciones enriqueció a toda Europa. En todo caso, y a salvo las particularidades, por primera vez la economía europea traspasa sus límites geográficos y se “mundializa”.

b) De los progenitores

Tres hombres⁸, en un periodo de tiempo dilatado -el que va desde el nacimiento del primero, Nicolás Maquiavelo (1469) hasta la muerte del tercero, Thomas Hobbes (1679)- van a ordenar ese conjunto de ideas, tradiciones, experiencias y pulsiones configurando, de acuerdo con el diseño de la Historia y su propio genio, el Estado que conocemos. Ellos son, pues, sus arquitectos, incluso sus padres, tanto que uno de ellos le impone el remoquete que aún perdura⁹.

1.- El italiano

No es, desde luego, fácil reducir a unas líneas la obra de este florentino genial. Lo esencial se contiene en dos obras: *El Príncipe* (1513) y *Discursos sobre la primera Década de Tito Livio* (1513-1520¹⁰)¹¹. En trance de hacerlo, los trazos de su

8 Para las notas que siguen soy tributario en gran parte de quien fui discípulo en el Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense, Antonio Truyol Serra. "Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado". Biblioteca de la Revista de Occidente. Madrid. 1976.

9 Thomas Hobbes. "Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil". Parte Segunda. Capítulo XVIII. Editora Nacional. Madrid 1979. Edición a cargo de C. Moya y A. Escotado.

10 En "El arte de la guerra y máximas sobre ésta" (1516-1520) perfila el ejército nacional o nación en armas, uno de los instrumentos del Estado moderno, como vimos más atrás, muy superior en eficacia a las tropas mercenarias. También en el arte de la guerra fue Maquiavelo un precursor hasta el punto de que ha sido considerado, por el técnico militar alemán Jahens, según nota de Esteban Molist, el verdadero fundador de la ciencia militar en los tiempos modernos. "El Príncipe y otros escritos". Ed. Aguilar. Madrid 1976. Versión de E. Molist Pol.).

11 Entre las dos primeras parece existir contradicción, que no es tal. Ambas presentan aspectos sobre el mismo asunto, las causas del auge y decadencia de los Estados y los medios por los cuales pueden los estadistas hacer que perduren. El Príncipe, trata de la conquista y preservación del poder en situaciones excepcionales - por tanto, un gobierno sin trabas que pudiera contener las tensiones de su tiempo -, y los Discursos, de los principios de la vida política normalizada sobre la base de un gobierno popular. Parece indudable que prefiere el segundo modelo -tal extremo no aparece en El Príncipe-, si bien es consciente de la imposibilidad de implantación en la Italia que vivió. En todo caso, muestra sincera preferencia por el gobierno de los Discursos que refleja el amor por la libertad. Por ello, es lástima que la mayor parte de los lectores hayan

“política” podrían ser éstos:

Naturalismo, lo que significa que la Naturaleza, y las cosas en ella, son las únicas realidades existentes¹² -excluye, por tanto, la razón natural como órgano propio del conocimiento y el primado del Derecho Natural-; así investiga el universo político, como fenómeno objetivamente dado en la realidad.

Historicidad, porque toma la Historia como la realidad, extrae los principios de su política de la experiencia colectiva, antigua y moderna; aquélla, será su fuente de inspiración, en ella busca lecciones para la acción.

Autonomía de la política respecto de la ética, porque actúa sobre hechos, sobre evidencias y no sobre las exigencias de un sistema ético; así, aquélla se convierte en una técnica para la adquisición, conservación o incremento del poder del Estado y entre los Estados y, por ello, hay que enjuiciarla no con arreglo a una norma moral sino desde la adecuación de los medios a los fines -esto es, desde la eficacia¹³. El Estado se sustrae de la moral -no es inmoral, es amoral- y adquiere su propia lógica: éste es el significado de la “razón de Estado”, absolutamente coherente así entendida con las bases del pensamiento de nuestro autor. Por la misma razón se comprende que la religión (cristiana)¹⁴, sea un instrumento regni¹⁵, de tal modo que las sanciones religiosas coadyuven con la coacción estatal para contener el instinto de los hombres al desorden.

La trilogía de conceptos: neccesità, virtù, fortuna. La primera surge de su pesimismo antropológico; en esto nada tiene que envidiar al teórico de “La guerra como de todo hombre contra

conocido a Maquiavelo a través de El Príncipe (George H. Sabine. “Historia de la Teoría Política. Fondo de Cultura Económica. México 1970)

12 La doctrina o actitud filosófica denominada Naturalismo, no tiene una única significación sino que, a pesar de estar restringida a ciertas tendencias, ofrece variantes. J. Ferrater Mora. “Diccionario de Filosofía”. Alianza Editorial. Madrid 1980.

13 V. Los capítulos XVII y XVIII de El Príncipe. “El Príncipe y otros escritos”, cit.-

14 Es un apologeta de la religión antigua pero solo porque fortalece al hombre forjando al héroe, frente al cristianismo, que predica la humildad.

15 El hombre no era, desde luego, un espíritu religioso. En el que se conoce como “sueño de Maquiavelo” contraponen la imagen desarrapada de santos y beatos camino del Paraíso, a la de los filósofos e historiadores de la Antigüedad (entre ellos Platón, Plutarco y Tácito), bien vestidos y de aspecto solemne, que van camino del Infierno; y concluye que prefería, con mucho, ir a éste para conversar de política con tales grandes hombres, antes que ir a aquél a morirse de tedio. Mauricio Viroli. “La sonrisa de Maquiavelo”. Tusquets Editores. Barcelona 2000.

todo hombre”¹⁶: los hombres son egoístas y únicamente respetan cierto orden si se ven constreñidos por la necesidad que les impone un mínimo de mutua consideración; la moralidad nace de la necesidad, debida aquélla a la represión del Estado. Esta naturaleza profunda del hombre es inmutable y ello permite una “política científica”: al ser previsibles sus reacciones es posible adoptar medidas para cada supuesto de hecho. La virtud no es un concepto teológico: es “virtuoso” -como si de un músico se tratara- quien domina los medios para alcanzar el fin, es decir, quien tiene la fuerza y la astucia necesarias para colocarse a la cabeza del Estado, para alcanzar el poder... y conservarlo. La fortuna es, por último, lo imponderable, lo irracional, lo inexplicable; frente a ella siempre se colocará la virtud.

2.- El francés

Juan Bodino aportó un músculo más a la estructura de Leviatán¹⁷. Ni más ni menos que el concepto de soberanía¹⁸, todavía vigente, aunque, como veremos, debilitado, casi subvertido. Como el anterior autor, pretendió el fortalecimiento del Estado, pero por la idea objetiva del Derecho y no mediante la virtud política de un déspota eficaz.

La soberanía es el poder absoluto y perpetuo de una república ... no es limitada, ni en poder, ni en responsabilidad, ni en el tiempo... el príncipe no está sujeto a sus leyes, ni a las leyes de sus predecesores, sino a sus convenciones justas y razonables, y en cuya observancia los súbditos, en general o en particular, están interesados^{19 20}.

16 T. Hobbes. Op. cit. Cap. XIII.

17 Aborrece, sin embargo, al florentino a quien en el Prefacio de “Los seis libros de la República” dedicado a “Monseñor de Faur, señor de Pibrac, consejero del rey en su consejo privado”, dedica estas lindezas: “de moda entre los cortesanos de los tiranos”, “ateo e ignaro de las bellas artes”, “pone como fundamento doble de la república la impiedad y la injusticia y denuncia a la religión como enemiga del Estado”. La cita corresponde a J. Bodino. “Los seis libros de la República”. Aguilar. Madrid 1973. De esta obra, de la que el propio Bodino hizo dos versiones, en francés (1576) y en latín (1586) -esta segunda introdujo cambios importantes respecto de la primera- ha dicho A. Truylol que “la ingente riqueza y variedad de los materiales reunidos... dan la impresión de agobiar con su peso al propio autor, al distraerle de su exposición y hacerla prolija además de reiterativa”. Op. cit. Y es verdad, Bodino parece obligado a no hacer afirmación alguna que no esté amparada por el correspondiente ejemplo.

18 Naturalmente, la idea no es original. A partir del siglo XII ya se usa tanto el vocablo, si bien en sentido diferente, como el concepto, pero usando palabras distintas.

19 Libro Primero, Capítulo VIII. Op. cit.

20 Y de a quien pertenezca este inmenso poder dependerá - exclusivamente - la forma de Estado: monarquía (“si la soberanía reside en un solo príncipe”), estado popular (“si en ella

A partir de tan rotundas declaraciones -que enseguida veremos que no lo son tanto- los atributos²¹ del príncipe soberano son poder dar leyes a todos en general y a cada uno en particular sin consentimiento de superior, igual o inferior, que incluye el de interpretarlas y enmendarlas; declarar la guerra y negociar la paz; instituir los oficiales principales; el derecho de última instancia, del que deriva el de gracia “por encima de las sentencias y del rigor de las leyes”; acuñar moneda y determinar pesos y medidas y, en fin, imponer tributos y eximir de ellos. “Tales son las características principales de la majestad soberana...”

Sin embargo, Bodino señala restricciones o límites a ese mismo poder que ha definido como absoluto e ilimitado. Son éstos: el orden moral superior (la ley de Dios, las leyes naturales), las que derivan de la buena fe (obligación de someterse a las convenciones justas y razonables, que se extiende, supuesta la existencia de otras repúblicas soberanas, al respeto a los tratados internacionales) o del respeto a la individualidad estricta (familia y propiedad privada) y las *leges imperii*, “que atañen al Estado y fundación del reino” (especialmente las que ordenan la sucesión de la Corona y la inembargabilidad e inejecutividad del patrimonio; éstas, más que límites de la soberanía son claramente condiciones de existencia de la república).

Pues bien, si estas restricciones pueden parecer contradictorias o incoherentes con la doctrina general, en mi opinión no lo son por cuanto de la conculcación de las mismas por parte del soberano no extrae nuestro autor consecuencia alguna; solo Dios puede juzgarle porque “la obediencia a los edictos y ordenanzas de aquél a quien Dios ha dado poder sobre nosotros, constituye una ley divina y natural”²². Se trataría, por tanto, de autolimitaciones posibles pero no exigibles.

3.- El inglés

Y llegamos al cenit, a Thomas Hobbes, con quien Leviatán -él es el que le lleva a la pila bautismal- alcanza la gloria, adquiere

participa todo el pueblo”) y estado aristocrático (“si la parte menor del pueblo”). Y aunque opta por la monarquía como preferible, no niega ventajas a las otras formas; si niega, por contradictoria -supuesta la indivisibilidad de la soberanía- cualquier forma mixta, tan ensalzada por Aristóteles.

21 Libro Primero, Capítulo X. Op. cit.

22 Libro Primero, Capítulo VIII.

su definitiva fuerza irresistible.

Los ejes de su doctrina política, de nuevo en lo que nos importa, son éstos:

La política solo puede ser ciencia si parte del análisis del hombre, el cual le lleva, como a Maquiavelo, al pesimismo antropológico más exacerbado: lo que mueve al hombre es el egoísmo que convierte la autoconservación en su máxima guía. En función de ese afán de seguridad se define lo bueno y lo malo, de modo que es bueno lo que preserva y para alcanzar este fin lo mejor es el poder que, para resguardarse del de los demás, ha de incrementarse continuamente ("a perpetual and restless desire of power after power, that ceaseth only in death"). Así que de "zoon politikon", nada ("... los hombres no derivan placer algún sino antes bien, considerable pesar de estar juntos"); lobo para el hombre, como decía Plauto.

Pero dejémosle hablar a él. "La naturaleza ha hecho a los hombres tan iguales... que... cuando todo se toma en cuenta en conjunto, la diferencia entre hombre y hombre no es lo bastante considerable para que uno de ellos pueda reclamar para sí beneficio alguno que no pueda el otro pretender tanto como él... De esta igualdad de capacidades surge la igualdad en la esperanza de alcanzar nuestros fines. Y, por lo tanto, si dos hombres cualesquiera desean la misma cosa que, sin embargo, no pueden ambos gozar, devienen enemigos... se esfuerzan mutuamente en destruirse y subyugarse... No hay para el hombre más forma razonable de guardarse de esa inseguridad mutua que la anticipación; esto es, dominar, por fuerza o por astucia, a tantos hombres como pueda hasta el punto de no ver otro poder lo bastante grande como para ponerle en peligro... Es por ello manifiesto que durante el tiempo en que los hombres viven sin un poder común que les obligue a todos al respeto, están en aquella condición que se llama guerra; y una guerra como de todo hombre contra todo hombre". Condición en la cual lleva el hombre "una vida solitaria, pobre, desagradable, brutal y corta". "El único modo de erigir un poder común capaz de defenderlos de la invasión extranjera y las injurias de unos a otros... es conferir todo su poder y fuerza a un hombre o a una asamblea de hombres, que pueda reducir todas sus voluntades, por pluralidad de voces, a una voluntad común... Esta es la

generación de ese gran Leviatán o más bien (por hablar con mayor reverencia) de ese Dios Mortal a quien debemos, bajo el Dios Inmortal, nuestra paz y defensas. Pues mediante esta autoridad, concedida por cada individuo particular en la república, administra tanto poder y fuerza que por terror a ello resulta capacitado para formar las voluntades de todos en el propósito de paz en casa y mutua ayuda contra los enemigos del exterior”.

Y esa transferencia del poder individual, de la que surge el Estado o sociedad civil, se ejecuta mediante un único contrato de cesión -no uno de cesión y otro de sumisión- suscrito por los individuos entre sí, que acuerdan someterse a la autoridad de un tercero. Por tanto, de ese contrato no surgen límites para el cesionario -el gobernante- porque no es parte del contrato y no tiene en consecuencia obligación alguna hacia los cedentes, salvo el de protegerles²³. El origen del contrato es la consecuencia del instinto, que mueve al hombre, como vimos, a procurarse la inmediata satisfacción de su deseo y, por tanto, a la pugna con quienes pretenden lo mismo, y de la razón, que en un cálculo de ventajas e inconvenientes prefiere una renuncia actual en aras de un beneficio ulterior, o un mal menor, aunque presente, a otro futuro, o simplemente posible, pero mayor.

A partir del contrato, la expresión más genuina del poder es la facultad de dictar leyes. Y es en este aspecto donde se produce el giro copernicano respecto del iusnaturalismo. Si no hay ley que defina lo justo, no puede haber injusticia, y no puede haber ley si no existe una autoridad que la imponga. Por tanto, es la voluntad del soberano la que crea artificialmente lo que es justo y lo que es injusto: *auctoritas non veritas facit legem* - en suma, el derecho solo surge del Estado²⁴; y este principio es universal, de modo que frente a Bodino, también la familia y la propiedad pueden ser reguladas por el soberano²⁵. Claro que en el estadio pre-civil hay normas, pero no son leyes porque no hay

23 Por eso su doctrina es individualista -con razón se ha hablado de absolutismo individualista- y su concepción de la soberanía es válida para cualquier forma de Estado, con tal que sea eficaz. C. Schmitt calificó a Hobbes de teórico del Estado neutral. A. Truyol. Op. cit.

24 Esto es positivismo jurídico en estado puro.

25 La consecuencia es un claro relativismo; nada es, pues, ni bueno ni malo por naturaleza, sino en relación a un sujeto y a unas circunstancias. Dejar al individuo la decisión sobre lo que sea bueno y justo, es entregar nuevamente la república a la discordia; esa decisión solo corresponde al soberano.

una autoridad que pueda imponerlas.

Hobbes, en fin, lleva su doctrina hasta las últimas consecuencias. No hay más poder que el civil, que no puede soportar otro junto al suyo y por ello el poder espiritual le está, también, sometido. Consecuentemente, la Iglesia es, pues, nacional, y su papel es exclusivamente espiritual²⁶. A este respecto, el único límite que admite Hobbes es la conciencia individual, el fuero interno, que es inmune; el poder civil exige solo el acatamiento externo. Y otro tanto sucede con el conocimiento científico y filosófico; como pueden traer consecuencias públicas, también quedan sometidos al poder civil.

Una última advertencia es pertinente, y es que sería un grave error identificar el pensamiento de Hobbes -o considerarlo precedente- con el “totalitarismo” más o menos actual. El Estado hobbesiano no es un fin en sí mismo sino que está al servicio de los individuos. En realidad, y como conclusión, lo que Hobbes intuyó es que la existencia de un poder central supremo, actuando mediante órganos calificados por su competencia y no por la tradición, y esencialmente consagrado a dar leyes, sería la característica del Estado moderno²⁷.

C.- DEL CRECIMIENTO Y DESARROLLO

Hemos asistido al nacimiento del Estado y a su primera configuración como Estado absoluto, convendrá, pues, fijar las notas que lo identifican como tal: monopolio en el uso de la fuerza legítima, y como complementos del mismo, la reordenación de la administración, que se organiza como fuerza burocrática y permanente del Rey, aparición de la hacienda pública y de los ejércitos permanentes; monopolio de producción normativa, de tal manera que la primera función del soberano serán cabalmente la creación del Derecho; desaparición progresiva en el continente europeo de los estamentos; consideración del individuo como súbdito y único sujeto en la relación con el monarca absoluto, con la destrucción del poder de los estamentos; Utilización de la fuerza del factor religioso para favorecer la unidad y el poder del monarca absoluto, a través de la Iglesia nacional.

²⁶ Esto es, cesaropapismo, también en estado puro.

²⁷ A. Truyol. Op. cit.

a) De cuando fue liberal

A partir de su nacimiento, la historia del Estado es la de su autolimitación, pasando por diferentes etapas (estado liberal o de derecho, estado social de derecho, estado democrático de derecho y/o estado constitucional) hasta advenir en el Estado que hoy conocemos y cuyas características trataremos de señalar o al menos intuir. Autolimitación del poder del Estado que entronca o, por mejor decir, se inicia precisamente con la idea de los derechos humanos, que se aúna con el movimiento constitucional y las doctrinas contractualistas. Este proceso no es una abstracción sino que trae causa de alianzas y rupturas: no parece dudoso que el embate que derriba el absolutismo se debe esencialmente a un grupo social, la burguesía ascendente²⁸ cuya expansión, fruto de su lógica interna, trae consigo la ruptura con la monarquía absoluta, su aliada anterior para abatir el mundo medieval. Cuando ésta, encerrada sobre sí misma (ensimismada) impide la propia dinámica de la burguesía²⁹, provocará la ruptura.

Si los criterios de legitimidad de la monarquía feudal eran ético-religiosos, el del estado liberal o de derecho, va a ser su juridificación, es decir “imperio de la ley” entendiendo el “imperio” como control jurídico, como regulación de la actividad estatal por la ley, y la “ley”, como producto muy concreto de la voluntad general, la que emana de la asamblea nacional o el parlamento y a la que están subordinados todos los actos estatales. A partir de este momento revolucionario (independencia de las colonias norteamericanas y revolución francesa) se puede hablar propiamente del “movimiento constitucional” o constitucionalismo que hace de la Constitución, con independencia de su sello ideológico, un acto político expreso que desempeña en su origen, la función³⁰ primordial de limitar el poder que hasta entonces se ha ejercido de forma incontrolada, transformando las relaciones de poder en relaciones jurídicas, protegiéndose de esta forma las libertades y derechos individuales que reivindicaba la burguesía; en resumen, una ley -fundamental- que comporta unas determinadas instituciones y que posee la

²⁸Para este período en España v. Miguel Artola, “La burguesía revolucionaria”. Historia de España. Alfaguara V. Alianza Universidad. Madrid 1977.

²⁹El “cahier” del abate Sieyès “¿Qué es el Tercer Estado?” ha pasado a la Historia: ¿Qué es el Tercer Estado? Todo ¿Qué ha sido hasta el presente? Nada ¿Qué quiere ser, en adelante? Algo. 30 J. De Esteban. “Constituciones españolas y extranjeras”. Ed. Taurus Madrid 1977.

función de restringir el poder arbitrario; y todo ello, con la participación activa y consciente de la nación³¹.

También la soberanía se va a ver afectada en este proceso. Su concepto está anclado ya en la teoría del Estado; desde Bodino se sabe ya que es: la facultad de dictar leyes. Se trata ahora, desaparecido o en trance de desaparición el príncipe, el monarca absoluto, de saber quién es su titular.

Y así se debate entre los conceptos de soberanía popular y soberanía nacional. La primera se fundamenta en que la fuente del poder se encuentra en el pueblo, es decir, el soberano se identifica con la voluntad general, la cual resulta de la suma de las voluntades individuales que componen el pueblo. Por contra, la soberanía nacional reside en la nación, que es concebida como una entidad trascendente y superior a los individuos que la integran. Así entendido, este concepto de soberanía sirve para personificar el Estado en la nación y oponerse al poder del monarca. La sustitución de las soberanías individuales por la soberanía nacional permitió superar el carácter atomista del primer concepto y establecer un auténtico régimen representativo al posibilitar que éste se justificara en la unidad e indivisibilidad de la soberanía.

A partir de que la soberanía se residencia en el pueblo o en la nación, el Estado, dentro de la clasificación de las formas de gobierno, se identifica con la democracia³². Salvo ejemplos menores, durante casi 2000 años, desde el final de la democracia griega y de la República romana hasta finales del siglo XVIII³³ ninguna ordenación social (poder) se había calificado de

31 Las funciones que el constitucionalismo actual atribuye a esta norma son: legitimadora, -ni se reconoce ni se admite un Estado que no tenga Constitución- política -en el sentido que regula el poder y su ejercicio-, organizativa, jurídica -origen y fundamento de todo el Derecho-, ideológica -en la medida que contiene el universo de principios que regulan la sociedad y por ello, condiciona la vida política, económica, social y cultural- y, por último, transformadora; esta última depende del carácter de la propia Constitución, si cerrada o abierta, rígida o flexible.

32 Bien entendido que esta identificación no supone que se cancele el dominio político organizado a través del Estado, antes bien remite a una determinada organización de ese dominio. El poder del Estado, y el dominio de hombres sobre hombres que va unido a él, se mantiene también en la democracia: no se disuelve en la identidad entre gobernantes y gobernados, ni en un discurso libre de dominio. Solo se organiza de tal forma que su ejercicio se constituye, se legitima y se controla por los ciudadanos. E. W. Böckenförde. "Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia". Ed. Trotta. Madrid 2000.

33 Para una originalísima, en mi opinión, Historia de la Democracia, v. F. Rodríguez Adrados. Ed. Temas de hoy. Madrid 1997.

democrática, en la medida que su legitimación no venía de la aprobación institucionalizada y renovada por el pueblo; sólo a partir de entonces se puede hablar de "democracia" en la medida en que desde el liberal, el Estado se va a reconocer (a salvo los estados de excepción del Estado a que nos referiremos) en las características de aquélla: Soberanía popular; El "pueblo" se extiende a todos los ciudadanos que residen permanentemente en un territorio; Existencia de instrumentos que permiten a ese pueblo expresar su voluntad y participar así en el proceso de formación de la voluntad política, lo que diversifica la democracia en diversas subclases, directa, plebiscitaria y representativa, con mandato imperativo o sin él; Positivación y protección de los derechos humanos; Igualdad política e igualdad social. En estos mínimos democráticos, ciertamente, se reconoce el propio estado liberal o de derecho si bien, naturalmente, van siendo objeto de modificación y adaptación: no es lo mismo la "democracia liberal" cuyo centro es el ciudadano individual que la "democracia de masas", la "democracia de partidos", la "democracia pluralista de intereses" o la "democracia de juntas" (en el sentido que interpretó Trotsky esta palabra castellana, como equivalente a "soviet").

Por último, una brevísima referencia a lo que hemos denominado doctrinas contractualistas, según las cuales la sociedad humana debe su origen (o, mejor, su posibilidad en cuanto sociedad) a un contrato o pacto entre individuos. Los defensores de esta teoría no suelen sostener que la sociedad se originó efectivamente cuando los hombres o, mejor, un grupo de hombres se reunió con el fin de llegar a un acuerdo sobre fines comunes; afirman, simplemente que, sea cual fuere el origen de la sociedad, su fundamento y su posibilidad como sociedad se halla en un pacto. Desde luego, los antecedentes de esta teoría son remotos (sofistas, Platón en la República, los epicúreos, Cicerón; ya en la Edad Media, Marsilio de Padua y Nicolás de Cusa); sin embargo, su configuración definitiva se alcanza con Hobbes y Rousseau. Se admitían dos clases de pactos: el pactum unionis considerado como origen de la sociedad civil, basado en la aceptación por la mayoría de las decisiones tomadas, y el pactum subjectionis mediante el cual la comunidad se sometía a una forma particular de gobierno civil. Como vimos, Hobbes se refirió a un único contrato el primero de los citados. Se trataba en este autor de una hipótesis explicativa, no de una hipótesis relativa

a efectivos acontecimientos históricos. Rousseau, por su parte, afirmaba que el orden social se funda en “convenciones”. La esencia del contrato social es que “cada uno de nosotros pone en común su persona y todo su poder bajo la dirección suprema de la voluntad general... (así) consideramos cada miembro como parte indivisible del todo”.

Una de las más recientes manifestaciones del contrato mismo se encuentra en la Teoría de la Justicia de J. Rawls: una sociedad bien ordenada es la proyectada para incrementar el bien de sus miembros, y eficazmente regida por una concepción pública de la justicia. Es, pues, una sociedad en la que todos aceptan y saben que los otros aceptan los mismos principios de la justicia y las instituciones sociales básicas satisfacen y se sabe que satisfacen esos principios³⁴.

Y si antes hemos fijado unas notas que identificase en el Estado absoluto, bueno será recordar las del Estado liberal o de derecho: imperio de la Ley, entendida ésta como expresión de la voluntad general; división de poderes, legalidad de la Administración, que se traduce en actuación según Ley y con control judicial suficiente, y vigencia, garantía jurídico-formal, y efectiva realización material de derechos y libertades fundamentales. Merece la pena detenerse en el análisis de alguno de estos postulados.

