JAIME RODRIGUEZ ARANA
KARLOS NAVARRO

TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

TOMO

I

APROXIMACIÓN AL DERECHO ADMINISTRATIVO CONSTITUCIONAL EN ESPAÑA Y NICARAGUA

INSTITUTO IBEROAMERICANO DE ESTUDIOS SUPERIORES
IIES
UNIVERSIDAD SANTO TOMAS DE ORIENTE Y MEDIODÍA GRANADA-NICARAGUA
"Universitas Granadensis"
EDITORIAL HISPANOAMERICANA

JAIME RODRIGUEZ ARANA
KARLOS NAVARRO

TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

TOMO

I

APROXIMACIÓN AL DERECHO ADMINISTRATIVO CONSTITUCIONAL EN ESPAÑA Y NICARAGUA

INSTITUTO IBEROAMERICANO DE ESTUDIO SUPERIORES IIESI

Docencia sin límites
UNIVERSIDAD SANTO TOMAS DE ORIENTE Y MEDIODÍA GRANADA - NICARAGUA
"Universitas Granadensis"

EDITORIAL HISPANOAMERICANA

Universidad Santo Tomás de Oriente y Mediodía

Rector
Dr. Roberto Ferrey

Instituto Iberoamericano de Estudios Superiores

Director
Karlos Navarro

Equipo Editorial

Autor	:	Jaime Rodriguez Arana Karlos Navarro
Cordinación editorial	:	Karlos Navarro
Diseño de interiores	:	Freddy Aviles C.
Diseño de portada	:	Freddy Aviles C.

ISBN: 978-99924-21-30-7

Todos los derechos reservados conforme a la Ley

© IIES, 2019

El Instituto Iberoamericano de Estudios Superiores (IIES), es una instutución adscrita a la Universidad Santo Tomás de Oriente y Mediodía, dedicada a la promoción de estudios de posgrados en diversas areas del conocimiento.

iiescontrolacademico@gmail.com

El contenido de la presente publicación es responsabilidad exclusiva de los autores, y en ningún caso debe considerarse que refleja la opinión del Instituto Iberoamericano de Estudios Superiores (IIES).

INDICE

INTRODUCCIÓN 9

I. CONCEPTO Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA 11

II. PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO ESPAÑOL 46

III. LA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO NICARAGÜENSE 64

1. La evolución del constitucionalismo en Nicaragua y su evolución en la regulación constitucional del derecho administrativo y la administración pública 67
2. La constitución de Nicaragua de 1987 y sus sucesivas reformas: un nuevo marco constitucional para la administración pública nicaragüense 68
   - 2.1 La sujeción de la Administración pública al Derecho 68
   - 2.2 La Constitución económica y la Administración pública 70
   - 2.3 La regulación constitucional del empleo público 73

IV. EL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA Y LA ELABORACIÓN DE LAS NORMAS JURÍDICAS EN ESPAÑA 76

V. LEY Y REGLAMENTO EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO ESPAÑOL 98

1. La cláusula del estado de derecho 100
2. El principio de legalidad 101
3. La ley en la teoría de las normas 106

4. La ley en el derecho administrativo español 108
5. El reglamento y la potestad reglamentaria en España 112
6. Clases de reglamentos 115
7. Requisitos y procedimiento de elaboración de los reglamentos 118
8. La inderogabilidad singular de los reglamentos 121
9. Reglamentos ilegales: especial referencia a la cuestión de ilegalidad 123
10. Reflexión conclusiva 135

VI. EL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA Y LA ELABORACIÓN DE LAS NORMAS JURÍDICAS EN NICARAGUA. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO-ADMINISTRATIVO 137

1. Principio de jerarquía 138
2. Principio de competencia 138
3. Criterio cronológico 139

VII. LA LEY Y EL REGLAMENTO EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO NICARAGUENSE 140

1. La ley 140
   1.1 Concepto y características 140
   1.2 Clases de leyes 142
   1.3 Procedimiento legislativo ordinario 144
2. El reglamento y la potestad reglamentaria en Nicaragua 145
   2.1 Concepto 145
   2.2 Distinción ley-reglamento 148
   2.3 Clases de reglamentos 152
   2.4 Atribución de la potestad reglamentaria 153
   2.5 Límites de la validez de los reglamentos 156
   2.6 Invalidez de los reglamentos 159
   2.7 Medios de reacción contra los reglamentos ilegales 159
      A. Inaplicación 159

B. Recurso de inconstitucionalidad contra reglamento 161
C. Recurso directo contra Reglamento 161
D. Recurso indirecto contra reglamento 161

VIII. EL ACTO ADMINISTRATIVO EN EL SISTEMA DE LAS FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO 163

1. El precedente administrativo 165
2. Los actos administrativos de eficacia general. Los elementos desgajados de la norma 176

IX. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO 179

1. Principios generales y derecho administrativo 181
2. Ética, valores y principios generales del derecho 188
3. El principio de buena administración y sus corolarios 192
4. El principio de buena fe 194
5. El principio de seguridad jurídica y el principio de confianza legítima 196
6. El principio de interdicción de la arbitrariedad 201
7. Reflexión final 202

X. LA JURISPRUDENCIA 204

1. Jurisprudencia y precedente judicial 207
2. Sobre la jurisprudencia en el derecho civil 214
3. La función de la jurisprudencia en el derecho administrativo: el recurso de casación 220
4. Reflexión conclusiva 229

XI. LAS FUENTES EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO NICARAGÜENSE 232

1. Tratados internacionales 237
2. Jurisprudencia dictada en el marco del recurso de inconstitucionalidad 240
3. Jurisprudencia 243

4. El precedente administrativo 248
5. Doctrina científica 249

XII. RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN ESPAÑA 253

1. Criterios para la adopción de la medida cautelar 255
2. El principio dispositivo en el proceso contencioso administrativo ... 260

XIII. RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN NICARAGUA 268

1. Los fundamentos de la tutela cautelar: el ***periculum in mora*** y el ***fumus boni iuris*** 274
2. La ponderación de los intereses de terceros y del interés público..... 280
3. Carácter reglado de la tutela cautelar. Especial referencia a la necesidad de una adecuada motivación de la decisión 282
4. La constitución de fianza como requisito para la efectividad de la medida cautelar 283
5. Suspensión como única medida cautelar posible ***versus*** reconocimiento de un ***numerus apertus*** de medidas cautelares: la necesidad de una interpretación superadora de los estrechos márgenes de la Ley Jurisdiccional nicaragüense 285
6. Procedimiento para la adopción de medidas cautelares 287
7. Medidas cautelares y proceso en el que se ventila la pretensión principal: accesoriedad e instrumentalidad de la medida cautelar.... 289
8. Conclusiones 290

XIV. EL MARCO CONSTITUCIONAL DEL ACCESO A LA FUNCION PUBLICA EN ESPAÑA 291

XV. EL MARCO CONSTITUCIONAL DEL ACCESO A LA FUNCION PÚBLICA EN NICARAGUA 316

1. Modelos de función pública 318
2. Modelo abierto 320
3. La Función Pública en Nicaragua 321

4. Ámbito de Aplicación de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa 323
5. Órganos del Servicio Civil 325
5.1 Ministerio de Hacienda y Crédito Público. 325
5.2 Comisión de Apelación del Servicio Civil. 326
5.3 Comisión Nacional del Servicio Civil 326
5.4 Instancias de Recursos Humanos 327
5.5 Sistema de clasificación de puestos 327
5.5.1 Proceso de Análisis y Descripción de Puestos 329
6. Formas de ingreso al Servicio Civil en la Administración Pública según la DIGEFUP 330
6.1 Sistema de Provisión de Puestos 330
6.2 Convocatoria para optar a puestos de trabajo dentro de la función pública 332
6.3 La contratación 334
7. Creación del Expediente: 335

XVI. SISTEMA DE GESTIÓN DEL DESEMPEÑO DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS 336

1. Derechos de los Funcionarios y Empleados 339
2. Deberes de los Funcionarios y Empleados 339
3. Jornadas de Trabajo 340
4. Causas para Perder la Condición de Funcionario o Empleado de Carrera 341
4.1 Renuncia 341
4.2 Jubilación 342
4.3 Incapacidad y fallecimiento 342
4.4 Despido e Inhabilitación 343
4.5 Reestructuración o Reorganización 343
5. Régimen disciplinario de los servidores públicos de carrera 344
5.1 Responsabilidad Disciplinaria 344
6. Recursos Administrativos: 344-

INTRODUCCIÓN

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

Me pareció muy atinada la denominación Derecho Administrativo Constitucional que utilizaba el profesor Meilán Gil para explicar el profundo impacto que la Constitución produjo sobre el entendimiento del moderno Derecho Administrativo en un Estado definido como social y democrático de Derecho.

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

I. CONCEPTO Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA

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

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

Por tanto, si las necesidades colectivas son previas, como parece, a la existencia misma de la Administración pública, entonces algún papel fundamental habrán de jugar dichos intereses en el proceso de la definición del Derecho Administrativo. Cuestión que planea, por obvias razones, el problema del origen histórico del Derecho Administrativo. Tema en el que concurren, como suele ocurrir tantas veces, con dos posiciones bien distintas. Para un sector, el Derecho Administrativo es una consecuencia de la Revolución francesa, de la necesidad que surge entonces de limitar y embridar el poder absoluto del rey. Y, para otro sector doctrinal, la historia del Derecho Administrativo se encuentra ligada a la historia de lo público, de lo común, de lo colectivo en cada país, en cada tradición, en cada cultura jurídica nacional. Pues bien, la polémica sobre esta cuestión no es más que una representación de la discusión entre perspectiva subjetiva u objetiva como criterios definidores del Derecho Administrativo, tal como se expondrá más adelante. Con otros términos, si lo decisivo es la persona jurídica y se conviene en afirmar que la Administración pública en sentido estricto, como creación de la burocracia, trae su causa de la revolución francesa, entonces dataremos el origen de esta rama del Derecho Público en 1789. Si en sentido contrario, acordamos que hay Derecho Administrativo, más o menos elaborado, más o menos desarrollado desde que se percibe lo común como algo que debe ser gestionado para el bienestar general de los habitantes, entonces el origen histórico del Derecho Administrativo es un asunto muy, muy antiguo. Por ello, estas dos orientaciones doctrinales desembocaron en la disyuntiva: o Derecho Administrativo inexistente (antes de 1789) o Derecho Administrativo desconocido, que formulara GIANNINI décadas atrás.

Sin embargo, ni el año de 1789 es el centro de la historia, ni su principio. Es más, es sabido que MONTESQUIEU, uno de los padres de la Revolución, conocía muy bien el Derecho Romano y hasta podría haberse inspirado, según parece, en algunas instituciones romanas para formular su doctrina de la separación de poderes. Sea lo que fuere, debe reconocerse que el advenimiento del Estado liberal introduce un proceso de racionalización y limitación en el ejercicio del poder, hasta entonces utilizado como estructura de dominación en su más clara expresión patrimonial que se presentaba acompañada de un conjunto extenso de prerrogativas, también dominicales.

En el mismo sentido, no conviene olvidar, ni mucho menos, que en el siglo XI se produjeron muy importantes transformaciones: desde el florecimiento de los centros urbanos – cuyas Autoridades eran electas – hasta la recepción del Derecho Romano, fenómeno, esté último, que hace necesaria la existencia de una estructura con poder, jerárquicamente organizada, en la que la pura coactividad se sustituye por la promulgación de normas escritas. Ciertamente, durante la etapa que algunos denominan de constitución del poder público

(SANTAMARIA PASTOR), hay que señalar que el propio poder público se somete a las mismas reglas jurídicas que los particulares (Derecho Común). El Rey, titular del poder, además de disponer, por influencia del Derecho Romano, de un poder genérico de dictar normas, se le reconocía a su patrimonio un conjunto de especialidades acuñadas precisamente en Roma respecto a los denominados bienes públicos como puede ser el principio de la inalienabilidad, que luego serían señales distintivas de un concreto régimen jurídico de exorbitancia que habría de caracterizar la posición jurídica de la Administración pública, sus bienes y sus derechos. Régimen del que poco a poco el monarca se irá desprendiendo, a modo de concesiones graciosas, desprendiéndose de la titularidad y gestión de determinados bienes que pasarán a manos privadas.

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

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

En efecto, para FORSTHOF, la ciencia del Derecho Administrativo nace tras la Revolución francesa y su sistematización se produce en Italia, en el segun-

do decenio del siglo diecinueve. Ahora bien, la gran pregunta que se formula GIANNINI, y que ya nos hemos formulado líneas atrás, es si con anterioridad al advenimiento de la Ilustración existía Derecho Administrativo y, en caso contrario, por qué aparece como consecuencia de la Revolución de 1789. Y, si se quiere, también convendría saber si no era Derecho Administrativo, que era lo que habría antes de la Revolución francesa (GIANNINI) que ordenaba de alguna manera los asuntos públicos.

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

Para GIANNINI, los estudios históricos sobre el Derecho Administrativo demuestran que antes de la Revolución de 1789, el Derecho Administrativo no existía. En este sentido, el maestro italiano sostiene que cuando los historiadores nos cuentan la existencia de organizaciones administrativas correspondientes a épocas anteriores a la Revolución francesa, en realidad no pueden entenderse como partes del Derecho Administrativo, sino como instituciones integrantes de la llamada Ciencia de la Administración (GIANNINI). En efecto, la "polis" griega tenía una organización pública en el seno de la cual no era posible distinguir entre órganos administrativos y órganos constitucionales, y lo mismo podría predicarse de las organizaciones administrativas del Imperio Romano o del Sacro Romano Imperio, donde había una organización de los edificios del Emperador en el primer caso y, una organización militar territorial de la Corona en el segundo supuesto. Ciertamente, todo Ordenamiento jurídico presupone una organización. No hay Ordenamiento sin organización. Ahora bien, que exista organización no implica que sea administrativa, puede ser pública, dice GIANNINI, sin ser administrativa: es decir, la organización en sí misma considerada puede recibir calificaciones jurídicas diversas.

El profesor GIANNINI, pues, se inclina por la tesis del Derecho Administrativo inexistente antes del siglo XIX, aunque reconoce que una corriente de especialistas en toda Europa ha subrayado la identidad a analogía de las instituciones de los ordenamientos contemporáneos respecto de las instituciones existentes antes del siglo XIX. Para este autor, la calificación de administrativo es moderna y resulta hasta cierto punto dudoso que su aplicación a

realidades anteriores sea exacta. Además, resulta que los países anglosajones carecen de Derecho Administrativo – al menos cómo lo entendemos en el continente – y, sin embargo, cuentan con instituciones administrativas con siglos de existencia.

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

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

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

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

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

También ofrece indudable interés la posición del profesor VILLAR PALASI, para quien el Derecho, también el Administrativo, es esencialmente histórico, definible en atención a unas determinadas coordenadas histórico-culturales. Es más, para este autor, es un hecho comprobado que las técnicas jurídicas alumbradas en un determinado momento tienden a pervivir de alguna manera en el futuro, por lo que seguir la pista de los conceptos, las categorías y las instituciones del Derecho Administrativo desde sus orígenes constituye, más que un ejercicio de erudición, un requisito esencial para su comprensión actual y su proyección en devenir. En este sentido, VILLAR PALASI piensa que a pesar de la pretensión de los revolucionarios franceses

y de no pocos tratadistas de datar la historia del Derecho Administrativo a partir de 1789, esta posición es parcial y peligrosa puesto que, como señala, no hay revoluciones absolutas ya que toda revolución es, ruptura con la tradición y utilización interesada de ella. En el Derecho, cómo en cualquiera de las manifestaciones culturales o sociales que podamos seleccionar, los procesos no son creaciones "ex nihilo" sino, más bien, productos de sedimentos progresivos a lo largo del tiempo, o, como dice VILLAR PALASI, técnicas institucionales y formas de Derecho que van configurándose poco a poco, en el transcurso del tiempo. Otra cosa es que mude el marco político del entendimiento de algunas instituciones. Sería la constatación de la sentencia de Otto MAYER: "El Derecho Constitucional pasa, el Derecho Administrativo permanece".

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

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

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

mentación normativa del Derecho Administrativo de los últimos tiempos y, sobre todo, por la separación radical de los planes de estudio de Historia y Derecho en las Universidades.

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

La perspectiva histórica obliga, pues, a sumergirse en el contexto político en que cada institución nace y se desarrolla. Como señala VILLAR PALASI, en el Derecho Administrativo, si bien se pueden constatar determinados cortes ideológicos o institucionales, entre los que destaca la Revolución francesa, no encontramos ningún corte categorial, no se dio esa congelación dogmática que caracterizó al pandectismo. Por eso, en su opinión, el Derecho Administrativo está más pegado a la historia, por eso las instituciones se han ido configurando con el transcurso del tiempo. Por eso, tantas veces comprobamos cómo la investigación histórica no es sólo entretenimiento de académicos, sino fuente segura para resolver problemas administrativos difíciles del momento presente, incluso para prevenir dilemas en el futuro.

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

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

En la tarea de la investigación histórica VILLAR PALASI nos previene contra tres obstáculos no pequeños: la pérdida del sentido de totalidad del Ordenamiento jurídico, tan frecuente en ocasiones cuándo se contemplan las instituciones desde el pensamiento único y bajo determinadas consignas

metodológicas, sobre todo inspiradas en una perspectiva de dominación de la doctrina extranjera como única vía de investigación. Otra dificultad que se debe combatir, y que no es nada fácil, es el peligro de desdeñar los detalles pues tantas veces muestran el fondo de la cuestión o plantean interrogantes insospechados en un determinado momento. Esto, según VILLAR PALASI, es especialmente relevante en materia de policía, dominio público, servicio público u orden público pues, sin descender a los detalles es muy complicado ver las ideas como son en sí mismas; todo lo más nos limitaremos a leer las etiquetas que habitualmente se repiten de un autor a otro.

Por otra parte, en la tarea de la investigación histórica del Derecho Administrativo español es menester, como señala el profesor VILLAR PALASI, conocer por dentro la estructura de las instituciones administrativas, cómo y por qué actúan los protagonistas, para qué se crearon y a qué fin sirvieron las categorías jurídicas que manejamos.

Es decir, el entorno social, político o las motivaciones reales de los titulares del poder explican muchas veces la realidad jurídico-administrativa mucho mejor que determinadas aproximaciones formales preestablecidas que pretenden explicarlo todo en función de unas coordenadas montadas " a priori" en función de una concreta finalidad doctrinal.

El uso equilibrado y moderado de la literatura extranjera evita el peligro de las perspectivas parciales, de la interpretación aislada del Ordenamiento y, sobre todo, permite entender el sentido y la justificación de la historia de las instituciones jurídicas extranjeras en su propio contexto social y político. No pocas veces se ha intentado dar con la explicación de la funcionalidad de alguna institución del Derecho Administrativo español a partir del manejo de una monografía extranjera, cuándo no se ha importado "in toto" una determinada categoría jurídica que terminará por desnaturalizar su sentido en el contexto histórico en el que nace entre nosotros. Quizás por ello, el profesor VILLAR PALASI advierte sobre este peligro señalando que el jurista francés elaboró su doctrina del acto administrativo sobre su propio solar, sin girar la vista al vecino. Pero Italia y España importaron sin aduanas de precaución la doctrina alemana. Y ahí, dice con sentido del humor VILLAR PALASI, el uniforme del conserje de un hotel es muy parecido al entorchado de un almirante, pero representan cosas bien diferentes que sería erróneo confundir.