Principio de legalidad. Expresa la idea de la ley como acto normativo supremo e irresistible al que no es oponible ningún derecho más fuerte cualquiera que sea su forma y fundamento: ni el poder de excepción del Rey y de su administración, en nombre de una superior razón de estado, ni la inaplicación por parte de los jueces o la resistencia de los particulares, en nombre de un derecho más alto (el derecho natural o el derecho tradicional), o de derechos especiales (los privilegios locales o sociales). El Estado de Derecho y el principio de legalidad suponían la reducción del derecho a la ley y la exclusión, o por lo menos la sumisión a la ley, de todas las demás fuentes del poder. La ley se configura así como la expresión de la centralización del poder político con independencia de los modos en que ésta se hubiese determinado históricamente y del órgano, o conjunto de órganos,

34 John Rawls. “Teoría de la Justicia”. Fondo de Cultura Económica. Madrid 1993.

en que se hubiere realizado. Referido a la Administración pública, como concepto distinto al genérico de Estado, el principio puede enunciarse como exigencia de sometimiento de aquélla a la ley. Quiere ello decir que la Administración en su actuación deberá respetar siempre esa primacía ajustándose a ella en su modo de proceder. Pero ese ajustamiento tiene un modo de ser concreto y es que no puede realizar más que aquello que la ley expresamente le permite, es necesaria una ley habilitante que le permita actuar (se trata, por tanto, de una Administración predeterminada por la Ley); es lo que se denomina “vinculación positiva”, a diferencia de la “vinculación a negativa”, según la cual la Administración puede realizar no sólo lo que le está expresamente permitido sino todo aquello que no le está expresamente prohibido (Administración simplemente delimitada por la ley).

El principio de legalidad actúa, sin embargo, de forma absolutamente diferente respecto de los particulares para quienes rige justamente lo contrario: el principio de autonomía, mientras no se traspase el límite de la ley. Aquí ésta no es una norma que deba ser ejecutada sino simplemente respetada como límite externo de la autonomía contractual o, como también se decía, del “señorío de la voluntad individual”. Así pues la dicotomía es evidente: para los órganos del Estado, principio de legalidad; para los particulares, principio de libertad.

División de poderes, significa que, la creación de las leyes (función legislativa) corresponde al poder legislativo - que ha de ser necesariamente representativo - y la aplicación de las mismas (funciones ejecutiva y judicial) a los poderes ejecutivo y judicial. Pero esta separación no debe entenderse en forma absoluta y rígida como si las diferentes funciones y poderes del Estado constituyesen compartimentos aislados, totalmente incommunicables entre sí. Al contrario no se trata propiamente de una rígida separación sino más bien de una distribución de funciones y poderes, necesitada de una serie de relaciones, controles e interacciones mutuas y recíprocas. Y ello debido a que el significado histórico de este principio reside en el hecho de que más que una separación de poderes lo que pretenden evitar es la concentración de los mismos. Es, pues, un simple arbitrio práctico e instrumental, una técnica organizativa ingeniosa y mecánica para proteger la libertad. Este es el sentido que, frente a la concepción británica, atribuye a este principio Montesquieu.

Naturalmente, el nacimiento de los partidos³⁵, supone una modificación de este principio; no sustancial, por cuanto el principio de concentración sigue vigente, pero sí fuertemente cualificada. En los países cuasi bipartidista o en los casos en que un solo partido obtenga la mayoría absoluta del Parlamento, el jefe del Gobierno es, a la vez, líder del partido mayoritario. En consecuencia, a través de la disciplina del voto que impone el partido, el líder controla de facto la mayoría parlamentaria y el Gobierno. De ello se deduce que, en estos supuestos, la diferenciación entre estos dos poderes es más formal que real, si consideramos que un mismo partido político controla de hecho a ambos³⁶.

b) De cuando maduró

Lo que era un modelo standard de Leviatán, entre finales del siglo XIX y primeros del XX va a seguir tres caminos distintos.

1.- Y se hizo de Derecho Administrativo.

Por una parte, el modelo, que es cronológicamente el primero, que se va a denominar Estado de Derecho Administrativo, antecedente inmediato de lo que luego será, definitivamente, el Estado Social de Derecho. Tal modelo, que presupone la conciencia de un fin a realizar por el Estado y de una acción encaminada a dicho fin, puede definirse por el principio de intervención estatal; el Estado adquiere un carácter expansivo, que le lleva cada día a asumir nuevas tareas, y acaba pesando sobre toda la estructura social.

2.- Y se hizo totalitario

El Estado de derecho vio en peligro su supervivencia como consecuencia del fenómeno denominado totalitarismo, otra de las vías evolutivas que antes señalamos. Este nuevo modelo incluye el fascismo italiano y el nazismo, o nacional-socialismo, alemán, así como sus parientes más o menos edulcorados, los denominados “autoritarismos”, los vigentes en

Portugal y España antes de sus respectivos accesos a la democracia; y el comunismo soviético y los suyos. Todos, desde

35 M. Duverger. “Los partidos políticos”. Fondo de Cultura Económica. México 1979.

36 L. Cosculluela. “Manual de Derecho Administrativo”. Ed. Civitas. Madrid 1993.

luego, tuvieron sus causas o defectos. A los primeros se les ha llegado a identificar como una evolución del estado liberal, como una forma particular del estado capitalista de excepción³⁷, o dicho de otro modo, capitalismo organizado totalitariamente³⁸.

En cuanto al totalitarismo comunista, parte de la idea de que el Estado es esencialmente la institución mediante la cual una clase dominante y explotadora defiende su poder y privilegios contra la clase o clases a las que domina y explota. De tal suerte que la única opción es destruirlo; reformarlo no es una opción válida. Lenin, en "El estado y la revolución" y en otros textos, combate la idea revisionista de que el Estado burgués podía ser reformado: debe ser destruido. A partir de ese momento, sería sustituido por la dictadura del proletariado, en la que tendría lugar una gigantesca sustitución de ciertas instituciones por otras de tipo completamente distinto; así, el Estado no es "abolido" sino que muere.

La desaparición de la Historia (del tiempo y del espacio) de estas patologías o su profunda transformación, como es el caso de China, relega el análisis de estos modelos a la curiosidad de los historiadores.

3.- Y se hizo social de Derecho

Derrotados, pues, los totalitarismos el estado liberal pudo continuar su andadura evolucionando, para unos, creando un modelo nuevo, para otros: el Estado social de Derecho. Los que defienden la mera evolución, lo hacen porque el Estado de derecho originario admite, exige incluso, en la actualidad, el reconocimiento de los llamados derechos sociales³⁹. Y este es el único objetivo del término "social": advertir que también se reconocen derechos de este carácter. Lo demás se sigue de ese reconocimiento, en particular, que la acción de los poderes públicos debe promover la efectividad de esos derechos, es decir, la constitucionalización de la política intervencionista; este modelo no supone, por ello, más que la inserción en el texto constitucional de nuevos derechos sociales y el otorgar una finalidad conformadora de la sociedad a la acción intervencionista del

37N. Poulantzas. "Fascismo y dictadura". Ed. Siglo XXI de España editores S.A. Madrid 1973.

38 E. Díaz. Op. cit.

39 Luis Cosculluela. Op. cit.

Estado. Finalidad de la que se encargará esencialmente la Administración Pública a través de lo que se ha llamado "procura existencial" que implica la realización efectiva de un espacio vital digno para el ciudadano, al que éste tiene derecho. Ideas que lejos de ser incompatibles con el Estado de derecho las presuponen, intensificando su verdadero significado. En consecuencia el Estado social de derecho no es un modelo histórico, sino una progresión evolutiva del Estado de Derecho. Hay que negar, por ello, que éste suponga una concepción puramente garantizadora y conservadora, frente a la idea progresista, realizadora y eficaz del nuevo concepto que, para lograr sus fines precisa prescindir de algunas o muchas de las garantías que el Estado de Derecho ofrece, a pretexto de tacharlas de meros tecnicismos juristicistas.

Los segundos, es decir, aquéllos que entienden que el Estado de Derecho, ahora calificado de social, constituye un nuevo tipo estatal lo describen así: es una fórmula que, a través de la revisión y reajuste del sistema, evita los defectos del abstencionismo liberal y, sobre todo, del individualismo que le servía de base, postulando planteamientos de carácter social; y todo ello, naturalmente, sin dejar de ser un auténtico Estado de Derecho. El calificativo social hace referencia a la corrección del individualismo clásico liberal a través de una afirmación de los llamados derechos sociales y de una realización de objetivos de justicia social: al lado de los derechos de libertad, aparecen los derechos sociales. Y paralelamente actúa como meta la consecución de un bienestar social que configura precisamente al Estado social de derecho como "welfare state". Tratase, en definitiva, del intento loable de convertir en derecho positivo viejas aspiraciones sociales, elevadas a la categoría de principios constitucionales protegidos por las garantías del Estado de Derecho.

Es un Estado decididamente intervencionista, dotado de un ejecutivo fuerte. Y esta primacía del ejecutivo dará lugar enseguida a una cierta crítica del parlamentarismo (la crítica a la ineficacia del parlamento es típica en esta concepción) y también a una crítica de la función de los partidos políticos y otras instituciones consideradas básicas en el sistema liberal. Se está de acuerdo, pues, en admitir la necesidad de un ejecutivo fuerte, no incontrolado, porque el órgano estatal más adecuado

para llevar a cabo esta función inmediatamente directiva de la actividad económica y social no es el parlamento clásico, demasiado lento y poco especializado, sino más bien el poder ejecutivo, es decir, la Administración y sus técnicos: con la creciente importancia de ésta se constituye el Estado administrador o Estado de la Administración. Ahora bien, precisamente por este aumento de poder de la Administración, se exige hoy más perentoriamente el control y la responsabilidad jurídica del Estado.

Característico del Estado social de Derecho es, por todo ello, el propósito de compatibilizar en un mismo sistema dos elementos, uno, el capitalismo, y otro, la consecución del bienestar social. Este objetivo, unido al del desarrollo económico, aparecen como resortes que movilizan la acción de la técnica y de la burocracia en el marco de las modernas sociedades industriales. Predomina, pues, la administración sobre la política, la técnica sobre la ideología, porque se piensa que es el progreso tecnológico el que puede conducir a la socialización, a la democratización y a la nivelación socioeconómica. Y este “fin de las ideologías”, anunciado por los ideólogos de la sociedad democrática⁴⁰, significa también, como consecuencia ineludible, la supuesta despolitización de la vida colectiva.

D.- De los síntomas de senilidad

Concluimos aquí la evolución, desde el nacimiento, de Leviatán. Salvo los momentos de patología que hemos señalado páginas atrás, es lo cierto que de la imagen terrorífica que presentó Hobbes (recuerden, ese “Dios mortal”) a la de hoy se ha dejado muchas escamas, mucha masa muscular en el camino... pero no toda. Esta especie de apresurado revival que acabamos de hacer quedaría incompleto si no consideráramos el estado del Estado en el momento actual. Para ello, más que hablar de un modelo concreto, otro más, lo que no sería posible porque sigue manteniendo su estructura formal y, aunque debilitadas, algunas de las notas que le acompañan desde la cuna, sería más ajustado hablar de transmutación, de la que procuraremos hacer una descripción panorámica en la que, por la proximidad, seguramente se mezclen la realidad, la intuición, el error y el deseo.

⁴⁰Y no tan democráticos. V. Gonzalo Fernández de la Mora. “El crepúsculo de la ideologías”, cuya 1ª edición, Ed. Rialp, es de 1965 y la última, traducción al portugués, de 1973. Del mismo autor, en la misma línea de pensamiento, “El Estado de obras”. Ed. Doncel. Madrid 1976.

Hablamos, pues, de mutación de conceptos -lenguaje igual, significado distinto-, de conceptos hasta hoy desconocidos, de morbideces que aquejan a Leviatán y, en fin de ese panorama complejo y desorbitado que ofrece la realidad estatal a la que, si hubiéramos de darle un nombre, el de “Estado desorientado” sería, me parece, el más adecuado.

a) Desorientación

El primer dato constatable es, en efecto, la desorientación. Aunque sorprenda, cabe seguir preguntándose⁴¹ ¿qué es la política?, pregunta que sólo puede surgir si ya no hay ni son válidas las respuestas formuladas por la tradición; sigue vigente, aún hoy, aunque las causas inmediatas sean distintas, el “shock filosófico” y el “shock de la realidad”⁴². Porque la pérdida de la aguja de marear no se muestra como un fenómeno nuevo, ni siquiera reciente. Antes bien, parece ser una constante, al menos desde los prolegómenos del siglo XX, tiempo en el que los hombres tienen que sufrir el choque brutal de la realidad de un Estado proletario, que tras alcanzar la máxima potencia ideológica y militar, desaparece... en menos de cien años, la incomprendibilidad del nazismo y dos guerras de proyección universal, hasta la certeza de un arma capaz, ella sola, de aniquilar a la Humanidad, con sus secuelas de destrucción, matanzas y barbarie en proporciones jamás contempladas. No es extraño, pues, que el pensamiento jurídico, político, filosófico, artístico, incluso teológico haya quedado desarticulado, desorientado, sin tiempo real para rehacerse; la motorización y multiplicidad de los cambios de “todo” no le han dado tregua.

Sí es constatable el tránsito del hipertrofiado Estado del bienestar a otro Estado que se quiere más pequeño o, mejor aún, “mínimo”. Aquél, que hemos descrito hace un instante, se justificaba casi como una tercera vía entre capitalismo y comunismo y se apoyaba en una economía mixta y una organización social intermedia entre el predominio de lo público

41 Como hacía ya Hanna Arendt al aproximarse a las experiencias políticas del segundo cuarto del siglo XX: “Sospecho que la filosofía no es totalmente inocente en este lío. Naturalmente no en el sentido de que Hitler tenga alguna cosa que ver con Platón. Más bien diría en el sentido de que la filosofía occidental no ha tenido nunca un concepto claro de la realidad política, y no podía tener uno, ya que, por necesidad, ha hablado del hombre y sólo tangencialmente se ha ocupado de la pluralidad”. “¿Qué es la Política?”. Ed. Paidós. Barcelona 1997.

42 H. Arendt. Op. cit.

y lo privado; lo que supone una garantía de equilibrio generadora de estabilidad y crecimiento económico, libertades públicas y seguridad. Pero sobre todo resultaba atractivo por la protección que dispensaba a los ciudadanos ante cualquier contingencia de su existencia. Pero estas cargas fueron convirtiendo al Estado en una organización mastodónica, que suponía un enorme gasto sólo asumible acudiendo a un incremento insostenible de la presión fiscal. Como consecuencia de ello se produce una incipiente reacción antiestatalista que acusa al Estado de obstaculizar el progreso de la sociedad y que mantiene en el fondo una ideología de la superioridad de la sociedad civil frente a aquél. Se plantea, por tanto, la necesidad de reducir el aparato estatal y se generan crecientes movimientos de insatisfacción en torno al funcionamiento de la Administración Pública a la que se acusa de ser un gestor lento y costoso, como comprobaremos enseguida.

b) Monopolio de la violencia

El Estado es el “monopolio de la violencia”. Salvo los anarquistas en alguna de sus múltiples formas⁴³ no ha habido pensamiento político que no esté de acuerdo en afirmar que el único modo hasta ahora elegido por los hombres para limitar la violencia es el de concentrarla, distinguiendo una violencia lícita de una violencia ilícita, considerando ilícita toda forma de violencia privada y, por tanto, imposible la guerra de todos contra todos. Es verdad que el Estado es la violencia institucionalizada; pero hasta ahora ninguno ha logrado demostrar que es verdad que hay menor violencia allí donde aún no existe un Estado o ha dejado de existir⁴⁴.

La siguiente afirmación puede ser dura pero no cabe sino admitirla casi como un “a priori”: el que declare la guerra al Estado no tiene ningún derecho a pretender que el Estado no éste en guerra con él. En la medida, claro es, en que aquél respete los términos del contrato.

En cualquier ámbito de la vida está presente la represión

43 Desde el anarquismo primitivo de Godwin, el individualista de Proudhon y Stirner, el colectivo de Bakunin, Kropotkin, el puramente terrorista de Nechaiev, incluido el anarquismo ético de León Tolstoy.

44 N. Bobbio. “Las ideologías y el poder en crisis”. Ariel. Barcelona 1988.

o, por mejor decir, su posibilidad; o si se prefiere la limitación y hasta la negación de un derecho concebido, hasta su ejercicio, como abstracto. La demolición de las prisiones, la supresión del derecho administrativo sancionador y, aún, del código penal, - y mil cosas más- son pretensiones legítimamente deducibles. La cuestión es ¿y después, qué?. Esta es, sigue siendo, la gran pregunta... que sigue sin respuesta, que, en efecto, nadie ha respondido aún.

c) Pluralismo, ¿una vuelta al pasado feudal?

Quizá sea este uno de los fenómenos más característicos de las democracias avanzadas, de lo que por oposición a los demás, llamamos “primer mundo”. Desde el gregoriano monódico, la polifonía no ha hecho más que crecer. Más y más voces, más y más instrumentos se han ido añadiendo a la partitura y no siempre en armonía, ni siquiera en la misma tesitura⁴⁵.

Estas sociedades están, pues, marcadas por la coexistencia, que no siempre convivencia, de una diversidad de grupos sociales con intereses, ideologías y proyectos diferentes, pero sin que ninguno tenga fuerza suficiente para hacerse exclusivo o dominante y, por tanto, establecer la base material de la soberanía estatal en el sentido del pasado⁴⁶. En efecto, nuestras sociedades son sociedades complejas, en las que se han formado “esferas particulares”⁴⁷ relativamente autónomas, incluso decididamente autónomas, cuya gama es infinita: desde los sindicatos a los partidos, de los grupos organizados a los inorgánicos, de las grandes corporaciones financieras a los lobbies sin regulación⁴⁸. Y, desde luego, no son desdeñables a este respecto las organizaciones perversas - asociaciones para delinquir, mafias grupos terroristas, etcétera, y los omnipresentes fenómenos de corrupción y de sociedades ficticias o de conveniencia; la mera

45 Al cierre de estas páginas (Junio de 2001) se ha advertido, incluso, de la disolución de la sociedad construida en torno al Estado-nación: “Estamos en un mundo en cambio que genera un estado de confusión pública y un cierto desfase entre las teorías y la realidad. Profecías, futurología y prácticas intelectuales del mal vivir surgen ante el vacío creado en la sociedad”. Seminario “Teorías para una nueva sociedad”. Periódico El Mundo. Martes 19 de Junio de 2001. La cita corresponde a la intervención del profesor Manuel Castells.

46 G. Zagrebelsky. Op. cit.

47 N. Bobbio. Op. cit.

48 Quizá el lector recuerde las innumerables referencias a los “poderes fácticos” que se realizaron en los años de la transición; pues de eso se trata, aunque algunos de aquellos poderes hayan sido sustituidos por otros.

remisión de estas actividades a los Códigos Penales, no es suficiente para despachar la cuestión; además, es preciso “actuar” esos Códigos lo que, como es notorio, no siempre se hace o no siempre se hace por igual -. De este modo, el Estado se limita a dialogar con esos grupos y fuerzas, que unas veces acuerdan con él transacciones y otras le imponen, a pesar suyo, las decisiones fundamentales; las relaciones de poder se articulan sobre relaciones de influencia, y se desdibuja la línea de demarcación entre lo público y lo privado. Con lo que, de paso, el concepto tradicional de soberanía, que analizamos páginas atrás, y volveremos a hacerlo a continuación, ha perdido significación y, desde luego, sustancia.

Por eso al principio nos preguntamos sobre el regreso a la feudalidad, aunque, bien mirado, podíamos haber suprimido los signos de interrogación. Parece, en efecto, que se ha producido una verdadera inversión del desarrollo histórico: mientras que de la sociedad medieval al gran Leviatán se produjo un proceso de concentración del poder, de estatalización de la sociedad, con el advenimiento de la sociedad industrial y su infinita expansión se está produciendo un proceso inverso, de fragmentación del poder central, de explosión de la sociedad civil.

d) Una nueva soberanía

Como anunciaba, también la concepción de la soberanía se ha transmutado. Aquel soberbio “poder irresistible”, absoluto, de dominación, ha dejado de serlo, o, mejor dicho, ha perdido extensión y, desde luego, unicidad. En efecto, como vimos, el Estado soberano no podía admitir competidores. Si hubiera permitido la concurrencia, habría dejado de ser políticamente “el todo” para pasar a ser simplemente “una parte” de sistemas políticos más comprensivos, con lo que inevitablemente se habría puesto en cuestión la propia soberanía y, con ello, la esencia misma de la estatalidad. Desde la perspectiva interna, la soberanía indicaba la incommensurabilidad del Estado frente a cualesquiera otros sujetos; frente a él, por tanto, no podían existir más que relaciones de sujeción. Desde la perspectiva externa, los Estados se presentaban como fortalezas cerradas, protegidas por el principio de la no ingerencia. Podría darse, alternativamente, la lucha entre soberanías, es decir, la guerra -una eventualidad regulada, por tanto no prohibida, por el derecho internacional- ó la coexistencia

entre ellas, mediante la creación de relaciones horizontales y paritarias, disciplinadas por normas en cuya formación habrían participado libremente los propios Estados a través de tratados y costumbres internacionales. Estaba, en cambio, excluida, porque eso habría negado su naturaleza soberana, la posibilidad de un mandato sobre los Estados dimanante de una autoridad superior a cuya voluntad tuvieran éstos que someterse, ya fuera un gobierno supranacional o incluso mundial.

Pues bien, en las dos perspectivas se ha producido la mutación. En la primera, la interna, por la fragmentación a que me refería en el epígrafe anterior; y respecto de la segunda, tanto por la progresiva institucionalización, promovida incluso por los propios Estados, de contextos que integran sus poderes en dimensiones paraestatales, sustrayéndolos así a la disponibilidad de los Estados particulares⁴⁹, como por el reconocimiento y la atribución de derechos⁵⁰ a los individuos que pueden hacerlos valer ante jurisdicciones internacionales frente a los Estados a los que pertenece.

Pero es que incluso desde la cúspide misma de la organización estatal, la Constitución, se configuran importantes autolimitaciones de la soberanía. Así el artículo 11 de la Constitución Italiana de 1947, el 24 de la ley fundamental de Bonn, el artículo 93 de la española de 1978, todos ellos consienten explícitamente limitaciones o restricciones a la propia soberanía del Estado que definen, en aras de la paz y la justicia entre las naciones. La misma Carta de las Naciones Unidas -por escasamente eficaz que sea su valor obligacional- parte de esa limitación.

e) Nacionalismo-Autodeterminación-Secesión

Basten unas simples líneas para la reflexión, que no para

49 La referencia aquí a los Tratados de la Unión Europea es aquí obligada. El propio Derecho Comunitario modifica directamente los derechos nacionales merced a las instituciones del "efecto directo", del "efecto útil del efecto directo", primacía y aplicabilidad directa, erosión del principio de autonomía procesal de los Estados miembros, etc. No es inútil señalar también aquí que las instituciones comunitarias con más poder -Comisión y Consejo- sufren de "déficit democrático"; los gobernantes no son elegidos por sufragio universal ni la acción de gobierno se configura por la voluntad mayoritaria.

50 El reconocimiento mismo de los derechos humanos que, por blindados, no pueden ser perforados por la acción estatal, en los términos que veremos a lo largo de estas páginas, supone una evidente restricción de la soberanía.

la solución.

En el contexto general de debilitamiento o acoso a la soberanía estatal, si estamos reflexionando sobre la cultura de los derechos no podemos hurtar, aceptando las pasiones que provoca, una referencia, lamentablemente no una solución, desde luego, al ¿derecho? quizá más controvertido, más “ruidoso” si se me permite la expresión, en la segunda mitad del siglo pasado y los primeros pasos del presente. Obviamente me refiero al de autodeterminación, incardinado en la tríada Nacionalismo/Autodeterminación/ Secesión. El temible ejemplo de Yugoslavia⁵¹ es suficiente para el horror. Pareciera que en esta zona del mundo el siglo XX no haya servido absolutamente para nada, y lo que se mantuvo unido por un corsé de hierro, ha estallado, con salvaje violencia, al suprimirlo. Pero no es de estas expresiones del fenómeno de las que voy a tratar; ni de otros ejemplos igualmente terribles: el palestino-judío, el inglés-norirlandés, el armenio-turco, ó el que enfrenta a los kurdos con los estados nacionales en que se integran, que son nada menos que cinco, Turquía, Siria, Irán, Irak y Transcaucasia. Todos ellos son heterogéneos y no responden a la reivindicación etnonacional de que venimos tratando.

Me refiero a la incidencia que aquella tríada tiene en el seno de Estados- nación que responden a los principios liberales democráticos, una suerte de nacionalismo emergente o, si se acepta el neologismo, el intranacionalismo⁵². Quiero expresar con ese término la situación surgida, en el seno de Estados unitarios, de nacionalismos al viejo estilo: grupos que se dicen cohesionados en torno a la raza, la lengua, la cultura, la historia, ¿incluso la religión?⁵³ ; subestatales, por tanto. Son los que se denominan “etnonacionalismos” o “nacionalismos periféricos”⁵⁴, que se equiparan, en tanto que igualmente definidores de la

51 Para una aproximación a este conflicto, v. B. Féron. “Yugoslavia, orígenes de un conflicto”. Le Monde-Salvat. Barcelona 1995; H. Tertsch. “La venganza de la Historia”. El País-Aguilar. Madrid 1993; F. Veiga. “La trampa balcánica”. Grijalbo. Barcelona 1995; E. De Diego. “La desintegración de Yugoslavia”. Ed. Actas. Madrid 1993.

52 España es un ejemplo clamoroso de este fenómeno.

53 Todavía es posible que el Presidente de una República recién nacida, Bielorusia, se pronuncie en los siguientes términos: “La religión ortodoxa constituye la base de la unidad eslava y el eje de nuestro renacimiento. Ningún factor ajeno debe inmischuirse ni alterar nuestra vocación de pueblo creyente” Periódico El Mundo. Martes 26.6.2001.

54 Las referencias que siguen proceden esencialmente de la obra “Los nacionalismos: globalización y crisis del estado-nación”. Obra colectiva. Consejo General del Poder Judicial. Madrid 1999.

realidad actual, con las estructuras o instancias supranacionales que hemos señalado antes y se explican por la combinación de cambiantes factores económicos y políticos que activan la potencialidad étnica, es decir, la conciencia de identidad histórica, cultural y política de dichos pueblos, haciendo que reivindiquen su derecho a hacerse oír con voz propia y a tomar el protagonismo en las decisiones que les afectan.

Bien. No obstante las defensas cerradas, justificaciones y amparos que se ofrecen a estas denominadas etnonaciones, y cuya percepción como problema, como patología, se critica - como si pudiera dudarse de que lo son- en la medida, y esta es, para mí, la clave de la cuestión, en que pretenden imponerse a sangre y fuego, bien por medio de la guerra, bien a través actividades terroristas, constituyen un retroceso, una vuelta al tribalismo más descarnado, fruto de voluntarismos ideológicos de minorías intelectuales, o movimientos irracionales en torno a “comunidades imaginadas”, que serían las naciones, las cuales incluso supondrían invenciones históricas arbitrarias o más llanamente, de situaciones de privilegio que producen economías asimétricas y, por tanto, mayores cotas de bienestar social que puede perderse.

Conviene dejar aclarado que no es posible definir, en términos que sirvan para algo, estas agrupaciones. La doctrina internacionalista, que se ha ocupado más específicamente del derecho de autodeterminación, no es capaz siquiera de unificar el lenguaje: minorías, comunidades, comunales, grupalidades, grupos sociales, clase natural, pueblos, grupos (raciales, étnicos, religiosos, culturales, lingüísticos). De todas estas formas se denomina a estos fenómenos colectivos, aunque no como sinónimos. Pero siempre con los mismos elementos: un sentido de pertenencia conjunta, un sentido de nosotros-ellos, un sentido de solidaridad frente a los de afuera, un sentido de compartir una herencia común y un destino común, distintos de la herencia y del destino de otros⁵⁵.

Otras corrientes pretenden asentarlos solo sobre tres ejes: identidad colectiva, singularidad cultural y emocionalidad.

⁵⁵“Derechos Humanos”. Natan Lemer. “Minorías y grupos en el Derecho Internacional. Derechos y discriminación”. Boletín del Itre. C. de Abogados de Madrid. Julio 1998.

Difícil es definir una “cultura” concreta, como comprobaremos después; mucho más una “identidad colectiva”; pero es imposible definir, en este contexto, la “emocionalidad”. La emoción, en Psicología es: o “una reacción global intensa y breve del organismo a una situación inesperada acompañada de un estado afectivo de tonalidad penosa o agradable”⁵⁶; o una conmoción, alteración o agitación repentina del ánimo, causada por una pasión sea gozando vivamente, sea padeciendo con intensidad”; o también, una “alteración afectiva intensa que acompaña o sigue inmediatamente a la experiencia de un suceso feliz o desgraciado que significa un cambio profundo en la vida sentimental”; también puede ser un “interés expectante o ansioso con el que el sujeto participa en algo que está ocurriendo; o la “alteración afectiva que consiste en un enternecimiento por sí mismo o por simpatía hacia los otros, por una prueba de cariño o estimación recibido por el mismo sujeto”; o, en fin, “la reacción afectiva, generalmente intensa pero momentánea, que se manifiesta por diversas alteraciones, sobre todo de orden neurovegetativo”⁵⁷. No me parece abusivo afirmar que cualquiera de estas definiciones de la emoción invalida la posibilidad de asentar sobre este sentimiento una agrupación humana, cualquiera que ésta sea. Es cierto que se admiten fenómenos emocionales colectivos, aunque siempre debidos a situaciones excepcionales, por Ej., el pánico consecutivo a un terremoto, pero la emoción es esencialmente individual.

Y otras, en fin, en la existencia de la represión, agresión, negación de derechos, etcétera, es decir, en un memorial de agravios e injusticias padecidos. Pero, de nuevo, habrá que considerar los agravios, injusticias y tensiones que se generarán en el Estado afectado e, incluso, en el orden internacional -no es indiferente, no en Europa desde luego, el surgimiento de un Estado independiente; piénsese en los problemas y reticencias que provoca el proceso de ampliación de la Unión Europea-. Y todo ello sin entrar a considerar, excluida por supuesto la guerra y la violencia, los infinitos problemas procedimentales de la secesión. En llano, cómo se “reparte” un Estado: esencialmente, qué parte de la población decide la ruptura y qué sucede con quienes no la quieren; porque aunque pudiéramos definir el concepto de pueblo o grupo - mediante cualquiera de los criterios

56 “Diccionario de la psicología”. Ed. Plaza & Janés. Barcelona 1974.

57 J. A. Marina y M. López Penas. “Diccionario de los sentimientos”. Ed. Anagrama. Barcelona 1999.

antes señalados -, el mismo derecho de autodeterminación habría que reconocer a las otras minorías que permanecieran en el mismo territorio del “pueblo” que se ha secesionado, las cuales, obviamente, no podrán gozar del derecho sin contradecir el del “pueblo mayoritario” so pena de desembocar, además siempre en provisionalidad - porque los “hechos diferenciales” crecen como hongos en los humedales -, en el aldeanismo más estéril. Pero también hay que decidir qué indemnizaciones se deben por las infraestructuras, cómo se reparten los bienes públicos, los medios financieros, los servicios, y mil problemas más.

Efectivamente, no parece dudoso que con los mimbres de un sentimiento es difícil -me atrevería a decir que suicida- acometer, o fundar en él, ningún proyecto de regulación social, y mucho menos la más compleja de todas, el Estado.

Resumiendo; en mi opinión, la única propuesta posible es la expresada por el modelo federal, confederal o autonomista: no, pues, el nacimiento de nuevos tales Estados sino, al contrario, la reducción de los existentes, mediante formas de organización que, por un lado, descentralicen tanto como sea posible las funciones administrativas y de gobierno local hoy centralizadas en los Estados nacionales y, por otro lado, asocien tales Estados a formaciones políticas más amplias a las que se atribuya las funciones públicas -legislativas judiciales y administrativas- comunes a todos, en cuestiones de garantía de los derechos de libertad, política económica y monetaria, regulación del mercado, defensa del ambiente, redistribución de recursos y seguridad frente a la criminalidad⁵⁸.

Por su parte, la autodeterminación se remite en su origen a la individualidad; es el sujeto individual quién puede autodeterminarse. De ahí el tránsito al autogobierno en la tradición liberal va de suyo, según hemos visto: los ciudadanos han de intervenir en la vida política mediante el sufragio y el control del poder: ésta sería la concepción interna de la autodeterminación. Y, desde ella, a la concepción externa, no hay más que un toque de prestidigitación, como decía R. Emerson: los ciudadanos tendrían derecho a formar libremente su propia organización

58 L. Ferrajoli. “Los fundamentos de los derechos fundamentales”. Ed. Trotta. Madrid 2001.

estatal como resultado de una interpretación extensiva de la lógica democrática⁵⁹.

Este principio, que nace vinculado al proceso de descolonización auspiciado desde la propia O.N.U., comienza su aplicación efectiva a partir de 1947 con la independencia de la India y sigue imparable hasta 1975. En ese período más de mil millones de seres humanos acceden a la independencia, variando sustancialmente la concepción de la propia Organización y provocando, de paso, un nuevo orden internacional. Tal vinculación remite necesariamente el ejercicio del derecho a la teoría, pero sobre todo a la práctica, de aquélla. La Carta de la Naciones Unidas (San Francisco, 26.2.1945) no lo define; es solo un presupuesto de la paz (Arts. 1.2 y 55). El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 16.12.1966) sí contiene una definición, plasmada en los tres apartados del mismísimo Art. 1º:

“Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho, establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico social y cultural... Todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales... En ningún caso podría privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia. Los Estados partes en el presente pacto promoverán el ejercicio del derecho de libre determinación...”.

Se recogen, pues, las dos dimensiones, interna y externa del derecho a la autodeterminación a que antes nos referimos. Pues bien, la O.N.U. ha declarado como titulares del mismo a dos clases de sujetos; por un lado a los pueblos colonizados y, de conformidad con ampliaciones posteriores, a los pueblos sometidos a gobiernos ajenos o racistas. Los Estados surgidos al amparo de esta política se han beneficiado de una presunción de legitimidad que ha llevado a la negación de un eventual recurso a la autodeterminación por parte de los grupos culturales minoritarios y las nacionalidades integradas en su seno. Sin embargo, a aquellos de los que venimos tratando - etnonacionalidades- no se ha reconocido más que un difuso derecho a la autodeterminación interna, entendida como el acceso

59A. De Blas Guerrero (Director). “Enciclopedia del nacionalismo. Ed. Tecnos. Madrid 1997.

a los derechos y libertades propios de una sociedad democrática⁶⁰. Pero es que, además, ese proceso no ha seguido, ni de lejos, el criterio del nacionalismo. Antes al contrario, y el ejemplo africano -pero también podría invocarse el asiático- es palmario. Para comprobarlo, basta con retroceder a lo que se ha denominado el “reparto de África” el cual se hizo, en su origen, no por medio de la conquista real y subsiguiente instalación del aparato administrativo sino sobre el papel, por los acuerdos de las potencias europeas respecto de estos dominios. De tal manera que son esos acuerdos los que establecen las fronteras de las posesiones europeas sea cual sea el título jurídico y denominación de éstas, territorio, posesión, colonia, protectorado, zona de influencia, etc. Y esas fronteras, absolutamente artificiales -como, por cierto todas- siguen siendo en la actualidad las fronteras de los Estados africanos. El África actual, pues, ha sido creada por los europeos de entonces; por ello puede afirmarse que el último legado de la colonización ha sido precisamente la exportación a todo el mundo de la idea de Estado como única forma de organización política.

Y llegado el momento de la descolonización, la partición de las posesiones europeas se fraguó también en despachos oficiales, con un mapa sobre la mesa y utilizando escuadra, cartabón y tiralíneas, sin preocuparse de las realidades geográficas y étnicas que se violaban con tan imprudente sistema. Así nacieron nuevos países en los que se obligaba a convivir, ya sin la tutoría moderadora de una metrópoli, a razas enfrentadas a muerte, como demostrarían enseguida en cruentas luchas civiles; otras veces las artificiales fronteras separaban etnias únicas que buscarían su reunión también por métodos violentos. Los años que siguieron a esa precipitada descolonización, han conocido más guerras y genocidios que todos los siglos pasados⁶¹.

Es evidente que la práctica aplicada por la O.N.U. no ha resuelto el problema, que sigue planteándose en torno al titular del derecho. Pues bien, según el Informe del Relator Especial Asbjorn Eide (Documentos ONU E/CN 4/Sub. 2/1992/R32p. 1,1992) frente a los 194 Estados que en 1993 componían el mapa político se cifran en cinco mil el número de grupos étnicos

⁶⁰La falta de universalidad y positivación, conforme se analiza en el Capítulo siguiente, del derecho de autodeterminación es lo que permite negarle el carácter de Derecho Humano.
⁶¹J. I. De Arana “Historias curiosas de las guerras”. Espasa Minor. Madrid 2001.

extendidos por el mundo, y se calcula que actualmente existen en el mundo diez mil sociedades o colectividades étnicas, lingüísticas, raciales, religiosas o con identidades de algún otro tipo, y cuyo asentamiento poco o nada tiene que ver con el diseño de fronteras existentes⁶².

Y por si algo faltara para completar el cuadro, es que tampoco existe acuerdo en cuál sea el contenido del derecho de autodeterminación, si la segregación de parte del Estado -bien para constituirse en uno independiente, bien para integrarse en otro-, si basta el mero reconocimiento en la constitución, como simple previsión, o si es suficiente con que en ésta se recojan fórmulas autonomistas, federalistas o confederalistas; en fin, si basta con la autodeterminación cultural, económica, etcétera.

Así, pues, ni la práctica de la ONU ni en el artículo 1º del pacto de 1966 autorizan a pensar en un “derecho a volverse Estado”.

f) Un nuevo significado de la ley

Consecuencia ineluctable de cuanto venimos afirmando es también un cambio sustancial del sentido y significado de la ley.

Pero permítasenos otra vuelta al pasado. En la época liberal, la sociedad política era monoclase y, por tanto, se regía por normas coherentes, con una misma y única lógica interna; los enemigos, o estaban neutralizados -el proletariado, mediante la limitación o exclusión del derecho de voto; la iglesia católica, por autoexclusión o por convención, mediante la política concordataria-. La legislación, pues, era si no homogénea, sí coherente, y a esa coherencia responde el concepto de “ordenamiento jurídico” que, en resumen, no es más que un conjunto de normas positivas vigentes relacionadas entre sí y escalonadas o jerarquizadas, capaz de dar a cada cuestión que se suscite una respuesta, y sólo una, por qué es reconducible a principios y valores sustanciales unitarios; y su consecuencia formal, la “codificación”, que marca toda una época en la Historia del Derecho⁶³. El Código reunía en sí todas las características

62 “Los nacionalismos: globalización y crisis del estado-nación”, cit.

63 El paradigma es, desde luego, el Código Civil de Napoleón.

que se exigen de la ley: representar un proyecto jurídico único, expresión de la voluntad del legislador, y ser general, abstracta, sistemática -ex principiis derivationes- y plena. Y, en fin, de todo ello se sigue, de manera necesaria, que los métodos interpretativos por excelencia además, claro es, del tenor literal son el sistemático y el analógico -v. artículos 3 y 4 del Código Civil español-. Sólo así se entiende la expresión de Kirchner “un plumazo del legislador y bibliotecas enteras se convierten en un papel mojado”⁶⁴.

Pues bien, ya no es así. La ley, ahora, no siempre es la expresión de una sociedad política internamente coherente, sino que es manifestación e instrumento de enfrentamiento social; no, es al final, sino la continuación de un conflicto; no es un acto impersonal, general y abstracto, expresión de intereses coherentes y generalizables. Es, por el contrario, un acto personalizado, en el sentido de que proviene de grupos identificables de personas. El acceso al Estado de numerosas y heterogéneas fuerzas que reclaman protección mediante el Derecho exige nuevas reglas e intervenciones jurídicas que cada vez extienden más la presencia de la ley a sectores anteriormente abandonados a la regulación autónoma de los mecanismos sociales espontáneos, como el orden económico, o dejados a la libre iniciativa individual, como era la beneficencia, hoy respaldada o sustituida por la intervención pública en la asistencia y en la seguridad social.

La amplia contractualización de la ley⁶⁵ da lugar a una

64 El contexto de la referida afirmación es la concepción de la jurisprudencia como un mero trabajo a partir de los defectos de la legislación positiva: “la ignorancia, la desidia, la pasión del legislador constituyen el objeto de los estudios de los juristas. Ni siquiera el genio se niega a ser instrumento de la sin razón, ofreciendo para justificarla toda su ironía, toda su erudición. Por obra de la ley positiva, los juristas se han convertido en gusanos que sólo viven de la madera podrida; alejándose de la sana, establecen su nido en la enferma”. H. Kirchmann. “La jurisprudencia no es ciencia”. Citado por Zagrebelsky. Op. cit.

65 En España, un ejemplo esplendoroso de cuanto se dice es la Ley 9/1987, de 12 de Junio, de Órganos de Representación, Determinación de las Condiciones de Trabajo y Participación del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, reformada por Ley 7/1990, de 19 de Julio, sobre Negociación Colectiva y Participación en la Determinación de las Condiciones de Trabajo de los Empleados Públicos, cuya interpretación, en mi juicio, rotundamente equivocada pero posible, dados los términos de aquélla, ha dado lugar a la famosa sentencia de la Audiencia Nacional (sección 6ª), de 7 de Noviembre de 2000 sobre la congelación salarial de los funcionarios en 1997 que, además de otros pronunciamientos que no son de interés ahora, supone que, en virtud de un Acuerdo Gobierno-Sindicatos, se obliga a las Cortes Generales -con competencia exclusiva para aprobar la Ley de Presupuestos Generales del Estado cada ejercicio- a cumplir compromisos no suscritos por ellas. La resolución judicial tiene, desde luego, el mérito de haber puesto en solfa conceptos tales como la separación de poderes, la exclusividad legislativa de las Cortes, la naturaleza de aquéllas Leyes, y otros muchos. El debate sigue abierto al haber sido admitido a trámite por el Tribunal Supremo recurso de Casación... lo que también era dudoso.

situación en la que la mayoría legislativa política es sustituida, cada vez con más frecuencia, por cambiantes coaliciones legislativas de intereses que operan mediante sistemas de “do ut des”. Se dice que las leyes pactadas, para poder conseguir el acuerdo político y social al que aspiran, son contradictorias, caóticas, oscuras y, sobre todo, expresan la idea de que para conseguir el acuerdo todo es susceptible de transacción entre las partes⁶⁶. Sin embargo, no es una mala concepción de la ley: superar la controversia acerca de la solución ética óptima, para adoptar una solución consensuada, por procedimientos consensuados, al único precio de renunciar a la solución potencialmente óptima desde el punto de vista ético.

g) Un nuevo sentido de la Constitución

Ya hemos señalado las funciones que la Constitución desempeña en la ordenación jurídico-política del Estado. Era, dijimos, un elemento decisivo para su existencia. Tales funciones, al menos algunas de ellas, no han perdido su valor ni su significación, pero sí se ha producido un cambio cualitativo. Contra, o frente, o ante la fragmentación, la Constitución⁶⁷ no establece ya el modelo concreto del proyecto de vida en común; si antes hemos afirmado que los diferentes grupos sociales no tienen fuerza bastante para imponerse, corresponde a la Constitución la tarea de permitir, de crear las condiciones y remover los obstáculos⁶⁸ que existan para posibilitar cualquier proyecto. Sólo, pues, “desde la Constitución, como plataforma de partida que representa la garantía de legitimidad para cada una de esos grupos, puede comenzar la competición para imprimir al Estado una orientación de uno u otro signo, en el ámbito de las posibilidades ofrecidas por el compromiso constitucional. Una Constitución democrática es simplemente una propuesta de soluciones y coexistencias posibles, es decir, un compromiso de las posibilidades y no un proyecto rigidamente ordenador que pueda asumirse como un “a priori” de la política con fuerza

66 L. Ferrajoli. Op. cit.

67 La argumentación que sigue, muy extendida en la literatura jurídico-pública, corresponde, por todos, a G. Zagrebelsky. Op. cit.

68 V., por ejemplo, artículo 9.2 de la Constitución española: “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; y remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos a en la vida política, económica, cultural y social”.

propia. Sólo así podremos tener Constituciones abiertas que permitan, dentro de los límites constitucionales, tanto la espontaneidad de la vida social como la competición para asumir la dirección política. Es quizá a esta visión abierta de la Constitución a la que puede atribuirse el mérito de haber permitido a los Estados la organización de una autoridad y de una unión europeas que, como vimos, contradice el carácter absoluto del dogma de la soberanía estatal. La coexistencia de valores y principios, sobre la que hoy debe basarse necesariamente una Constitución para no renunciar a sus cometidos de unidad e integración y al mismo tiempo no hacerse incompatible con su base material pluralista, exige que cada uno de tales valores y principios se asuman con carácter no absoluto, compatible con aquellos otros con los que debe convivir. Solamente asume carácter absoluto el metavalor que se expresa en el doble imperativo del pluralismo de los valores y la lealtad en su enfrentamiento. Estas son, al final, las supremas exigencias constitucionales de toda sociedad pluralista que quiera ser y preservarse como tal. Los términos claves son, pues, coexistencia y compromiso”.

Ahora bien, tengo para mí que tan razonables palabras y argumentos, sólidos sin duda, no pasan de ser buenos deseos -como las referencias de J. Rawls, al que ya hemos citado en alguna otra ocasión, a la “buena vida”-. Esa “ductilidad”, esa apertura constitucional en la que debe caber todo, ¿no tiene como resultado fáctico, en el duro suelo de lo real, las transacciones de la legislación, que han hecho de la ley “instrumentos contradictorios, caóticos, oscuros”, como antes vimos?. ¿Cómo es posible articular, por un lado el dato real de la fragmentación y el pluralismo y, por otro, la ordenación de esa misma realidad, si no es a través del pacto, de la transacción, de una suerte de “contrato social” resucitado, si bien de tracto sucesivo?. Si por este pacto cedemos una parte de nuestro poder, y ese poder nuestro ya no puede imponerse, tendrá que ser el resultado de esa cesión -sea la suma de los poderes particulares, sea otra cosa distinta, que ahora no importa- lo que tenga la capacidad de “ordenar”.

Pero para que a ese “ordenante” no se le vaya la mano -expresión vulgarísima pero rotunda- habrá que fijarle los límites, el campo de juego y, aún, las reglas mínimas que no

puede conculcar. Ciertamente que la tesis aquí mantenida tiene un riesgo: convertir las Constituciones en eternas, sustrayendo, paradójicamente, a sus autores -los ciudadanos en virtud de su soberanía- la disponibilidad de sus derechos. Sin embargo, ese riesgo cierto puede evitarse, precisamente, por el Antileviatán, por la “Cultura de los derechos”, señaladamente de esa especial clase de derechos que denominamos Humanos y que actúan como drenajes del sistema. Soy consciente de que el argumento es diabólico: Norma fundamental que marca unos límites; límites definidos por unas “cosas” -los derechos- que, a su vez, permiten su automodificación e, incluso, su autodestrucción. Pero, ¿y si al ordenante a que nos venimos refiriendo, a la vuelta de unos años, o de unos días, se le ocurre reinstaurar la pena de muerte (como en los Estados Unidos de América), o la tortura como método de investigación criminal (aunque sea mínima, según autoriza la jurisprudencia del Tribunal Supremo del Estado de Israel), o que hay ciudadanos alfa y beta y épsilon (como en el mundo feliz imaginado con espanto por A. Huxley) o que no todos los seres humanos son “personas”, (como en el Derecho romano)?.

El enfrentamiento, pues, se presenta como irreductible entre ambas tesis: la que sostiene que los Derechos Humanos son intangibles, de tal modo que ni siquiera la soberanía popular puede suprimirlos, cabalmente porque si “todos” son sus titulares, “una parte” - supuesto que los sistemas democráticos se basan no en el principio de unanimidad sino de mayoría - no puede hacerlo; se convierten así en materia indecidible; son, efectivamente, indisponibles por sus titulares; y la que afirma que por encima de cualquier consideración, el principio democrático no tiene límites, todo es decidible, porque “en una democracia, el pueblo puede hacer cualquier cosa y debe saber que no debe hacer cualquier cosa. La democracia es el régimen de la autolimitación y es, pues, también el régimen del riesgo histórico - otra manera de decir que es el régimen de la libertad - y un régimen trágico”⁶⁹.

Confieso mi debilidad por la primera opción, y por eso he defendido antes la ley como superación de la controversia

69 C. Castoriadis. “Los dominios del hombre: las encrucijadas del laberinto”. Citado por Anna Pintore en “Los fundamentos de los derechos fundamentales”. Luigi Ferrajoli. Op. cit.

sobre la solución ética óptima. Demasiado optimismo antropológico exuda la segunda, sabiendo de lo que somos capaces los humanos. “A propósito de los sonderkommandos (“cuya concepción y organización fue el delito más demoníaco del nacionalsocialismo”) un miembro de ellos afirma: “no debéis creer que somos monstruos. Somos como vosotros, sólo que mucho más infelices”. En varios pasajes se habla de esa zona gris inquietante que hay en el ánimo de cada uno de nosotros, donde las cualidades morales son indefinibles a priori. “Nosotros estamos todos en la zona gris. Ninguno podría jurar sobre sí mismo”. “Aquellos de nosotros que son justos, un número ni mayor ni menor que en cualquier otro grupo humano, han sentido remordimiento, vergüenza, dolor en suma por lo que otros, y no ellos, habían hecho y en lo que se habían sentido implicados, porque sabían que lo que había sucedido en torno suyo, y en su presencia, y en ellos mismos, era irrevocable. Ya nunca podría repararse; habría demostrado que el hombre, el género humano, nosotros en definitiva, somos potencialmente capaces de construir una mole infinita de dolor; y que el dolor es la única fuerza que se crea de la nada, sin gastos ni fatiga”⁷⁰.

h) Globalización

Y para terminar con nuestra contemplación del Estado actual, un último fenómeno, quizá el más responsable de su desorientación, y... que puede dar al traste con todo lo que hemos venido exponiendo, como esas castizas explicaciones que damos los españoles a quien nos interpela por un lugar: ¿ve usted esa calle?, pues esa no es.

Nacen palabras que hacen fortuna, o para toda la historia o para un momento; que se usan tanto, tan gratuitamente, con tan escasa fineza, que un buen día ya no se sabe qué significan. Una de ellas es, sin duda, desde hace unos pocos años⁷¹ la globalización⁷²: todo está globalizado, de todo tiene la culpa la

⁷⁰La cita, que pertenece a la obra de Primo Levi “I sommersi e i salvati”, se encuentra en G. Zagrebelsky. Op. cit. Los subrayados son nuestros.

⁷¹ Tan pocos que una obra tan prestigiosa como el “Diccionario Económico y Financiero”, de Y. Bemard, J. C. Colli y D. Lewandowsky, editado en España por la Asociación para el Progreso de la Dirección todavía en la edición de 1980 no contiene esta voz.

⁷² Para este tema, v. Anthony Giddens y Will Hutton, eds. “En el límite. La vida en el capitalismo global”. Tusquets Editores. Barcelona 2001. M. J. Fariñas. “Globalización, ciudadanía y derechos humanos”. Universidad Carlos III. Dykinson. Madrid. 2000. “Los nacionalismos: globalización y crisis del Estado-nación”. Cit. G. Tortella. “La revolución del siglo XX”. Taurus. Madrid 2000.

globalización; hasta de la desaparición de los dinosaurios, si alguien se lo propone.

Pues bien, ni siquiera los economistas se ponen de acuerdo en su significado. Para unos no hay nada nuevo bajo el sol, y la continuidad y los paralelismos con el pasado son mucho mayores que las diferencias; por ejemplo, afirman, a principios del siglo XX ya existía un sistema comercial internacional bastante abierto, con un considerable comercio de divisas, muchos países ni siquiera exigían pasaportes, y había grandes migraciones internas. Otros, por el contrario, consideran que las nuevas tecnologías de la comunicación y de la información, el papel del conocimiento como factor de producción y los nuevos descubrimientos de las ciencias de la vida señalan una profunda transición en la historia del ser humano.

Pero intentemos aclarar todo esto. Y para ello una idea previa: no parece dudoso que el origen del fenómeno y el fenómeno mismo es prioritariamente económico y se relaciona con el sistema capitalista; éste se encuentra en la base o es causa de la globalización, pero ésta incide fuertemente en aquél.