Igualmente, en la investigación histórica del Derecho Administrativo español hemos de dar la importancia que tiene, que no es poca, a la regulación pormenorizada, dice VILLAR PALASI; al trayecto evolutivo, pues sin esto no llegaremos a ver las ideas tal como son por sí mismas, sino, más bien; a

adoptar la especie por el género, definiendo el servicio público con la mente puesta en los ferrocarriles; y a aceptar acríticamente la construcción francesa con el engañoso espejismo de que habiendo nacido allí la institución, es allí donde se ha de encontrar la solución.

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

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

Más adelante, tras la creación de la llamada Escuela de Administración pública de Madrid en 1842, la asignatura "Derecho Político y Administrativo" se enseñará, como apunta el profesor GALLEGO ANABITARTE, en una sección de la Facultad de Filosofía y Letras, que llegaría a tener una propia sección de Administración en 1852, que se incorporaría, como era lógico, en 1857 a la Facultad de Jurisprudencia. Un buen exponente de la especial consideración que se empezó a dar al Derecho Administrativo en los programas

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

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

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

También GARRIDO FALLA se ocupó de esta problemática, tal y como confiesa en el prólogo al libro de BASSOLS COMA: "Génesis y evolución del Derecho Urbanístico Español (1812-1956)", al subrayar que antes de emprender determinadas investigaciones de orden dogmático resulta necesario acometer su comprensión desde un punto de vista histórico, pues así se evitan precipitadas afirmaciones. En este contexto, GARRIDO FALLA es partidario de que en la investigación histórica del Derecho Administrativo nos preguntemos por las causas del nacimiento de las instituciones, de los conceptos, por el contexto social y jurídico de su alumbramiento, qué ejemplos del Derecho Comparado se tuvieron presentes, cuál era el estado de la doctrina por entonces, cuál fue el factor principal que desencadenó el nacimiento de la institución o del concepto; en fin, por qué fue necesario alterar el orden jurídico de la época para dar carta de naturaleza legal a la nueva institución,

qué ideas de todo orden determinaron la regulación de la institución. En su monografía BASSOLS COMA confirma las reflexiones anteriores al subrayar la importancia de preguntarse por qué han nacido unas instituciones que llamamos urbanísticas y qué presupuestos políticos, sociales y económicos han condicionado su emergencia. La perspectiva histórica va más allá de la Historia del Derecho pues debe ser complementada con otras ciencias sociales como puede ser la economía o la sociología.

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

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

La Historia de la Administración española del siglo XVIII ha sido, como es bien sabido, uno de los objetos de estudio del profesor BAENA DEL ALCAZAR, para quien su investigación constituyó una manera de tratar de averiguar si los españoles del siglo XVIII, y especialmente los del último tercio, situados ante o dentro de una Administración robustecida y reformada, realizaron estudios sobre los temas administrativos que puedan considerarse antecedentes del Derecho Administrativo o de la ciencia de la Administración. Por ello, cómo se pregunta BAENA DEL ALCAZAR, si los economistas

o historiadores han encontrado un tema de inagotable interés en el estudio de los reinados de los primeros borbones, ¿no es lógico que los administrativistas puedan hallarlo teniendo en cuenta el papel jugado por la Administración de la época?

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

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

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

El tránsito del Estado liberal al Estado social trajo consigo importantes consecuencias para el Derecho Administrativo. La más importante, que el Estado, separado herméticamente de la sociedad, comienza a intervenir de

forma creciente en la vida social hasta llegar a constituirse en director y conformador social. Y, por tanto, el Derecho Administrativo llegó a ser el gran instrumento para la gran penetración social del Estado, hoy afortunadamente reconducida, más o menos, a sus justos límites.

Hoy, el modelo del Estado de bienestar que ha hecho crisis, nos deja un Derecho Administrativo pensado para regular omnímodamente la realidad social, casi sin recovecos dejados a los espacios propios de los ciudadanos. La Administración pública se convirtió en un fin en sí misma y el Derecho Administrativo en el instrumento para el cumplimiento de sus actividades. El bienestar se convirtió igualmente en un objetivo, en lugar de en un punto de partida que haga posible el libre desarrollo de las personas en la sociedad. Por eso, afortunadamente hoy vivimos en un nuevo Estado de bienestar, heredero del Estado social, pero más abierto y dinámico, en el que el interés general ya no se monopoliza desde la alta burocracia, sino que se define entre el propio Estado y los agentes sociales. Es un modelo de Estado social al servicio de la persona. Y, el Derecho Administrativo moderno, el Derecho del poder público para la libertad. Estos años, sin embargo, la perspectiva estática y clientelar del bienestar, aliada con la tecno estructura, ha dado al traste con un modelo que parecía imbatible y que, sin embargo, no ha podido resistir a los encantos del capitalismo salvaje por haber dejado introducirse en su corazón y en su alma una dimensión utilitaria y lucrativa que ha engendrado una corrupción sin precedentes.

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

Desde la caída del Imperio Romano(476) hasta 1789, crisis de los Estados absolutos, asistimos, según SANTAMARIA PASTOR, a la etapa de la construcción del poder: los Reyes ven limitados sus poderes por los denominados señores feudales, habrá que esperar a la alta Edad media para conocer, aunque sea de manera escasa, actividad del Estado. El poder se concibe según una pura estructura de dominación bajo técnicas propias del derecho patrimonial: es un poder que se agota en sí mismo, que no se relaciona con el exterior y que comprende todo un conjunto de facultades derivadas del derecho de propiedad. En el siglo XI, como señala SANTAMARIA PASTOR, con ocasión del apogeo del comercio, de la emergencia de los centros urbanos y de la recepción del Derecho Romano, con una diferente manera de entender lo público, asistimos a una relativa modernización de la sociedad

en la que aparece una organización que dispone de poder, jerárquicamente organizada, que dicta normas escritas. Estamos en el proceso de creación de los Estados nacionales consecuencia de la crisis del Imperio, la guerra se erige en un factor de consolidación de la realidad estatal y, como lógica consecuencia, aparece una nueva organización dedicada a la recaudación de impuestos con fines bélicos: la burocracia, siquiera sea incipiente haría acto de presencia aunque sea limitada a esta terrible actividad.

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

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

El Rey, ya lo hemos señalado, concentra todos los poderes: civil y militar. Es el jefe del Estado, el jefe militar y el jefe civil; tiene la jurisdicción total. El aparato central, por ejemplo en la alta Edad Media, estaba compuesto por diversos consejos: en unos casos dichos órganos tenía funciones domésticas (Officium Palatinum) y en otros se trataba de asambleas a las que debía consultar determinados asuntos (Curia Regia). En la baja Edad Media, como nos cuenta SANTAMARIA PASTOR, el Officium se transforma en

una cancillería encargada de la llevanza de las finanzas reales, y la Curia se desdobló en el Consejo Real, antecedente del Consejo de Estado actual, que se convierte en órgano consultivo desde entonces; y en las Cortes, de manera que los representantes de las ciudades se constituían en Asambleas a las que el Rey debía pedir su consentimiento para el establecimiento de los tributos. Por tanto, de alguna manera podría decirse que en la tradición española el Jefe del Estado y las Cortes han sido los dos órganos políticos esenciales de la historia del ejercicio del poder público.

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

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

Punto aparte merece la burocracia, poder dónde los haya, entonces y, por supuesto, ahora. Ya hemos señalado que hasta el siglo XV fue necesario disponer de una organización administrativa amplia para atender las obligaciones militares y mercantiles: para ello la nobleza y el clero jugaron un relevante papel, siempre, eso sí, a título honorífico. Sin embargo, en opinión de SANTAMARIA PASTOR, el crecimiento de la intervención pública obligó a acudir a las clases ilustradas de la burguesía de una manera permanente y profesional hasta cierto punto. En este contexto, la llamada patrimonialización de los cargos consistió en una fórmula de venta de éstos por parte de los monarcas con la única finalidad de obtener réditos económicos para

sostener las maltrechas arcas reales, mermadas a causa de las guerras. Aparece entonces una omnipotente burocracia propietaria de los cargos que podía poner en apuros los designios de los mismos reyes. La llegada de los Borbones también trae consigo cambios en la burocracia. Por de pronto, eliminan la compra-venta de cargos, honores y distinciones y establecen la llamada burocracia comisarial: los cargos se convierten en temporales, para tareas concretas y determinadas de manera que sus titulares podían ser libremente removidos por el Rey en cualquier momento. Aparece, en versión rudimentaria, el sistema de libre remoción y nombramiento de los cargos públicos, que, como es obvio, introduce un principio de quiebra en el poder de los burócratas, ahora en manos de la decisión del Rey.

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

El advenimiento del Estado liberal nos introduce en la etapa de racionalización, limitación y objetivación del poder, tarea en la que seguimos instalados en la actualidad porque el poder tiende a imponerse sin atender más que a planteamientos unilaterales. El siglo XVIII, como señala SANTAMARÍA PASTOR, inaugura nuevas reformas que vienen de la mano del crecimiento demográfico, de las crisis agrarias, de los problemas de desempleo, de las pugnas entre el campo y la ciudad, del racionalismo filosófico, de las pretensiones absolutas y mecánicas del progreso, de las pugnas entre nobleza y burguesía por hacerse con el control de la burocracia, del poder. En este contexto, por sorprendente que parezca, reaparece con inusitada fuerza la nobleza, pieza fundamental de este período, intentando acaparar tierras, presionando para hacerse con los cargos y con las rentas. Estamos en los al-

bores del Estado liberal, en el tránsito del Antiguo Régimen al Estado liberal (1770-1850).

Los fundamentos del Estado liberal, como es bien sabido, son la soberanía nacional, de manera que los gobernantes son titulares de poderes delegados que pertenecen por esencia a la nación, al pueblo en su conjunto; la separación de poderes, que no es sólo una técnica de limitación del poder sino una división del poder en atención a sus principales funciones (dictar normas jurídicas, ejecutarlas y dirimir los conflictos que se produzcan con ocasión de su aplicación a la realidad); el reconocimiento de ciertos derechos que son innatos a las personas, de los que son titulares en atención a su condición humana, derechos que son indisponibles para los poderes del Estado, que debe reconocerlos y facilitar su ejercicio; y finalmente el principio de legalidad ya la ley es la expresión de la voluntad general y ahora el poder ya no es puro capricho o pura autodeterminación de la voluntad del que manda sino que su ejercicio está sujeto a normas que incluso mensurar y gradúan su forma de materialización y proyección sobre la realidad, especialmente sobre las personas. SANTAMARIA PASTOR ha llamado la atención sobre algo que, en sí mismo, es sorprendente por paradójico: en Francia el Estado liberal, lejos de simplificar las estructuras administrativas, facilitó su ampliación a partir de una determinada manera de entender la racionalidad que reforzó las técnicas administrativas y propició una mayor presencia del poder estatal en los llamados servicios esenciales: educación, beneficencia y sanidad. En este contexto, la burguesía, que desde el principio se introdujo masivamente en la nueva burocracia, se especializó en el manejo del poder. Se liquidaron las diferencias y peculiaridades territoriales, se eliminaron las trabas feudales, se construyeron nuevas infraestructuras para la actividad económica que se dirigía desde el Estado. En fin, con la excusa de la instauración de un nuevo orden público, los nuevos titulares de los poderes públicos aprovecharon el momento para afianzarse en un centralismo del cual todavía viven no pocos países del viejo continente especialmente aquellos más afectados por la influencia de la francesa revolución de 1789.

Si analizamos estas cuestiones de la mano de SANTAMARIA PASTOR, ahora desde la perspectiva de las nuevas estructuras organizativas, habría que comenzar afirmando que en esta época se producen relevantes cambios en la organización de la Administración pública que, en buena parte, perviven hasta nuestros días. Por lo que se refiere a la Administración del Estado, se produce la separación entre el Jefe del Estado, el Rey, y el gobierno, ahora en manos de un órgano distinto: la presidencia del consejo de ministros (1823). Esto, desde el punto de vista formal. Desde la perspectiva organizativa, las estructuras se multiplican exponencialmente según el modelo jerárquico, distanciándose así del sistema colegial de los Austrias. Surge la estructura

ministerial en Francia compuesta de diversas unidades a las que se asignan diferentes funciones. En este marco, ya lo hemos adelantado, se eliminan las diferencias territoriales y se instaura un férreo sistema de departamentos a cuyo frente se sitúa a un delegado de la Administración del Estado que controla la presencia del Estado en el territorio y dirige a las Autoridades locales.

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

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

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

En el siglo XX, bien lo sabemos, el Estado experimenta grandes transformaciones de todo orden, especialmente en lo que atiende a la intervención pública, a veces asfixiante, en la vida social y económica. Las razones de tal proceder se han encontrado en la necesidad, tras la Segunda Guerra Mundial, de reconstruir una sociedad europea devastada por la gran conflagración, tarea

que asumió el Estado desde una posición de configuradora y conformadora del orden social y económico. SANTAMARIA PASTOR también cita entre las causas del nuevo modelo de Estado, las crisis bélicas del siglo pasado con la consiguiente centralización de los recursos nacionales. Tampoco debe olvidarse que en el siglo XX irrumpen los derechos sociales, la participación y, consecuentemente, al terminarse, al menos de facto con un Estado monopolizado por una sola clase, se genera el compromiso de reducir al máximo las disputas sociales por procedimientos reformistas no violentos. A ello hay que añadir el aumento demográfico, el proceso de racionalización del uso del suelo en las grandes urbes, que acaparan el protagonismo social, político y económico. En este caldo de cultivo germina la terminología Estado de Bienestar para unos, Estado social para otros, en el que, en efecto, el interés general aparece dominado por la todopoderosa burocracia, quizás ahora no identificada ya "in toto" con la burguesía, pero si dispuesta al control social y a la intervención permanente y continua de la sociedad.

El advenimiento del Estado social o Estado de Bienestar trae consigo, por las razones antedichas, una mayor intervención en la economía, asumiendo el timón del orden económico nacional, y en relación con el trabajo: es el tiempo de la creación de la Seguridad social y de las políticas de protección laboral: límites a la jornada de trabajo, prohibición del trabajo para los menores, incorporación de la mujer, negociación colectiva y sindicalismo. SANTAMARIA PASTOR destaca dos hechos que, en parte, todavía hoy tienen sentido. Por una parte el Estado ha de abrirse a la globalización y, por ello, la dimensión interna se queda pequeña para muchas cosas de manera que se empieza a matizar esa función de dirección de la marcha de la sociedad. Y, en segundo término, el Estado pasa de ser una pura estructura de dominación a convertirse en un gran centro proveedor de servicios públicos a los ciudadanos con el fin de garantizarle un mínimo de bienestar. Esta cuestión del bienestar es, para mí, de gran trascendencia pues, como intentaré demostrar en el próximo capítulo, el Estado no se justifica, de ningún modo, para decir a las personas lo que han de hacer, sino para generar un ambiente favorable al ejercicio de los derechos fundamentales, que es cosa muy distinta a la perspectiva estática del bienestar que encontramos en este momento. Hoy, la reivindicación que hemos de hacer pasa por el bienestar dinámico; esto es, por que la acción pública no se dirija a la caza y captura de la voluntad del ciudadano, sino que se oriente a que el propio ciudadano pueda ejercer con efectividad su libertad solidaria.

Para atender el crecimiento de actividades públicas, singularmente administrativas, las estructuras administrativas se multiplicarán superando con mucho las posibilidades reales de una economía razonable. El Gobierno asume el papel principal, mientras que los Parlamentos no son más que órganos secundarios que, valga la redundancia, secundan las indicaciones e

instrucciones que los Ejecutivos, que son quienes elaboran los proyectos de Ley y quienes supervisan su tramitación, condenando a los legisladores a ser meros delegados de la voluntad de los ministros de turno. En este contexto, aparece el llamado Estado de partidos, pues serán estos los que realmente van a tomar todas las decisiones relevantes en el orden legislativo, ejecutivo, y tantas veces judicial. Cómo el Estado de Bienestar propiciará un sinfín de cargos públicos, los partidos van tejiendo sus redes y, poco a poco, la función legislativa, la ejecutiva y la judicial, según los modelos de selección de los jueces, dejan de ser funciones autónomas para ser actividades que dirige, a veces con mano de hierro, la jerarquía del partido político, sea en el gobierno, sea en la oposición.

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

En otro orden de cuestiones, son tiempos, los del Estado de Bienestar, en los que muchos Estados comienzan, por mor de la participación y distribución territorial del poder, procesos descentralizadores en los que la autonomía o la soberanía, según los casos, de los componentes resultantes reproducen en muchas ocasiones, a escala autonómica, por situarnos en nuestro caso, el modelo del Estado, perdiendo una gran ocasión para pensar nuevos modelos organizativos y de gobierno más adecuados a las distintas realidades territoriales. También en el escalón autonómico se produce una fuerte proliferación de órganos y organismos públicos que terminan por invadir los ya estrechos márgenes de la autonomía de la sociedad, hasta el punto de que el sector público de las Comunidades Autónomas no conoce ni freno ni austeridad. Por si esto fuera poco, las estructuras territoriales del orden autonómico convivirán con muchas instituciones del Estado liberal en un difícil ejercicio de racionalidad y calidad en el ejercicio de las competencias. Las grandes perdedoras del proceso, como pasó en el Estado liberal, son las Administraciones y Gobiernos locales que observan como las Comunidades Autónomas crecen y crecen y ellas, por paradójico que parezca, han de gestionar quizás más tareas públicas, con unos presupuestos que han ido descendiendo por el apetito de las instituciones autonómicas.

Junto a la descentralización territorial está la descentralización funcional que, en el Estado de Bienestar bate todos los récords en lo que se refiere a la creación de entes, agencias o sociedades públicas, tantas veces alumbradas para cobijar a responsables políticos que se han quedado sin empleo conocido. Son años en los que en nombre de la eficacia administrativa, aparece toda una panoplia de entes público sometidos al Derecho privado pues se piensa que la eficiencia es lo más contrario a los procedimientos y lo más próximo al

mercado y a la flexibilidad del Derecho privado. Claro, las consecuencias de saltarse los procedimientos y, en última instancia el principio de legalidad, están a la vista de todos: una corrupción galopante que propició la dictadura de ese pensamiento único de la eficacia y la eficiencia.

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

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

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

En efecto. Una de las polémicas más interesantes a las que podemos asistir en estos momentos es la de la función del Estado, y más concretamente, la de la supuesta crisis del llamado Estado de Bienestar. ¿Por qué ha entrado en crisis esta forma de entender las relaciones Estado-Sociedad?. Me parece que, entre otras razones, porque el Estado, que está al servicio del interés general y del bienestar general e integral del pueblo, se olvidó, y no pocas veces, de los problemas reales de la gente. Es decir, en lugar de garantizar los derechos y libertades de los ciudadanos, se dedicó a intervenir en sus vidas desde "la cuna hasta la tumba" con un ánimo más bien de control social que estimulante de las energías sociales necesarias para un desarrollo social armónico y equilibrado.