El capitalismo se define por tres elementos, propiedad privada, actividad económica regida por indicadores de los precios establecidos en los mercados y búsqueda del beneficio, que es la motivación para actuar en el ámbito de la Economía. Ahora bien, estos elementos no son absolutos sino que “se adaptan al terreno”; por ejemplo, el derecho de propiedad, que puede ser absoluto o embridado por el “contenido social de la propiedad”⁷³; o el mercado de trabajo desregulado o, por el contrario, intervenido. Pues bien, el capitalismo que ha surgido del enfrentamiento Este-Oeste, el que se ha impuesto triunfante al sistema de propiedad pública de los medios de producción (comunismo⁷⁴), es mucho más duro, más móvil, más implacable y más seguro de lo que necesita para avanzar. Su objetivo fundamental es servir a los intereses de propietarios y accionistas y tiene la firme convicción de que todos los obstáculos a su

73 Artículo 33 1. y 2. de la Constitución Española: “Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes”.

74 Este, a pesar de su fracaso, tuvo un efecto beneficioso: obligar al capitalismo a mantenerse atento, en el sentido de que le dejó claro que necesitaba tener un rostro humano.

capacidad de hacerlo -las normativas, los controles, los sindicatos, los impuestos, la propiedad del Estado, etc.- no están justificados y es preciso eliminarlos⁷⁵. Su ideología consiste en que se obtenga el máximo valor para los accionistas, que los mercados de trabajo sean flexibles y que el capital tenga libertad para invertir y desinvertir a voluntad en industrias y países. Se trata, por tanto, de dejar de preocuparse por la identidad nacional de las empresas y concentrarse en la situación de las instalaciones de producción. Al fin y al cabo, las empresas auténticamente a-estatales acabarán perteneciendo a accionistas de todo el mundo y si una nación quiere desarrollar la competitividad, el truco está en tener un mercado laboral y un entorno nacional de normativas que sean favorables a las empresas multinacionales.

Ya podemos definir⁷⁶ qué sea la globalización: “la desaparición simbólica de las fronteras estatales o, al menos su permeabilización, es decir la desterritorialización de los centros de decisiones políticas y económicas, la desterritorialización espacial de los procesos productivos, distributivos y de consumo y, en definitiva, la desterritorialización de las relaciones sociales en general”⁷⁷.

Aquellos monstruos financieros se han convertido, así, no sólo en centros de acumulación del poder económico y financiero, sino en portadores de la ideología dominante: el “pensamiento único”, la identificación de democracia liberal/mercado no solo como la mejor opción, sino como la única⁷⁸. A medida que aumentan su poder económico, también crece su alcance político e intelectual, en detrimento del papel proteccionista de las naciones-estado que, en otro tiempo, servían de contrapeso al poder económico privado mediante objetivos públicos y políticas de estabilización.

En resumen, la globalización supone un nuevo orden mundial caracterizado por una única sociedad planetaria en la que todos tendríamos una única identidad, la de ciudadanos del

75 v. Anthony Giddens y W. Hutton, cit.

76 Sin embargo, este fenómeno, según los grandes gurús de la Economía y la Sociología, es un misterio, todavía no se sabe bien como funciona.

77 A. Giddens. “Sociology”. Citado por M. J. Fariñas. “Globalización, ciudadanía y derechos humanos”. Universidad Carlos III. Dykinson. Madrid. 2000.

78 También, la exportación de la idea de Derechos Humanos enfrentada a la de multiculturalidad; pero de ello nos ocuparemos en el Capítulo siguiente.

mundo, una única cultura, la difundida por los mass-media, y perteneceríamos a una única clase, la de los consumidores.

Sin embargo no todos los análisis son tan sombríos. También los hay más neutrales. La reunión internacional celebrada los días 8 y 9 Junio del año en curso en Ginebra, convocada por la Unión Interparlamentaria afirmó que no cabe negar que una mayor apertura económica nacional se traducirá en un fuerte impulso del crecimiento económico; y de hecho, de acuerdo con un informe elaborado por la universidad de Michigan, la reducción en sólo una tercera parte de las barreras del comercio internacional generaría un crecimiento estimado en 613 mil millones de dólares. Ese crecimiento, desde luego, no beneficia a todos por igual. Aunque todos crecen como consecuencia de una mayor libertad de comercio internacional, es evidente que la integración económica y la supresión de las barreras comerciales son proporcionalmente más ventajosas para las economías más prósperas y competitivas, que pueden obtener un mayor provecho de las oportunidades que supone la ampliación de los mercados. La Unión Interparlamentaria propone la introducción de mecanismos correctores que palien la agudización de los desequilibrios internacionales. Y pone como ejemplo de esos mecanismos la construcción del mercado interior entre los países europeos, que se ha completado con una política activa dirigida a la corrección de las disparidades regionales y ha sido la conjunción de ambas estrategias -liberalización, corrección de desequilibrios- la que ha permitido avanzar en la convergencia real entre los países. Se han producido ya importantes avances en las últimas décadas: desde 1960 las tasas de mortalidad infantil de los países subdesarrollados se han reducido a la mitad, las tasas de malnutrición han disminuido en un 33% y la proporción de niños que no asiste a la escuela ha pasado de la mitad a una cuarta parte. Pero reconoce la Unión que la meta está lejana, con cerca de 3.000 millones de seres humanos viven todavía con menos de 2 dólares USA diarios⁷⁹.

Se ha de promover, pues, un crecimiento internacional solidario y sostenible. Para ello no basta con el esfuerzo para la reducción de la deuda externa o con un impulso más decidido

⁷⁹ Amnistía Internacional, por su parte, denuncia que 1.300 millones de seres humanos sobreviven con 200 pesetas diarias.

de la cooperación al desarrollo. Siendo importantes, lo más decisivo es la capacidad de crear una estructura de comercio internacional que permita crecer a los países subdesarrollados. Pero a ellos les incumbe también una parte importante de la responsabilidad: han de emprender políticas económicas acertadas, llevar a cabo una gestión eficiente de sus recursos y destinar prioritariamente sus inversiones a la educación y a la atención sanitaria.

La globalización, en resumen, no es ni buena ni mala; es un instrumento que adecuadamente utilizado puede permitir alcanzar mayores niveles de crecimiento y bienestar en todos los países del mundo⁸⁰.

En estas condiciones, cabe preguntarse qué papel le queda al Estado, para qué sirve ya. Para los defensores a ultranza de este nuevo modelo, su función consistiría casi en desaparecer inmolándose en el altar de la Economía globalizada: dismantelar las barreras al libre comercio de los flujos de capital financiero, proteger la propiedad tangible o intelectual, garantizar el acceso libre y no discriminatorio y permitir a cualquier inversor que compre o venda cualquier activo y repatrié cualquier beneficio de cualquier lugar del mundo⁸¹; eliminar y evitar los subsidios y otras distorsiones del sistema de precios; y, solo residualmente, subvencionar la educación y la formación de trabajadores, amortiguar las perturbaciones periódicas, financiar la investigación precompetitiva y proporcionar fórmulas (reducidas) de ingresos sociales.

Los defensores de la globalización son, no obstante, conscientes de los peligros que comporta, y de que no todo es regulable por las leyes del mercado: hay sectores a los que todavía el mercado no valora con suficiente atención y, por tanto, están abandonados; por ejemplo, la salud y la educación, que tienen importantes efectos indirectos de carácter positivo, así como la investigación, las infraestructuras y otros bienes públicos. Además existen otros sectores económicos con economías de escala y

80 Reseña aparecida en el diario El Mundo el 25 de Junio de 2001.

81 La crisis asiática ha constituido un aviso para navegantes. El capital extranjero, que buscaba beneficios por encima de lo normal, inundó de capitales, de pronto, esos mercados recién liberalizados. Cuando hubo una acumulación excesiva y los precios empezaron a caer, el capital se apresuró a retirarse y dejar atrás, destrozadas, las divisas y las economías.

tendencias monopolísticas, como las líneas aéreas, los ferrocarriles, la energía y las telecomunicaciones que, si no se regulan, generan la imposición de precios de monopolio. Tampoco el mercado valora adecuadamente los efectos de los contaminantes: como produce beneficios, no importa que destruyan el medio ambiente y pongan en riesgo la subsistencia de la especie humana. Y ya hemos hecho referencia a los mercados de trabajo: frente a los regulados, que ofrecen condiciones de trabajo decentes y son un estímulo para el progreso técnico, los empresarios que cuentan con masas de trabajadores desesperados a su disposición tienen pocos incentivos para invertir en tal progreso. Y, sin embargo, a pesar de las ventajas de las primeras zonas del mundo que insisten en respetar esos criterios, se quedan fuera del mercado expulsadas por otras de precios inferiores en una competición de mínimos. Esta realidad no significa que el mercado tenga razón y que las normas sociales estén equivocados; sólo significa que hay muchas vías posibles, que el mercado es miope y que el hecho de que tengamos esos criterios debe ser una decisión política.

Por eso, los Estados nacionales solo tienen tres opciones: la primera es dejar libres a las fuerzas del mercado, sin ningún obstáculo: el “sálvese quien pueda” de la era Thatcher y Reagan, es decir, el retroceso al *laissez-faire* en estado puro, con los riesgos que hemos señalado. La segunda opción es combinar la libre circulación de bienes servicios y capitales con una cierta forma de inversión social; es decir, que los mercados fijen los precios, que el libre comercio y los libres movimientos de capital global derramen sus beneficios y que el Estado intervenga solo para mitigar los extremos, proporcione a los desplazados nuevos conocimientos y oportunidades y realice las inversiones necesarias. Esta solución es ciertamente atractiva, pero ingenua: para mitigar los excesos del mercado hacen falta grandes inversiones y regulación pública; y si el mundo es un gran mercado libre, el capital tiende a evitar las naciones que le imponen restricciones. La tercera vía implica la reconstrucción, es decir, la vuelta a la economía mixta, si bien con incógnitas e incertidumbres, y sólo existen dos formas de hacerlo. O las naciones-estado reclaman parte del poder que en los últimos tiempos les han arrebatado las fuerzas del mercado, o crear nuevas instituciones transnacionales de gobierno directamente o mediante acuerdos internacionales.

Lo más lógico es, sin embargo, un régimen económico mundial que permita que la economía mixta prospere en el plano nacional. Eso significa un régimen financiero global; significa un régimen comercial que de la misma importancia a los derechos ambientales y de los trabajadores que a los derechos de propiedad; significa el final de los paraísos fiscales; significa reclamar que el Fondo Monetario Internacional (FMI) y el Banco Mundial sean agentes del crecimiento, de la estabilización y no solo de la austeridad; significa, en fin, unos convenios sobre impuestos que impidan que las empresas multinacionales enfrenten a los gobiernos entre sí para obtener concesiones.

Son los gobiernos democráticamente elegidos y sus ciudadanos los que pueden salvar el sistema de mercado de sus tendencias autocaníbales, crear más espacio interno para hacer política y permitir que el mundo tenga una tasa más elevada de crecimiento. O los gobiernos democráticamente elegidos ponen freno a la irracionalidad de los flujos globales de capital, o esos gobiernos y sus electorados democráticos se irán debilitando a manos de los mercados mundiales de dinero.

II.- LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA⁸²

No es cuestión, ahora, de repetir otra vez la doctrina de la separación de poderes, cuales de éstos componen la fuerza infinita de Leviatán. De lo que no cabe duda es de que en el seno de uno de ellos, el denominado Ejecutivo, se inserta la Hidra polimorfa, que solo Hércules pudo domeñar: la Administración Pública. Es en ella, sin duda alguna también, donde Leviatán muestra su rostro más sañudo. Pocas veces se enfrenta el ciudadano al “Estado”: a los jueces (el Poder Judicial), solo en la situación de patología, y en cuanto a las leyes (Poder Legislativo) no se sufren hasta su aplicación. Corresponde a la Administración (el otro Poder, el Ejecutivo) la aplicación y ejecución de las leyes⁸³. Pues bien, no hay un solo día, acaso ni una sola hora, en que los ciudadanos no perciban el aliento de una Administración en su

⁸² Este apartado del módulo tiene su base conceptual en el trabajo “Y de nuevo sobre la Administración: genotipo y fenotipo”. F. Racionero Carmona. Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid. Nº 15. Enero- Abril 2003.

⁸³ Pero en el bien entendido que el fin del Estado no es realizar el Derecho, sino atender intereses. Los ciudadanos no quieren que el Estado realice el Derecho, sino que haga carreteras, ordene el comercio y distribuya la riqueza o asegure la paz social.

espalda. Para bien o para mal, que de todo hay: cuando se recibe un servicio gratuito, o se cobra la pensión de jubilación, o los agentes, sean policías o bomberos, palian con sus esfuerzos los efectos de una catástrofe, también está presente la Administración. Sin embargo, todo hay que decirlo, no es ese el sentimiento ciudadano, el “consensus populi” con el que los glosadores definían la costumbre. Antes bien lo contrario. Voracidad implacable, sobre todo fiscal, pero también sancionatoria; encastillamiento; arbitrariedad; multiplicidad de trámites y dispersión de oficinas, irracionalidad; caos procedimental; inmensidad normativa, y un largo etcétera.

1.- La necesidad.

El Estado, y por tanto una de sus partes, es necesario: sin ese titular del monopolio de la violencia, ésta es soberana y no hay vida humana posible. En efecto, cuando un grupo humano no alcanza un nivel mínimo de “gobernación”, cobra toda su fuerza la necesidad que los humanos tenemos de gobierno, el que resulta insustituible para impedir que lo peor de la naturaleza humana aflore al comportamiento de los individuos, arrasando su conciencia, y se expanda sobre la superficie social como mancha de aceite: depredación, muerte, ensañamiento y todo tipo de perversiones cebándose en la insaciabilidad de los viciosos y la indefensión de los más débiles, especialmente mujeres, niños, campesinos y grupos étnicos históricamente subordinados. Ensombrece nuestra condición humana comprobar que la ausencia de gobierno lleva aparejada la negación total de la libertad y que, en las perspicaces palabras de Cicerón, necesitamos la atadura de las leyes para poder ser libres⁸⁴.

El Estado garantiza, en fin, la seguridad, sostiene los derechos, permite los intercambios, impone el cumplimiento de los contratos. Sin él, la economía no sería posible, salvo el nivel primario de la autosubsistencia, el trueque y la rapiña⁸⁵.

84Rafael López Pintor. “Votos contra balas”. Ed. Planeta. Madrid. 1999. El autor fue consultor de la Secretaría General de Naciones Unidas entre 1989 y 1999 participando en los acuerdos de paz y subsiguientes procesos electorales de diversos países centroamericanos; quien esto escribe conoce bien la realidad que se describe, al menos en El Salvador - donde ha sido consultor internacional para la reforma penitenciaria - y Guatemala.

85G. Ariño Ortiz. “Principios de Derecho Público Económico”. Ed. Comares-Fundación de Estudios de Regulación. Granada 2001.

2.- La razón de ser.

La Administración es una organización compleja de la que se sirve el Estado para cumplir sus fines, que no son otros que las políticas que desarrolla o, si se prefiere, los bienes y servicios que presta y los intereses que atiende: la educación, la salud pública, las fuerzas armadas y de seguridad, las comunicaciones, la economía, etc. En definitiva, la actuación administrativa individualiza la universalidad del Estado en las particularidades de la sociedad. Pero con algunas peculiaridades que no por conocidas es ocioso recordar. Esta organización es un puro instrumento que se justifica sólo por lo que hace: servir, ex artículo 103 de la Constitución, a los “intereses generales”, pero también, y esto es esencial, a “intereses individualizados” aunque a veces algún funcionario piense lo contrario o, sencillamente, lo ignore. La Administración, pues, sirve - y por ello le conviene tanto la denominación de “organización servicial” -, no representa, a los ciudadanos; sus actos no valen como propios de la comunidad sino como propios de una organización dependiente y necesitada de justificarse en cada caso en el servicio de la comunidad a la que está ordenada⁸⁶. Lo que dicho más toscamente no significa más que el dueño, el propietario de la Administración, es el ciudadano. Y que por ello, no está siempre aquélla en posesión de la verdad, no es la dueña exclusiva y la intérprete única del interés público; que no puede actuar “frente” o “contra” o “a pesar” de los ciudadanos; que su misión no es la caza y captura ni la tiente y derribo, sino justamente la contraria.

3.- El modo de actuar.

Que no es otro que “con sometimiento pleno a la ley y al derecho”. Lo que se traduce en que:

a) ha de acomodarse a todo el sistema de fuentes: a la Constitución, desde luego, y a las leyes formales, pero también a las normas emanadas del gobierno con fuerza de ley, los Tratados internacionales, las costumbres y principios generales del Derecho y, desde luego también, a los reglamentos dictados por la propia

⁸⁶ E. García de Enterría y T. Ramón Fernández. “Curso de Derecho Administrativo”. Civitas. Madrid 1998-1999.

Administración⁸⁷;

b) esta última potestad, la reglamentaria, tiene dos límites infranqueables: la reserva de ley, material y formal⁸⁸, y la imposibilidad de dictar reglamentos que afecten a la libertad de los ciudadanos - tampoco dictar actos o iniciar actuaciones materiales que tengan tal resultado-;

c) pero esta vinculación normativa tiene, además, una addenda: que es de carácter positivo: la Administración solo puede hacer aquello que la norma, el "título habilitante", le autoriza a hacer - incluida, por tanto, la disponibilidad patrimonial - y, por tanto, no puede actuar en aquellos ámbitos que meramente no le están vedados⁸⁹;

d) un régimen financiero de Derecho Público: presupuesto vinculante, estricta legalidad de sus ingresos, rendición de cuentas, intervención y control previo del gasto, etc;

e) y, por último, toda su actuación, la adecuación a la legalidad, está sometida a control jurisdiccional. De este modo, el círculo se cierra y no tiene la Administración espacios exentos: la norma actúa como uno de los brazos de la tenaza, y el juez como la otra.

4. Las contrapartidas

Tan férreas sujeciones se ven, sin embargo, paliadas por lo que se ha llamado "régimen exorbitante" del Derecho Público que concede a la Administración un amplio abanico de inmunidades y privilegios, nucleados en torno a la potestad de autotutela: presunción de legalidad de sus actos y ejecutividad, ejecutoriedad, ejecución forzosa, régimen privilegiado de sus bienes y créditos, vías administrativas preceptivas y previas al ejercicio de acciones judiciales, potestad sancionatoria directa, etc.

87 Por esta obligación de someterse a sus propios actos normativos - la conocida inderogabilidad singular de los reglamentos - es tan expresivo el dicho patere legem quam tulisti (o fecisti), es decir, sufre, padece la ley que has hecho.

88 Se ha hablado incluso de una "reserva constitucional de Derecho Administrativo", es decir, que de los Arts. 1, 9 y 103 de la CE se puede deducir que el sometimiento no se refiere a "cualquier Derecho" sino, en concreto, al Derecho Administrativo.

89 A salvo los supuestos de ejercicio de la potestad de autoorganización y de adopción de medidas de fomento - si no requieren desembolso de fondos públicos -; en estos supuestos rige la "vinculación negativa".

5. La reforma

Que es su revolución pendiente. Los textos que se refieren a la reforma de la Administración, tan jugosos como incontables, cubren la Historia reciente. Haré una sola cita, que es extensa pero constituye un clásico cuando de reforma administrativa se trata. Proviene del “Diccionario de los políticos o verdadero sentido de las voces y frases más usuales entre los mismos, escrito para el divertimento de los que ya lo han sido y enseñanza de los que aún quieren serlo”. El autor, Juan Rico Amat, lo escribió hace ya casi siglo y medio, en 1855. En la voz “reforma” se dice: “Bandera de los pronunciamientos todos, fantasmagoría para distraer y embaucar a los pueblos, anuncio de situaciones apuradas, cantinela de la Administración Pública, y el pan nuestro de cada día rezado por todo Ministerio nuevo. Al persignarse un ministro el primer día que entra en el templo del poder, le dirige al pueblo la siguiente oración: Las reformas de cada día ofrecémoste hoy; perdónanos nuestras flaquezas, así como nosotros perdonamos a nuestros débiles enemigos; no nos dejes caer en la tentación de sacrificarte, y libranos de un alzamiento nacional. Amén”.

En efecto, desde el siglo XIX (por obra de Bravo Murillo y de Maura) se habla de “reforma administrativa” -hoy, la palabra mágica es “modernización”-. A mediados del XX se sigue insistiendo en lo mismo, en un proceso que se inició en 1956 mediante el que el régimen anterior al constitucional vigente pretendió “legalizar”, es decir, someter al principio de legalidad a la Administración través de un conjunto de leyes administrativas generales⁹⁰. Nuevos aires reformistas trajo la Constitución de 1978, en concreto, respecto de los funcionarios públicos. Se empieza a considerar a la función pública en su conjunto como un elemento estratégico de primera magnitud para la necesaria transformación de las Administraciones Públicas y también para la consolidación del nuevo régimen democrático. Durante los años de la transición, los funcionarios, y muy especialmente algún sector cualificado de ellos, son considerados por los partidos como un factor importante para la formación de sus políticas. Y, en su caso, para llevarlas a cabo si llegan a asumir responsabilidades de gobierno. Por eso no es extraño que se les

⁹⁰ Ley de Expropiación Forzosa, de 1954; Ley de la Jurisdicción contencioso administrativa, de 1956; Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, de 1957; Ley de Procedimiento administrativo, de 1958.

hiciera reiterados guiños en forma de promesas electorales o parlamentarias. Un ejemplo palmario de cuanto afirmamos es el Estatuto básico de la función pública (ley de bases del régimen estatutario de los funcionarios) aún pendiente a pesar de que es una de las competencias exclusivas del Estado (artículo 149.1.18 de la constitución), y de las reiteradas promesas electorales hechas desde 1981⁹¹.

6. La enormidad.

El signo más visible. Con unos recursos económicos financieros y humanos realmente abrumadores. Nuevas demandas sociales de bienes y servicios, mayores exigencias ciudadanas, pero también un desmedido afán regulador, han producido una hiperinflación administrativa⁹², un crecimiento elefantiásico de los órganos administrativos, el sueño funcionarial: la megadministración.

Hiperinflación que se traduce en:

a) aumento de los órganos administrativos tradicionales: superministerios, fusiones de ministerios, nuevos tipos de ministerios de status especial, etc.

b) creación de órganos de estructura distinta y desgajados de ese organigrama jerárquico y por “ramos” (Justicia, Hacienda, Obras Públicas, etc.), propio de la estructura administrativa secular.

c) implantación de Agencias y entidades reguladoras independientes⁹³.

d) constitución de otros órganos sin relación alguna con la tradición: comisiones, órganos asesores, grupos de trabajo, asesores especiales, colaboradores, etc.

e) pero sobre todo en la irresistible ascensión, hasta el

91 L. F. Crespo Montes. “El Estatuto básico de la función pública ¿una desgana políticamente compartida?”. Actualidad Administrativa nº 22. Junio de 2001. Ed. La Ley.

92 Contrapesada, es cierto, por los nuevos vientos desreguladores producto de ese fenómeno complejo que se ha dado en llamar “globalización”.

93 Por su parte, las entidades reguladoras independientes (“reguladores”, para abreviar) son organismos que se sitúan a cargo de los distintos sectores estratégicos (Banco de España, para la política monetaria y la estabilidad del sistema financiero; Comisión Nacional del Mercado de Valores, para la Bolsa; Comisiones sectoriales para la energía o las telecomunicaciones) que, con los poderes - potestades administrativas - que se les confieren son elemento esencial del juego de instituciones que sostienen el mercado; son el “metamercado” y, por tanto, con una influencia decisiva en el sector económico afectado.

paroxismo, de ese magma que se denomina Administración institucional o instrumental.

Esta hiperinflación orgánica, naturalmente, ha tenido más causas. No solo aquella huida del Derecho público; también el uso intensivo, más bien abusivo, sin control, de la potestad de autoorganización por la vía más fácil del Decreto ley; la experiencia contrastada de que toda organización tiende a justificar su existencia mediante la yuxtaposición de trámites, procedimientos, exigencias, que a su vez generan nuevas necesidades -todo funcionario requiere una mesa, ésta un teléfono y un ordenador que produce papeles que han de ser transportados a otra dependencia para ser controlados y supervisados por un jefe el cual, realizada su función, procede a ordenar su archivo (naturalmente "con copia a...") que requiere más espacio; y así ad infinitum-. Por último, el sistema de retribuciones del funcionariado, en el que tiene un peso decisivo los complementos, constituye una invitación permanente a crear nuevos niveles (jefaturas) para así conseguir un aumento de retribuciones para categorías completas de funcionarios. Partenogénesis en estado puro.

Y un último apunte: el fenómeno trascendental de la privatización. Consiste éste en diversas actuaciones: la liberalización de sectores que quedan fuera del control estatal; la privatización propiamente dicha, mediante la venta de empresas o bienes públicos a empresas o agentes privados; el traspaso al sector privado de servicios antes prestados por entes públicos (enseñanza, sanidad, transportes, etc.)⁹⁴; sustitución en los servicios públicos de los precios políticos por otros que cubran el costo real; reducción del funcionariado, etc.

Y este fenómeno privatizador se expresa en múltiples manifestaciones: freno de la expansión del sector público económico, la reconducción de las empresas estatales al ámbito de los monopolios naturales de capital intensivo (por ejemplo,

94 Hasta un servicio tan esencialmente estatal como es el sistema penitenciario, que parece tan refractario a la privatización por cuanto entraña la manifestación más prístina del "ius puniendi" del Estado - el monopolio de la violencia a que me referí páginas atrás -, está sometido al "vendaval privatizador"; todavía no en España pero sí en los Estados Unidos de América y en Australia. V. E. Sanz Delgado. "Las prisiones privadas: la participación privada en la ejecución penitenciaria". Edisofer S.L. Madrid 2000.

I+D, tecnologías punta); apertura de las empresas públicas al accionariado privado, aunque la Administración retenga el control; saneamiento y, en su caso, liquidación de empresas inviables y no sustitución pública de iniciativas privadas fracasadas.