Por eso, la reforma del Estado actual hace necesario colocar en el centro de la actividad pública la preocupación por las personas, por sus derechos, sus aspiraciones colectivas, sus expectativas públicas, sus problemas generales o sus dificultades en un contexto de servicio objetivo al interés general. El modelo del Estado intervencionista acabó por ser un fin en sí mismo, como

el gasto público y la burocracia. Hoy más que nunca hay que recordar que el Estado es del pueblo, la burocracia es de ciudadanía y que los intereses generales deben definirse con la activa participación de la gente.

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

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

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

Las prestaciones, los derechos, tienen un carácter dinámico que no puede quedar a merced de mayorías clientelares, anquilosadas, sin proyecto vital,

que puede llegar a convertirse en un cáncer de la vida social. Las prestaciones del Estado tienen su sentido en su finalidad.

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

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

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

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

Las políticas modernas se hacen, pues, siempre a favor de la gente, de su autonomía -libertad y cooperación-, dándole cancha a quienes la ejercen e incitando o propiciando su ejercicio -libre- por parte de quienes tienen mayores dificultades para hacerlo. Acción social y libre iniciativa son realida-

des que el pensamiento compatible capta como integradoras de una realidad única, no como realidades contrapuestas.

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

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

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

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

Es una reflexión obligada también por la insatisfacción que se aprecia en los países desarrollados de occidente ante los modos de vida, las expecta-

tivas existenciales, las vivencias personales de libertad y participación. Y es una reflexión que nos conduce derechamente a replantearnos el sentido de la vida y del sistema democrático no para superarlo, sino para recuperarlo en su ser más genuino y despojarlo de las adherencias negativas con que determinados aspectos de las ideologías modernas la han contaminado, contaminaciones que han estado en el origen de las lamentables experiencias totalitarias del siglo pasado, particularmente en Europa.

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

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

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

Al amparo de esta construcción teórica, aparece el Estado Providencia (Welfare State) que asume inmediatamente la satisfacción de todas las necesidades y situaciones de los individuos desde "la cuna hasta la tumba". Es un modelo de Estado de intervención directa, asfixiante, que exige elevados impuestos y, lo que es más grave, que va minando poco a poco lo más importante, la responsabilidad de los individuos. El Estado de Bienestar que ha

tenido plena vigencia en la Europa de "entreguerras" es, como es bien sabido, un concepto político que, en realidad, fue una respuesta a la crisis de 1929 y a las manifestaciones más agudas de la recesión.

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

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

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

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

La economía social de mercado no presupone una mayor intervención del Estado en la vida económica y social; ni tampoco exige que los poderes públicos

se abstengan de intervenir en la sociedad o en la economía. Lo que resulta evidente es que el papel del Estado debe cambiar para perseguir la cuadratura del círculo, esto es, conciliar (si ello es posible) las que, a juicio de DAHRENDORF, eran las tres aspiraciones básicas de los ciudadanos: la prosperidad económica mediante el aumento de la riqueza, vivir en sociedades civiles capaces de mantenerse unidas y constituir la base sólida de una vida activa y civilizada, y contar con unas instituciones democráticas que garanticen la vigencia del Estado de Derecho y la libertad política de las personas.

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

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

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

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

Por lo tanto, si el Estado tiene como función primaria genérica la promoción de la dignidad humana, se entenderá sin esfuerzo que el bienestar de los ciu-

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

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

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

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

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

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

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

Pues no es así. Denunciar el hecho comprobado de la inviabilidad del Estado de Bienestar, tal como se ha concebido históricamente por la socialdemocracia, reivindicar la necesidad y el proyecto político de las reformas necesarias, se hace en mi caso desde la convicción irrenunciable de que no sólo el bienestar público es posible, sino necesario, y no sólo necesario sino insuficiente en los parámetros en los que ahora se mide. Es decir, es necesario, -es de justicia-, que incrementemos los actuales niveles de bienestar -si se puede hablar así-, sobre todo para los sectores de población más desfavorecidos,

más dependientes y más necesitados. Insisto, es una demanda irrebatible que nos hace el sentido más elemental de la justicia.

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

Tal cosa se traduce en que el bienestar no sólo no está reñido con la austeridad, sino que no se puede ni concebir ni articular sin ella. La austeridad no puede entenderse como privación de lo necesario, sino como ajuste a lo necesario, y consecuentemente limitación de lo superfluo. Si no es posible realizar políticas austeras de bienestar no es posible implantar un bienestar social real, equitativo y progresivo, capaz de asumir -y para todos- las posibilidades cada vez de mayor alcance que las nuevas tecnologías ofrecen. Insisto en que austeridad no significa privación de lo necesario. Políticas de austeridad no significan por otra parte simplemente políticas de restricción presupuestaria. Políticas de austeridad significan la implicación de los ciudadanos en el recorte de los gastos superfluos y en la reordenación del gasto. Sin la participación activa y consciente de una inmensa mayoría de los ciudadanos considero que es imposible la aproximación al Estado de bienestar social que todos -de una manera o de otra anhelamos-. Es necesaria por parte de la ciudadanía la asunción de la responsabilidad política en su conducta particular, para hacer posible la solidaridad, la participación, que es meta de la acción pública. Hoy, en plena crisis económica, reconocemos que la austeridad no debe ser sólo una característica del gasto público en época de "vacas gordas", sino una propiedad connatural a la naturaleza misma del gasto.

Las políticas públicas austeras son compatibles con una expansión del gasto. Porque la expansión del gasto es necesaria, porque no son satisfactorios aún los niveles de solidaridad efectiva que hemos conseguido. Pero expandir el gasto sin racionalizarlo adecuadamente, sin mejorar las prioridades, sin satisfacer demandas justas y elementales de los consumidores, es hacer una contribución al despilfarro. Y aquí no me detengo en una consideración moralista de la inconveniencia del gasto superfluo, sino que me permito recla-

mar y que se comprenda la tremenda injusticia que está implícita en el gasto superfluo o irracional cuando hay tantas necesidades perentorias sin atender todavía. La crisis, y el ocaso de la visión estática del bienestar, abonan soluciones de este tenor. Recortar y podar el gasto sin criterio, tal y como se está haciendo en estos tiempos, a la larga, ya lo veremos, puede traer consigo mermas irreversibles de la calidad de vida de los ciudadanos.

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

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

Sigamos con la política pública sanitaria. Queda mucho, muchísimo, por hacer. La asistencia sanitaria universal no puede ser una realidad nominal o contable, porque la asistencia debe ser universalmente cualificada desde un punto de vista técnico-médico, inmediata en la perspectiva temporal, personalizada en el trato, porque la centralidad de la persona en nuestras políticas lo exige. Y además debe estar articulada con programas de investigación avanzada; con innovaciones de la gestión que la hagan más eficaz; con una adecuación permanente de medios a las nuevas circunstancias y necesidades; con sistemas que promocionen la competencia a través de la pluralidad de interpretaciones en el modelo que -eso sí- en ningún caso rompan la homogeneidad básica en la prestación, etc.

Además, precisamente por no tratarse de un problema puramente técnico o de gestión, la política sanitaria, y los desafíos del bienestar deben encuadrarse en el marco de la política general, porque en ella se evidencian los objetivos últimos de la política que ya indiqué: promoción de la libertad -en

nuestro caso liberación de las ataduras de la enfermedad-, solidaridad -evidente como en pocos campos en la asistencia sanitaria universal-, y participación activa. Este deber de participación, libremente asumido, enfrenta al ciudadano a su responsabilidad ante el sistema sanitario, para reducir los excesos consumistas; le abre y solicita su aceptación de posibilidades reales de elección; establece límites subjetivos al derecho, que debe interpretarse rectamente no como derecho a la salud estrictamente, sino como derecho a una atención sanitaria cualificada; y plantea también la necesidad de asumir la dimensión social del individuo buscando nuevas fórmulas que de entrada al ámbito familiar -sin recargarlo- en la tarea de humanización de la atención sanitaria.

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

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

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

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

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

La dificultad primera para la definición del derecho Administrativo, según MEILAN GIL, proviene de la naturaleza esencialmente dinámica de su contenido. Esta naturaleza movediza, esencialmente mudable, le viene al Derecho Administrativo, en buena parte, de su vinculación a la política, de su deambular en el mundo de la oportunidad y de la conveniencia (WEIL). Por eso, la historia del Derecho Administrativo podría contemplarse como una búsqueda incesante de títulos que justifiquen la intervención de quienes en

cada momento son los responsables del poder político, o, también, como el resultado de una serie de tensiones en torno al poder. El Derecho Administrativo adquiere así un cierto carácter de compromiso, presente en la propia entraña del Derecho y que para el Derecho Administrativo se manifiesta especialmente en su configuración moderna, tras la Revolución francesa.

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

II. PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO ESPAÑOL

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

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

Parece también fuera de dudas que el Derecho Administrativo del siglo XXI es distinto del siglo pasado en la medida en que el sustrato político y social que le sirve de base es bien distinto, como también es bien distinto el modelo de Estado actual. El Derecho Constitucional pasa, el Derecho Administrativo permanece es una manida y reiterada frase acuñada según parece por

Otto MAYER que nos ayuda a entender que las instituciones típicas de la función administrativa, de una u otra forma, son permanentes, pudiendo variar obviamente la intensidad de la presencia de los poderes públicos de acuerdo con el modelo político del Estado en cada momento. Claro está, cuando me refiero al Estado, me refiero también "mutatis mutandis" a los diferentes Entes territoriales que disponen de autonomía para la gestión de sus intereses: Comunidades Autónomas y Entes locales, pues en ambos casos estamos en presencia de Entes públicos de inequívoca naturaleza estatal.

Como veremos, el entendimiento que tengamos del concepto del interés general a partir de la Constitución de 1978 va a ser capital para caracterizar el denominado Derecho Administrativo Constitucional que, en dos palabras, aparece vinculado al servicio objetivo al interés y a la promoción de los derechos fundamentales de la persona. Quizás, la perspectiva iluminista del interés público, de fuerte sabor revolucionario y que, en definitiva, vino a consagrar la hegemonía de la entonces clase social emergente que dirigió con manos de hierro la burocracia, hoy ya no es compatible con un sistema sustancialmente democrático en el que la Administración pública, y quien la compone, lejos de plantear grandes o pequeñas batallas por afianzar su "status quo", debe estar a plena y exclusivamente a disposición de los ciudadanos, pues no otra es la justificación constitucional de la existencia de la entera Administración pública. En esta línea, el Derecho Administrativo Constitucional plantea la necesidad de releer y repensar dogmas y principios considerados hasta no hace mucho como las señas de identidad de una rama del Derecho que se configuraba esencialmente a partir del régimen de exorbitancia de la posición jurídica de la Administración como correlato necesario de su papel de gestor, nada más y nada menos, que del interés público. Insisto, no se trata de arrumbar elementos esenciales del Derecho Administrativo, sino repensarlos a la luz del Ordenamiento constitucional. Es el caso, por ejemplo, de la ejecutividad del acto, que ya no puede entenderse como categoría absoluta sino en el marco del principio de tutela judicial efectiva, como consecuencia de los postulados de un pensamiento compatible y complementario que facilita esta tarea.

Lo que está cambiando es, insisto, el papel del interés público que, desde los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, aconseja el trabajo, ya iniciada hace algunos años entre nosotros, de adecuar nuestras instituciones a la realidad constitucional. Tarea que se debe acometer sin prejuicios ni nostálgicos intentos de conservar radicalmente conceptos y categorías que la hoy que encajan mal con los parámetros constitucionales. No se trata, de ninguna manera, de una sustitución "in toto" de un cuerpo de instituciones, conceptos y categorías, por otro; no, se trata de estar pendientes de la realidad social y constitucional pare detectar los

nuevos aires que han de alumbrar los nuevos conceptos, categorías e instituciones con que el Derecho Administrativo, desde este punto de vista, se nos presenta, ahora en una nueva versión más en consonancia con lo que son los elementos centrales del Estado social y democrático de Derecho dinámico, o también denominado de segunda generación. Ello no quiere decir, cómo se comentará en su momento, que estemos asistiendo al entierro de las instituciones clásicas del Derecho Administrativo. Más bien, hemos de afirmar que el nuevo Derecho Administrativo está demostrando que la tarea que tiene encomendada de garantizar y asegurar los derechos de los ciudadanos requiere de una suerte de presencia pública, quizás mayor en intensidad que en extensión, que hace buena aquella feliz definición realizada por GONZÁLEZ NAVARRO del Derecho Administrativo como el Derecho del poder para la libertad.

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

De un tiempo a esta parte, observamos notables cambios en lo que se refiere al entendimiento del interés general en el sistema democrático. Probablemente, porque según transcurre el tiempo, la captura de este concepto por la entonces emergente burguesía- finales del siglo XVIII- que encontró en la burocracia un lugar bajo el sol desde el que ejercer su poder, lógicamente ha ido dando lugar a nuevos enfoque más abiertos, más plurales y más acordes con el sentido de una Administración pública que, como señala el artículo 103 de nuestra Constitución "sirve con objetividad los intereses generales". Es decir, si en la democracia los agentes públicos son titulares de funciones de la colectividad y ésta está llamada a participar en la determinación, seguimiento y evaluación de los asuntos públicos, la necesaria esfera de autonomía de la que debe gozar la propia Administración ha de estar empapada de esta lógica de servicio permanente a los intereses públicos. Y éstos, a su vez, deben abrirse, tal y como ha establecido el Tribunal Constitucional, en su sentencia de 7 de febrero 1984, a los diversos interlocutores sociales, en un ejercicio continuo de diálogo, lo cual, lejos de echar por tierra las manifestaciones unilaterales de la actividad administrativa, plantea el desafío de construir las instituciones, las categorías y los conceptos de nuestra disciplina desde nuevos enfoques bien alejados del autoritarismo y el control del

aparato administrativo por los que mandan en cada momento . No es una tarea sencilla porque la historia nos demuestra que la tensión que el poder político introduce en el funcionamiento administrativo a veces socava la necesaria neutralidad e imparcialidad de la Administración en general y de los funcionarios en particular.

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

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

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

pensamiento abierto, plural, dinámico y compatible, la matriz desde la cual se pueden entender los profundos cambios que se están operando en el seno del Derecho Administrativo moderno como puede ser el alumbramiento del concepto del servicio de interés general o la reconsideración de la autotutela y ejecutividad administrativa.

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

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

tivas se haya en la inercia y en la resistencia a los cambios que habita en la mentalidad de los dirigentes de la cosa pública. Es decir, la caracterización clásica del servicio público (titularidad pública y exclusiva) ha ido adecuándose a la realidad hasta que se ha llegado a un punto en el que la fuerza de la libertad y de la realidad han terminado por construir un nuevo concepto con otras características, sin enterrar nada, y menos con intención de enarbolar la bandera del triunfo de lo privado sobre lo público, porque el debate conceptual ni se plantea en estos términos ni es verdad que el Derecho Administrativo haya perdido su razón de ser. Más bien, lo que está ocurriendo es que está emergiendo un nuevo Derecho Administrativo desde otras coordenadas y otros postulados diferentes a los de antes. Pero, al fin y al cabo, Derecho Administrativo.

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

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

En el caso que nos ocupa, me parece que es menester analizar los artículos 9, 10, 24, 31, 97 y 103 ya que, junto al artículo 53.2, son los preceptos en los que encontramos un conjunto de principios y parámetros que nos ayudan a reconstruir las categorías, conceptos e instituciones deudores de otros tiempos y de otros sistemas políticos a la luz del marco constitucional actual. Cualquiera que se asome a la bibliografía española del Derecho Administrativo, encontrará un sinfín de estudios e investigaciones sobre la adecuación a la Constitución de las principales instituciones que han vertebrado nuestra disciplina, que a las claras demuestra como la doctrina tiene bien presente esta tarea.

Entre estos preceptos, ocupa un lugar destacado el artículo 103 CE que, en mi opinión, debe interpretarse en relación con todos los artículos de nuestra Carta magna que establecen determinadas funciones propias de los poderes públicos en un Estado social y democrático de Derecho, como suelo apostillar, dinámico. Dicho artículo, como bien sabemos, dispone, en su párrafo

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

La Administración pública (la estatal, la autonómica o la local, porque se usa deliberadamente el singular para referirse a todas), sirve con objetividad el interés general. Me parece que es difícil haber elegido mejor la caracterización de la función administrativa en el Estado social y democrático de Derecho. Primero, porque la expresión servicio indica certeramente el sentido y alcance del papel de la Administración en relación con la ciudadanía. En sentido contrario, bien se puede afirmar que la Administración en una democracia no es, ni mucho menos, ni la dueña del interés general, ni la dueña de los procedimientos, ni la dueña de las instituciones públicas. Está, debe estar, a disposición de la mejor gestión de lo común, de lo de todos. Segundo, porque la instauración del sistema constitucional en las democracias supone un paso relevante en orden al necesario proceso de objetivación del poder que supone la victoria del Estado liberal sobre el Antiguo Régimen. La referencia, pues, a la objetividad es capital. Tiene dos dimensiones según la apliquemos a la organización administrativa en general, o a los empleados públicos. En todo caso, lo que me interesa destacar es que se pretende eliminar del ejercicio del poder público toda reminiscencia de arbitrariedad, de abuso; en definitiva, de ejercicio ilimitado y absoluto del poder. Por eso, el poder debe ser una función pública de servicio a la comunidad, en la que hay evidentes límites. Claro que al ser hombres y mujeres quienes ordinariamente son titulares del poder, las grandezas y servidumbres de la condición humana según la categoría moral de quién lo ejerza arrojarán distintas posibilidades. Ahora bien, la objetividad entraña, como hábito fundamental, la motivación de la actuación administrativa, impidiendo la existencia de espacios de oscuridad o de impunidad, áreas en las que normalmente florece la arbitrariedad, sorprendentemente "in crescendo" a juzgar por las estadísticas de actuaciones administrativas merecedoras de tal calificación por los Tribunales de Justicia.

Y, en tercer lugar, la referencia central al interés general me parece que ofrece una pista muy pero que muy clara sobre cual pueda ser el elemento clave para caracterizar la Administración pública hoy y, en el mismo sentido, el Derecho Administrativo. Entiendo que la tarea de servicio objetivo a los intereses generales es precisamente la justificación esgrimida para comprender los cambios que se están produciendo, pues no parece compatible la función constitucional por excelencia de la Administración pública actual con los privilegios y prerrogativas de una Administración autoritaria que vivía en un contexto de unilateralidad y de, escrito en castellano castizo, ordeno y

mando. Por eso, tal y cómo señalé en el epígrafe anterior, el entendimiento abierto, plural, dinámico y compatible del interés general está ayudando sobremanera a construir nuevos espacios de equilibrio sobre los que hacer descansar este nuevo Derecho Administrativo.

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

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

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

El artículo 103 CE debe ser el precepto de cabecera que propicie los cambios que todavía hoy espera la Administración pública, en España, todavía pre-

cisa de nuevos impulsos pues, a pesar de que todos los gobiernos han intentado mejorar el funcionamiento del aparato administrativo, la realidad, mal que nos pese, nos enseña que todavía la opinión de la ciudadanía en relación con la Administración pública dista de ser la que cabía esperar del marco constitucional y del tiempo transcurrido desde 1978.