La privatización, sin embargo, supone también graves riesgos que es preciso prevenir: servicios públicos que no son privatizables porque son esenciales a la sociedad (por ejemplo, la justicia o la defensa nacional). Sectores que por falta de rentabilidad no interesan al sector privado y, en consecuencia, deberán seguir siendo atendidos por el público. Es notorio, además, que las privatizaciones han traído consigo graves escándalos financieros.

Así, de modo incontenible, la Administración se ha convertido en el protagonista, en el actor principal de la escena, en detrimento del Parlamento afectando incluso a su producto más genuino: la ley clásica está ahora acompañada por otras leyes que, por imposibilidad de aquél, se limitan a “encuadrar” la realidad a normar: leyes cuadro, leyes medida, leyes básicas, leyes programa; y ello cuando no está directamente sustituida por la regulación administrativa: el decreto-ley.

7.- Marea normativa

Lo que nos conduce a otro fenómeno a describir: la inmensa marea normativa⁹⁵, especialmente en el ámbito del Derecho Administrativo⁹⁶. Porque no sólo existen dos fuentes de producción normativa. Además de la legislación emanada de las Cortes y de los reglamentos de la Administración pública

⁹⁵Que hace llegar a pensar que todo lo no regulado, que queda por ello dentro del ámbito de autonomía de los particulares, parece afectar seriamente al sistema neurovegetativo de los gobernantes: o reglamento o caos y perdición, parecen cavar.

⁹⁶No es ajeno al desbordamiento de este sector del ordenamiento el incumplimiento sistemático del artículo 129.3 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1956, que obligaba a que, antes de formularse ninguna propuesta de nueva disposición, debía acompañarse al proyecto la tabla de vigencias de disposiciones anteriores sobre la misma materia y a que en la nueva disposición se hicieran constar expresamente las anteriores que quedaban total o parcialmente derogadas. Esta ley ya no está en vigor, y la Administración, incapaz de poner orden en la propia normativa que crea, ha logrado que en su heredera, la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de 1992, reformada ya en 1999, no se contemple tan sana obligación, que permitiría poder navegar con algo más de seguridad por las procelosas aguas reglamentarias. En efecto, no siempre es fácil, a pesar de las bases de datos, descubrir la norma vigente e, incluso, saber qué parte de la misma lo está.

estatal, rigen nuestra vida leyes de los Parlamentos o Asambleas autonómicas, que son diecisiete -con frecuentes recursos al Tribunal Constitucional interpuestos tanto por el Estado como por las Comunidades Autónomas-, y reglamentos de otras tantas Administraciones y, en fin, los dictados por lo Ayuntamientos, que son miles. Pero no concluye aquí la paroxística actividad normativa. A los tres torrentes autóctonos, hay que añadir las cada vez más frecuentes y complejas normas procedentes de los órganos comunitarios europeos, no pocas de las cuales tienen vigencia directa en el ordenamiento español, “son” ordenamiento español, y los Tratados Internacionales del Derecho Internacional (interestatal) clásico, que por mandato Constitucional (artículo 94) también forman parte de nuestro derecho interno.

Panorama complejo y preocupante, ciertamente⁹⁷, que afecta directamente a la seguridad jurídica, como ya puso de manifiesto el Consejo de Estado en su Memoria de 1992 - citando a Pomponio: *sine lege certa, sine iure certo* - y el mismo Tribunal Constitucional - S. 71/82 , p. Ej. - y el Tribunal Supremo - S. de 17.3.94 -.

Y junto a la cantidad, la calidad que, en punto a normas jurídicas, se traduce en inteligibilidad y comprensión por parte de sus destinatarios, que somos todos. Lo que implica - debería implicar - la remisión: al lenguaje y al “arte de legislar” nacido de la Ilustración. “Las normas dictadas para ordenar la conducta de los ciudadanos, deben ser transmitidas a través de signos suficientes que les permitan distinguir claramente lo justo de lo injusto”⁹⁸. Es verdad que la vaguedad de las leyes no es siempre evitable y también lo es que el lenguaje jurídico tiene una textura abierta con significados cambiantes⁹⁹; pero, al menos habrían de evitarse las “imperfecciones” a que ya se refirió Bentham¹⁰⁰: las de primer orden (ambigüedad, oscuridad y voluminosidad),

97Que ha preocupado desde siempre. Recomiendo la lectura de “La seguridad jurídica ante la abundancia de normas” tan breve como interesante, de José Luis Palma Fernández. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 1997.

98John Locke. “Ensayo sobre el conocimiento humano”. Fondo de Cultura Económica. Madrid 1992.

99 H.L.A. Hart. “El concepto de Derecho”. Editora Nacional. México D.F. 1980.

100 J. Bentham. “Nomografía o el arte de redactar leyes”. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-BOE. Madrid 2000. Empleaba este término “para distinguir aquella parte del arte de legislar que tiene relación con la forma que se ha dado, o que es adecuado que se dé, del contenido de que se componen el cuerpo de leyes y sus distintas partes”.

y las de segundo (incertidumbre de significado y en la expresión, redundancia prolijidad, embrollo, carencia de ayudas a la intelección y desorden). ¿Recuerda el lector la expresión del Presidente del Congreso de los Diputados durante la votación de la ley de televisión digital, el 17 de Abril de 1997?.

8.- La eficacia y sus consecuencias

La Administración quiere ser ante todo eficaz, concepto de suyo difícil de aprehender, más aún en relación con este complejo organizativo que no mide ni tiene por qué medir sus resultados en términos monetarios ni de producción, es decir, cuantificables. La eficacia, cuyo altar se adorna con toda suerte de técnicas organizativas y de gestión gerencial traídas del sector privado¹⁰¹, no puede definirse más que con ideas muy generales: idoneidad para conseguir el resultado pretendido, éxito en la acción, poder adecuado para conseguir el fin o relación entre lo que efectivamente se realiza y lo que puede realizarse.

Pero también la Administración Pública está sometida a la legalidad. Y así, el enfrentamiento está servido: ¿qué se considera “eficaz”?; ¿qué la Administración siga todos los requisitos procedimentales establecidos para garantizar la equidad y objetividad en un proceso de selección para la contratación pública, o que seleccione de manera diligente a una reputada empresa dispuesta a hacer el trabajo a un precio razonable según mercado?¹⁰². La respuesta esta vez no está en el viento sino en quien sea el interpelado: si pertenece al mundo de lo jurídico, la correcta será la primera; lo será la segunda si pertenece a la cohorte de los administradores.

Cuando, en realidad, porque hablamos del Estado y no de una empresa, ambas notas, eficacia y legalidad, no son ni pueden ser incompatibles. En definitiva, estamos ante un pseudodebate: las normas¹⁰³ pueden lograr un grado de flexibilidad

101 F. J. Bauzá. “Aproximación a la Ciencia de la Administración. Gerencia aplicada a la Administraciones Públicas”. Dikynson. Madrid 1999. Se estudia en esta obra teoría general de sistemas, dirección por objetivos, planificación y programación de proyectos y técnicas de duración y coste mínimos.

102 A. Gil Ibañez. “Administración, gestión pública y derecho: el Derecho Administrativo como obstáculo o como facilitador en un contexto de innovación y complejidad”. Revista Actualidad Administrativa. Nº1. 30 de Diciembre de 2002 al 5 de Enero de 2003.

103 No es posible tratar aquí del debate abierto sobre la contractualización de la ley ni de las nuevas formas de legitimación democrática mediante la participación de los afectados por las

compatible con una actuación administrativa eficaz; pero en el peor de los casos, el precio de la ineficacia, porque seguimos hablando del Estado, es menor que el de la injusticia, la arbitrariedad o la corrupción. Pero es que, además, no obstante la obsesión por la eficacia, es lo cierto que la Administración actúa mal; no sólo en los aspectos materiales sino, y esto sí que no es tolerable, en los formales. De ambos aspectos hay ejemplos extraídos precisamente del segundo momento crucial de las relaciones Administración-ciudadano. El primero es cuando pide, se le deniega, o se le exige alguna cosa; el segundo cuando, disconforme o desatendido, acude a los Tribunales.

9.- La soberbia

Recordemos las contrapartidas: control normativo y jurisdiccional versus régimen exorbitante. Pues bien, la Administración Pública se nos ofrece encastillada en los privilegios: ejecutividad, ejecutoriedad, presunción de veracidad de los agentes de la autoridad, etc. Como no tiene que acudir a los Tribunales, como los demás mortales, a que declaren su derecho, y además, haga lo que haga y diga lo que diga, ella misma ejecuta sus propios actos¹⁰⁴, sea por error - a veces -, sea por interés -frecuentemente, en mi opinión-, sea por simple empecinamiento, lo cierto es que los ciudadanos que sufren las consecuencias del “acto no ajustado a derecho” se ven obligados a acudir a los Tribunales de justicia haciendo buena la coplilla de que: “En materia de criterio nunca cabe discusión siempre tiene la razón el que está en el Ministerio”.

Es, en suma, la antigua técnica de vencer al contrario por temor, cansancio o aburrimiento. Demasiado bien se sabe que un pleito es caro y, tradicionalmente en la Jurisdicción contencioso administrativa, de una lentitud exasperante¹⁰⁵ -aún así, los asuntos inundan esta parcela judicial- por lo que los responsables de cada órgano administrativo deben pensar, parece, “que litiguen ellos”. Con demasiada frecuencia se olvida el gen

decisiones públicas.

104 Salvo que la propia Administración o, en su caso, los Tribunales de lo contencioso administrativo “suspendan” la ejecución del acto. De ahí la extraordinaria importancia que en el ámbito de la Jurisdicción tiene la denominada “justicia cautelar”.

105 Paliada en parte, es cierto, por la puesta en funcionamiento - estadística dixit - de los órganos unipersonales, Juzgados Centrales de lo contencioso administrativo Juzgados de lo contencioso administrativo, creados unos por la Ley 29/1998 y los otros por la LOPJ, allá por 1985.

originario, que ese régimen jurídico exorbitante, que se justifica por los superiores fines - al ser generales - que la Administración tiene encomendados, impone, a la vez que concede prerrogativas, límites muy superiores a los que el Derecho privado impone a los particulares. El Derecho Administrativo no solo es un haz de potestades; también es un cuadro de garantías¹⁰⁶: la vinculación - positiva - a la ley, el principio de igualdad, la exigencia del debido procedimiento, la necesaria habilitación financiera, la publicidad y el control de sus actuaciones son otros tantos contrapesos a los privilegios que acompañan siempre a la Administración.

10.- Motín ciudadano

La extensión del sistema legal a ámbitos cada vez más amplios de la realidad social, la inseguridad que genera e incluso las “formas y actitudes administrativas han propiciado -no siempre con razón, todo hay que decirlo- el uso cada vez más generalizado y frecuente por parte de los ciudadanos de los distintos instrumentos legales puestos a su disposición: ya en situación de rebeldía autoafirman batalladoramente sus intereses tanto individualmente como, cada vez más frecuentemente, en grupo¹⁰⁷. En definitiva, a esta autoconciencia del protagonismo de los ciudadanos -o, por lo menos, de la pretensión de actuar “como si” fueran los protagonistas- junto con la reivindicación de sus derechos, de sus intereses, es a lo que, en último extremo nos referimos al hablar de “cultura de los derechos”.

106 G. Ariño Ortiz y otros. “Principios de Derecho Público Económico”. Ed. Comares. Fundación de Estudios de Regulación. Granada 2001.

107 En España los datos son elocuentes: El 41% de los españoles dice haber acudido alguna vez a un abogado; hace veinte años este porcentaje era apenas la mitad. Por otro lado, el 56% dice lo mismo respecto de haber acudido alguna vez a un notario, y algo más de un tercio (35%) dice haber tenido algún contacto con los tribunales de justicia. La evolución experimentada por los profesionales más directamente vinculados con las reclamaciones jurídicas de los ciudadanos, los abogados, es espectacular: de un total de casi 28.000 ejercitantes en toda España en 1980 se pasa en 1998 a cerca de 96.000. Los abogados españoles, en términos absolutos, doblan en número a los abogados franceses e italianos pese a contar España con un tercio menos de población que estos países. V. J. Juan José Toharia. “Opinión pública y Justicia. La imagen de la Justicia en la sociedad española”. Consejo General del Poder Judicial. Madrid 2001. De modo que no es extraña la afirmación de que “el derecho es el sector económico más importante del país: de las leyes viene más gente que del automóvil o de la construcción”. V. A. Nieto. Op. cit.

11.- Contracción y debilidad: La paradoja de la destrucción del Estado.

Pero, junto a la hiperinflación, a la vez, en una especie de desdoblamiento de la personalidad, la minoración - desregulación o desagregación de ciertos sectores- es palpable, como consecuencia de ese fenómeno multipresencial que es la globalización, que ya hemos analizado en la primera parte de estas páginas, la destinada al Estado.

12.- La corrupción¹⁰⁸.

Y esto me lleva al último fenómeno que quiero tratar: la ética pública. Y esto me lleva al último fenómeno que quiero tratar: la ética pública. Por su extensión e intensidad, ha dejado de tener un sentido meramente académico o retórico, para pasar a ser -sin perjuicio de los Códigos Penales- no solo objeto de atención sino de búsqueda de soluciones pragmáticas mediante regulaciones normativas ad hoc.

Pongamos algunos ejemplos¹⁰⁹: I Congreso Internacional de Ética Pública celebrado en Washington en noviembre de 1994. El llamado Informe Nolan, encargado por el primer ministro inglés a un comité presidido por el juez Lord Nolan, elevado al Parlamento el 16 de mayo de 1995 y ya aprobado. Intenta responder a la gran ansiedad despertada por el tema de la conducta política y administrativa. “Un grado de austeridad, de respeto de las tradiciones, de una severa conducta de la vida pública británicas, es no solamente deseable sino esencial”. Informe que no se queda en las formulaciones generales, sino que intenta llevar los principios al ámbito parlamentario y al del ejecutivo, estableciendo unos estándares de conducta, que descienden a temas tan concretos como el “de la aceptación de regalos y hospitalidad”.

La Convención americana contra la corrupción, aprobada,

108Su contrapartida es la ética pública - que tiene cuatro dimensiones: limitación, organización, funcionamiento y promoción a través del poder - y el control jurisdiccional. V. Luis Vacas García Alós. “La Ética Pública y el control jurisdiccional de la actividad administrativa”. Boletín de Información. Mº de Justicia. Nº 34. 1 de Febrero de 2003.

109J. González Pérez. “La ética en la Administración Pública”. Civitas. Madrid 2000.

en el seno de la Organización de Estados Americanos¹¹⁰, en Caracas el 29 de Marzo de 1996. Proyecto de ley de Ética Pública. Transparencia y protección en las instituciones democráticas, publicado en Argentina en la Revista General de Administración (Marzo de 1997).

La amplísima legislación de Costa Rica: Ley sobre enriquecimiento ilícito de los servidores públicos (1983); Plan nacional de rescate de valores morales, cívicos y religiosos, establecido por decretos de 1987 y 1994; El Código Penal, en el título XV (delitos contra los deberes de la función pública) tipifica delitos tendentes a reprimir los actos de corrupción; y la Ley de Justicia Tributaria, que tipifica actos de corrupción del funcionario público que lesionen los intereses financieros y los generales de la sociedad. En Europa, el Consejo de la OCDE adoptó el 3 de abril de 1998 un conjunto de principios éticos recomendando a los países miembros que los establecieran en sus Administraciones para asegurar de esta manera el buen funcionamiento de las instituciones y la promoción de la correcta ética del servicio público.

Se trata, en resumen, de definir los deberes públicos, de establecer unos estándares de conducta, de determinar las medidas preventivas que traten de asegurar el cumplimiento de aquellos deberes y, por último, fijar la reacción ante las infracciones que, pese a todas las prevenciones, se cometan.

Y una constatación final.

Si como hemos tratado de probar a lo largo de estas páginas todo está en proceso de cambio, y con independencia del “tamaño” final que adopte, también la Administración deberá cambiar y, de hecho, ese cambio se constata o, al menos, se intuye: la actitud “levantisca” de los administrados debe traer consigo que la Administración se apeee del Olimpo, que renuncie al encastillamiento en sus prerrogativas, por lo menos, que renuncie a alguna, a las decisiones unilaterales y, sobre todo, a

¹¹⁰Aunque no parece que con resultados espectaculares, hay que reconocer, sin embargo, la preocupación de los Estados hispanoamericanos por estos asuntos, y no solo en relación con la Administración Pública. Véase, por ejemplo, el Proyecto de “Código de Ética Judicial”. Pontificia Universidad Católica de Perú, Facultad de Derecho, en colaboración con el Poder Judicial. Lima 1997.

la coacción no formalizada. La debilitación real del poder que tantas veces hemos señalado, y la fuerza de los grupos sociales con intereses específicos, tienden a colocar a la Administración y a sus agentes en posiciones arbitrales desde las que se sopesan los intereses en juego y se escogen las soluciones no ya óptimas para la comunidad, sino las más viables entre las posibles -lo que, en definitiva, no es más que el reflejo en la organización administrativa de la misma concepción que antes señalábamos respecto de la ley-. El consenso, el pacto y la negociación con los sectores implicados deberán preceder y, de hecho, ya preceden en ocasiones, a la adopción de normas y reglamentos. Las técnicas de relaciones públicas, las campañas informativas y el convencimiento de la opinión pública, más que la coacción, son cada vez más imprescindibles para la regulación del orden social. La acción administrativa se ejerce ya frecuentemente sustituyendo sus instrumentos tradicionales por negocios contractuales.

Módulo 2

I.- TEORÍA GENERAL DE LAS POTESTADES ADMINISTRATIVAS

1.- Concepto.

La potestad es un poder otorgado por el ordenamiento jurídico de alcance limitado o medido para una finalidad predeterminada por la propia norma que la atribuye y susceptible de control por los tribunales. No supone, en ningún caso, un poder de acción libre según la voluntad de quien lo ejerce, sino un poder limitado y controlable.

Las potestades de la Administración Pública son potestades – función, que se caracterizan por ejercerse en interés de otro, esto es, no de quien la ejerce, sino del interés público o general.

2.- Clasificación.

A. Por su contenido: a) reglamentaria; b) de planificación; c) organizatoria; d) tributaria; e) sancionadora; f) expropiatoria; g) de ejecución forzosa¹¹¹; h) de coacción; i) de investigación, deslinde y recuperación de oficio de sus bienes; j) de revisión de oficio de sus propios actos.

B. Por su incidencia en el ordenamiento jurídico: a) innovativas: 1. de naturaleza normativa (reglamentos); 2. de conformación de situaciones y relaciones jurídicas; b) no innovatorias: a) de autotutela - es decir, no requiere el auxilio de los Tribunales para tutelar sus relaciones jurídicas¹¹² -; b) de certificación.

C. Por su incidencia en la esfera jurídica de los administrados: a) de supremacía (o sujeción) general, que deriva de la simple condición de ciudadano; b) de supremacía (o sujeción) especial, que deriva de haber entrado en contacto, de forma

111 Aunque existe en los operadores jurídicos de la República de El Salvador una "opinio iuris" de que las leyes nacionales no reconocen esta potestad a la Administración, pueden encontrarse ejemplos de la misma. V. "Derecho Administrativo". Eduardo Gamero Casado. Consejo Nacional de la Judicatura. San Salvador 2001. pág. 132 y ss.

112 Recuérdese, no obstante, lo dicho en la nota anterior.

voluntaria o coactiva, con una institución administrativa de una forma más directa y estable o duradera. Estas situaciones conceden a la Administración títulos de intervención más amplios y una mayor colaboración reglamentaria. Ejemplos típicos son los estudiantes universitarios, funcionarios - especialmente los de policía y fuerzas armadas - y los internos en centros penitenciarios.

D. Por la forma de atribución de la potestad: a) expresas o implícitas; b) específicas o por cláusulas generales; c) regladas o discrecionales.

Referencia a las potestades discrecionales.

Son aquellas en que la norma que la concede no determina todos los elementos de ejercicio de la potestad dejando a la Administración un amplio margen valorativo, de tal modo que aquella puede elegir entre diversas opciones, todas igualmente legítimas.

Naturalmente, también esta clase de potestades es susceptible de control judicial:

1.- Control de los elementos reglados

Son siempre reglados los siguientes elementos: la atribución normativa de la potestad (es decir, la norma que la atribuye, el título habilitante), la competencia del órgano que la ejerce, el procedimiento para su ejercicio, la motivación (si se trata de un acto administrativo), el fin, es decir, el interés público que se pretende alcanzar con el ejercicio de la potestad - a través de la técnica de la desviación de poder, es decir, enjuiciando si el uso o ejercicio de la potestad ha perseguido un fin distinto al prevenido en la norma que la otorga - y los hechos determinantes, es decir, controlando la concurrencia del supuesto de hecho establecido por la norma para el ejercicio de la potestad y en función del cual se atribuye.

2. Control de los elementos discrecionales

Se realiza a través de: a) la interdicción de la arbitrariedad. La acción administrativa no puede responder al simple capricho del órgano administrativo sino que debe guardar relación en todo

caso con el fin de interés general que la atribución de la potestad persigue, y b) de los principios generales del derecho.

Por último, las potestades discrecionales son distintas de los conceptos jurídicos indeterminados y de la discrecionalidad técnica. En ambos supuestos la norma no prefigura todos los elementos, pero la Administración no tiene ningún margen de apreciación puesto que solo hay una solución válida: para completar los primeros hay que acudir a criterios generales socialmente aceptados (p. Ej. “buen padre de familia”, “ordenado comerciante”, “buena fe”) y para los segundos a criterios técnicos.

II.- EL REGLAMENTO

1.- Concepto

Los reglamentos son las normas - disposiciones de carácter general - que aprueban el Gobierno y la Administración Pública. No expresan, pues, la “voluntad popular”, como lo hacen las leyes en sentido formal - las aprobadas por el órgano que en cada sistema constitucional tiene atribuida la representación de esa voluntad -, sino la voluntad de aquellos. Son también manifestación de la autonomía que se reconoce a las Administraciones Públicas, necesaria para el cumplimiento de sus fines - el interés general - y constituye el ejercicio de una potestad, la reglamentaria que, como todas las demás, y según se ha analizado ya, debe venir atribuida previamente por una ley; es decir, que la Administración Pública, para dictar un reglamento, ha de estar habilitada legalmente para hacerlo.

2.- Naturaleza normativa

Los reglamentos, como se ha señalado, son verdaderas normas, regulaciones de carácter general y abstracto de situaciones de futuro, que deben ser publicadas y conservan su vigencia hasta que otra norma, de igual o superior rango, las modifique o derogue. Se insertan, pues, en el ordenamiento jurídico al que innovan.

Se diferencian, por tanto, de los actos administrativos en que estos tienen destinatarios concretos, a los cuales hay que notificar el acto (generalmente no precisan ser publicados) y

cuyos efectos se agotan en cada cumplimiento, debiéndose dictar tantos actos como situaciones concretas se pretendan resolver.

3.- Relaciones ley / reglamento

Se pueden sintetizar en tres notas:

1ª. La ley tiene un valor superior al reglamento en la jerarquía de las normas que opera en un mismo ordenamiento

2ª. La ley puede regular cualquier materia, salvo en los ordenamientos en que rige el principio de reserva reglamentaria - por Ej. en Francia -.

3ª. Determinadas materias solo pueden ser reguladas por ley - principio de reserva de ley -.

4.- Clases

A) Ejecutivos. Aquellos que desarrollan las disposiciones de una ley, generalmente por atribución expresa de la potestad reglamentaria en la propia ley a desarrollar (p. ej. una norma del siguiente tenor: “las condiciones... se establecerán reglamentariamente”). Deben limitarse a completar cuestiones de detalle, que no entren en contradicción con la ley que desarrollan ni invadan el contenido propio de la ley en los supuestos de materias reservadas a esta.

B) Independientes. Son estos los reglamentos que no desarrollan el contenido de una ley, que se dictan con independencia de la existencia previa de una ley. Con independencia de unas u otras posiciones doctrinales, si no rige el principio de reserva reglamentaria - y no rige ni en España ni en El Salvador - esta clase de reglamentos solo pueden regir materias organizativas, ad intra de la Administración.

C) De necesidad. Se trata de supuestos en que por razones extraordinarias es necesario dictar reglamentos que pueden suspender la vigencia de normas contenidas en una ley, permitiendo dictar otras de contenido distinto. En definitiva, no se trata más que la aplicación del principio “salas pópulo suprema les esto”. Y, naturalmente, su vigencia temporal está sometida a la de las circunstancias que obligaron a su dictado.

5.- Competencia y procedimiento de elaboración

Naturalmente dependen de cada sistema positivo por lo que no es posible establecer normas generales¹¹³.

6.- El principio de la inderogabilidad singular de los reglamentos.

No significa más que la subordinación de los actos administrativos a las normas, incluidas las reglamentarias, de tal modo que sea cual fuere la jerarquía del órgano que actúe en un caso concreto - por Ej. el Gobierno - debe respetar el contenido de los reglamentos, aunque hayan sido dictados por una autoridad de menor jerarquía.

7.- Causa de nulidad de los reglamentos

Son las siguientes¹¹⁴: violación de los principios de reserva de ley y de jerarquía normativa, incompetencia del órgano que lo dicta, infracción de los trámites esenciales del procedimiento de elaboración y falta de publicación.

8.- Control jurisdiccional

El control de legalidad de los reglamentos, tanto directo - cuando el recurso contencioso administrativo se formula contra el reglamento mismo - como indirecto - cuando en recurso se dirige contra el acto de aplicación del reglamento - corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa. En el primer caso, si el recurso prospera se anula el reglamento con efectos “erga omnes”; en el segundo, solo se anula el acto aplicativo, permaneciendo en vigor el reglamento y precisamente para evitar tan perverso resultado - continuidad en la aplicación de una norma que ha sido declarada nula - la Ley de la jurisdicción contencioso administrativa española de 1998 ha introducido la

113 Este sería uno de los contenidos obligatorios de una futura - y absolutamente necesaria - Ley de Procedimientos Administrativos de la República de El Salvador. Consecuentemente, en el Proyecto que ya existe, de Enero de 1994, debería modificarse el Art. 3 que, en su redacción actual, se limita a establecer la aplicación de los principios generales de la ley, con las adaptaciones precisas.

114 Sin perjuicio de las causas de nulidad que esa hipotética Ley de Procedimientos pudiera establecer con carácter general.

“cuestión de ilegalidad” que obliga al órgano judicial que ha estimado un recurso por estimar ilegal un reglamento a plantear la cuestión ante el Tribunal competente.

Módulo 3

EL ACTO ADMINISTRATIVO

1.- Concepto

Cualquier declaración de voluntad, deseo o juicio, realizada por un sujeto de la Administración Pública en el ejercicio de una potestad administrativa que no sea la reglamentaria.

Son, pues, sus notas esenciales:

1ª. Se trata de actos jurídicos y no meramente materiales.

2ª. Ha de ser emitido por una Administración Pública, entendida esta en sentido amplio.

3ª. Y ha de serlo en ejercicio de una potestad que no sea la reglamentaria pues, en ese caso, el producto de tal ejercicio es un reglamento.

2.- Elementos

a) Sujeto. Ha de serlo siempre una Administración Pública. Esta, además,

* debe tener competencia para dictarlo.

* el titular o los miembros del órgano ha de estar válidamente nombrados (proceso de selección o designación, toma de posesión, etc) y no estar incurso en causa de abstención o recusación.

b) Objeto. Su contenido es, como se ha señalado, una declaración de voluntad - naturalmente, que no esté viciada por dolo, error, violencia o intimidación y, si se trata de órganos colegiados, que se hayan respetado las reglas de funcionamiento (convocatoria, orden del día, quorum de asistencia y de decisión, redacción de acta, etc.) - conocimiento o juicio, dependiendo de la clase acto.

El acto administrativo, como cualquier acto jurídico, puede estar sometido a condición, término o modo.

c) Elemento causal. La causa del acto administrativo supone una realidad objetiva que implica la existencia de un interés público para cuya satisfacción se llega a ejercer una

concreta potestad que, en cuanto tal, tiene un fin objetivo y reglado establecido en la norma¹¹⁵. Precisamente para identificar la causa y su ajustamiento al fin de la potestad se exige la motivación de los actos administrativos - al menos, los de mayor relevancia: los que limiten derechos, la resolución de los recursos administrativos, la suspensión de actos, cualquiera que sea su causa, etc.¹¹⁶ - es decir que contenga el “iter” lógico que ha conducido a la decisión.

d) Forma. Normalmente se producirán por escrito - y su contenido dependerá de cada ordenamiento -, pero también es posible la producción de actos administrativos en forma verbal o por medio de señales luminosas (por. Ej. un semáforo), acústicos (el silbato de un agente de la policía de tráfico) o simplemente gestuales (el mismo agente puede con un solo gesto estar ordenando la paralización de un vehículo). En el caso de órgano colegiado, sus actuaciones han de plasmarse necesariamente en un acta.

Por último, los actos que afecten a los derechos o intereses de los administrados deben notificarse o publicarse.

3.- Clases

a) Favorables o de gravamen (o limitativos de derechos) según los efectos de uno u otro signo que produzcan en la esfera jurídica de los administrados. Cabe una tercera categoría, los actos de doble efecto, que son los que producen efectos favorables para uno y de gravamen para otro (piénsese, por ejemplo en un expropiación).

b) Resolutorios o de trámite, según que pongan o no fin al procedimiento. Solo los primeros son susceptibles de recurso, judicial o administrativo, salvo que los segundos impidan la continuación del procedimiento, en cuyo caso sí son susceptibles de recurso.

c) Que causan estado en la vía administrativa porque agotan dicha vía (por Ej. cuando el órgano autor del acto carece de superior jerárquico o el acto es de la competencia exclusiva del órgano que lo dictó) o que no tengan ese efecto. Contra los

115 Recuérdese lo dicho en el Módulo Segundo II sobre los elementos reglados de las potestades administrativas.

116 Naturalmente este es también uno de los aspectos a regular en una hipotética Ley de Procedimientos Administrativos cuya necesidad es imperiosa.

primeros solo cabe, pues el recurso jurisdiccional contencioso administrativo.

d) Simples o complejos. En los primeros la competencia para resolver pertenece a un solo órgano administrativo, en tanto que pertenece a varios en los segundos.

e) Plúrimos, los que aparecen en una misma relación o publicación (por Ej. una convocatoria para participar en proceso selectivo de funcionarios) pero que conservan su vida jurídica diferenciada, de tal modo que pueden ser impugnados por un interesado y no por los demás. En definitiva, se trata de actos independientes.

f) Constitutivos o declarativos según que innoven o no las relaciones jurídicas de los destinatarios.

g) Expresos o presuntos (los producidos por silencio administrativo). Los primeros se resuelven mediante resolución, normalmente escrita, que se notifica a los interesados. En los segundos, por el contrario, la Administración no se pronuncia, es decir, guarda silencio. En este caso, como la situación jurídica no puede permanecer indefinidamente en manos de aquella, la ley crea una ficción legal: transcurrido el plazo de que dispone la Administración para resolver - que necesariamente debe estar fijado en la norma - se entiende que la resolución es desestimatoria de la pretensión del interesado (silencio negativo) o estimatoria (silencio positivo). Uno u otro efecto, naturalmente, debe venir fijado en las leyes¹¹⁷.

4.- Nulidad de los actos administrativos.

Puede ser de dos clases:

- a) Nulidad de pleno derecho (o nulidad radical)
- b) Anulabilidad

La primera es la excepción: solo son nulos de pleno derecho los actos administrativos que incurran en las causas específicamente establecidas en la ley; la segunda es la regla y se produce por cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluida la desviación de poder¹¹⁸.

¹¹⁷ O con carácter general en la Ley de Procedimientos Administrativos.

¹¹⁸ Recuérdese el Módulo Segundo I.

La polémica sobre las causas que producen la nulidad de pleno derecho de los actos administrativos está en su apogeo en la República de El Salvador, precisamente por la inexistencia de una norma general reguladora de los procedimientos administrativos. La Sala de lo contencioso administrativo de la C.S.J. se pronunció, en un caso concreto relativo a materia de impuestos, en contra de la existencia de tales causas en el ordenamiento salvadoreño, y la Sala de lo Constitucional, por Sentencia de 9 de Febrero de 1999, revocó la resolución de aquélla porque, aún cuando no exista esa ley, el Art. 7 último inciso de la LJCA permite la impugnación de actos “nulos de pleno derecho”. El debate, ciertamente de gran interés y altura científica, abunda más aún en la necesidad de la tan citada - y reclamada - Ley de Procedimientos Administrativos.

5.- Efectos de la nulidad

En ambas clases de nulidad el efecto es el mismo: el acto declarado nulo desaparece del mundo jurídico.

a) La nulidad de pleno derecho puede ser apreciada de oficio por el Tribunal de lo contencioso, no puede convalidarse, tiene efectos “ex tunc”, es decir, desde que fue dictado y puede ser alegada en cualquier momento.

La dificultad que estas causas plantean en el derecho salvadoreño provienen, por un lado, de la inexistencia de una Ley de procedimientos administrativos, similar a la española, que regule con carácter general el procedimiento administrativo y, por tanto las causas de nulidad que analizamos, de tal forma que las normas sectoriales, sobre esa base común, se limiten a establecer las peculiaridades propias de la materia que regulen.

Tal inexistencia ha permitido a la Sala de lo Contencioso Administrativo de la C.S.J. argumentar que el término nulidad de pleno derecho resulta extraño y foráneo a la legislación salvadoreña ya que no existe una Ley General de Procedimientos Administrativos que configure los supuestos de nulidad absoluta; que estas causas han de encontrarse específica o taxativamente tipificados por la ley; y, en fin, que no es factible la aplicación del inciso final del Art. 7 de la LJCA ya que no existe base legal para clasificar las nulidades a que alude el citado artículo, pudiendo

convertirse el Tribunal en el encargado de crear - en base a doctrina o derecho comparado - los supuestos que tipifiquen la nulidad de pleno derecho, autoatribuyéndose una función legislativa, lo cual generaría inseguridad jurídica a los administrados.

Y, por otro lado, efectivamente, el Art. 7 párrafo segundo de la LJCA vigente establece la posibilidad de impugnar actos administrativos “cuando fueren nulos de pleno derecho”.

Por su parte la Sala de lo Constitucional de la C.S.J., enjuiciando la resolución de la Sala de lo Contencioso Administrativo a que se ha hecho referencia más arriba, en sentencia de 9 de Febrero de 1999 ha establecido, en resumen, que “pese a que la referida ley (LJCA) no establece las causas por las cuales un acto administrativo se reputará nulo de pleno derecho, la Sala de lo Contencioso Administrativo no puede inhibirse de conocer y pronunciarse sobre la supuesta nulidad de un acto administrativo que se impugne por tal motivo, alegando falta de regulación legal al respecto y que determinar cuando un acto administrativo será nulo de pleno derecho implica desarrollar atribuciones propias de otro Órgano del estado. De este modo... si a través del proceso contencioso administrativo se logra obtener el control jurisdiccional de la actividad de la administración pública, la Sala de lo contencioso debe evitar hacer interpretaciones restrictivas de su propia ley y más bien buscar la manera de llenar los vacíos legales ...a través de una concreción jurisprudencial encaminada a determinar el contenido de cada concepto jurídico indeterminado o abierto utilizado en la ley...; así, por ejemplo, en el supuesto de la “nulidad de pleno derecho” deberá atender a criterios objetivos congruentes con su enunciado genérico, asistiéndose del ordenamiento jurídico interno y de la doctrina”.

Así, pues, la Sala de lo Constitucional encomienda a la Sala de lo contencioso administrativo que conciba las causas de nulidad absoluta.

Con el debido respeto a la Sala de lo Constitucional, me permito discrepar de su criterio por los siguientes motivos:

a) Según la doctrina general, la nulidad absoluta es la más grave sanción del ordenamiento, tanto que produce efectos

ex tunc, el acto afectado no puede ser convalidado y puede ser alegada en cualquier momento.

b) En el derecho comparado esta forma de nulidad, sus causas, se regulan por ley¹¹⁹ y, además, por el sistema de lista cerrada, de enumeración taxativa, que no permite interpretaciones analógicas ni extensivas.

c) Dejar en manos de la Jurisprudencia la creación de las causas de nulidad radical supone, por ello mismo, legislar y, sobre todo, introduciría, como afirma la Sala de lo contencioso administrativo, una gran inseguridad al depender “la más grave sanción del ordenamiento” del criterio de la Sala que, y no se puede prescindir de este hecho, está integrada por diferentes Magistrados que se van sustituyendo en el tiempo; y si los criterios jurisprudenciales son siempre cambiantes, lo serían más aún en este caso en que se carece de la más mínima apoyatura legal.

d) En mi opinión, pues, la mención de la nulidad de pleno derecho del Art. 7 de la LJCA solo puede entenderse referida a aquellos supuestos en que una norma sectorial puesto que la general no existe - contemple esta forma de nulidad. Y si tal norma no lo hace, el efecto ante una alegación de nulidad radical no debería ser que el Tribunal se abstenga de conocer inadmitiendo la demanda sino, sencillamente, desestimarla por falta de norma de cobertura de tal pretensión.

e) La referencia a las garantías constitucionales, expresas pero sobre todo implícitas, en concreto al Art. 164 de la Constitución de El Salvador como título habilitante genérico de control de la administración pública tiene el mismo peligro apuntado: la atribución a los órganos judiciales de facultades legislativas. No toda norma contenida en la Constitución permite su aplicación directa¹²⁰, requiriendo, por el contrario, de una norma de desarrollo - que, si se trata de un derecho fundamental deberá respetar, desde luego, su contenido esencial, es decir,

119 El Art. 1115 del Código de Procedimientos Civiles así lo establece, si bien se trata de la nulidad de actos procesales.

120 El Art. 164 citado, por ejemplo, dada su propia redacción, me parece dudosa su aplicación directa porque ¿qué significa que el Órgano Ejecutivo se exceda en las facultades concedidas por la Constitución?. Si se interpreta en su estricta literalidad, se ampliarían hasta el infinito las posibilidades del recurso de amparo constitucional.

aquello que hace reconocible al derecho que es objeto de desarrollo -; y si esta no existe, en mi opinión no puede ser suplida por la voluntad judicial suplantando la voluntad popular.

Todo lo dicho abunda en la necesidad imperiosa de una Ley general de Procedimientos Administrativos.

La anulabilidad ha de ser alegada por la parte, tiene efectos “ex nunc”, es decir desde el momento en que se declara el defecto por el Tribunal, el acto anulable puede ser convalidado y ha de ser alegada en los plazos que señalen las leyes.

Módulo 4

EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

1.- Definición y caracterización

Es el cauce formal de producción de las disposiciones y resoluciones administrativas.

Es, por tanto, una exigencia de funcionamiento de cualquier organización compleja - y la Administración Pública lo es en grado sumo¹²¹ - al objeto de facilitar el control interno de las actuaciones por los órganos superiores y la necesaria fundamentación y objetividad de su actividad. Pero también sirve al objetivo, esencial, de garantizar los derechos e intereses de los administrados, que se deriva tanto de la objetivación de la actividad administrativa que el procedimiento formalizado produce como de la intervención directa del administrado en el procedimiento en que se encuentra interesado.

De la relevancia del procedimiento administrativo da cuenta el que en algunos sistemas - desde luego, en el español el Art. 105 de la Constitución - es, incluso, una exigencia constitucional, que se extiende a la idea de un procedimiento común a todas las Administraciones Públicas - una especie de “modus operandi” generalizado - cualquiera que sea su rango; sin perjuicio, claro es, de las adaptaciones que ese procedimiento común puede después requerir en función de la materia o de la rama de la Administración Pública implicadas.

2.- Regulación

La regulación del procedimiento administrativo, obviamente, depende - me atrevería a decir que casi exclusivamente - del derecho positivo. Por tanto, y como tantas veces se ha reiterado, la inexistencia de una Ley de Procedimientos Administrativos en El Salvador impide trazar sus líneas generales, debiendo acudir a las normas sectoriales con la subsiguiente

121 Recuérdese el contenido del Módulo Primero II.

dispersión y falta de criterios de unicidad. Por tanto, y con carácter meramente orientativo, se indican a seguido, por una parte, los principios que según la doctrina¹²² deben inspirar un procedimiento administrativo común y, por otra, las materias y fases que necesariamente debe contemplar el mismo.

a) Principios:

- * Oficialidad (impulso de oficio)
- * Celeridad
- * Igualdad
- * Antiformalismo
- * Audiencia del interesado
- * Publicidad
- * Reconocimiento de medios de impugnación por parte del interesado y de la revisión de oficio por parte de la propia Administración, de las resoluciones administrativas.
- * Proporcionalidad y menor onerosidad
- * Buena fe y confianza legítima

b) Fases: Todo procedimiento administrativo debe contemplar, al menos, cuatro fases: Iniciación, instrucción, resolución e impugnación o revisión de oficio.

1ª. Iniciación. Que puede ser:

a) De oficio por el propio órgano administrativo en virtud de diversas causas: iniciativa propia, orden de órgano superior, propuesta de órgano inferior o denuncia.

b) A instancia del interesado.

En uno u otro caso, cabe que el órgano administrativo competente para la tramitación del procedimiento adopte medidas cautelares¹²³.

122 Naturalmente, la de la Europa continental de cuya tradición jurídica forma parte España y, por razones históricas, El Salvador.

123 Que no se pueden confundir con las que puede adoptar en órgano judicial ya en vía de recurso contencioso administrativo. La LJCA de El Salvador contempla una única medida cautelar, la suspensión del acto administrativo (Art. 16 y ss.), si bien hay opiniones - que no comparto - de que al amparo del Art. 1238 del Código de Procedimientos Civiles - y también de los postulados constitucionales - cabría adoptar otras medidas distintas a la suspensión.

2ª. Instrucción. Fase en la que han de aportarse todos los conocimientos - hechos, fundamentos jurídicos, consideraciones técnicas, económicas, informes (sean preceptivos o facultativos, vinculantes o no vinculantes), pericias, etc. - que permitan al órgano administrativo dictar la resolución más adecuada; se incluye en esta fase, desde luego, la actividad probatoria de los interesados en defensa de su pretensión¹²⁴, así como sus alegaciones¹²⁵.

Cabe también en esta fase abrir un periodo de información pública, cuando se trate de determinadas materias - por Ej. urbanismo -, para que puedan formular alegaciones cuantos tengan interés de cualquier naturaleza y no solo los titulares de un derecho o de un interés legítimo (interesados en sentido técnico - jurídico).

3ª. Resolución (Terminación). Que puede ser:

a) Por resolución expresa¹²⁶ o tácita¹²⁷ del órgano administrativo.

b) Por acuerdo o convenio entre la Administración y los interesados.

c) Por desistimiento o renuncia del interesado

d) Por caducidad del procedimiento, en los iniciados a instancia del interesado¹²⁸, que se produce cuando el procedimiento se paralice - durante el plazo que fije la ley - por causas imputables a este.

4ª. Revisión. Puede llevarse a cabo

a) Por recurso del interesado, bien ante el mismo órgano que dictó la resolución bien ante su superior jerárquico.

b) Por revisión de oficio de la propia Administración.

124 En el bien entendido que la competencia para admitir o rechazar las pruebas propuestas por los interesados corresponde al órgano administrativo encargado de la instrucción - que ha de ser distinto al encargado de la resolución -, con la obligación de motivar adecuadamente el rechazo de las que no admita.

125 Recuérdese el principio de audiencia antecitado .

126 La Administración tiene obligación de resolver en todos caso - la técnica del silencio solo sirve para abrir la vía judicial -, la resolución ha de dar respuesta a todas las cuestiones que se hayan planteado y, desde luego, debe notificarse a los interesados.

127 Vé. el silencio administrativo Módulo Tercero.

128 La caducidad de los procedimientos iniciados de oficio por la Administración ofrece mayores problemas que no es posible abordar aquí.

Además de lo expuesto, toda norma sobre procedimiento administrativo debería regular¹²⁹:

- Los derechos de los ciudadanos
- La definición de “interesado” en el procedimiento
- Los términos y plazos de las actuaciones procedimentales
- El silencio administrativo y sus efectos (estimatorios y desestimatorios)
- El procedimiento específico para la elaboración de las disposiciones de carácter general (reglamentos).
- Las normas específicas de los procedimientos sancionadores.
- La enumeración, definición y trámites de los recursos administrativos, incluida la revisión de oficio.

129 Véase el Proyecto de Ley de Procedimientos Administrativos, de Enero de 1994.

Módulo 5

LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA 1.- Introducción

Uno de los principios capitales del Estado de Derecho es la sumisión de todos los Poderes Públicos a la Constitución y al resto del Ordenamiento jurídico, tal como se proclama en el artículo 9 CE. De tales Poderes el que tiene mayor capacidad de incidir en la esfera jurídica de los ciudadanos de forma directa es el Poder Ejecutivo, a través de la Administración Pública. Las distintas Administraciones Públicas, por mejor decir, son las que en ejercicio de sus potestades y de privilegios pueden incidir con mayores consecuencias en la esfera de los ciudadanos. No es extraño, por tanto, que todo el montaje técnico del control de la acción del Poder se instrumentara esencialmente a través del control por los Tribunales de la actividad de la Administración Pública. Esta posibilidad constituye, sin duda, la mayor garantía de los ciudadanos frente a las decisiones de la Administración que les afectan directa o indirectamente. La posibilidad de anular las decisiones de la Administración por ser contrarias a Derecho, y la de condenar a la Administración a reparar los efectos de su actividad sobre los derechos e intereses de los ciudadanos, sitúan, realmente, en una posición de paridad ante la Ley y el Derecho a todos los sujetos jurídicos, incluida la Administración. Esta posibilidad última de control judicial representa, por tanto, la culminación de las garantías del ciudadano frente a la acción de la Administración.

2.- Modelos

a) Francés. El control de legalidad de los actos de la Administración Pública, tras la Revolución de 1789, se encomendó exclusivamente a órganos de la propia Administración - en concreto, el Consejo de Estado, los Consejos de Prefectura y los Tribunales regionales de apelación -, excluyendo radicalmente a Jueces y Tribunales.

b) Italiano. Es mixto: Si la actuación administrativa afecta a los derechos subjetivos del administrado, el control de

legalidad se atribuye a los tribunales ordinarios. Por el contrario, si afecta a sus intereses legítimos, se atribuye a órganos administrativos (Tribunales regionales administrativos y Consejo de Estado).

c) Español. Ha evolucionado a lo largo del tiempo. Del modelo francés adoptado en 1885, se pasó en 1888 a un órgano de composición mixta, judicial y administrativo. En la actualidad, el modelo es, como en El Salvador, exclusivamente judicial.

3.- La Ley de la Jurisdicción contencioso administrativa (L.J.C.A.) de El Salvador (esquema).

La L.J.C.A. Salvadoreña¹³⁰, decretada el 14 de Noviembre de 1978, publicada el 19 de Diciembre del mismo año y que entró en vigor el primero de Enero de 1979 - fue reformada el 7 de Marzo de 1996, el Art. 4 - ha seguido, sustancialmente, el modelo de la LJCA española de 27 de Diciembre de 1956.

Su contenido esquemático es, el siguiente:

Extensión y límites de la Jurisdicción contencioso administrativa, que se atribuye a la Sala de lo Contencioso Administrativo de la C.S.J.¹³¹. Se define también que se entiende por Administración Pública (Arts. 1 a 8).

Las partes: Capacidad (remisión al Código de Procedimientos Civiles) y legitimación (titulares de un derecho considerado infringido y quien tiene un interés legítimo y directo en ello) (Art. 9). Intervención del Fiscal General de la República (Art. 13).

Procedimiento:

* Demanda: requisitos (Art. 7), plazo de interposición de la acción contencioso administrativa (Art. 11). Posibilidad de inadmisión por parte de la Sala (Art. 15).

130 Existe un Proyecto de ley, que incorpora las correspondientes memorias justificativa y económica, que data, salvo error por mi parte, de 1998 y cuyo último borrador es de Agosto de 2000.

131 En el Proyecto de ley citado se contempla, además, la creación de Tribunales Regionales bajo la forma de Organos unipersonales y Cámaras de Apelación compuestas por dos Magistrados.

* Posibilidad de que la Sala acuerde, como medida cautelar¹³², la suspensión del acto administrativo (Arts.16 a 23).

* Informe de la parte demandada¹³³. (Art. 24).

* Periodo de prueba, salvo que el debate se refiera exclusivamente a la interpretación del derecho, o los hechos estén justificados por documentos públicos o porque las partes expresamente renuncien a la prueba. (Art. 25 a 27).

* Conclusiones de las partes (Art. 28).

* Sentencia, que deberá dictarse en el plazo de doce días (Arts. 30 a 33), cuya ejecución corresponde a la parte demandada (Arts. 34 y ss.) sin perjuicio de las facultades del Tribunal (Art. 37); ejecución que puede suspenderse en los términos de los Arts.. 41 y 42. Además de por sentencia la controversia puede concluir por cualquiera de las causas establecidas en el Art. 40. Recursos: Las sentencias solamente admiten el recurso de aclaración (Art. 52). de conformidad al Art. 12 inc. 2o. de la sentencia definitiva que viole derechos que otorga la constitución.

* La ley concluye con unas disposiciones generales (Arts. 43 a 53). En la que establece que los plazos comprendan días hábiles, que el Tribunal suplirá de oficio las omisiones de las partes (Art. 144), y la aplicación supletoria del Código de Procedimiento Civil en el juicio.

132 Recuérdese sobre las medidas cautelares el Módulo Tercero, nota 123.

133 A tenor de los Arts.. 21, y 24 y ss. la parte demandada no es el órgano administrativo si no la autoridad o funcionario autor del acto.

MEDIDAS CAUTELARES EN LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA.

MEDIDAS CAUTELARES¹ en la L.J.C.A. Española (Ley 29/98 del 13 de julio de 1998).

I.- ANTECEDENTES.

A.- La regulación de la L.J.C.A. Española de 27 de Diciembre de 1956.

* En la Ley precedente no existía propiamente un concepto genérico de medidas cautelares, regulándose tan solo la suspensión del acto administrativo recurrido.

Las claves de la Ley de 1956 son las siguientes:

* Consagración explícita de la ejecutividad del acto administrativo, a pesar del recurso, considerando la suspensión de aquél como excepción a ese principio.

* Establecimiento de la suspensión del acto como única medida cautelar, aunque sin utilizar esta última denominación.

* Fijación, como criterio para acordar la suspensión, el de que la ejecución hubiese de ocasionar daños o perjuicios de reparación imposible o difícil, criterio de indiscutible objetividad².

* Consideración prevalente de la defensa del interés público, hasta el extremo de que, pese a la existencia de los posibles perjuicios que justifiquen la suspensión, puede no acordarse ésta, si los intereses públicos pueden sufrir una grave perturbación³.

* Garantía de los perjuicios que pueden derivar de la suspensión para el interés público o de tercero mediante cauciones suficientes.

El riesgo de producción de hechos consumados por la ejecución del acto y el largo transcurso del tiempo de duración

1 Este apartado del Módulo forma parte del trabajo "La Ley de la jurisdicción contencioso administrativa (Ley 29/98, de 13 de Julio de 1998). Especial referencia a los Juzgados de lo contencioso administrativo", sin publicar, que sirve de Manual para los Cursos anuales sobre Práctica Judicial contencioso administrativa que imparto desde 1999 en el Ilre. Colegio de Abogados de Madrid en el seno de un programa de colaboración suscrito entre esta Corporación y la Comunidad Autónoma de Madrid para Letrados que aspiran a formar parte de los turnos de asistencia jurídica práctica judicial contencioso administrativa gratuita. Se han incluido en el, desde luego, las necesarias referencias a la LJCA de El Salvador, que regula las medidas cautelares en los Arts. 16 y ss.

2 Este es el criterio que acoge la LJCA salvadoreña en su Art. 17.

3 Art. 18 de la LJCA de El Salvador.

del proceso, determina en muchas ocasiones una imposibilidad de la reversión de las situaciones en conflicto (“periculum in mora”), pese al éxito del recurso, de modo que se reduce, cuando no en ocasiones se elimina, la efectividad de la sentencia.

B.- La regulación de la Ley 62/1978.