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

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

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

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

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

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

Esta función de garantía de los derechos y libertades define muy bien el sentido constitucional del Derecho Administrativo y trae consigo una manera especial de entender el ejercicio de los poderes en el Estado social y democrático de Derecho. La garantía de los derechos, lejos de patrocinar versiones reduccionistas del interés general, tiene la virtualidad de situar en el mismo

plano el poder y la libertad, o si se quiere, la libertad y solidaridad como dos caras de la misma moneda. No es que, obviamente sean conceptos idénticos. No. Son conceptos diversos, sí, pero complementarios. Es más en el Estado social y democrático de Derecho son conceptos que deben plasmarse en la planta y esencia de todas y cada una de las instituciones, conceptos y categorías del Derecho Administrativo.

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

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

En este capítulo interesa llamar la atención sobre el contenido del parágrafo tercero del artículo 53 de la Constitución, en materia de garantías de las libertades y derechos fundamentales: "el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el capítulo tercero (de los principios rectores de la política social y económica) informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos". Pienso que para un profesor de Derecho Administrativo no debe pasar inadvertido que dicho precepto está recogido bajo la rúbrica de la protección de los derechos fundamentales, lo cual nos permite señalar que en la tarea de promoción, aseguramiento y garantía de los principios rectores de la política social y económica, los derechos fundamentales tienen una especial funcionalidad. Es decir, la acción de los poderes públicos en estas materias debe ir orientada a que se ejerzan en las mejores condiciones posibles todos los derechos fundamentales de los españoles.

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

ma formal en el que, en realidad, pervivan hábitos y costumbres propios del pensamiento único y unilateral aplicado al interés general.

Los derechos fundamentales, como sabemos bien, han jugado un papel de primer orden en la configuración del constitucionalismo. En origen, cumplían su papel como espacios exentos a la intervención del poder, lo cuál ha sido relevante para, sobre esta formulación, construir una nueva funcionalidad desde su inserción en el Estado social y democrático de Derecho entendido desde una perspectiva dinámica. Así, además de barreras a la acción de los poderes públicos, empezaron a entenderse, también, como valores o fines directivos de la acción de los poderes públicos como bien apuntara entre nosotros PEREZ LUÑO. Quizás, cómo apuntaba antes, sea la consecuencia de la interpretación del artículo 53 de la Constitución en su aplicación dinámica sobre la acción administrativa.

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

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

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

Algún lector podrá pensar que aquí se mantiene una posición absoluta sobre los derechos fundamentales. En modo alguno. Los derechos fundamentales,

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

El marco del Derecho Administrativo, ya lo hemos señalado, no puede ser otro que la Constitución, de manera que las instituciones, categorías y conceptos que configuran nuestra disciplina encuentran sus pilares y fundamentos en la Constitución de 1978. Pilares y fundamentos que, en mi opinión, se encuentran en el preámbulo y en los artículos 1, 2, 9, 10, 24, 31, 53 y 103.

Del preámbulo, pienso que podemos entresacar algunos conceptos jurídicos indeterminados que la soberanía nacional ha querido que quedaran para la posteridad, tales como "orden económico y social justo", "imperio de la Ley como expresión de la voluntad popular", "proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos, sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones", o "asegurar a todos una digna calidad de vida". Se trata de que en el desarrollo del Derecho Administrativo moderno se tenga bien presente que la economía esta modulada por la justicia, que el principio de legalidad es columna vertebral del sistema sin que, por ello, los supuestos de deslegalización o la proliferación de reglamentos independientes produzca una desnaturalización de la sustancia constitucional del Derecho Administrativo. Igualmente, la facultad de dictar Decretos-Leyes debe operarse de forma extraordinaria, la urgencia en las expropiaciones también debe ser excepcional y, en general, el sometimiento de la Administración a los procedimientos ordinarios establecidos en las Leyes ha de ser el supuesto normal, evitando que la urgencia trastoque el régimen ordinario de algunas instituciones (expropiación forzosa). También en el preámbulo se reconoce la protección de los derechos humanos, elemento central del Ordenamiento jurídico. Se prevé, en el mismo precepto, la protección de los pueblos de España en el ejercicio de su identidad colectiva expresada en los hechos diferenciales derivados de la lengua, la cultura, la lengua o las instituciones

propias. Llama la atención que el parágrafo en que se trata de los derechos humanos es el mismo que el dedicado al reconocimiento de las singularidades de los Entes autonómicos, como si el constituyente quisiera advertir la necesidad del pensamiento abierto y plural que hace compatible el derecho fundamental de la persona con los derechos derivados de las identidades colectivas. Finalmente, por lo que se refiere al preámbulo, deberemos de referirnos a esa magna tarea que la Constitución encomienda a los poderes públicos, cuál es la de asegurar a todos una digna calidad de vida

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

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

Ambas dimensiones, la positiva y la negativa, tienen tanta trascendencia que, en alguna medida, puede decirse que ayudan a entender el sentido del nuevo

Derecho Administrativo que la propia realidad nos exige. Primero, porque el precepto encomienda a la Administración pública el establecimiento de las condiciones que hagan posible la libertad y la igualdad, comprometiéndose en la promoción de dichos valores constitucionales. Y, Segundo, porque el precepto establece un límite a la acción de los poderes públicos en cuanto manda a la Administración impedir u obstaculizar a las personas y grupos en que se integren el ejercicio de la libertad y la igualdad. En otras palabras, el Derecho Administrativo Constitucional debe, a través de sus fuentes, facilitar el ejercicio de los derechos fundamentales, singularmente la libertad y la igualdad. A la misma conclusión llegaremos a partir del artículo 53.3 de la Constitución tal y como, en algún sentido, se ha comentado ya con anterioridad.

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

El artículo 24. 1 de la Constitución española es, probablemente, uno de los preceptos que más incidencia ha tenido y está teniendo en la transformación del Derecho Administrativo actual. Esto es así porque un Derecho Administrativo montado sobre una versión absoluta de la auto tutela administrativa necesariamente choca, y a veces frontalmente, con una disposición que reza: "todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión". Los términos del artículo son bien claros y requieren de la revisión de algunos dogmas del Derecho Administrativo en que se confiere a la propia Administración pública la condición simultánea de juez y parte. Ahora, la tutela más importante está radicada en los tribunales y, por otra parte, la prohibición de la indefensión nos plantea no pocos problemas con interpretaciones unilaterales de la ejecutividad y ejecutoriedad administrativa. De ahí, por ejemplo, el impacto que ha tenido

este precepto en la construcción de una justicia cautelar que sitúe en un contexto de equilibrio estos principios.

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

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

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

res de una nueva interpretación y entendimiento de lo que está empezando a ser el nuevo Derecho Administrativo.

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

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

III. LA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO NICARAGÜENSE

Uno de los rasgos más característicos del Derecho administrativo de nuestro tiempo es su constitucionalización. La existencia de un substrato constitucional que contenga los principios y fundamentos básicos del régimen jurídico de la Administración es un presupuesto ineludible del Estado de Derecho Constitucional, lo que marca la necesidad de examinar el marco constitucional como paso previo para el estudio del sistema administrativo de cualquier país.

Esta tarea no deja de entrañar serias dificultades en Nicaragua, pues si había un gran olvidado en la Constitución nicaragüense de 1987 era, sin duda, la Administración pública.

Ciertamente, en los poco más de doscientos artículos que integran esta Norma Fundamental, pocas o nulas referencias expresas se podían encontrar a la Administración Pública. Fenómeno que parece cuando menos un tanto extraño, dada la fecha de su redacción.

La explicación es, sin embargo, bien sencilla: en este país había existido una muy difusa, y en muchos casos inexistente, separación entre Gobierno y Administración pública, o lo que es lo mismo, entre la política y la administración pública.

Esta situación es al mismo tiempo fruto y causa de la inestabilidad política y social que ha acusado el Estado nicaragüense a lo largo de su historia. Por lo que se refiere a lo primero, la rápida y traumática sucesión de regímenes políticos contradictorios, ha dado al traste con toda posible tentativa de formar un aparato administrativo estable y neutral.

Dice un conocido aforismo jurídico que el Derecho Constitucional pasa y que el Derecho administrativo permanece, quien pretenda sostener la ve-

racidad de dicha afirmación, sin duda que no conoce Nicaragua, porque en este lugar, el débil entramado administrativo existente en cada momento, se ha ido esfumando al hacerlo el régimen político que lo sustentaba.

Este fracaso en la construcción de un substrato burocrático no politizado ha sido, por otro lado, una pesada losa a la hora de buscar soluciones a la delicada coyuntura político-social de este país. La utilización de los puestos públicos como una vía de recompensa para los acólitos en el poder, en la más pura tradición del *spoil system*, a la que ha dado lugar el clientelismo vigente durante décadas, ha contribuido a radicalizar una vida política ya de por sí agitada en grado extremo, y ha dificultado notablemente que los cambios en el poder político discurriesen de forma serena y calmada.

Sabido es que una Administración pública sólida y estable minimiza notablemente los problemas políticos, en cuanto otorga una protección mínima a los ciudadanos, aunque sea a nivel administrativo, y permite un funcionamiento continuado de los servicios públicos que, como cuestión eminentemente técnica, no se ve afectada, al menos en parte importante, por las disputas ideológicas y partidistas.

De ninguna de estas ventajas ha disfrutado, por desgracia, una Nicaragua que se ha visto envuelta en un trágico círculo vicioso, en la que los vaivenes políticos han destrozado todos los intentos por conseguir una mínima estabilidad social y económica.

En la reforma constitucional del años 2014, se reformo el artículo 131, y se introdujo la definición de Administración pública: "La Administración Pública centralizada, descentralizada o desconcentrada sirve con objetividad a los intereses generales y está sujeta en sus actuaciones a los principios de legalidad, eficacia, eficiencia, calidad, imparcialidad, objetividad, igualdad, honradez, economía, publicidad, jerarquía, coordinación, participación, transparencia y a una buena administración con sometimiento pleno al ordenamiento jurídico del Estado. La ley regula el procedimiento administrativo, garantizando la tutela administrativa efectiva de las personas interesadas, con las concepciones que esta establezca. La legalidad de la actuación de la Administración Publicas se regirá por los procedimientos administrativos establecidos por Ley y la Jurisdicción de lo contencioso administrativa".

También, en los últimos tiempos estamos asistiendo, a nivel de Derecho ordinario, a una esperanzadora introducción de un régimen administrativo avanzado, equiparable en sus aspectos esenciales al que rige en las naciones más desarrolladas del planeta. Aunque su instauración práctica va a encon-

trar, y está de hecho encontrando, grandes y múltiples dificultades (falta de capacitación del personal administrativo, ausencia de una doctrina y tradición administrativa, falta de medios materiales, excesiva politización de las instancias administrativas, etc.), constituye un paso de gigante para la normalización política y social de este país.

Este desarrollo administrativo a nivel ordinario no contaba, como ya sabemos, con un claro engarce constitucional.

Como vamos a poder constatar a lo largo de este estudio, el marco constitucional deja perfectamente sitio para el establecimiento de un sistema de régimen administrativo como el que se está configurando en la actualidad, enraizado en la tradición europea del *régimen administratif*; o para la consolidación de una administración pública sujeta en esencia al Derecho común, como enseña la tradición anglosajona.

Lo cierto es que en el momento presente, como ya adelantamos, se ha tomado partido por la primera opción. Si bien, que quede claro, no es ésta una opción tomada a nivel constitucional, sino infraconstitucional, antes de la reforma del 2014.

Ciertamente hay una serie de elementos que ofrecen aportaciones inestimables para la configuración del régimen de la Administración, que se pueden agrupar, a nuestro juicio, en cuatro grandes bloques.

El primero de ellos viene constituido por los principios y valores generales que informan el régimen constitucional nicaragüense. Algunos de ellos, particularmente la consideración del Estado de Nicaragua como un Estado de Derecho y como un Estado Social, condicionan notablemente el régimen jurídico de la Administración.

Un segundo elemento decisivo para configurar constitucionalmente la Administración, es la regulación del Poder Ejecutivo. En cuanto aquélla no es más que una parte de éste, las reglas y principios básicos que la Constitución establece para el mismo, serán plenamente aplicables a la Administración.

El tercer elemento a tener en cuenta es la regulación constitucional de la actividad económica. Materia extensamente regulada en la Constitución de Nicaragua, y de la que se derivan importantes consecuencias para la regulación de la Administración pública.

Por último, en cuarto lugar, un tema también examinado con detalle en la Norma Máxima es el empleo público. Dicha regulación es extremadamente importante a los efectos de nuestro estudio, no sólo porque afecta a este

importante sector del Derecho administrativo, sino también porque permite derivar importantes conclusiones respecto al régimen general de la Administración pública.

Vamos, pues, a tratar de extraer de estas referencias unas conclusiones básicas, que den fundamento al incipiente, pero ya importante, Derecho administrativo nicaragüense, que está pugnando por hacerse un sitio en la tradición jurídica de este país.

1. La evolución del constitucionalismo en Nicaragua y su evolución en la regulación constitucional del derecho administrativo y la administración pública

Sin duda alguna, el rasgo más definitorio de los fundamentos constitucionales del Derecho administrativo de Nicaragua es su prácticamente nula adhesión a cualquier sistema típico de regulación de las relaciones jurídico-administrativas. Dicha cuestión, que trataremos con mayor detalle en apartados posteriores, no tiene, en absoluto, nada de casual, pues constituye una consecuencia lógica de más de dos siglos de inestabilidad política y social, que ha traído consigo una permanente indefinición del modelo de Estado.

Como ya hemos visto, el lento y complejo proceso que ha llevado a la configuración de Nicaragua como nación, se ha desarrollado en un perpetuo marco de lucha, en el que una multiplicidad de iniciativas de signo diferente, y muchas veces contradictorias, han tratado de prevalecer, sin éxito, sobre las demás. Esto impide descubrir en esta evolución un modelo o sistema de Estado específicamente nicaragüense, salvo como una casual confluencia de influencias foráneas que no llegaban a encontrar verdadera plasmación, pues eran sustituidas, al caer el poder político que las sustentaba, por otras influenciadas por principios de índole diversa.

Este devenir se ha trasmitido miméticamente a la formación y el desarrollo del Derecho Administrativo de Nicaragua, para cuya construcción se ha tenido que recorrer un camino difícil y tortuoso. Así lo ha marcado de forma inexorable la historia de Nicaragua, que después del proceso de independencia, ha experimentado un complejo proceso de definiciones y redefiniciones, de luchas, levantamientos y disputas entre las distintas fuerzas políticas, incapaces de ponerse de acuerdo acerca del proyecto que debería seguirse para levantar este país.

2. La constitución de Nicaragua de 1987 y sus sucesivas reformas: un nuevo marco constitucional para la administración pública nicaragüense

Como ya sabemos, el 9 de Enero de 1987, la Asamblea Nacional de Nicaragua culminó su labor constituyente, con la aprobación de la nueva Constitución Política, que fue promulgada de forma inmediata por el Presidente de la República. Dicho texto ha sido ya objeto, pese a su juventud, de varias reformas constitucionales importantes. No obstante, nosotros nos centraremos, salvo cuando resulte imprescindible, en el texto actualmente vigente.

2.1 La sujeción de la Administración pública al Derecho

No hay en la Norma Máxima una referencia expresa que ordene el sometimiento de la Administración pública al Derecho, pero éste es fácilmente deducible, a pesar de ello, del conjunto del texto de ésta. Por un lado, porque es una consecuencia necesaria de dos principios básicos consagrados por la Constitución: la calificación del Estado nicaragüense como un "Estado (...) de Derecho" (art. 130); y el principio de legalidad que consagra el art. 160, que indica que la "administración de la justicia garantiza el principio de legalidad".

Por otro lado, y de forma aún más clara, en cuanto se encomienda a la Corte Suprema de Justicia conocer "y resolver los conflictos administrativos surgidos entre los organismos de la administración pública, y entre éstos y los particulares" (art. 164. 10). No cabe dudar que la sustanciación y resolución de estos conflictos se llevara a cabo conforme a criterios jurídicos.

La cuestión está, entonces, en determinar en qué términos se lleva a cabo esa sujeción al Derecho. Es sabido que existen dos grandes modelos o sistemas de subordinar la Administración al Derecho. Cabe que ésta quede sometida a las mismas normas que rigen la actividad de los sujetos privados (sistema de *common law*, tradicional de los países anglosajones), o que se rija por un Derecho distinto, específicamente diseñado para ordenar las relaciones jurídico-administrativas (sistema de régimen administrativo, característico de Europa continental)

No existe, sin embargo, en nuestra opinión, criterio alguno que permita afirma a nivel constitucional la opción por uno u otro modelo. Nicaragua ha optado claramente en el Derecho ordinario por someter su Administración a un régimen de Derecho administrativo. Pero ello no es una consecuencia que se pueda derivar de la Constitución, sino una simple opción adoptada

por el legislador ordinario, que podría haber decidido perfectamente sujetarla a las mismas normas que rigen para los sujetos privados, tal y como enseña la tradición del *common law*.

No resulta esto ni mucho menos superfluo, pues de aquí se derivan importantes consecuencias prácticas respecto a un tema especialmente sensible en los tiempos actuales, como lo es el de la huida del Derecho administrativo.

Dicho fenómeno tiene su origen en la tendencia, especialmente marcada en los tiempos actuales, a que la Administración se desligue de su sujeción al régimen, presuntamente más rígido, que ofrece el Derecho administrativo, para regirse por un Derecho más flexible, el Derecho privado. En principio, esa actuación no tiene por qué comportar reproche alguno, pues es simplemente necesaria, en algunos casos, para adaptarse a la multiplicidad de funciones que desarrolla la Administración pública actual (difícilmente podría la Administración desarrollar actividades puramente económicas, en competencia con la iniciativa privada, sujeta al Derecho administrativo). Sin embargo, cuando el recurso al Derecho común se articula con el único propósito de escapar de los controles públicos, adquiere un cierto carácter fraudulento.

Para evitar esta fuga del Derecho público, desde algunos sectores doctrinales se ha hablado de una reserva constitucional de Administración pública. Tesis en virtud de la que se defiende que la Constitución, al someter a la Administración al Derecho, no estaría sujetando a ésta a un Derecho cualquiera, sino al Derecho administrativo. Por lo que el legislador no podría disponer de esta decisión, tomada por un poder normativo superior (el legislador constituyente, que le vincula).

Dicha tesis, muy discutida, no puede encontrar acomodo en ningún caso, en nuestra opinión, en el Derecho constitucional nicaragüense, pues no es posible encontrar en éste disposición alguna que ordene que las relaciones jurídicas de la Administración se rijan por el Derecho administrativo. Quedando limitadas las garantías, en tal sentido, a las que ofrece el Derecho ordinario.

El tema de la subordinación de la Administración al Derecho tiene, igualmente, un aspecto procesal, pues se pueden distinguir también en este ámbito dos grandes modelos. Por un lado, algunos Estados encomiendan dicha función a una jurisdicción especializada (que no especial), encargada específicamente de los asuntos administrativos (la jurisdicción contencioso-administrativa); mientras que otros atribuyen dicha tarea a los tribunales ordinarios.

El reciente Derecho constitucional nicaragüense ha seguido en este aspecto una evolución bastante dubitativa. La pretensión de someter a la Administración a una jurisdicción especializada había tenido ya algunas tentativas

históricas (la Constitución de 1974 había previsto ya tal posibilidad, con el refrendo de la mejor doctrina, que acogió muy favorablemente dicha decisión), pero en su redacción originaria no fue seguida dicha dirección por la vigente Constitución de 1987, que omitió toda referencia a lo contencioso-administrativo.

Las reformas constitucionales de 1995 vinieron a trastocar dicha decisión, pues modificaron el contenido del art. 163, que paso a establecer que la "Corte Suprema de Justicia estará integrada por doce Magistrados electos por la Asamblea Nacional". "La Corte Suprema de Justicia se integrará en Salas, que estarán conformadas por un número no menor de tres Magistrados cada una: Civil, Penal, de lo Constitucional y de lo Contencioso-Administrativo, cuya organización e integración se acordará entre los mismos Magistrados".

Este reconocimiento constitucional del contencioso-administrativo no perduró demasiado, pues la reforma constitucional del 2000 elimino esta telegráfica, pero crucial referencia, dejando de nuevo a este orden jurisdiccional especializado desnudo de todo fundamento constitucional.

Se podría defender una consagración implícita de lo contencioso-administrativo, y por extensión del Derecho administrativo como régimen jurídico especializado, con base en este reconocimiento temporal. Sin embargo, dicha interpretación no parece concordar con el rigor mínimo que debe tener la interpretación de una Norma Máxima, pues difícilmente se puede extraer de una breve referencia, que no figura ni en la redacción actual ni constaba en la originaria, en un país en el que falta además la más mínima tradición en la materia (aún hoy sigue careciendo de una ley reguladora del procedimiento administrativo), un reconocimiento constitucional de una institución.

Hoy, afortunadamente, en nuestra opinión, Nicaragua goza de una Ley Reguladora de lo Contencioso-Administrativo, pero una vez más hemos de concluir que se trata de una decisión tomada a nivel de Derecho ordinario, que no viene determinada por una regulación constitucional que, simplemente, no se pronuncia sobre dicho aspecto, por lo que ni impide ni impone dicha decisión.

2.2 La Constitución económica y la Administración pública

A diferencia de lo que ocurría con las cuestiones anteriores, apenas si esbozadas en la Norma Fundamental y, por tanto, construidas sobre la base de indicios insuficientes, que apenas si sirven para llegar a algunas conclusiones mínimas, en el tema que ahora nos ocupa, ofrece la Constitución de

Nicaragua una regulación bastante detallada, que permite perfilar de forma bastante precisa el papel que corresponde a la Administración pública en dicho ámbito.

Debe comenzarse, en tal sentido, destacando que en su redacción actual se acoge en la normativa constitucional un sistema económico de carácter mixto, en el que se trata de salvaguardar un papel importante tanto a la iniciativa pública como a la privada.

El papel principal que corresponde al Poder Público, como garante de un correcto desenvolvimiento de las relaciones económicas y sociales, se puede deducir de la declaración del art. 130, en la que se afirma que la "nación nicaragüense se constituye en un Estado Social". Lo que indica, por sí sólo, que no sólo se admite, sino que incluso se obliga, a una intervención activa por parte del Estado, a fin de garantizar una igualdad real y efectiva de todos los ciudadanos, promoviendo las condiciones que permitan un correcto nivel de vida de todos los nicaragüenses, y de los grupos en los que éstos se integran. Así lo ratifica el art. 48, según el cual es "obligación del Estado eliminar los obstáculos que impidan de hecho la igualdad entre los nicaragüenses y su participación efectiva en la vida política, económica y social del país".

Es en el campo de los derechos sociales donde esta orientación se hace más claramente perceptible. Así, el Capítulo III del Título IV comprende una amplia enumeración de derechos sociales, de los que se responsabiliza al Estado. Sin ánimo de agotar ese largo listado, se puede citar a título ejemplificativo el art. 59, que establece que los "nicaragüenses tienen derecho, por igual, a la salud. El Estado establecerá las condiciones básicas para su promoción, protección, recuperación y rehabilitación"; el art. 61, que establece que el "Estado garantiza a los nicaragüenses el derecho a la seguridad social para su protección integral frente a las contingencias sociales de la vida y el trabajo en la forma y condiciones que determine la ley"; o el art. 63, que afirma que es "derecho de los nicaragüenses estar protegidos contra el hambre. El Estado promoverá programas que aseguren una adecuada disponibilidad de alimentos y una distribución equitativa de los mismos".

En la misma línea incide el art. 98, que establece que la "función principal del Estado en la economía es desarrollar materialmente el país, suprimir el atraso y la dependencia heredados; mejorar las condiciones de vida del pueblo y realizar una distribución cada vez más justa de la riqueza".

Especial referencia requiere la consagración de la muy administrativa institución del servicio público, que cuenta con un reconocimiento expreso en la Norma Máxima. Concretamente en el art. 105, que establece que es obli-

gación del Estado promover, facilitar y regular la prestación de los servicios públicos básicos de energía, comunicación, agua, transporte, infraestructura vial, puertos y aeropuertos a la población, y es derecho inalienable de la misma el acceso a ellos. Las inversiones privadas y sus modalidades y las concesiones de explotación a sujetos privados en estas áreas serán reguladas por la ley en cada caso.

Los servicios de educación, salud y seguridad social, son deberes indeclinables del Estado, que está obligado a prestarlos sin exclusiones, a mejorarlos y ampliarlos. Las instalaciones e infraestructura de dichos servicios propiedad del Estado, no pueden ser enajenados bajo ninguna modalidad.

Se garantiza la gratuidad de la salud para los sectores vulnerables de la población, priorizando el cumplimiento de los programas materno-infantil. Los servicios estatales de salud y educación deberán ser ampliados y fortalecidos. Se garantiza el derecho de establecer servicios privados en las áreas de salud y educación.

Es deber del Estado garantizar el control de calidad de bienes y servicios y evitar la especulación y el acaparamiento de los bienes básicos de consumo.

Debe destacarse de este reconocimiento dos aspectos. En primer lugar, se debe destacar que en la actual redacción de este precepto, la noción de servicio público se hace más desde la idea de garantía de una correcta prestación y control por parte de los poderes públicos, y derecho al acceso por parte de los sujetos privados, que desde la idea de monopolio. De esta forma, no parece que esta consagración del servicio público genere problema de adaptación alguno a la nueva forma de entender el servicio público, tras los procesos de liberalización y desregulación, en el que se presta éste en un entorno competitivo y no monopolístico.

Por otra parte, sorprende que el legislador constituyente, sin embargo, siga reservando el término servicio público para referirse a los servicios económicos, esto es, aquellos que tradicionalmente se prestaban en monopolio; y eluda dicho término para referirse a los servicios de carácter social. Las viejas formas de pensar parecen haber sido aquí decisivas, llevando a situar este tipo de servicios, tradicionalmente designados como servicios compartidos, como una realidad próxima pero diferente al servicio público. Huelga decir que dicha redacción no debe impedir la consideración de ambas realidades como dos especies (servicios públicos económicos y servicios públicos sociales) de un mismo género (el servicio público).

Este reconocimiento de lo público viene acompañado, por otro lado, de un papel prominente para la iniciativa privada. Así, la Constitución realiza un claro recono-

cimiento de la propiedad privada, si bien limitada por su función social, como señala el art. 44, que establece que en virtud de la función social de la propiedad, este derecho está sujeto, por causa de utilidad pública o de interés social, a las limitaciones y obligaciones que en cuanto a su ejercicio le impongan las leyes. Los bienes inmuebles mencionados en el párrafo primero pueden ser objeto de expropiación de acuerdo a la ley, previo pago en efectivo de justa indemnización.

También de la libertad de empresa, a la que el art. 99 encomienda el protagonismo en el desarrollo de las actividades económicas, limitando de esta manera el papel del Estado en este ámbito. Así se infiere claramente de la dicción de dicho precepto, según el cual

El Estado es responsable de promover el desarrollo integral del país, y como gestor del bien común deberá garantizar los intereses y las necesidades particulares, sociales, sectoriales de la nación. Es responsabilidad del Estado proteger, fomentar y promover las formas de propiedad y de gestión económica y empresarial privada, estatal, cooperativa, asociativa, comunitaria y mixta para garantizar la democracia económica y social.

El ejercicio de las actividades económicas corresponde primordialmente a los particulares. Se reconoce el rol protagónico de la iniciativa privada, la cual comprende en un sentido amplio, a grandes, medianas y pequeñas empresas, microempresas, empresas cooperativas, asociativas y otras.

Como puede verse, la configuración que se da a la Administración pública en el ámbito económico se encuentra totalmente en línea con las tendencias actuales, tendentes a limitar su actuación más bien al control y a la regulación que a la intervención directa en la economía. Reservando esta última tan sólo para aquellos servicios sociales y de autoridad, que sólo la Administración puede desarrollar.

2.3 La regulación constitucional del empleo público

Constituye la regulación del empleo público uno de los grandes retos a los que Nicaragua debe enfrentarse en los próximos años. La necesidad de generar una plantilla de servidores públicos neutrales, profesionales y capacitados, es requisito imprescindible para la estabilidad de las reformas administrativas y su adecuado desarrollo.

Tradicionalmente, en Nicaragua los empleados públicos se regían por las mismas normas a las que se sujetaban el resto de los trabajadores. La vigente Constitución de 1987 ha puesto fin a esta situación, obligando a la ley a regular un régimen de Servicio Civil (art. 131).

La pregunta que se plantea, entonces, es hasta donde llega esta vinculación. Un primer interrogante que surge, al respecto, es si la Constitución impone a los empleados públicos un régimen estatutario o si pueden estar vinculados a la Administración por un régimen laboral.

Aunque el término funcionario es de difícil precisión, se suele entender por tal, en su sentido más estricto, un tipo particular de empleado público regido por un vínculo público de carácter estatutario. Lo que se traduce, en esencia, en dos grandes rasgos. Por un lado, el funcionario accede a la función pública mediante un acto administrativo unilateral de nombramiento y no mediante un contrato. Por otro, porque sus condiciones de empleo no vienen fijadas por un contrato o convenio colectivo, sino que se determinan a través de normas objetivas, bien sean leyes o reglamentos, que los poderes públicos pueden modificar unilateralmente. De lo que se deriva que, durante toda su vida profesional en la función pública, el funcionario queda encuadrado en el marco de un estatuto público que fija en cada momento sus derechos y obligaciones.

Podrían darse hasta cuatro respuestas diferentes a esta cuestión: a) la Constitución obliga a que los empleados públicos estén sujetos a un régimen estatutario; b) obliga a que el empleo público esté integrado mayoritariamente por funcionarios sujetos a un régimen estatutario; c) es indiferente a efectos constitucionales la naturaleza del vínculo que une a la Administración con el empleado; d) niega la posibilidad de que existan empleados públicos sujetos a un régimen estatutario.

Las dos primeras posturas parecen claramente rechazables, mediante una simple lectura de la Norma Fundamental, que habla en el art. 131 de funcionarios y empleados públicos, con lo que admite la posible existencia de servidores públicos tanto estatutarios como no estatutarios. Más difícil resulta tomar postura por alguna de las otras dos, pues no se toma un criterio claro en la Norma Máxima, lo que nos lleva a pensar que el legislador no constriñe la opción de vincular al funcionario público a través de una relación estatutaria o laboral, dejando dicha decisión al legislador ordinario.

En nuestra opinión, la opción constitucional en este campo no es a favor de un régimen estatutario o no estatutario, sino a favor de un empleado público profesional, en el sentido de no designado por motivos de confianza o afinidad política, sino por sus cualidades profesionales, en base a criterios de mérito y capacidad. En tal sentido debe entenderse, a nuestro juicio, el mandato del art. 131 de que el legislador regule el "servicio civil y la carrera administrativa".

Esta última estipulación nos lleva también a plantearnos otra cuestión. Sabido es que existían tradicionalmente dos grandes modelos de empleo público (sistemas de empleo y de carrera), que se diferencian entre sí por la mayor o menor distancia en que se encuentran respecto al régimen laboral común. Los primeros, más propios de los ordenamientos jurídicos de raíz anglosajona, se caracterizan por tener como eje la idea de puesto de trabajo, de tal forma que el empleado público entra para desarrollar un puesto concreto en el sector público, quedando en principio su relación con la Administración ligada a las vicisitudes de dicho puesto, si éste desaparece lo hace también el vínculo con la Administración y se carece de derecho alguno a desarrollar otros puestos.

Frente a ello, en un sistema de carrera, el empleado público entra en la Administración sin vinculación a un concreto puesto de trabajo, sino unido a un Cuerpo o Escala en el que se integra, pudiendo desarrollar a lo largo de su vinculación con la Administración, que se entiende, en principio, que se prolongará durante toda su vida profesional, los distintos puestos que pueden desarrollar los miembros de ese cuerpo o escala. El servidor público en este sistema tendría reconocido un derecho a hacer carrera, esto es, a la progresión profesional en la Administración según los criterios establecidos en la normativa que le sea aplicable, entre los que la antigüedad suele jugar un papel fundamental.

La Constitución nicaragüense toma partido claramente por la existencia de una carrera para los empleados públicos. Ahora bien, no debe olvidarse que en la actualidad un modelo de carrera en sentido estricto es imposible de encontrar en ordenamiento jurídico alguno, de tal forma que lo normal es encontrar en cualquier modelo de empleo público la fusión de elementos propios de ambos sistemas teóricos.

Esto hace que se deba interpretar, a nuestro juicio, que es necesaria una cierta proximidad a los sistemas de carrera, en cuanto la ley deberá regular una carrera administrativa para los empleados públicos. Pero esto no obliga a establecer un modelo de este tipo en los demás aspectos, que podrán aproximarse en mayor o menor medida a un modelo de empleo.

Debe tenerse presente, además, que la necesaria regulación de la carrera administrativa deja un amplio margen al legislador para configurar ésta, pues puede entenderse al modo más tradicional, como un sistema que permita el acceso paulatino en base a la antigüedad; o, como se suele entender actualmente, como una simple posibilidad, esto es, como un abanico de oportunidades profesionales de las que el servidor público podrá hacer uso o no dependiendo de su valía y dedicación.

IV. EL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA Y LA ELABORACIÓN DE LAS NORMAS JURÍDICAS EN ESPAÑA

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

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

La ciencia de la técnica normativa, como ciencia social que trata de la forma de elaboración de las normas jurídicas, especialmente de la ley y de las disposiciones administrativas de carácter general, tiene una profunda vinculación como uno de los principios generales del derecho más relevantes, como es el de la seguridad jurídica. Principio esencial en el Estado de Derecho en la medida que la sumisión a unas reglas de juego jurídico conocidas de

antemano por todos facilita la buena fe en el tráfico jurídico y dota a las relaciones jurídicas de la fortaleza necesaria para la armonía social.

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

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

En el Estado de Derecho las normas jurídicas se confeccionan para que se apliquen. Han de ser claras en lo que atiende a su rúbrica, a su objeto, a sus efectos y a sus destinatarios. Han de ser lo más completas, concretas y concisas que se pueda. Han de estar redactadas según los más elementales cánones de la producción de las normas jurídicas. Es decir, han de recoger, en la medida de lo posible los patrones, las reglas propias de la mejor técnica normativa. Y la mejor técnica normativa es aquella en la que más resplandece el principio de seguridad jurídica y sus corolarios necesarios: buena fe o confianza legítima entre otros.

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

Tiempo atrás se me consultó acerca de la adecuación al Ordenamiento jurídico de un reglamento autonómico. Tras leer someramente su articulado,

me dirigí a la parte final de la norma, parte en la que más se suele conculcar la seguridad jurídica. Al leer las disposiciones transitorias, caí en la cuenta de que, en efecto, se dejaba fuera de la Norma a un conjunto de instituciones que conforme a la situación jurídica anterior habían asumido importantes efectos jurídicos. Es decir, se trataba de una abierta y franca violación de la seguridad jurídica. Principio al que se puede atentar desde muy diferentes formas, siendo una de ellas la deficiente redacción de las disposiciones transitorias de una norma, que tantas veces da lugar a situaciones de indefensión.

Suele decirse, por los expertos en técnica normativa, que esta disciplina es sustancialmente diferente del Derecho Parlamentario y del Derecho Administrativo. Del Derecho Parlamentario porque la técnica normativa se ocupa, única y exclusivamente, de la forma de elaboración de las normas con fuerza de ley. Y del Derecho Administrativo por el mismo argumento: porque solo le interesa el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas de contenido general. De todas maneras, siendo esta apreciación correcta, resulta que la técnica normativa ha de estudiarse enmarcada en la Constitución y sus principios informadores. Siendo esto así, como lo es, resulta entonces que para la técnica normativa es capital el marco constitucional, y, por lo que ahora interesa destacar, el principio general de seguridad jurídica, recogido, como sabemos en el artículo 9.3 de la Norma Fundamental.

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

Es verdad que en muchos países, entre ellos España, las denominadas directrices de técnica normativa carecen de fuerza juridicial: no son normas jurídicas. Más bien son recomendaciones y sugerencias que el poder ejecutivo determina en orden a una más completa y perfecta producción de sus normas. Entre nosotros, como ha recordado uno de los expertos en la materia, Fernando SANTAOLALLA, las actuales directrices, que son de 2005, siguen la estructura de las primeras reglas que se conocen en la materia: las directrices de la cancillería austríaca de 1979, en las que se abordan cuestiones relativas al título, a las cláusulas de promulgación, a la división, a las citas, a las remisiones, a las modificaciones, a la suspensión, a la derogación o a las disposiciones finales, adicionales o transitorias de las normas. Cuestiones, todas ellas, de gran relevancia en orden a la mejor preservación posible de la

seguridad jurídica. Una norma, por ejemplo, en la que la disposición derogatoria no sea clara constituye un claro atentado a la seguridad jurídica como fácilmente puede colegirse.

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

En fin, en este epígrafe, trataré de vincular la técnica normativa con la seguridad jurídica de forma y manera que el ambiente constitucional ocupe el lugar central que le corresponde. Por tanto, desde la perspectiva constitucional podríamos cuestionarnos hasta qué punto se podría, por ejemplo, anular una ley por inconstitucionalidad al violar el principio de seguridad jurídica por mala técnica normativa. En otras palabras: ¿sería posible que una norma con fuerza de ley cuya redacción atentara contra la seguridad jurídica, artículo 9.3 de la Constitución, fuese declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional?.

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

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

En cualquier caso, podríamos decir que jurisprudencialmente el camino esta expedito pues el propio Tribunal Constitucional ha señalado en su sentencia de 15 de marzo de 1990 que "el legislador ha de perseguir la claridad, no la confusión (…). Es relevante que los operadores jurídicos y los ciudadanos sepan a qué atenerse en la relación con la materia sobre la que la ley legisla (…). Hay que buscar la certeza respecto a lo que es Derecho y no lo es y no provocar relaciones entre normas que den lugar a perplejidad respecto a la previsibilidad exigible al Derecho".

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

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

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

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

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

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

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

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

A la hora del ejercicio de la potestad normativa, los centros de producción normativa han de tener presente que existen una serie de parámetros constitucionales que configuran la acción del Estado. Me refiero, además de la seguridad jurídica, a los llamados valores superiores del Ordenamiento jurídico y, como no, a la centralidad de los derechos fundamentales, a los principios rectores de la política económica y social y por sobre todo a la denominada función promocional de los poderes públicos tal y como está regulada en el artículo 9.2 de la Constitución: los poderes públicos deben promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social. Este ha de ser el espíritu que debe latir en los contenidos de las normas producidas en el Estado social y democrático de Derecho en el que vivimos, algo que contrasta con el constante proceso de vaciamiento de las principales a que nos viene sometiendo el actual gobierno, más pendiente de entorpecer y limitar los derechos ciudadanos que de pensar en el conjunto de la sociedad.