El sistema de la Ley anterior se complementa con el de la Ley 62/1978, de Protección Jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, que se inspira en principios muy distintos. Su Art. 7, apartados 2 a 5, establecen con carácter general el principio de suspensión del acto recurrido, si así se solicita. No existe en él ningún condicionante explícito en razón de posibles perjuicios del recurrente. Como salvedad se establece la de la no suspensión, si se justifica la existencia o posibilidad de perjuicio grave para el interés general. Al propio tiempo se establece la suspensión automática sin esa salvedad en caso de recurso contra sanciones pecuniarias, reguladas por la Ley de Orden público⁴.

C.- La influencia de la Constitución Española (C.E.) en el sistema de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa Española de 1956 respecto de las medidas cautelares.

La consagración en la Constitución Española, en su Art. 24 del derecho de tutela judicial efectiva, como uno de los derechos fundamentales, y el dato de la vinculación más fuerte de los derechos fundamentales, fueron elementos de trascendental virtualidad innovadora respecto de la regulación de la Ley de 1956, cuyos presupuestos de partida eran muy distintos.

En una materia como la que nos ocupa el casuismo es regla inevitable, lo que puede explicar la existencia de soluciones aparentemente contradictorias, pero debe reconocerse que en

⁴ Debe anotarse que esa inversión de principios en cuanto a la suspensión dio oportunidad a una tendencia hacia la utilización del proceso especial de tutela de derechos fundamentales, con el único objetivo de procurar a todo trance la suspensión del acto, ante las dificultades de conseguirla en el proceso ordinario, planteando en él cuestiones de legalidad ordinaria bajo la pantalla de los derechos fundamentales, lo que supone una distorsión del sistema en su conjunto, con el riesgo de hacer perder al proceso especial las ventajas de su sumariedad, con perjuicio de su eficacia tutelar. Esta tendencia lo que ha motivado es una reacción correctora por parte de la jurisprudencia, que en ocasiones incluso ha minimizado el rasgo esencial señalado.

muchas ocasiones son los mismos principios, en cuanto pautas de decisión, y no su aplicación al caso, lo que difieren, con el consiguiente demérito de la imagen de la jurisprudencia.

Cabe decir, en descargo de la jurisprudencia, que el reto ante el que se encontró era difícilmente asumible, si se parte de los condicionantes inexcusables de la actuación jurisdiccional.

En este sentido debe resaltarse la estricta sumisión del juez a la Ley en el ejercicio de la función jurisdiccional (Art. 117.1 y 3 C.E.). Por ello, si bien cabe, o mejor, es obligada, una interpretación de las leyes "según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos" (Art. 5.1 L.O.P.J.E.), las posibilidades de acomodación de la ley a la Constitución por vía de reinterpretación tienen su límite en la existencia de la ley misma, lo que veda la posibilidad de introducción de medidas cautelares sin un base mínima en la Ley. No existía así, p. Ej., la posibilidad de introducción de medidas cautelares distintas de la suspensión.

No es posible salvar la dificultad, acudiendo al carácter de la Constitución como norma de aplicación directa, centrando en ella la norma habilitante de medidas no establecidas en la Ley Jurisdiccional, o la habilitación de criterios distintos de los de la ley para la adopción de la única medida cautelar prevista en ella, pues el derecho fundamental de tutela judicial efectiva, establecido en el Art. 24.1 C.E., según su supremo intérprete, es un derecho de configuración legal, de modo que la ley es un complemento indispensable de la regulación constitucional; por lo que no basta la sola norma constitucional de consagración del derecho, para fijar la pauta de lo que pueda hacer, o no hacer, la Jurisdicción para satisfacerlo. La relación entre el Art. 24 y el Art. 117.3 de la Constitución Española imponen inequívocamente tal planteamiento.

Si la ley es parca en la regulación un determinado sistema de medidas cautelares, no cabe acudir a un sistema de garantías implícitas en la Constitución, que permitan una formulación explícita por vía interpretativa, sobre la base del mayor valor de los derechos fundamentales. El Tribunal Constitucional tiene dicho que "el mayor valor de los derechos fundamentales en su

conjunto [no] permite considerar implícitas en la Constitución instituciones de garantía que ésta explícitamente no ha creado” (Ss.T.C. 66/1985, de 23 de mayo, y 115/1987, de 7 de julio). Y ha de recordarse que la sumisión a su doctrina es obligada para los Jueces, según lo dispuesto en el Art. 5.1 L.O.P.J.

Desde otro punto de vista ha de observarse que la excesiva amplitud interpretativa del sistema de medidas cautelares, favorable a la posición de una parte, basado en el derecho fundamental de tutela judicial efectiva, puede tener el riesgo de lesionar el derecho de la contraria a un proceso con todas las garantías, que se consagra en el mismo artículo de la Constitución (Art. 24.2). La jurisprudencia se vio obligada a moverse en un terreno absolutamente inestable e inseguro, lo que explica las actitudes cambiantes y la relativa falta de coherencia.

D.- La Doctrina del Tribunal Constitucional de España

Se puede sintetizar la doctrina del Tribunal Constitucional en los siguientes términos:

- * Que el principio de ejecutividad de los actos administrativos no es incompatible con el Art. 24.1 C.E., y está constitucionalmente fundado en el Art. 103 C.E.

- * Que el derecho de tutela judicial efectiva reclama la existencia de una tutela cautelar, y en concreto la posibilidad de que la ejecutividad del acto administrativo pueda someterse al control judicial.

- * Que esa exigencia se impone al legislador, y opera como límite constitucionalmente necesario de la ejecutividad de los actos administrativos, determinando la inconstitucionalidad de las leyes que excluyen la posibilidad de la suspensión judicial del acto.

- * Que ese límite al legislador viene impuesto no solo por exigencia del Art. 24.1 C.E., sino por el Art. 106 C.E.

- * Que en el incidente de ejecución se debe ponderar el "periculum in mora" respecto del derecho cuya tutela se pretende, la apariencia de este derecho ("fumus boni iuris") y de la posible ilegalidad de la actuación administrativa, y el perjuicio que para el interés general pueda derivarse de la suspensión.

- * Que la petición de suspensión de un acto administrativo, tanto en vía administrativa, como judicial, en incidente cautelar

de suspensión en este caso, veda la posibilidad de ejecución del acto antes de que se pronuncie sobre ella el Tribunal.

E.- La Jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Es tan ingente la cantidad de autos y sentencias del Tribunal Supremo sobre la materia que no es posible reducir a unidad su variada doctrina. No obstante puede entresacarse alguna línea de interés desde la perspectiva de la dimensión constitucional de las medidas cautelares, y con la vista puesta en los puntos en los que se han producido los cambios más significativos en la nueva Ley.

a) El problema de la constitucionalidad de la autotutela ejecutiva.

La jurisprudencia no ha puesto en cuestión con carácter general la constitucionalidad del sistema de autotutela ejecutiva. Incluso en los autos y sentencias recientes, pese a las tendencias jurisprudenciales y doctrinales de apertura a nuevos criterios, vino proclamando de modo contundente la vigencia del mismo, el carácter de regla de la de la no suspensión, el de excepción de la suspensión y el sentido restrictivo de ésta en relación con la primacía del interés general.

b) Los actos negativos. Rechazo de la suspensión.

En la jurisprudencia del Tribunal Supremo es constante el rechazo de las peticiones de suspensión de actos negativos, alusivos a autorizaciones, permisos, licencias, exenciones o similares, por entender que la suspensión equivaldría al reconocimiento cautelar del derecho pretendido durante el tiempo del proceso.

c) Incorporación de supuestos de suspensión previstos en la legislación administrativa Art. 122.2 L.J.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha admitido la suspensión del acto en dos supuestos no recogidos en dicho precepto, lo que implica sin duda, desde la perspectiva del Art. 24.1 C.E., una potenciación del sistema de tutela cautelar en dichos supuestos, frente a la estrechez del sistema legal estricto.

1.- Supuestos de nulidad de pleno derecho.

La previsión de suspensión del Art. 116 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 respecto a la nulidad de pleno derecho se ha extendido por la jurisprudencia al ámbito procesal.

Son numerosísimos al respecto los autos y sentencias que constituyen un acervo jurisprudencial, inicialmente contradictorio, que acaba al fin unificándose (hacia el año 1993) en el sentido de aceptar la nulidad de pleno derecho como motivo de suspensión, extrapolando la aplicación del Art. 116 de la Ley de procedimiento Administrativo de 1958 al plano jurisdiccional, para reconocer a la Jurisdicción las mismas facultades suspensivas que a la Administración.

Esa línea jurisprudencial, en la que se acepta la nulidad de pleno derecho como motivo autónomo de suspensión, se refuerza a partir de un determinado momento (hacia 1991) con la teoría del "fumus boni iuris", llegándose a identificar una y otra en sus posibilidades y limitaciones, y alcanzando su mayor oportunidad de aplicación en los casos de actos dictados en aplicación de preceptos legales que en el momento del planteamiento de la suspensión del acto había sido declarados nulos por la jurisprudencia, o en casos de actos similares a otros, que reiteradamente la jurisprudencia había declarado nulos con anterioridad.

La afirmación de la posibilidad de suspensión por la nulidad de pleno derecho del acto se proclama en muchas ocasiones, sin embargo, como un simple "obiter dictum" de muchas resoluciones, y no propiamente como "ratio decidendi", limitando la operabilidad de la nueva causa a los supuestos en que la circunstancia que se niega en la mayoría de los casos.

2.- La suspensión de la ejecución de deudas tributarias mediante caución.

El segundo de los supuestos de ampliación de motivos de suspensión, al margen del Art. 122.2 de la Ley de 1956, es el de la suspensión en deudas tributarias mediante la prestación de caución, haciendo extensivo al plano jurisdiccional un medio de

suspensión previsto en el plano administrativo.

En sentido contrario, es curioso que se rechace la aplicación de un criterio similar en liquidaciones de cuotas de la Seguridad Social, a pesar de que en la legislación específica de la Seguridad Social también está prevista posibilidad de suspensión semejante.

Mi criterio, tras no pocas vacilaciones y, por ahora, definitivo es el siguiente:

“PRIMERO.- Es, sin duda, cierta la evolución que en orden a la suspensión de los actos de naturaleza tributaria, ha sufrido tanto la legislación como la Jurisprudencia. Paradigma de la misma es la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de Octubre de 1998. En ésta, no obstante, se condiciona la suspensión en los siguientes términos “De ahí que se haya resuelto en numerosísimas ocasiones, y deba resolverse ahora, que procede la suspensión, exclusivamente, del acto administrativo de gestión o ejecución tributaria recurrido, en el caso concreto de que el recurrente, habiendo obtenido la suspensión en la vía administrativa y alegando que se le producirían perjuicios de la ejecución durante la vía jurisdiccional, garantice el pago de la deuda tributaria con la amplitud que señala el artículo 58 de la Ley General homónima, y en los términos establecidos por el artículo 124 de la Ley de 27 de Diciembre de 1956”.

SEGUNDO.- En ulteriores resoluciones se han flexibilizado tales condiciones y siempre por razón de que el ordenamiento administrativo, con carácter general, considera que la prestación de caución habilita para obtener la suspensión (Art. 221 del Texto Articulado de la Ley de Bases 39/1980; Art. 74 del Reglamento de Procedimiento para las Reclamaciones Económico Administrativas; Art. 52 y ss. del Reglamento General de Recaudación; y, más reciente, el Art. 30 de la Ley 1/1998 de Derechos y Garantías de los Contribuyentes), lo que se ha interpretado, en sede judicial, como demostrativo de que en estos supuestos el pago de liquidaciones controvertidas acarrea perjuicios de difícil reparación para el contribuyente, y porque, en todo caso, carecería de sentido y fundamento jurídico que la Administración hubiera suspendido la ejecución del acto en la vía administrativa, por imponérselo la legislación aplicable, y

que se pretenda que, por el simple hecho de que la controversia se someta a la decisión de los Tribunales, esa posibilidad del administrado quede sin efecto (Sentencias de 19 de Abril de 1999, de 27 de Noviembre de 1999, 18 de Diciembre de 1999 y 7 de Abril de 2000, entre otras). Por lo demás, la posición jurisprudencial mencionada en el apartado anterior, elaborada en la aplicación de la antigua Ley Reguladora de esta jurisdicción, mantiene su significado y vigor con la nueva Ley, si se tiene en cuenta, de una parte, que la presunción de la existencia de perjuicios de difícil reparación para el administrado determina que, si no se accede a la suspensión, podría perder el recurso su finalidad legítima, que es el requisito básico previsto en el Art. 130 .1 para que proceda su adopción y, de otra, que evidentemente con la constitución de la garantía suficiente se evita el peligro de que, con la suspensión, pueda seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero (Art. 130 .2).

En la parte dispositiva del Auto, naturalmente se acuerda la suspensión del acto , si bien “quedando condicionada tal medida a la presentación de garantía suficiente, mediante la constitución de aval bancario por importe del total de la deuda reclamada, más los intereses de demora y recargos que se puedan originar durante la tramitación de este procedimiento hasta su finalización, lo que deberá acreditar la parte recurrente en el plazo de los DIEZ DIAS siguientes a la fecha de notificación de la presente resolución, con la advertencia de que, de no realizarlo, se procederá al archivo de las actuaciones de esta Pieza Separada”.

3.- Teoría del “fumus boni iuris”.

El auto del TS (sección quinta) de 20 de diciembre de 1990 produjo un gran revuelo en la jurisprudencia y en la doctrina.

El caso decidido en él era un recurso contra un acto de un Ayuntamiento, para el que se ordenaba la demolición de unas naves de ganado por falta de licencia, si bien en el caso se daba la circunstancia de la posibilidad de legalizarlas. Se denegó la suspensión del acto en primera instancia, y contra el auto denegatorio dictado en la pieza de suspensión se interpuso recurso de apelación, que el Tribunal Supremo estimó, decretando la

suspensión, y pronunciando la novedosa doctrina, en la que se invoca la sentencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo del 19 de julio de 1990, sentencia Factortame.

Es oportuno observar que era suficiente con la simple aplicación del Art. 122.2 de la Ley Jurisdiccional de 1956 para la suspensión del acto recurrido, sin necesidad de otras consideraciones, a pesar de lo cual el Tribunal optó por proclamar una doctrina novedosa, en la que se parte de la necesaria ampliación de los estrechos límites del Art. 122.2 citado, por exigencia del Art. 24 C.E., derecho que implica, entre otras cosas, el derecho a una tutela cautelar.

Se razona en el auto la eficacia del Art. 24 C.E. para limitar los privilegios administrativos, como el de presunción de validez de los actos de la Administración, al que opone el “principio general del derecho comunitario a que aluden las Conclusiones del Abogado general en la sentencia Factortame que se resume en que “la necesidad del proceso para obtener razón no debe convertirse en daño para el que tiene la razón”. Tras aludir a la normativa dispersa sobre medidas cautelares, desde la clave del Art. 24 C.E., con referencia a los Arts. 116 y 7.2 de la L.P.A., Art. 56 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y Art. 1428 de la L.E.C., que admite la adopción de las medidas cautelares “que fuesen necesarias para asegurar la efectividad de la sentencia que en el juicio recayere”, se desemboca en la doctrina clave siguiente:

“Ensamblando todos estos preceptos a través de ese mecanismo articulador que es el principio de tutela judicial efectiva, fácilmente se desemboca en la consecuencia de que contra lo que una estrecha interpretación de aquel artículo 122 de la Ley Jurisdiccional parece postular, nuestro derecho nacional -al margen incluso de su inesquible inserción en el sistema comunitario- alberga ya en su seno ese derecho a la tutela cautelar que está inserto en aquel. Lo que visto por su envés, significa el deber que tienen tanto la Administración como los tribunales de acordar la medida cautelar que sea necesaria para asegurar la plena efectividad del acto terminal (resolución administrativa o, en su caso, judicial)” “La nueva matriz teórica tiene expresión en el propio texto constitucional y se llama tutela judicial efectiva. El derecho a una tutela cautelar

cuando se aprecie la existencia de una apariencia de un buen derecho se hace entonces manifiesto, y lo que era principio latente se hace patente a todos”.

Las líneas básicas de la doctrina son, en síntesis:

- * Que existe un derecho de tutela cautelar como contenido del Art. 24 C. E.

- * Que es necesario tutelar cautelarmente la apariencia del buen derecho, sobre la base del principio general de que la necesidad del proceso para obtener razón no debe convertirse en un daño para el que tiene la razón.

- * Que es posible cualquier medida cautelar que sea necesaria para asegurar la plena efectividad del derecho.

- * Que se silencian los elementos de los perjuicios y del interés general en cuanto claves del sistema cautelar.

- * Que se sustituyen, en suma, los criterios del Art. 122.2 de la Ley por otros criterios de mucha mayor amplitud que nada tiene que ver con él.

II. LA REGULACION DE LA NUEVA L.J.C.A ESPAÑOLA (Ley 29/98 del 13 de julio de 1998).

A.- INTRODUCCION.

La Ley ha tratado de responder a la necesidad constitucional de establecer un sistema de medidas cautelares, considerando éstas un contenido del derecho fundamental de tutela judicial efectiva, y superando el matiz de excepcionalidad que tenía en la Ley precedente (de 1956) la medida de suspensión, antecedente del nuevo sistema.

Ese propósito se anuncia en la Exposición de Motivos, con un énfasis que puede no corresponder con total exactitud a los preceptos de la Ley, cuando dice:

“Se parte de la base de que la justicia cautelar forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva, tal como tiene declarado la jurisprudencia más reciente, por lo que la adopción de medidas provisionales que permitan asegurar el resultado del proceso no debe contemplarse como una excepción, sino como facultad que el órgano judicial puede ejercitar siempre que resulte

necesario.

B.- EL CONCEPTO GENÉRICO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES Y LA OMISIÓN DE LA REFERENCIA A LA EJECUTIVIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.

La normalización de un sistema de medidas cautelares viene a compensar, en favor del derecho fundamental de tutela judicial efectiva, el privilegio de la ejecutividad de los actos administrativos, que supone una ventaja posicional para las administraciones.

En la Ley no se alude a ese privilegio; pero ese silencio no puede considerarse como exponente de que haya desaparecido esa posición ventajosa de la Administración demandada, sino, simplemente, como una distinta distribución de los contenidos de la normativa reguladora de esa posición.

Ha de reiterarse que el privilegio de la autotutela ejecutiva tiene un fundamento constitucional claro en el Art. 103.1 C.E. y una consagración normativa explícita en el Art. 94 de la Ley 30/1992 (correlativo al Art. 101 de la derogada L.P.A. de 1958 que, a su vez, lo era de la también derogada L.R.J.A.E. de 1957).

Mas en todo caso, el silencio sobre la ejecutividad del acto administrativo en la Ley procesal revela una concepción de la misma, desde el prisma procesal, muy distinta de la de la Ley precedente, en la que la ventaja posicional de la Administración, a partir de ese privilegio, explícitamente proclamado en ella, se convertía, de hecho, en un rasgo estructural del proceso.

Sin embargo, en la nueva Ley se mantiene la consideración de los intereses generales en términos similares a los de la precedente, hasta el punto de poder poner en cuestión por ello, al menos en parte, la misma realidad de la innovación predicada en la Exposición de Motivos.

C.-TIPOS DE MEDIDAS CAUTELARES POSIBLES.

a) Amplitud del tipo de medidas. Medidas innominadas.

Apertura explícita a las medidas positivas⁵.

La Ley no limita en ningún sentido la identidad de esas medidas. Se alude en ella simplemente (Art. 129.1) a “cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia”; la amplitud de la regulación legal de las medidas coinciden, pues, con la de la L.E.C. (Arts. 721 y ss., especialmente Art. 726).

En la Exposición de Motivos (VI.5) se llama especialmente la atención sobre ese particular, cuando dice:

“Además, teniendo en cuenta la experiencia de los últimos años y la mayor amplitud que hoy tiene el objeto del recurso contencioso-administrativo, la suspensión de la disposición o acto recurrido no puede constituir ya la única medida cautelar posible. La Ley introduce en consecuencia la posibilidad de adoptar cualquier medida cautelar, incluso las de carácter positivo. No existen para ello especiales restricciones, dado el fundamento común a todas las medidas cautelares. Corresponderá al Juez o Tribunal determinar las que, según las circunstancias, fuesen necesarias”.

Resulta así que el único elemento de definición de la medida es de carácter finalista: la garantía de la efectividad de la sentencia. Por tanto serán la índole de ésta y las circunstancias y elementos del conflicto, a decidir por ella, los que puedan concretar la medida adecuada al caso. Desde una visión teórica no pueden aportarse mayores precisiones de carácter general, siendo la definición de la medida cuestión a resolver en el caso concreto.

El hecho de que no se haga referencia general a la suspensión del acto no debe considerarse como exponente de que en la Ley desaparezca esta concreta medida, sino más bien como evidencia del propósito de no centrar en torno a ella el

5 La LJCA de El Salvador sigue el criterio de la Ley española de 1956: a) prevé como única medida cautelar la suspensión - Capítulo III, Art. 16 y ss. -. Se sostiene, sin embargo, al amparo de lo dispuesto en el Art. 1238 del Código de Procedimientos Civiles, que podrían acordarse cualquier clase de medidas dado que el Art. 53 de la LJCA establece la aplicabilidad, entendida como compatibilidad, de dicho Código con la LJCA. Si estableciera la supletoriedad en mi criterio el Art. 1238 CPC vendría inaplicable al contener la LJCA una regulación plena y completa de la suspensión; b) rechaza la suspensión en los casos de actos administrativos de contenido negativo - Art. 16 párrafo segundo -.

sistema cautelar. Pero sin perjuicio de ello, por la propia lógica de las cosas, la medida de suspensión deberá conservar su significación casi paradigmática.

Es preciso llamar la atención, como lo hace la Exposición de Motivos en el pasaje antes transcrito, sobre la apertura franca a las medidas de carácter positivo.

La innovación es de tal importancia, que hubiera sido oportuna una cierta regulación positiva de esta modalidad de carácter más concreto, como la que existía en el Proyecto del Gobierno, y que desapareció del texto final del Congreso de los Diputados, y en, el definitivo de la Ley.

Es conveniente poner algún ejemplo para resaltar la trascendencia de la innovación. Y así, piénsese en la denegación de una licencia de edificación; las medidas cautelares positivas permitirán que pueda concederse provisionalmente por el órgano jurisdiccional, con los condicionamientos que se estimen oportunos, permitiendo, por ejemplo, la construcción en condiciones iguales o distintas de las que se tuvieron en cuenta al denegarla, y con las cauciones que se consideren adecuadas, para garantizar, en su caso, la eficacia de la sentencia, según su signo.

Imagínese que una persona es excluida de unas determinadas pruebas selectivas para el ingreso en la Administración, por falta de un determinado requisito, cuya existencia o legalidad se cuestiona: provisionalmente se podrá reconocer la facultad de concurrir a las pruebas, a las resultas del proceso; de este modo, si la sentencia es estimatoria, y se declara en ella el derecho a participar en la prueba, anulando la resolución que lo negó, no se habrá perdido la oportunidad de participar en esas concretas pruebas por la necesidad de interponer el recurso, y si en las pruebas se obtuvo la plaza, quedará definitivamente consolidado el derecho, obteniéndose así una plena satisfacción del derecho fundamental de tutela, imposible de obtener con la misma plenitud sin la medida.

b) Medidas cautelares en el caso de impugnación de disposiciones generales.

El hecho de que la L.C.A.E. de 1998 en el Art. 129.2 y en el Art. 134.2 se refiera de modo específico, aunque para un efecto concreto, a la suspensión de la vigencia de disposiciones generales, puede suscitar la duda de si en las impugnaciones de éstas la única medida cautelar aplicable será la de la suspensión, y no otra.

En el primero de los citados preceptos se dispone: "2. Si se impugnase una disposición general, y se solicitare la suspensión de la vigencia de los preceptos impugnados, la petición deberá efectuarse en el escrito de interposición o en el de demanda⁶.

En la literalidad de este precepto no existe nada que abone una interpretación según la cual en el supuesto de la impugnación de disposiciones generales, la única medida cautelar pueda ser la de suspensión y no otra, lo que implicaría una contraposición entre la posibilidad de adopción de "cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia", a que se refiere el apartado 1, y la limitación a la medida de suspensión en el supuesto del apartado 2.

Es indudable que la medida de suspensión de la vigencia de los preceptos impugnados será la más característica en ese supuesto, único en el que es aludida, como lo será igualmente en otros, en los que no se le alude; pero de la alusión expresa a la misma en el primero y de su silencio en los demás no puede extraerse la consecuencia de que la única medida posible en aquél sea la de suspensión.

Es, por ello, posible sostener que además de la medida de suspensión de la vigencia de los preceptos impugnados (que sería la más radical, en cuanto que trasciende de la esfera del recurrente y se proyecta con carácter general) se pudiera solicitar otro tipo de medidas de menores efectos generales, relacionadas de modo inmediato y exclusivo con la esfera jurídica del recurrente, para garantizar la efectividad de la sentencia en esa esfera limitada,

⁶ Repárese en que los únicos momentos en que puede pedirse la medida son, exclusivamente, los que señala el precepto y no "en cualquier momento del proceso", como se dispone con carácter general en el Art. 129.1.

en evitación de los perjuicios que le pueda causar la aplicación de los preceptos impugnados.

c) Las contramedidas innominadas.

La ampliación de la posibilidad de medidas cautelares, sin limitarlas en un elenco cerrado que se establece en la Ley, se equilibra con una posibilidad de contramedidas, para que todos los intereses concernidos puedan tener su garantía.

En la Ley anterior solo se establecía sobre el particular (Art. 124. 1) la posibilidad de caución, que podía resultar suficiente como contrapeso de la medida única de suspensión entonces vigente.

Es lógico que a un sistema de medidas cautelares innominadas corresponda la previsión de unas contramedidas del mismo signo, para que todos los interesados afectados, titulares de un similar derecho fundamental de tutela judicial efectiva, puedan tener una similar garantía, operando, en su caso, estas contramedidas como condición de la puesta en práctica de las medidas cautelares.

Así, el Art. 133, que dispone: “1. Cuando de la medida cautelar pudieran derivarse perjuicios de cualquier naturaleza, podrán acordarse las medidas adecuadas para evitar o paliar dichos perjuicios. Igualmente podrá exigirse la presentación de caución o garantía suficiente para responder de aquéllos.

2. La caución o garantía podrá constituirse en cualquiera de las formas admitidas en Derecho. La medida cautelar acordada no se llevará a efecto hasta que la caución o garantía esté constituida y acreditada en autos, o hasta que conste el cumplimiento de las medidas acordadas para evitar o paliar los perjuicios a que se refiere el apartado precedente.

3. Levantada la medida por sentencia o por cualquier otra causa, la Administración o la persona que pretendiere tener derecho a indemnización de los daños sufridos, podrá solicitar ésta ante el propio órgano jurisdiccional por el trámite de los incidentes, dentro del año siguiente a la fecha del alzamiento. Si no se formulase la solicitud dentro de dicho plazo, se renunciase

a la misma o no se acreditase el derecho, se cancelará la garantía constituida”.

Ha de destacarse que la garantía de las contramedidas de la Ley actual resulta más efectiva, no solo por la mayor amplitud de las contramedidas posibles, sino también por su objetivo garantizador. No se trata tan solo de garantizar una posible y futura indemnización de perjuicios, como en el pasado, sino de evitar o paliar los perjuicios posibles, y no solo de repararlos después de producidos.

Las contramedidas, por último, coinciden en el tiempo con las medidas cautelares.

D.- LA FINALIDAD DE LA MEDIDA COMO CLAVE DETERMINANTE PARA SU ADOPCION.

a) El cambio de la Ley J.C.A.E de 1998.

La nueva Ley se refiere a la finalidad de la medida cautelar en dos preceptos: el Art. 129, que establece como finalidad de las medidas la de que “aseguren la efectividad de la sentencia” y el Art. 130.1, que “la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso”⁷.

En ambos casos se trata de típicos conceptos jurídicos indeterminados, que conviene analizar.

Antes de intentar desvelar su sentido, es conveniente destacar el cambio operado en la Ley respecto de la anterior (Art. 122.2 de la misma), en la que el concepto correlativo era la evitación de “daños o perjuicios de reparación imposible o difícil”.

Quizás el cambio en la selección del concepto determinante (daños o perjuicios, efectividad de la sentencia, finalidad legítima del recurso) implique tan solo un cambio de perspectiva, sin que con ello, no obstante, se produzca en realidad

⁷ El precepto sobre medidas cautelares en el caso de que el objeto de proceso sea la impugnación de la inactividad de la Administración o de la vía de hecho (Art. 136) no hace alusión al elemento finalista que nos ocupa; pero no ofrece duda la necesaria proyección al caso del precepto general del Art. 129.

un cambio en el fin de la medida en una visión sustancial de ésta.

Si el recurso, que finaliza con la sentencia, persigue la evitación de daño o perjuicio, causado al recurrente por la actividad impugnada, la relación entre dicho daño o perjuicio, la finalidad legítima del recurso y la efectividad de la sentencia, se funden en una unidad sustancial, lo que permite entender que la alusión a uno u otro concepto no supone sino una diferente perspectiva de referencia a un mismo elemento sustancial.

Ocurrirá así en la mayor parte de las ocasiones, pero no en todas, pues no existe una exacta identidad sustancial entre el primero y los otros dos conceptos, de ahí que la finalidad del recurso y la efectividad de la sentencia que lo decide puedan tener un espacio lógico, que no es reducible a los daños o perjuicios causados por la actividad recurrida.

De todos modos lo importante es que el cambio conceptual supone centrar en el proceso mismo el elemento teleológico de la medida, y no en el acto recurrido y sus efectos.

b) El elemento general del fin en el Art. 129. 1.

Según se ha dicho antes, en el Art. 129.1, cuya proyección general a todos los supuestos es indudable, se exige, como finalidad de las medidas cautelares, que “aseguren la efectividad de la sentencia”.

Para conocer el alcance de esta finalidad proclamada, hay que analizar tres cuestiones:

* El concepto de efectividad de la sentencia.

La reflexión a hacer es la de la si la efectividad de la sentencia debe comportar su cumplimiento con arreglo al principio de identidad; esto es, de forma específica; o si puede entenderse que se respeta esa efectividad, si la sentencia puede ser ejecutada según el principio de ejecución por equivalente económico.

Según se considere la efectividad en relación con el principio de identidad o el de equivalencia se dará una mayor o menor amplitud del espacio posible de las medidas cautelares.

Es más conforme con las exigencias del derecho fundamental de tutela judicial efectiva que el finalismo inspirador de la medida cautelar se relacione con el cumplimiento de la sentencia en forma específica, que no con una posibilidad genérica de la eficacia de aquélla bajo el principio de equivalencia.

Una cosa es que, llegado el momento de la ejecución, y de ponderar la constitucionalidad de la ejecución por equivalente, se afirme la neutralidad de una u otra modalidad (en forma específica o por equivalente), según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, y otra diferente que no padezca el derecho de tutela judicial efectiva, si de antemano no se trata de garantizar la efectividad de la futura sentencia en sus propios términos, cuando es posible.

La mayor efectividad del derecho fundamental, como guía interpretativa, conduce a entender la idea de efectividad de la sentencia en inmediata relación con su contenido específico (que es tanto como en relación con los términos de la concreta pretensión que por ella se satisface), y no con una idea genérica de posible ejecución por equivalente.

* La intensidad del riesgo de ineffectividad de la sentencia a garantizar por la medida.

Cabe plantear si basta el solo riesgo de la ineffectividad de la sentencia, o si es necesaria la certeza de ineffectividad si la medida no se adopta.

Según que baste con la finalidad de asegurar la efectividad de la sentencia, o que se exija además que la efectividad solo pueda quedar asegurada si se adopta la medida. El margen de amplitud para la posible adopción de las medidas cautelares es muy distinto en el segundo caso se reduce en grado sumo la posibilidad de medidas cautelares.

El Art. 129.1 solo habla de asegurar la efectividad de la sentencia, por lo que no existe en él ningún elemento que permita restringir la posibilidad de adopción de la medida a solo los casos en que conste la certeza de la ineffectividad de la sentencia, si aquélla no se adopta.

* Genérica restricción de las medidas cautelares solo al fin de garantizar la efectividad de la sentencia.

La restricción del fin de las medidas cautelares a solo la garantía de la efectividad de la sentencia deja fuera de éstas el objetivo, teóricamente posible, de la evitación actual de la posición ventajosa de la parte recurrida.

El “*periculum in mora*”, como uno de los elementos determinantes de la medida cautelar, puede tener una doble referencia temporal: bien al riesgo de la ineffectividad de la sentencia futura, por el transcurso del tiempo empleado en la tramitación del recurso, bien a la posición ventajosa actual que se deriva de la simple eficacia actual de la actividad recurrida; al margen de la reversibilidad futura de esos efectos.

En un plano teórico una concepción amplia de las medidas cautelares permite que éstas puedan no limitarse a la sola garantía de la efectividad de la futura sentencia, sino que además pueden tener una funcionalidad distinta, aunque no desligada de la anterior, relacionada con el daño actual que la actividad recurrida produce al recurrente, y a cuya evitación puede tender la medida, anulando, en su caso, la ventaja que otorga la actividad recurrida al que la lleva a cabo, que es la Administración normalmente.

El proyecto de Ley, remitido por el Gobierno al Parlamento (B.O. del Congreso de los Diputados de 18 de junio de 1997), fue mucho más receptivo al clamor doctrinal existente sobre la modificación del régimen de las medidas cautelares, y estaba más en línea con centrar el criterio para la adopción de las medidas cautelares en la apariencia de buen derecho (“*fumus boni iuris*”), con lo que se daba una funcionalidad a las medidas cautelares de mucho mayor efectividad que el que ha resultado en el texto final⁸.

En el texto del proyecto no existía ningún precepto por el que se limitase la posibilidad de adopción de medidas cautelares por la exclusiva finalidad de garantizar la efectividad de la

⁸ El Art. 124.2 de dicho proyecto decía: “la adopción de medidas cautelares podrá acordarse cuando existan dudas razonables sobre la legalidad de la actividad administrativa a que se refieran, y deberá fundarse en una ponderación suficientemente motivada de todos los intereses en conflicto”.

sentencia.

* Si se comparan la distancia entre el Art. 124.2 del Proyecto, y la que corresponde al Art. 129.1 del texto de la Ley se advierte la enorme distancia de la concepción a que responden uno y otro, manteniéndose en la Ley nueva la ventaja posicional de la Administración, como consecuencia de la ejecutividad del acto administrativo en términos más próximos a lo que era tradicional en nuestra anterior legislación, que a los que desde perspectivas constitucionales de revisión, por exigencias de los Arts. 24 y 106 C.E., se venía reclamando por la doctrina y la jurisprudencia constitucional.

En resumen, el criterio del “*fumus boni iuris*”, como criterio base para el otorgamiento de la tutela cautelar, debe considerarse explícitamente rechazado por el legislador, habida cuenta de su inicial introducción en el proyecto de Ley y de su desaparición en el texto definitivo de ésta.

c) El supuesto del Art. 130. 1.

En el Art. 130.1 se restringe en grado sumo la posibilidad de adopción de medidas cautelares, que “podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso”.

El rigor de la restricción que se introduce en este precepto - es evidente la intención claramente limitativa del adverbio “únicamente” utilizado en el precepto - hace francamente cuestionable la justificación del pasaje de la Exposición de Motivos, antes citado, que resultaba perfectamente adecuado a la regulación del Proyecto de Ley, pero cuyo énfasis puede resultar desproporcionado en relación con el texto definitivo de ésta.

Si, según la Exposición de Motivos, de lo que se trata es de dar carta de naturaleza a las medidas cautelares, como instrumento ordinario de tutela, contenido del derecho fundamental de tutela judicial efectiva, depurándole del sentido de excepcionalidad, atribuido por la jurisprudencia al mecanismo correlativo de la Ley anterior, no parece que la utilización del citado adverbio “únicamente” suponga el modo de expresión más adecuado, para revelar tal designio legislativo. Por el contrario,

su sentido expresa un talante restrictivo inequívoco, que ni siquiera estaba presente en la literalidad del precepto correlativo de la Ley de 1956.

La idea de la pérdida de la finalidad legítima del recurso tiene un antecedente claro en el Art. 56.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional "... cuando la ejecución hubiere de ocasionar un perjuicio que haría perder al amparo su finalidad".

No es fácil, sin embargo, concretar cuándo el recurso puede perder su finalidad legítima; e incluso se podría llegar a sostener que, aunque la no adopción de la medida pueda ocasionar un perjuicio de difícil reparación, no se imposibilita por ello la finalidad legítima del recurso, pues ésta puede considerarse satisfecha por la anulación del acto recurrido y por una ejecución por equivalente, por muy dificultosa que pueda llegar a resultar.

Si esa fuera la interpretación de la idea de finalidad legítima del recurso, la Ley nueva resultaría más restrictiva que la anterior para la posible adopción de medidas cautelares, por lo que supondría un retroceso indudable.

Como evidentemente ese no puede ser el sentido de la reforma, en un contexto como el que enuncia su Exposición de Motivos, que conecta directamente con las exigencias de los Arts. 24.1 y 106 C.E., es necesario buscar una salida en la dirección contraria.

A tal efecto se puede entender que la finalidad legítima del recurso es la perseguida concretamente en él por el recurrente, y no otra cualquiera efectividad de la sentencia, sobre la base de una posible ejecución de la misma por el equivalente económico. La satisfacción de la concreta pretensión en forma específica se sitúa así en la finalidad legítima del recurso.

Puede entenderse que si la ejecución del acto o la aplicación de la disposición crea una situación irreversible para esa satisfacción específica, ello puede hacer perder al recurso su finalidad legítima, y se establece el presupuesto legal necesario para la adopción de la medida cautelar.

E) LA PERTURBACION DE LOS INTERESES GENERALES O DE TERCERO COMO CAUSA DE DENEGACION DE LA MEDIDA CAUTELAR.

Lo mismo el Art. 130.2 que el 136.1 disponen la posibilidad de denegación de la medida cautelar por esta causa.

El primero de los citados dice textualmente: “2. La medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada”.

El precepto debe ponerse en inmediata relación con el del apartado precedente con arreglo al cual, para adoptar la medida cautelar, cuyo criterio determinante se regula en el precepto en los términos ya analizados, es necesaria la previa “valoración de todos los intereses en conflicto”.

En esa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto se deberá incluir lógicamente la de la posible perturbación a que se refiere el apartado 2, de modo que el mandato de éste de que el Juez o Tribunal ponderará (la perturbación) en forma circunstanciada, viene a ser una redundancia de la necesaria “valoración circunstanciada” a que obliga el apartado anterior.

En todo caso, relacionando uno y otro apartado, debe entenderse que la valoración circunstanciada de los intereses en conflicto, de todos, sin distinción, deberá establecer un balance de esos intereses, explicando, en su caso, la prevalencia que se reconozca a unos sobre otros y la razón de esa prevalencia, y que en esa valoración de la entidad de los distintos intereses será factor de especial análisis, y de necesaria explicación en forma circunstanciada, el de la perturbación que, en su caso, pudiera producir la medida cautelar en los intereses generales o de tercero. Entidad de los diferentes intereses y perturbación grave posible serán así dos aspectos, sobre los que deberá pronunciarse la resolución a dictar sobre la solicitud de las medidas cautelares.

La insistencia legal en la valoración circunstanciada y en la ponderación circunstanciada supone el rechazo de fórmulas apodícticas, tan frecuentes, lamentablemente, en la praxis judicial,

o de modelos estereotipados.

F.- PROCEDIMIENTO⁹.

La tramitación de las medidas cautelares es muy sencilla.

a) El trámite ordinario para la adopción de medidas cautelares es el de un incidente en pieza separada, regulado en el Art. 131, de brevísima duración, con audiencia de la parte contraria, que se inicia con una solicitud de los interesados¹⁰. Respecto al momento en que puede deducirse tal solicitud la regla general es la del Art. 129.1, según el cual "los interesados podrán solicitar en cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia".

Pero junto a esa regla general sobre el momento de la solicitud de la ley prevé dos reglas especiales; una limitativa de esa amplitud temporal, la del Art. 129.2, y otra de ampliación de la misma, la del Art. 136.2, cada una de ellas referida a unos supuestos concretos.

* La del Art. 129.2 se refiere al de la impugnación de una disposición general, y a la medida de suspensión (no a otras pensables). En tal supuesto, y como ya se señaló antes, "si se solicitare la suspensión de la vigencia de los preceptos impugnados, la petición deberá efectuarse en el escrito de interposición o en el de demanda". Como se ve, la norma supone una excepción a la mayor amplitud temporal contenida en la regla general.

* La regla especial del Art. 136.2, en cambio tiene el sentido de una ampliación de las posibilidades de la regla general, y se refiere a los supuestos de los Arts. 29 - inactividad - y 30 - vía de hecho -, en cuyos supuestos las medidas también podrán solicitarse antes de la interposición del recurso, tramitándose conforme a lo dispuesto en el artículo precedente.

Esa referencia al artículo precedente en cuanto a la

9 El regulado en la LJCA salvadoreña es muy distinto, según es de ver en los Art. 20 y ss.

10 En el sistema salvadoreño, a tenor de la interpretación literal de los Arts. 16 y 17 de la LJCA, es posible que el Tribunal, de oficio, acuerde la suspensión; criterio que, en mi opinión, pugna con el carácter rogado de la jurisdicción contencioso administrativa - no se alcanza a entender por qué el Tribunal va a acordar algo que la parte, que es la interesada, no pide - con la presunción de legalidad y subsiguiente ejecutividad de los actos administrativos.

tramitación debe entenderse alusiva solo a la posibilidad de adopción de la medida inaudita parte, que estudiaremos a continuación, pues en realidad el propio artículo 136 regula después el trámite.

b) La especificidad de la solicitud anticipada de la medida da lugar a su vez a una tramitación específica, que se regula en el propio artículo y apartado en los siguientes términos: “En tal caso el interesado habrá de pedir su ratificación al interponer el recurso, lo que habrá de hacerse inexcusablemente en el plazo de diez días a contar desde la notificación de la adopción de las medidas cautelares. En los tres días siguientes se convocará la comparecencia a la que hace referencia el artículo anterior.

De no interponerse el recurso, quedarán automáticamente sin efecto las medidas acordadas, debiendo el solicitante indemnizar de los daños y perjuicios que la medida cautelar haya producido”.

c) Se regula también la posibilidad de la adopción de la medida cautelar “inaudita parte”¹¹, lo que constituye una novedad muy señalada de la Ley, con la que la idea de la tutela cautelar recibe un refuerzo decisivo. Se trata de la consagración legal de una especie de medidas provisionalísimas, para evitar los hechos consumados, que resultan imprescindibles en determinados casos, para que la tutela cautelar pueda tener efectividad.

La Ley regula dicha posibilidad con carácter general en el Art. 135, y con carácter especial, con referencia a los recursos contra la inactividad o vía de hecho en el Art. 136.

En el primero de los preceptos el presupuesto de la medida es la concurrencia de “circunstancias de especial urgencia”.

En razón de ella se justifica el que la medida se acuerde “sin oír a la parte contraria”, si bien en la propia resolución en que se acuerde la medida “el Juez o Tribunal convocará a las partes a una comparecencia, que habrá de celebrarse dentro de los tres días siguientes, sobre el levantamiento, mantenimiento

11 En el sistema salvadoreño cabe también decretar la suspensión del acto inaudita parte, la que se denomina suspensión provisional que se cita en el Art. 22.

o modificación de la medida adoptada”.

Mientras que contra el auto en el que inicialmente se acuerda la medida no cabe recurso alguno, contra el auto que se dicte por el Juez o Tribunal una vez celebrada la comparecencia será recurrible conforme a las reglas generales.

La situación inicial, establecida sin la audiencia, es de una duración tan brevísima, que la tensión teórica que pudiera producirse respecto al derecho fundamental de tutela judicial efectiva sin indefensión de la parte negativamente afectada por la medida, no resulta atendible, pues la posibilidad de defensa ex post es plena e inmediata. Se trata solo de un mecanismo legal contra los hechos consumados, que son en sí los que pueden lesionar el derecho de tutela judicial efectiva del recurrente. El equilibrio de los riesgos respectivos resulta muy prudente y justamente atendido en la regulación legal, que es digna de elogio.

Si quedase alguna reserva sobre la constitucionalidad de la medida acordada “inaudita parte”, la despejaría terminantemente la sentencia del TC 14/1992, en la que se aceptó la constitucionalidad del embargo preventivo en el proceso civil, también acordado inaudita parte.

Es dudoso el momento en que puede solicitarse la adopción de esta especial medida - inaudita parte - o, más explícitamente, si puede pedirse antes de iniciarse el proceso o, por el contrario, solo puede hacerse una vez iniciado éste. De la dicción literal de la norma parece deducirse la segunda solución, es decir, que ha de pedirse una vez iniciado el proceso. Solución a la que conduce también el hecho de que cuando la ley ha querido lo contrario - que pueda pedirse antes - lo ha establecido expresamente; así, el Art. 136 autoriza que en los supuestos de inactividad y vía de hecho la medida cautelar puede pedirse antes de iniciarse el proceso. Por el contrario, la necesidad de que concurra una situación de urgencia parece autorizar que se solicite antes de iniciarse aquél; en todo caso, este último es mi criterio.

d) El incidente concluye mediante un auto (Art. 134.1), en el que se acuerda o se rechaza la medida cautelar solicitada

e) El régimen de recursos contra él depende de que lo

dicte un Juez de lo Contencioso-Administrativo o una Sala de la Audiencia Nacional o del Tribunal Superior de Justicia, y a su vez en cada caso de que en el proceso de que se trate sea o no posible la interposición de recurso de apelación o de casación, respectivamente contra la sentencia.

Si el auto lo dicta un Juez de lo contencioso administrativo en proceso de que conoce en primera instancia, será susceptible de recurso de apelación en un efecto (Art. 80.1 a).

En el caso de que conozca del proceso en instancia única, esto es, cuando no cabe recurso de apelación contra la sentencia (Art. 81.1.a y b) el recurso posible será el de súplica (Art. 79.1), siendo el régimen de uno y otro recurso el general establecido para cada uno de ellos.

Si el auto lo dicta una Sala de lo contencioso, y contra la sentencia del proceso cabe recurso de casación, cabrá también este mismo recurso (Art. 87.1.b). E igualmente si no cabe el recurso de casación, procederá el de súplica (Art. 79.1).

f) La ley regula unos trámites de comunicación del auto en el Art. 134 que dispone: “1. El auto que acuerde la medida se comunicará al órgano administrativo correspondiente, el cual dispondrá su inmediato cumplimiento, siendo de aplicación lo dispuesto en el Capítulo IV del Título IV, salvo el artículo 104.2.

2. La suspensión de la vigencia de disposiciones de carácter general será publicada con arreglo a lo dispuesto en el Art. 107.2. Lo mismo se observará cuando la suspensión se refiera a un acto administrativo que afecte a una pluralidad indeterminada de personas”.

Existe, pues, una remisión a las normas sobre ejecución de sentencias.

g) Duración de la medida.

En la nueva Ley se regula expresamente la cuestión, mejorando claramente la regulación de la Ley precedente. La Ley fija la duración de las medidas, poniéndola en relación inmediata con la del proceso cuya eficacia tratan de asegurar. En

el Art. 132. 1, inciso primero, se dispone: “1. Las medidas cautelares estarán en vigor hasta que recaiga sentencia firme que ponga fin al procedimiento en el que se hayan acordado, o hasta que éste finalice por cualquiera de las causas previstas en esta Ley”.

La relación entre la finalidad de la medida y su duración resulta perfectamente clara en este precepto: solo perderá su vigencia cuando el proceso haya concluido, y no antes. Se debe destacar especialmente la alusión a la firmeza de la sentencia, lo que implica que el hecho de que se dicte una sentencia, sea el que sea su signo (estimatorio, que permitiría, en su caso, una ejecución provisional, o desestimatorio, que pudiera evidenciar la inconsistencia del recurso), no es causa para poner fin a la medida, si la sentencia es recurrida.

La subsistencia posible de la medida durante una segunda instancia (apelación) o grado (casación) jurisdiccional, suscita un problema de relación de la medida con la ejecución provisional de la sentencia regulada en los Arts. 84 (apelación) y 91 (casación), pues la ejecución provisional puede tener un significado garantizador para el interés del recurrente, beneficiario de la medida, más intenso aun que el de la medida misma, pudiendo sustituir a la medida provisional que la habría hecho posible.

Como según el Art. 129,1 las medidas cautelares se pueden adoptar en cualquier estado del proceso, es evidente que la medida puede ser adoptada en la apelación, para lo que existe una previsión específica en el Art. 83.2, o en la casación, en la que, sin embargo, no existe previsión específica, pues la finalidad de la medida se da en similares términos a lo largo de todo el proceso, sin distinción de fases.

En estos casos es preciso determinar cuál sea el órgano competente para la adopción de la medida.

En el caso de la apelación el Art. 83.2 dispone la posibilidad de que “el Juez, en cualquier momento, a instancia de la parte interesada, podrá adoptar las medidas cautelares que sean pertinentes para asegurar, en su caso, la ejecución de la sentencia atendiendo a los criterios establecidos en el Capítulo 11 del Título VI”, y ello sin perjuicio de que la apelación de la

sentencia sea en ambos efectos (suspensivo y devolutivo); se proclama, pues, la competencia del Juez a quo.

Debe precisarse que en este caso el objeto de garantía no es ya propiamente una sentencia futura, sino la ejecución de la sentencia ya dictada, pues sin duda es a ella a la que se refiere el artículo.

La parte tendría así la posibilidad, (y el Juez la competencia para decidirla), de solicitar bien la medida cautelar en garantía de la ejecución de la sentencia que ya ha obtenido, ex Art. 83.2, bien directamente la ejecución provisional de ésta, ex Art. 84.1.

Pero junto a esa posibilidad, que tiene como presupuesto una sentencia estimatoria del recurso, en el caso de una sentencia desestimatoria cabría también, según lo dispuesto en el Art. 129. 1, la adopción de medidas cautelares, si se dan los requisitos generales para ello, debiéndose entender que en tal caso el órgano competente para la adopción de la medida será el órgano ad quem de la apelación, pues el efecto devolutivo de ésta, salvo una norma explícita similar a la del Art. 83.2, privará al Juez de competencia al respecto.

De aceptar otra solución, es decir, que el competente en caso de sentencia desestimatoria, sea también el órgano a quo, en una visión sistemática de conjunto, no tendría explicación que en el recurso ordinario (apelación), donde puede ser más justificable la competencia del órgano de segunda instancia, no existiera ésta, y que en el de casación, por la no precisión de la competencia para adoptar la medida del órgano de instancia, carezca éste de ella, correspondiéndole al Tribunal Supremo.

Por último, no existe base en la Ley para que el signo desestimatorio de la sentencia de primera instancia pueda argüirse como fundamento de una resolución desestimatoria de la medida (al menos en los casos más generales, si bien pudiera sostenerse lo contrario en los recursos contra la inactividad o la vía de hecho, regulados en el Art. 136), debiendo atenderse aquella simplemente a los requisitos generales.

h) La Ley nueva, a diferencia de la anterior, regula

expresamente la posibilidad de modificación o revocación de la medida¹², disponiendo sobre el particular en el Art. 132. 1, inciso segundo: “No obstante, podrán ser modificadas o revocadas durante el curso del procedimiento si cambiaran las circunstancias en virtud de las cuales se hubieran adoptado”.

La Ley cierra el paso a otros criterios de modificación, en el apartado 2 del artículo 132, que ordena: “No podrán modificarse o revocarse las medidas cautelares en razón de los distintos avances que se vayan haciendo durante el proceso respecto al análisis de las cuestiones formales o de fondo que configuran el debate; y, tampoco, en razón de la modificación de los criterios de valoración que el Juez o Tribunal aplicó a los hechos al decidir el incidente cautelar”.

El rechazo expreso en el precepto de los criterios a que alude es una nueva expresión en la Ley del rechazo del “fumus boni iuris”, sobre el que reiteradamente se ha llamado la atención. No solo no se le da entrada en el momento inicial de adopción de la medida, sino que expresamente se impide que el avance en el análisis de las pretensiones, en función del que pudiera alcanzar una mayor solidez la previsión del signo de la sentencia pueda utilizarse para la modificación o revocación de la medida. Solo el cambio de circunstancias y no el de criterios puede fundar la modificación o revocación de la medida.

12 Art. 23 de la LJCA salvadoreña.