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

El Parlamento, bien lo sabemos, ya no es el centro de la vida política. El centro se encuentra en la sede de los principales partidos, desde dónde se nombran los gobiernos, los legislativos y las más altas magistraturas del poder judicial. Por tanto, es frecuente que ciertos proyectos de ley se impongan

desde el poder ejecutivo, expresión y principal manifestación de la nueva centralidad política según los dictados del partido que sostiene al gobierno de turno. Así las cosas, las tareas de los diputados ordinariamente se reducen a actividades impropias de su condición de legisladores pero que son las que interesan al partido o al dirigente que los "coloca" en la Cámara.

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

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

Sin embargo, desde la técnica normativa se puede, y se debe, trabajar a favor de la calidad en la elaboración de las normas y de su congruente articulación e integración en el Ordenamiento jurídico. En efecto, podemos encontrar algún pronunciamiento del Tribunal Constitucional español que apunta en esta dirección: "Las normas no son elementos aislados e incomunicables, se integran en un conjunto –Ordenamiento jurídico- en cuyo seno de acuerdo con unos principios han de resolverse los problemas" (sentencia 150/1990). Y uno de esos principios es el de seguridad y certeza jurídica que postula, cómo ya lo hemos señalado anteriormente, que los operadores jurídicos conozcan previsiblemente las reglas del juego, a qué atenerse.

La técnica normativa no es una ciencia social que opere sobre el vacío. El solar sobre la que se asienta es, ciertamente la Constitución. Por supuesto. Pero la Constitución, a su vez, suele ser la expresión de una determinada tradición y cultura jurídica. En el caso de nuestro país no podemos desconocer el Derecho Romano, el Derecho Germánico y el Derecho Francés, sin olvidar, claro está, los principios propios del Derecho Español que en materia de Derecho Público son de tanta relevancia. Pues bien, en este acervo de normas y principios que conforman la tradición y la cultura jurídica española se encuentran lógicamente la seguridad y la certeza jurídica como expresiones de la necesidad de que el Ordenamiento jurídico sea la manifestación de ese

dar a cada uno lo suyo, lo que le corresponde, que es la esencia del Derecho. Si en el proceso de elaboración de las normas la idea de Derecho se deja arrumbar por la racionalidad técnica, por la razón de Estado o por la pura voluntad de poder, entonces la técnica normativa no sería más que un instrumento más del uso alternativo del Derecho en el que últimamente se está convirtiendo nuestro sistema normativo.

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

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

Analicemos, a continuación, lo que se denomina, de acuerdo con la teoría de la técnica normativa, condiciones de inteligibilidad de las normas. Es decir, si la Constitución y el resto del Ordenamiento jurídico vinculan a los poderes públicos y a los ciudadanos como dispone el artículo 9.1 de la Constitución, es lógico y razonable que las normas sean redactadas en un lenguaje entendible por los destinatarios de las mismas ya que, además, es un principio básico del Estado de Derecho que las normas jurídicas obligan sin que sea posible alegar desconocimiento. Sin embargo, a pesar de ello, y a pesar de que la técnica normativa invita a que las normas se redacten en lenguaje normativo, pero entendible, la realidad es que la mayoría de la población n alcanza a entender el significado y el contenido de las normas porque éstas siguen redactándose en un lenguaje inteligible para el común de los mortales.

Es menester, en este punto, combinar un lenguaje normativo preciso, claro y riguroso con su entendimiento general, lo que no es sencillo. Quizás si el

lenguaje de la norma fuese al menos inteligible para sus destinatarios habríamos dado ya un gran paso. De lo contrario, si el pueblo no es capaz de comprender el contenido y el significado de las normas, incluso las que le son de aplicación general, la seguridad y la certeza jurídica no serán más que principios formales sin contenido general.

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

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

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

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

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

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

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

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

En sede de disposiciones derogatorias, que obviamente deben ir en la parte final de la norma, nos topamos ante lo que en España se llaman leyes ómnibus o leyes de acompañamiento que aunque en la actualidad hayan perdido tal denominación, la realidad es que la fuerza de la costumbre lleva a que se hagan modificaciones o reformas normativas aprovechando las últimas leyes de cada año. Un principio de técnica normativa que hemos de seguir en la materia es que las reformas han de hacerse en la norma de referencia. Si resulta que cada año, fruto de una peculiar evaluación normativa de los ministerios, se decide acometer una serie de reformas o modificaciones en algunas normas, la pregunta sería por qué no se busca alguna práctica parlamentaria que proceda a implementar dichas reforma so modificaciones en las leyes de referencia. De lo contrario, seguiremos aprobando leyes de presupuesto en las que se reforma la ley tributaria, la de función pública, la de concesiones de obra pública o la de pesca marítima, por ejemplo. Ciertamente, esta inquietante práctica en la que han caído todos los gobiernos de nuestra democracia resulta muy nociva para la seguridad jurídica. Primero porque se hacen cambios en las normas sin una perspectiva de conjunto de la norma a reformar y, segundo, porque en unas enmarañadas y sinuosas disposiciones finales de la ley de presupuestos en la que se alteran leyes de toda clase y condición, no es fácil que prevalezca la claridad, la condición y la complitud, sino todo lo contrario, que es lo que suele ocurrir, con grave deterioro del Estado de Derecho y del Ordenamiento jurídico.

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

La homogeneidad se refiere a que cada norma ha de referirse a una sola materia, evitando la dispersión y la tentación a la confusión y a la ambigüedad que se produce cuándo se aprovecha una norma, por ejemplo, para derogar o modificar otras. Es lo razonable, porque si se utilizan las normas única y exclusivamente para una política de reforma legislativa sin sentido, entonces una vez más las normas no serán la expresión de la justicia sino un instrumento en manos del poder para que éste alcance sus objetivos. Que cada norma regule una materia es conveniente para la seguridad y la certeza jurídica como también para una más congruente y razonable tarea de interpretación o hermenéutica jurídica. En el Estado compuesto tenemos el problema de que es posible que sobre una materia puedan convivir desarrollos normativos diferentes. Es el caso frecuente en el Derecho español de que una materia sea objeto de la legislación básica por el Parlamento nacional y su

desarrollo por normas administrativas de origen autonómico. Es tan importante esta característica de la norma que el propio Tribunal Constitucional ya ha lanzado una advertencia sobre las leyes de presupuestos que, como decimos en España, "aprovechan que el Pisuerga pasa por Valladolid" para, en el mismo viaje, modificar, a veces a fondo, otras leyes estatales. En efecto, en la sentencia 991/1987 el máximo intérprete de la Constitución señaló que esta práctica era incorrecta. Algún día, sin embargo, se tendrá que anular, por inconstitucional, alguna ley que incurra en este vicio precisamente por lesión de un principio básico de relevancia constitucional como es el principio de seguridad jurídica.

El contenido de la norma ha de ser completo. Normalmente, el título de la norma delimita el contenido de ésta, que ha de ser lo más completo posible, lo que no implica que necesariamente la complitud de la norma exija rúbricas o títulos demasiado largos, lo que, en ocasiones, no es más que el reflejo de la falta de criterio del legislador o, en otros casos, no es más que la manifestación de la confusión y ambigüedad que tanto caracteriza la técnica normativa de nuestro tiempo. Que el contenido de la norma sea lo más completo posible no quiere decir que sea total, puesto que muchas veces la totalidad no es sino posible a través de varias normas. Piénsese por ejemplo en el sistema de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales. ¿Debe estar regulado en una sola ley?. ¿No es más razonable incluir en la ley reguladora de cada jurisdicción la materia específica de la protección de los derechos fundamentales en dicho orden procesal, por ejemplo?.

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

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

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

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

Por lo que se refiere a la formulación externa, a la estructura formal de la norma, de acuerdo con el profesor SANTAOLALLA, ha de cumplir dos esenciales requisitos. El primero, la uniformidad; es decir, que exista una lógica continuidad con las normas de su misma categoría o rango. Segundo, la congruencia; esto es, que exista una razonable proporción y correspondencia cuantitativa y cualitativa entre el objeto de la norma y su representación formal. También en esta materia es de aplicación el dicho popular de que no se puede matar una mosca a cañonazos. No tendría sentido, por ejemplo, dedicar a una corrección de errores varios preceptos de un decreto.

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

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

El preámbulo o exposición de motivos de la norma es, ciertamente, una cuestión siempre polémica, sobre todo cuándo se discute acerca de su va-

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

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

La parte final no debiera ser la más importante, pero últimamente, a juzgar por el uso que se hace de ella para meter "de rondón" algunas importantes modificaciones, ha de ser objeto de particular atención, de manera que, en efecto, cumpla fundón que tiene asignada y no la de "cajón de sastre" hoy tan, desgraciadamente, de moda. La parte final consta ordinariamente de las disposiciones adicionales, las disposiciones transitorias, las disposiciones derogatorias y las disposiciones finales. Las disposiciones adicionales están pensadas para establecer los regímenes excepcionales, las dispensas, las reservas de aplicación y las remisiones siempre que no sea posibles regular estas cuestiones en el articulado. Si hay voluntad de hacerlo, no es difícil incorporar el contenido de las adicionales en el articulado. Lo que suele ocurrir es que se prefiere elaborar largas y complejas adicionales en las que, insisto, cabe todo atentando a las más elementales exigencias de la seguridad jurídica. Las disposiciones transitorias son inexcusables cuándo se trata de una norma que regula una materia regulada con anterioridad de manera que los destinatarios de la norma conozcan con claridad el régimen jurídico aplicable a las situaciones jurídicas nacidas antes de la entrada en vigor de la norma nueva. En las disposiciones derogatorias ha de señalarse con claridad y concisión las normas derogadas, recomendándose para ello evitar las disposiciones generales o abstractas y, si es posible, incorporando tablas de

vigencia de las normas afectadas para mayor seguridad jurídica. Finalmente, las disposiciones finales se circunscriben a las reglas de aplicación, de supletoriedad, a las habilitaciones así como a las delegaciones y reglas de vigencia.

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

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

El estilo de la norma, pues, ha de ser objetivo, claro y conciso. Ello tampoco quiere decir que necesariamente el estilo normativo haya de ser pobre, sin ritmo, frío e impersonal, cómo señala atinadamente Fernando SANTAOLALLA. Ciertamente, dentro del estilo general normativo, la redacción de las normas ha de atender al subsistema en que estén inscritas. El estilo de una norma local en materia de policía de cementerios, por ejemplo, no será el mismo que el de una ley educativa dictada por el Parlamento de una Co-

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

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

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

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

Con respecto a si el estilo normativo ha de ser convincente, ya señalamos que como regla general no es imprescindible que así sea. Sin embargo, desde un punto de vista de pedagogía democrática, no cabe duda de que el derecho, las normas jurídicas, como señala SANTAOLALLA, son más consistentes, más sólidas, en la medida en que efectivamente dispongan de una mayor

capacidad o dosis de convicción para sus destinatarios naturales. Quizás por ello, la sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de mayo de 1987 dispone que "las normas han de aspirar a ser convincentes conforme a valores democráticos".

Sobre el uso y selección de los términos jurídicos o normativos por parte del legislador o del complejo Gobierno-Administración, la regla general que demanda la buena técnica normativa es siempre escoger aquellos términos integrados en el patrimonio o cultura jurídica de un país. En esta tarea se comprueba la influencia recíproca entre lenguaje ordinario y lenguaje normativo, relación más íntima de lo que parece y que, según las culturas jurídicas en que nos encontremos, se proyecta con más o menos intensidad. Es decir, es razonable conservar las expresiones o giros normativos propios del acervo normativo por una elemental razón de seguridad jurídica.

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

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

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

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

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

Probablemente, si en el procedimiento de elaboración de las normas tuviera más trascendencia la consideración de los antecedentes, de la eficacia de regulaciones análogas en el pasado, de estudios comparados sobre la eficiencia de normas semejantes en países de nuestro entorno cultural, la certeza, la transparencia y la seguridad jurídica estarían más presentes de lo que lo están. En este sentido, el propio Tribunal Constitucional ha advertido ya en alguna ocasión que la ausencia de antecedentes en la elaboración de las normas priva de elementos necesarios para el acierto final en la decisión que proceda en cada caso. Los antecedentes, cómo apunta el profesor SANTAOLALLA, han de dejar bien claro el fin y objetivo de la norma, su necesidad, por qué la regulación actual es insuficiente, la valoración de la forma seleccionada y, finalmente su viabilidad.

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

El Ordenamiento jurídico está presidido, para lo que ahora nos interesa, por los criterios de claridad y racionalidad. Criterios que siendo exponentes esenciales del todo, del conjunto, de igual manera deben exigirse de las partes que lo componen ya que el Ordenamiento jurídico, como sistema que es, está llamado a cumplir sus objetivos propios, entre los que se encuentra la

realización de la justicia. En otras palabras, para que el Ordenamiento jurídico sea eficaz, las normas han de estar integradas entre sí y articuladas de tal manera que los principios generales del Derecho estén presentes en ellas de forma y manera que la justicia resplandezca en el conjunto, lo que sólo acontecerá si también resplandece en cada una de sus partes.

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

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

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

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

Ordenamiento jurídico configurado como sistema en el obviamente caben diferentes subsistemas de acuerdo con la naturaleza y el rango normativo de las normas.

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

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

Por otra parte, la proliferación de normas con infinitas remisiones, enmarañadas y frecuentes disposiciones adicionales y complejos sistemas de derecho transitorio dan lugar a una continua tensión que en ocasiones lesiona esencialmente la unidad del Ordenamiento. Unidad que, por supuesto, es compatible con la diversidad. Es más, conservando el alma común del Ordenamiento, la diversidad, entendida desde el equilibrio y la lógica, hasta puede fortalecer la unidad por la sencilla razón de que en el sistema normativo, en el Ordenamiento jurídico, coexisten toda una serie de subsistemas con sus propias normas que, obviamente, también responden a los principios inspiradores del subsistema en que se integran.

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

V. LEY Y REGLAMENTO EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO ESPAÑOL

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

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

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

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

con honrosas excepciones, por hacer de las leyes auténticos reglamentos que, más tarde, éstos se limitan a reproducir, quizás con alguna mayor puntualización según los casos.

1. La cláusula del estado de derecho

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

Con el advenimiento de la cláusula del Estado de Derecho, que surge propiamente en la doctrina alemana tras el primer período liberal, llegan los principios de legalidad de la Administración, la separación de poderes, el principio de supremacía y reserva de ley, hoy matizado por la entrada en juego del término derecho tal y como se ha recogido en la Constitución española de 1978, el principio de protección de los ciudadanos a través de Tribunales independientes y, finalmente, el principio de responsabilidad del Estado por actos públicos ilícitos.

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

poder judicial. Ello explica el profundo descrédito en que se encuentran las normas jurídicas y la tendencia, apuntada líneas arriba, a que el legislativo invada los espacios del ejecutivo en lo que se refiere al contenido de las leyes.

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

2. El principio de legalidad

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

En el preámbulo de la Constitución de 1978 podemos leer que uno de los principios fundantes de la soberanía de la nación española es "consolidar un Estado de derecho que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular". Es decir, la ley, expresión de la voluntad popular, debe ser la razón de ser del Estado de Derecho. La soberanía nacional se manifiesta a través de las leyes, que se erigen así en la máxima referencia de la voluntad popular.

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

ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y la paz social.

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

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

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

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

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

Finalmente, el artículo 103 dispone, como ya sabemos:

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

Se trata de un precepto capital para entender, desde la perspectiva constitucional, la funcionalidad del principio de legalidad que, en materia administrativa, actúa conjuntamente con el Derecho. Ley y Derecho, pues, son los

parámetros jurídicos a los que debe ajustar su actuación la Administración pública. Por tanto, la Constitución en esta materia ha querido, según parece, superar la mera referencia formal y literal a la ley para ampliar la esfera de los límites a que ha de someterse la Administración, al Derecho, a la expresión concreta de lo justo en cada caso, que no tiene por qué siempre y en todo caso, como lo atestigua la historia, coincidir o identificarse con la ley, aunque, en la mayoría de los casos, así será.

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

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

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

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

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

permitido". Según cual sea la opción de vinculación prevista así será el sentido y alcance de la actividad administrativa, de la potestad reglamentaria.

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

En materia de vinculación de la Administración a las normas reglamentarias hay que tener presente que, como más adelante estudiaremos, el Gobierno y la Administración pueden dictar reglamentos, normas con rango inferior a la ley, que forman igualmente parte del Ordenamiento jurídico y que también obligan desde su entrada en vigor. Evidentemente, cómo señala la Constitución en el artículo 9, todos los poderes públicos, entre ellos la Administración, están sujetos al Ordenamiento. Por ello, también la Ad-

ministración viene obligada por los reglamentos que dicta. Sin embargo, para SANTAMARIA PASTOR no es obvio que obliguen a la Administración los reglamentos. De ahí que sea necesario enunciar dos principios que nos ayudarán a entender mejor este problema: el principio de inderogabilidad singular de los reglamentos y el principio de reglamentación previa en la actuación administrativa.

Por lo que se refiere a la inderogabilidad singular de los reglamentos, sin perjuicio de analizarse más adelante, ahora podemos señalar que son nulas todas las resoluciones que vulneren lo dispuesto en un reglamento, aunque hayan sido dictadas por un órgano de igual o superior rango. Esto quiere decir, cómo fácilmente puede colegirse, que la Administración autora del reglamento no puede dictar actos administrativos singulares en contradicción con el reglamento. Es decir, la Administración se ata las manos cuándo dicta un reglamento, perdiendo toda posibilidad, como regla general, de excepcionar lo dispuesto en el reglamento para casos singulares o individuales. Además, cómo lógica consecuencia, la Administración no puede dispensar a terceros de lo dispuesto con carácter general en el reglamento, salvo que se prevea expresamente. Y, finalmente, la fuerza obligatoria del reglamento es independiente de la jerarquía del órgano autor del acto o resolución. Es decir, este principio asegura, con carácter general, la obligatoriedad, también para la Administración, del cumplimiento íntegro de los reglamentos por ella dictada. Si se permitiera que por actos singulares dictados incluso por órganos jerárquicamente superiores al autor del reglamento se incumpliera el contenido de la norma reglamentaria sufriría también el principio de seguridad jurídica y haría acto de presencia una de las lacras que el Estado de Derecho viene a abolir: las arbitrariedades, que como decía LOCKE, no son más que el ejercicio y la representación de la falta de racionalidad, algo bien alejado a la mentalidad y esencia del moderno Derecho Administrativo.

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

3. La ley en la teoría de las normas

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

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

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

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

En cuarto lugar, ha de llamarse la atención sobre la crisis de la generalidad de las normas, especialmente en lo que se refiere a leyes y reglamentos. La ley como expresión de la voluntad general, es hoy un principio excepcionado por la realidad de la promulgación de no pocas normas aprobadas para resolver problemas concretos. Desafortunadamente, hoy las leyes, en términos generales y circunscritos a mi país, ya no pretenden conformar abstractamente y a largo plazo la sociedad de acuerdo con la justicia, la libertad o la igualdad. Ahora, por razones obvias, buscan sólo solucionar problemas concretos, justo el sentido que ha de tener en un Estado democrático la formación administrativa. Este proceso de administrativización, ya aludido, de la ley se debe, insisto, a que siendo la ley de mayor rango que el reglamento y teniendo unas vías de impugnación más resistentes que las del reglamento, confeccionar leyes sobre temas reglamentarios es una manera torcida de evitar los efectos de la impugnación de los reglamentos, sobre todo la paralización o suspensión de su eficacia.

En quinto lugar, afecta sobremanera a la unilateralidad de la ley y del reglamento algunas manifestaciones de una vuelta al pacto como fundamento de la obligatoriedad de las normas. Son los supuestos del resurgimiento de las formas de formación paccionada, sobre todo en el ámbito laboral, en el que en alguna ocasión, acuerdo Gobierno-Sindicatos de 2005 en materia de función pública, se pretendió que el contenido de dichos acuerdos fuese de cumplimiento imperativo y necesario, que tuviera eficacia directa sobre los dispuesto en la le de presupuestos generales del Estado. Evidentemente, los Tribunales tuvieron que mantener el principio de jerarquía normativa y anular esa pretensión del acuerdo de referencia. El acuerdo entre las fuerzas políticas siempre es mejor que la confrontación, pero ni es imprescindible ni muchas veces es posible porque existen diferentes maneras de entender la realidad y la vida social que en muchas ocasiones impiden el acuerdo. Claro que el acuerdo debería resplandecer en las cuestiones denominadas

de Estado, pero que ello sea deseable no puede conducirnos a esa especie de ideología del acuerdo que busca laminar lo diferente de manera que todo se sustancie a través de ese nuevo carril único por el que se pretende que discurran los asuntos que conforman el espacio público de muchas sociedades.

4. La ley en el derecho administrativo español

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

En materia de policía, el especial carácter de limitación que conlleva esta actividad administrativa ha llevado al Tribunal Constitucional a pronunciarse sobre el ámbito de la regulación reglamentaria de las infracciones y sanciones carentes de toda base legal. Así, por ejemplo, la sentencia de 8 de abril de 1981 establece que "no es posible exigir reserva de ley da manera retroactiva para anular disposiciones reguladoras de materias y de situaciones respecto de las cuales tal reserva no existía de acuerdo con el Derecho anterior". En el mismo sentido, el alto Tribunal se pronunció el 7 de mayo de ese año: "el principio de legalidad, que se traduce en la reserva absoluta de ley, no incide en disposiciones o actos nacidos al mundo del derecho con anterioridad al

momento en que la Constitución fue promulgada" Es decir, la reserva de ley no es un criterio tan absoluto que pueda desplegar su eficacia con efectos retroactivos en materia de policía, pues se trata de una materia que limita o restringe la esfera de la situaciones jurídicas de los ciudadanos.

En opinión de GONZALEZ RIVAS, cualquiera que sea la validez y la aplicabilidad de las normas preconstitucionales que fueran incompatibles con el principio de legalidad del artículo25.1 de la Constitución, parece claro que a partir de la entrada en vigor de la Constitución, toda remisión a la potestad reglamentaria para la definición de infracciones o la introducción de sanciones carece de virtualidad pues si el reenvío a un reglamento previsto en una norma legal sin contenido material alguno no puede producir efectos, con mayor razón aún debe predicarse esa falta de eficacia respecto a la remisión que pueda efectuarse de segundo grado, establecido en una norma sin fuerza de ley y ello aunque esta última remisión contenga una regulación suficiente, si bien puede considerarse incompleta, de conductas ilícitas y de sanciones aplicables, ya que tal regulación no sana las insuficiencias atribuibles a la propia ley que le sirve de cobertura en atención al cumplimiento del principio de reserva de ley constitucional.

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

Distinto es el caso en el que una norma reglamentaria postconstitucional, sin innovar el sistema de infracciones y sanciones, complementa o específica el sistema preestablecido. En este caso, como señala GONZALEZ RIVAS, no se trata propiamente de remisión normativa a favor de aquella disposición, puesto que la remisión implica la potestad conferida por la norma de reenvío de innovar en alguna medida el Ordenamiento por parte de quien lo utiliza. En realidad, en este caso, se produce una reiteración de reglas sancionadoras establecidas en otras normas más generales, por aplicación a una materia singularizada incluida en el ámbito genérico de aquéllas. Este tipo de complementos ha sido admitido por el Tribunal Constitucional en su sentencia 83/1984 siempre que se amparen en disposiciones válidas, bien porque se

adecuen a la reserva constitucional de ley o bien porque dicha reserva no las alcancen retroactivamente. Por la sencilla razón, argumenta el Tribunal, de que, en tal caso, la disposición de desarrollo reglamentario no infringe la prohibición señalada de alterar el sistema sancionatorio administrativo sin cobertura de ley apropiada.

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

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

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

El principio de legalidad, en su versión de la reserva de ley, encuentra, como sabemos, una importante excepción, reconocida por el Tribunal Constitucional, en materia de reglamentos preconstitucionales tipificadotes de infracciones y sanciones. En efecto, la sentencia de 7 de abril de 1987 entendió que no es posible exigir la reserva de ley de manera retroactiva para anular disposiciones reguladoras de materias y de situaciones respecto de las cuáles tal reserva no existía de acuerdo con el Derecho anterior a la Constitución.

Es decir, el principio de legalidad, en lo que se refiere a las disposiciones sancionadoras, que se traduce en la reserva absoluta de la ley no incide en disposiciones o actos nacidos al mundo del derecho con anterioridad al momento en que la Constitución fue promulgada.

Otra excepción al principio de legalidad, que también reconoce la jurisprudencia constitucional, se refiere, también en materia sancionadora, como hemos señalado ya, a los reglamentos post-constitucionales que se limiten a reproducir reglamentos preconstitucionales "sin innovar el sistema de infracciones y sanciones".

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

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

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

5. El reglamento y la potestad reglamentaria en España

De acuerdo con el principio de separación de poderes, a la Administración le corresponde, bajo la dirección del Gobierno, la tarea de la ejecución de la

ley. Es decir, supuesto el contenido general y abstracto de la ley a partir de los llamados valores superiores del Ordenamiento (libertad, justicia, igualdad, seguridad, pluralismo…), la Administración pública, fundamentalmente a través de normas (reglamentos) y actos o resoluciones, aplica la ley a la realidad.

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

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

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

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

Como señala SANTAMARIA PASTOR, existen dos dimensiones de la reserva de ley de gran interés para determinar el alcance y la operatividad de los reglamentos. En primer lugar, en virtud de la denominada reserva material existen determinadas cuestiones atribuidas en exclusiva a la ley, por lo que aunque no se haya dictado la pertinente ley no procede la elaboración de un reglamento que pretenda cubrir la laguna existente. Y, en segundo término,

desde la perspectiva de la reserva formal, se entiende que cualquier materia, una vez que ha sido regulada por ley ya no puede ser objeto de la formación reglamentaria, a no ser, claro está, para su desarrollo ulterior.

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

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

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

constitucionalmente la potestad reglamentaria reside en el propio Gobierno como cabeza visible de la Administración pública.

De acuerdo con señalado en materia de principio de legalidad, el artículo 23 de la ley del Gobierno de 1997, se sienta el criterio de que "los reglamentos no podrán regular materias objeto de reserva de ley, ni infringir normas con dicho rango". Es decir, se ratifica el principio de las materias reservadas a la ley y se expresa con claridad, aplicado a este supuesto, el principio de jerarquía normativa. Igualmente, además de establecer que la función típica del reglamento es desarrollar la ley, o colaborar con ella, el párrafo segundo del artículo 23, en materia de sanciones e infracciones administrativas, dispone con toda claridad, en línea con lo expuesto con anterioridad, que los reglamentos no podrán tipificar delitos, faltas o infracciones administrativas, establecer penas o sanciones, así como tributos, cánones u otras cargas o prestaciones personales o patrimoniales de carácter público".

6. Clases de reglamentos

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

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

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

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

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

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

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

Una pregunta clásica que se suele formular en relación con estas dos modalidades de reglamentos se refiere al ámbito del principio de reserva de ley. Pues bien, los reglamentos organizativos, aunque formalmente no estén previstos en la ley, es lo más probable que se dicten en atención a las potestades propias y ordinarias de la Administración. En todo caso, si así fuera, en nin-

gún caso podrán, cómo señala el artículo 23 de la ley del Gobierno, infringir normas con rango de ley. Sin embargo, los reglamentos jurídicos, en la medida en que inciden en situaciones jurídicas de los ciudadanos, en la medida en que regulan derechos y deberes, siempre y en todo caso precisarán de una ley previa que les habilite para tal tarea, en la que habrán de ajustarse a lo establecido en la ley lógicamente. Se trata, pues de un caso de vinculación negativa y otro de vinculación positiva.

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

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

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

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

7. Requisitos y procedimiento de elaboración de los reglamentos

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

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

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

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

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

Tema polémico es el de si la potestad reglamentaria ha de respetar siempre y en todo caso el principio de irretroactividad de las normas sancionadoras

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

En este sentido, en el marco respetando de la regla general existe una excepción recogida en el artículo 57.3 de la LRJAPPAC relativa al caso de que la Administración pueda dar eficacia retroactiva a los actos, no a las normas o disposiciones administrativas: se trata de supuestos en los que se dicten actos en sustitución de actos anulados, y, asimismo, como ha señalado el Tribunal Supremo, cuándo produzcan efectos favorables al administrado, siempre, dice el precepto, que los supuestos de hecho necesarios existieran ya en la fecha a que se retrotraiga la eficacia del acto y ésta no lesione derechos e intereses legítimos de otras personas. La doctrina se ha preguntado si este precepto, dedicado a los actos, también puede ser de aplicación a los reglamentos. Superando una perspectiva excesivamente formalista, no veo por qué razón si se dan estos supuestos, no ha de aplicarse también al mundo de los reglamentos, de las normas administrativas.

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

La decisión sobre el procedimiento elegido para dar la audiencia ha de ser motivada en el expediente por el órgano que acuerde la apertura del trámite

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

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

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

El Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse con frecuencia sobre diferentes aspectos del procedimiento de elaboración de los reglamentos. Si ha sido numerosa su jurisprudencia, también es verdad que es numerosa su incoherencia. Así, por ejemplo, para los reglamentos estatales y autonómicos conlleva la nulidad la omisión del informe de la secretaría general técnica u órgano equivalente de nivel autonómico. Igualmente, también el Tribunal Supremo ha considerado en algunos casos que también es merece-

dora de nulidad la ausencia de la audiencia a las asociaciones u organizaciones representativas de intereses siempre que no esté debidamente justificada dicha omisión (sentencias del Tribunal Supremo de 14 de febrero y 24 de mayo de 1984, y de 19 de diciembre de 1986).

8. La inderogabilidad singular de los reglamentos

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

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

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

De acuerdo con el Código Civil, artículo 2.1, las normas jurídicas entran en vigor a los veinte días de la publicación, salvo que la propia norma prevea expresamente otro plazo. Por tanto, para los reglamentos, el "dies a quo" será el cómputo de los veinte días no es otro que el de la publicación, para los reglamentos estatales, en el Boletín Oficial del Estado. Para las ordenanzas locales, habrá de estarse a lo dispuesto por el artículo 70.2 de la ley de bases de 1985 cuándo señala que "los acuerdos que adopten las Corporaciones locales se publican o notifican en la forma prevista por la ley. (…) Las ordenanzas, incluidos el articulado de las normas de los planes urbanísticos, así como los acuerdos correspondientes a ésos cuya aprobación definitiva sea competencia de los Entes locales, se publican en el Boletín Oficial de la Provincia y no entran en vigor hasta que se haya publicado totalmente su texto y haya transcurrido el plazo de quince días que establece la propia ley de bases en el artículo 65.2. La diferencia entre publicación y notificación de los acuerdos locales radica en que otra de las diferencias entre acto y norma es que ésta precisa de la publicación para su eficacia, mientras que el acto administrativo local, para desplegar sus efectos, ha de ser convenientemente notificado al interesado o interesados..

El reglamento, cómo regla general, es eficaz desde su publicación. Como señala SANTAMARIA PASTOR su eficacia es, en principio, ilimitada y se proyecta sobre los funcionarios, jueces o administrados, con la única ex-

cepción de la llamada cuestión de ilegalidad, que analizaremos en el último epígrafe al tratar sobre los llamados reglamentos ilegales y sus formas de impugnación.

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

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

En materia de derogación se aplican las normas generales por lo que un reglamento podrá ser derogado por otro dictado por la misma autoridad. Ahora bien, lo que no es posible por arbitrario e irracional, es derogar el reglamento para un caso determinado. No se puede conceder dispensas del cumplimiento de un reglamento estableciendo excepciones privilegiando a personas concretas. Ni siquiera puede hacerlo la autoridad superior a la que dictó el reglamento. La razón reside en que el reglamento define un régimen jurídico general para una pluralidad de personas de acuerdo con el interés general. Y, por tanto, la observancia de ese régimen vincula a toda la Administración. Admitir excepciones a esta regla equivaldría, más o menos, a vol-

ver al Antiguo Régimen dónde el capricho del gobernante era la fuente del Derecho y dónde campaban a sus anchas las más lamentables expresiones de la arbitrariedad y la discriminación.

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

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

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

9. Reglamentos ilegales: especial referencia a la cuestión de ilegalidad

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

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

entre la nulidad absoluta o radical y la relativa, también llamada anulabilidad, son difíciles de precisar salvo en la no preclusión de los plazos de impugnación.

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

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

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

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

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

En fin, el supuesto más común es el del reglamento que se impugna ante la jurisdicción contenciosa administrativa a través de la acción de nulidad prevista en el artículo 62.2 de la LRJAPPAC. En todo caso, el artículo 102.2 de esta ley permite a la propia Administración la propia declaración de nulidad a través de la correspondiente revisión de oficio. La impugnación con-

tencioso administrativa del reglamento ordinariamente se efectúa mediante el correspondiente recurso directo en el que se solicita su anulación. Los efectos jurídicos de la invalidez del reglamento declarada por el juez son los propios de la nulidad absoluta o de pleno derecho, tal y como prescribe el artículo 62.2 LRJAPPAC. Las consecuencias de la declaración de nulidad del reglamento en vía judicial implican, por un lado, la imprescriptibilidad de la acción para recurrir contra el reglamento ilegal y, por otro, la imposibilidad de convalidación del reglamento nulo por que se trata de nulidad "in radice". Sin embargo, estos efectos no se compaginan con el mantenimiento de los actos dictados en aplicación del reglamento.

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

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

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

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

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

En efecto, en los casos del recurso indirecto, sólo queda anulado el acto administrativo, no el reglamento ilegal, que puede seguir produciendo efectos. Sin embargo, la ley jurisdiccional de 1998 corrige este tema atribuyendo al juez la potestad de anular el reglamento siempre que sea competente para

conocer del recurso directo y si no lo fuere planteando la cuestión de ilegalidad ante el Tribunal competente. Si el juez estima la cuestión anula el reglamento con efectos "erga omnes". Sin embargo, cómo ahora estudiaremos con más detalle, si el juez entiende que el reglamento era válido, resulta que dicho fallo no afectará, según la Ley, a la sentencia anulatoria del acto administrativo, lo cuál no parece muy congruente.

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

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

"1. El Juez o Tribunal planteará, mediante auto, la cuestión de ilegalidad prevista en el artículo 27.1 dentro de los cinco días siguientes a que conste en las actuaciones la firmeza de la sentencia. La cuestión habrá de ceñirse expresamente a aquel o aquellos preceptos reglamentarios cuya declaración de ilegalidad haya servido de base para la estimación de la demanda. Contra el auto de planteamiento no se dará recurso alguno.

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

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

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

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

El problema del recurso indirecto, como sabemos, se circunscribe al caso, que detalla la exposición de motivos, en el que se anula el acto impugnado por entender ilegal la norma que le sirve de cobertura. En estos casos, "el carácter difuso de este tipo de control ha generado situaciones de inseguridad jurídica y desigualdad manifiesta, pues según el criterio de cada órgano judicial y a falta de una instancia unificadora, que no siempre existe, determinadas disposiciones se aplican en unos casos o ámbitos y se inaplican en otros. La decisión pasa por unificar la decisión judicial sobre la legalidad de las disposiciones generales en un solo órgano, el que en cada caso es competente para conocer del recurso indirecto, dotando siempre a esa decisión de efectos "erga omnes". De ahí que cuándo sea ese mismo órgano el que conoz-

ca del recurso indirecto, la Ley disponga que declarara la validez o nulidad de la disposición general. Para cuándo el órgano competente en un recurso de este tipo sea otro distinto del que puede conocer del recurso directo contra la disposición de que se trate, la Ley introduce la cuestión de ilegalidad".

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

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

La razón de esta técnica reside en la necesidad de expulsar del Ordenamiento jurídico a los reglamentos ilegales, íntegramente o parcialmente, según los casos. No es posible admitir un reglamento ilegal que pueda estar vigente. Por eso, la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2000, llama la atención sobre el cambio en la configuración del sistema de impugnación de las disposiciones generales, "que se ha producido con la introducción de la cuestión de ilegalidad, en virtud de la cual cuándo la Sala de instancia estima un recurso contencioso administrativo por considerar ilegal el contenido de una disposición general-respecto de la que no es competente para

conocer del recurso directo-, ya que si el Tribunal que conoce del recurso indirecto fuera competente para conocer del directo "declarará la validez o nulidad de la disposición general".

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

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

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

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

normativo. En este caso nos hallamos ante el proceso constitucional y en el de la cuestión de ilegalidad, en el proceso contencioso administrativo.

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

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

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

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

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

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

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

El artículo 124 de la Ley dispone lo siguiente:

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

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

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

La expresión "urgentemente", en congruencia con la naturaleza del procedimiento que estudiamos equivale a brevedad, celeridad, en el menor tiempo posible. Por lo demás, no parece que requiera mayores comentarios la indicación de que la cuestión se publique en el mismo periódico oficial en que lo hubiera sido la disposición cuestionada.

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

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

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

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

De la lectura del párrafo segundo se deduce la existencia de un trámite de admisión, que llevará al órgano judicial competente a tomar la decisión que

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

10. Reflexión conclusiva

A lo largo y ancho de este epígrafe he intentado exponer algunos de los rasgos más relevantes de la ley y el reglamento como fuentes propias del Derecho Administrativo español. Probablemente, habrán quedado en el tintero

aspectos igualmente notables de esta materia. Mi propósito ha sido muy sencillo: plantear el estado actual y los problemas que existen en relación con la ley y con los reglamentos. Para ello, hemos pasado revista a algunos problemas como el de las relaciones ley-reglamento, la cuestión de los reglamentos independientes, el alcance del principio de legalidad y la presunta autonomía de funciones de la Administración como función profesionalizada dedicada a la gestión objetiva del interés general. Hemos estudiado también los principios de jerarquía normativa, de inderogabilidad singular de los reglamentos. Hemos analizado los diversos sistemas de impugnación de reglamentos para terminar con algunas reflexiones, quizás demasiado amplias, sobre la llamada cuestión de legalidad, tema novedoso que introduce el legislador de 1998 en la ley de la jurisdicción contencioso administrativa.

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

VI. EL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA Y LA ELABORACIÓN DE LAS NORMAS JURÍDICAS EN NICARAGUA. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO-ADMINISTRATIVO

Denominamos ordenamiento jurídico al conjunto de normas que rigen en un determinado momento en una determinada Sociedad. Esto supone que es algo más que un simple agregado de normas, es una unidad dotada de sentido, que funciona de forma ordenada y coherente, en definitiva, un sistema.

Este carácter de todo organizado hace que el ordenamiento jurídico sea algo más que la simple suma del conjunto de normas que lo componen pues lleva implícito un plus valor que les añade el hecho de conformar una unidad operativa.

De aquí se deriva, entre otras muchas consecuencias, la necesidad de fijar criterios que permitan el funcionamiento efectivo de ese sistema, determinando en cada supuesto jurídico concreto que plantea la vida real, cual es la norma o normas jurídicas aplicables a éste.

Dicha tarea es, como es sabido, de una enorme complejidad, pues es frecuente en la práctica, que se planteen conflictos normativos, esto es, supuestos en los que más de una norma es susceptible de ser aplicada a un mismo problema jurídico, obligando a seleccionar aquélla o aquéllas que deben prevalecer respecto a las demás.

Sin agotar el tratamiento de la cuestión, vamos a examinar cuales son los criterios básicos que se deben manejar a dichos efectos en el ordenamiento jurídico de Nicaragua. No son otros, por supuesto, que el principio de jerarquía, el principio de competencia y el cronológico.

1. Principio de jerarquía

El primer criterio que se tiene que tener presente en la resolución de los conflictos jurídicos es, obviamente, el principio de jerarquía normativa. Elemento básico en todo ordenamiento jurídico, que agrupa la totalidad de las normas existentes en mismo en una escala jerárquica, en la que los distintos tipos de normas asumen un diferente valor, conforme a un criterio formal, con independencia del contenido material de las normas.

Sobre esta base van a operar dos reglas básicas: a) las normas superiores no pueden modificar, derogar o tener un contenido contrario a las normas superiores, siendo, en caso contrario, invalidas; b) las normas superiores pueden modificar, derogar o tener un contenido contrario a las normas inferiores.

La escala jerárquica a la que va a dar lugar el juego de este principio se articula en torno a tres escalones, que serían, comenzando por los de mayor rango y terminando por los de menor: Constitución, ley y reglamento.

Al aplicar esta ordenación jerárquica debe tenerse, además, en cuenta que, si bien los diferentes tipos de leyes no están vinculados entre sí por relaciones de jerarquía, como en su momento veremos, si lo están, sin embargo, los reglamentos, que se relación entre sí de modo jerárquico según su rango.

2. Principio de competencia

El principio de competencia, a diferencia del de jerarquía, no se basa en relaciones de superioridad/inferioridad, sino en la fijación de ámbitos competenciales, esto es, en el establecimiento determinados ámbitos materiales cuya normación se deberá producir de una determinada forma con exclusión de todas las demás.

A partir de aquí la doctrina se diversifica, pues algunos autores dan un alcance más amplio al principio de competencia, que comprendería la reserva material que se realiza a favor tanto de un órgano, como de un subsistema normativo o de un determinado tipo de fuente. Mientras que otros consideran, desde una posición más restrictiva, que el principio de competencia rige sólo para los dos primeros supuestos, invocando para el tercero lo que denominan "principio de procedimiento".

3. Criterio cronológico

Este criterio se traduce en la preeminencia de la norma posterior, que deroga a la anterior contraria a la misma, sin que esto suponga la invalidación de la norma anterior, que queda derogada, pero no anulada, como demuestra que seguirá aplicándose a las situaciones surgidas durante su vigencia, sin perjuicio de los efectos retroactivos que, en su caso, pueda tener la norma derogante.

Esta regla debe someterse, no obstante, a algunas matizaciones.

Así, en primer lugar, la norma posterior especial no deroga la norma general contraria a la misma.

En segundo lugar, esta regla opera sólo dentro del respeto a los principios de competencia y jerarquía antes citados. Así, la norma posterior inferior no deroga a la anterior superior, sino que sería simplemente nula. Igualmente la norma posterior que actúa fuera de su ámbito de competencia no puede derogar la norma anterior competente.

VII. LA LEY Y EL REGLAMENTO EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO NICARAGUENSE

1. La ley

1.1 Concepto y características

Al término ley se le pueden asimilar significados diversos. Así, frente a un concepto amplio de la misma, por el que se entendería toda norma escrita (concepto material de ley); se utiliza un concepto técnico más restringido, por el que se conoce al producto jurídico emanado del Poder Legislativo que, en cuanto tal, asume un valor determinado en el sistema de fuentes del Derecho (ley formal). Es obviamente este segundo el que a nosotros interesa y en el que nos vamos a centrar.

Tomado en este sentido, la ley no se define, en realidad, por su carácter normativo, pues no tiene ni siquiera que darse éste, sino por su especial valor: por ser una norma subordinada a la Constitución pero dotada, sin embargo de superioridad jerárquica respecto al Reglamento.

Esta específica posición en el sistema de fuentes del Derecho deriva de su vinculación a la voluntad popular, en cuanto producto normativo elaborado por el Parlamento, directamente elegido por los ciudadanos y, por tanto, representante directo de éstos. Frente a ello el reglamento, dotado de una mera legitimación indirecta, al proceder del Gobierno y la Administración, asume una posición secundaria. Mientras que la Constitución, expresión directa de la voluntad soberana, en cuanto emanada de un poder constituyente y no meramente constituido, como ocurre con la ley, asume una posición de superioridad respecto a esta última.

Es erróneo considerar que la ley es necesariamente una norma general, esto es, una regla jurídica que se incorpora al ordenamiento jurídico innovando éste, de tal forma que, en lo sucesivo, el supuesto de hecho al que se refiere será normado por esa ley, pues, aunque una parte de la doctrina se ha mostrado contraria a las mismas, en la práctica se reconoce también la existencia de leyes singulares o de caso único, que prestan a lo que materialmente serían auténticos actos administrativos, la fuerza formal de la ley.

Aunque el supuesto más usual sea que la ley sea norma general, el ordenamiento jurídico nicaragüense da cabida a lo que la doctrina ha venido calificando como leyes concretas o leyes de caso único.

Lo dicho no supone que el campo de operación de esas leyes singulares sea ilimitado. Debe recordarse que el art. 27 CN establece que todas "las personas son iguales ante la ley y tienen derecho a igual protección". Esta elemental regla de igualdad restringe el ámbito de incidencia de las leyes singulares o de caso único a aquellas situaciones en las que concurran circunstancias objetivas que justifiquen ese trato desigual, sin que en ningún caso se pueda traducir en una disminución de garantías para el afectado o en el nacimiento de una situación discriminatoria no justificada. Ahora bien, estas limitaciones no provienen del propio concepto de ley, sino que, como puede verse, son simples exigencias derivadas del principio de igualdad.

Nota definitoria de la ley es su carácter de concreción normativa de la voluntad general, expresada por el pueblo a través de sus representantes. Esto determina que no pueda ser concebida como una mera ejecución de la Constitución. Si ésta, como vimos, debe dejar un margen amplio para el juego de las distintas opciones políticas que en cada momento prevalezcan en la sociedad, la ley va a ser el instrumento a través del que esa voluntad general se convierta en cada caso en norma jurídica, por lo que podrá moverse libremente dentro de ese espacio que necesariamente crea la Norma Fundamental.

Elemento del que se deriva a su vez importantes consecuencias a la hora de su control judicial. Pues la verificación de la constitucionalidad de la ley no puede ir más allá de la mera fiscalización negativa de que no vulnera la Norma Suprema, estándole vedado un control positivo de las decisiones de oportunidad tomadas por el poder legislativo en cada concreto momento, pues constituyen éstas un ámbito que queda remitido a aquellos a quienes la voluntad popular entregue en cada momento el poder político.

1.2 Clases de leyes

En el Derecho de Nicaragua se deben distinguir, tomando en lo esencial la tipología elaborada por Flavio Escorcia, tres grandes tipos de leyes: leyes constitucionales, leyes especiales y leyes ordinarias.

Las leyes ordinarias pueden definirse desde el punto de vista negativo, como aquellas que no son ni constitucionales ni especiales. Pero no se gana gran cosa con dicha definición. Es más correcto, por ello, categorizarlas como aquellas cuya aprobación se lleva a cabo siguiendo el procedimiento legislativo ordinario previsto en los arts. 140-143 CN.

Se convierten con ello en la categoría o tipo básico de ley, del que se desglosan determinados textos legales, cuya aprobación sujeta la Constitución a requisitos especiales. Dentro de las leyes no ordinarias se pueden distinguir a su vez dos tipos, uno específico, calificado por la propia Constitución como constitucionales; y otro, genérico, en el que se agruparían todos los supuestos de leyes no ordinarias que no son constitucionales, que vamos a designar, siguiendo la tipología ya mencionada de FLAVIO ESCORCIA, como leyes especiales.

Las leyes constitucionales se caracterizan porque su reforma exige que se siga el procedimiento establecido para la reforma parcial de la Constitución, con la excepción del requisito de las dos legislaturas (art. 195 CN). No necesitan sanción del Poder Ejecutivo (art. 141 CN). Son leyes constitucionales la Ley Electoral, la Ley de Emergencia y la Ley de Amparo (art. 184 CN).

Las leyes especiales vendrían a constituir una categoría residual en la que se incluyen todos aquellos supuestos en los que, sin exigirse los requisitos que determinan la calificación como ley constitucional, se impone un procedimiento de aprobación que presenta alguna peculiaridad respecto al exigido para aprobar leyes ordinarias[1]. En realidad, no son una categoría uniforme, pues el rasgo específico que las convierte en especial varía según el supuesto de que se trate.

Lo más usual es que ese elemento específico sea la exigencia de una mayoría cualificada para su aprobación. Así, por ejemplo, la Ley de Municipios, cuya aprobación y reforma requiere del voto favorable de la mayoría absoluta de los diputados (art. 177 CN); o la ley reguladora del régimen de autonomía de los pueblos indígenas y las comunidades étnicas de la Costa Atlántica,

[1] Flavio Escorcia las define, por ello, como aquellas "que requieren para su aprobación o reforma, de una *votación calificada o de una tramitación especial*". Escorcia, Flavio Jorge, *Op. Cit.*, nota 2, p. 105.

que requiere para su aprobación y reforma de la mayoría establecida para la reforma de las leyes constitucionales (art. 181 CN).

Sin embargo, en ocasiones, la peculiaridad es de otra naturaleza, como por ejemplo, la Ley de Presupuesto General de la República, que se convierte en especial por corresponder exclusivamente al Presidente de la República la iniciativa legislativa para su aprobación (art. 113 CN).

Aunque hay quien ha manifestado opinión contraria, se suele considerar que las leyes constituyen un único escalón jerárquico dentro del sistema de fuentes del Derecho, por lo que no se relacionan entre sí por vínculos de jerarquía, sino de competencia. Así ocurre, en cualquier caso, en Nicaragua, donde la relación entre leyes ordinarias y leyes especiales y constitucionales no es jerárquica, sino de competencia. De aquí se derivan una serie de consecuencias importantes:

Como punto de partida, debe tenerse presente que siempre que la Constitución prevé la regulación de una materia por una ley especial o constitucional, está generando una reserva material de ley, esto es, un ámbito material que sólo podrá ser regulado por ese determinado tipo de norma (la ley constitucional o la ley especial de la que se trate), con exclusión de todas las demás.

De aquí se deriva la imposibilidad de que ley ordinaria, ley constitucional y ley especial se entrecrucen entre sí, pues cada una tiene su ámbito propio de actuación, sin poder extenderse al de la otra.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que las consecuencias de una invasión indebida por cada uno de este tipo de fuentes del ámbito de la otra, es diferente dependiendo del supuesto del que se trate.

Cuando es una ley ordinaria la que regula materia atribuida a ley especial o constitucional, es necesariamente nula, pues no cumple con los requisitos exigidos para su aprobación.

Sin embargo, cuando es una ley especial o constitucional la que regula una materia no reservada a ella, esa ley es válida, pues se cumplen los requisitos formales para la aprobación de una ley ordinaria, por lo que no tendría sentido invalidarla.

Si bien debe tenerse en cuenta que esa ley será ley ordinaria y no ley especial o constitucional, por lo que en lo sucesivo podrá ser modificada o derogada siguiendo los requisitos que se exigen para la aprobación de una ley ordinaria. Esto convierte los conceptos de leyes constitucionales y especiales en conceptos materiales y no formales, en otras palabras, sólo serán ámbitos

sujetos a regulación por estas leyes los que la Constitución establezca que deben regirse por ellas.

Téngase en cuenta que, en caso contrario, se estaría dejando en manos del legislador la posibilidad de reservar la regulación de una materia a ley especial o constitucional. Eso llevaría a la petrificación del ordenamiento jurídico, pues si en un determinado momento el partido político en el poder gozase de una amplia mayoría, podía tener la tentación de regular algunas materias regulables por ley ordinaria conforme a requisitos más rigurosos, dificultando la posterior regulación de la misma por el grupo político que le sucediera, en su caso, en el gobierno.

De aquí se deriva otra consecuencia importante, el ámbito reservado a ley especial o constitucional debe ser objeto de interpretación estricta, pues lo contrario podría dificultar en exceso los cambios en el poder político.

1.3 Procedimiento legislativo ordinario

Se denomina procedimiento legislativo al conjunto de actuaciones y trámites precisos para la elaboración de una ley. Comienza con la puesta en marcha de la iniciativa legislativa, entendiendo por tal la facultad de formular y presentar un texto legislativo, que va a poner en marcha dicho procedimiento y, en caso de ser finalmente aprobado, se va a convertir en ley.

En Nicaragua ostentan iniciativa legislativa: a) cada uno de los diputados de la Asamblea Nacional; b) El presidente de la República; c) La Corte Suprema de Justicia, el Consejo Supremo Electoral, los consejos regionales autónomos y los consejos municipales, en materias propias de su competencia; d) los ciudadanos, salvo para las leyes orgánicas, tributarias o de carácter internacional y las de amnistía y de indultos, mediante iniciativa respaldada por un número no menor de cinco mil firmas (art. 140 CN).

La iniciativa de ley deberá ser presentada con su correspondiente exposición de motivos en la Secretaría de la Asamblea Nacional (art. 141 CN). Una vez leídas ante el plenario de la Asamblea Nacional, pasaran directamente a comisión (art. 141 CN).

Recibido el dictamen de la comisión dictaminadora, éste será leído ante el plenario y será sometido a debate en lo general; si es aprobado, será sometido a debate en lo particular (art. 141 CN).

Los proyectos de ley requieren para su aprobación voto favorable de la mayoría absoluta de los diputados presentes, salvo que la Constitución exija otra

cosa (art. 141 CN). Teniendo en cuenta que, para que la Asamblea Nacional se constituya válidamente precisa de un quórum de la mitad más uno del total de los diputados que la integran (art. 141 CN).

Una vez aprobado el proyecto de ley por la Asamblea Nacional, será enviado al Presidente de la República para su sanción, promulgación y publicación, salvo aquellos que no requieren tales trámites (art. 141 CN).

En caso de que el Presidente de la República no sancionare, promulgare ni publicare la ley en un plazo de quince días, el Presidente de la Asamblea Nacional mandará publicarlas por cualquier medio de comunicación social escrito, entrando en vigencia desde dicha fecha, sin perjuicio de su posterior publicación en La Gaceta, Diario Oficial, la que deberá hacer mención de la fecha de su publicación en los medios de comunicación social (art. 141 CN).

El Presidente de la República puede vetar total o parcialmente un proyecto de ley dentro de los quince días siguientes a aquél en que lo haya recibido (art. 142 CN). Si el veto es parcial, podrá introducir modificaciones o supresiones al articulado de la ley (art. 142 CN).

Un proyecto de ley vetado total o parcialmente por el Presidente de la República deberá regresar a la Asamblea Nacional con expresión de los motivos del veto; ésta podrá rechazarlo con el voto de la mitad más uno del total de sus diputados, en cuyo caso el Presidente de la Asamblea Nacional mandará publicar la ley (art. 143 CN).

En ocasiones se utiliza en el Derecho nicaragüense el término ley orgánica. Denominación equívoca pues no se anuda a ella, como parece entenderse a primera vista, un determinado régimen jurídico, sino que son leyes como cualesquiera otras, salvo por el hecho, que añade a un más confusión a la regulación de esta figura, de que no podrán ser objeto de iniciativa legislativa popular (art. 140 LJ).

2. El reglamento y la potestad reglamentaria en Nicaragua

2.1 Concepto

El reglamento es una norma de carácter general dictada por el Gobierno o la Administración, que se caracteriza por tener rango inferior a la ley, y estar, por tanto, subordinada a ésta, no pudiendo tener un contenido contrario a la misma, pues en tal caso sería nula

Existen dos grandes corrientes a la hora de fijar la naturaleza del reglamento. En algunas tradiciones jurídicas se enfatiza su elemento formal, esto es, su procedencia del ejecutivo y no del legislador, en detrimento de su aspecto material, es decir, su carácter normativo que lo diferencia de las resoluciones singulares. Perspectiva desde la que se considera al reglamento como un determinado tipo de acto administrativo (acto administrativo de carácter general).

Frente a ello, en otras familias jurídicas se da una mayor trascendencia al elemento material antes citado, entendiendo, en consecuencia, al reglamento como una realidad de naturaleza esencialmente normativa, radicalmente diferente al acto administrativo. Es esta última postura la que rige en Nicaragua, donde se parte de la consideración del reglamento y el acto administrativo como dos figuras jurídicas diferenciadas.

Esta diferenciación no se recoge expresamente en el Derecho nicaragüense, pero se puede inferir fácilmente del art. 14 LJ, que establece que se podrá impugnar ante la jurisdicción contencioso administrativa "los actos, resoluciones, disposiciones generales". Esa referencia a las disposiciones generales, como algo distinto a los actos administrativos debe entenderse realizada, sin duda, a los reglamentos.

La distinción entre reglamento y acto administrativo es, por lo demás, una cuestión clásica del Derecho administrativo, habiéndose vertido considerable tinta para determinar los criterios sobre los que se debe realizar esa distinción. En la actualidad es, sin embargo, a nuestro juicio, una cuestión cerrada, pues el criterio ordinamental aporta un criterio firme y seguro para llevar a cabo esta distinción, que hace inútil la referencia a cualquier otro criterio distintivo.

Según esta tesis, el reglamento innova el ordenamiento jurídico, siendo susceptible de aplicación indefinida mientras continua su vigencia; mientras que el acto administrativo no innova el ordenamiento jurídico, sino que constituye una mera aplicación de éste, agotándose con su aplicación.

Debe reseñarse, no obstante, la dificultad práctica de diferenciar reglamento y acto administrativo en muchos casos. Como señala MEILAN GIL, esa complejidad resulta de las características intrínsecas del Derecho administrativo, en el que la concreción del supuesto de hecho no se lleva a cabo usualmente de una sola vez, sino mediante una cadena de sucesivas concreciones normativa. Esto hace difícil delimitar hasta dónde llega la norma y cuando se inicia el acto en los supuestos intermedios. Aparecen así, en ocasiones, elementos desgajados de la norma que contribuyen a la concreción

de su supuesto de hecho: son parte de la norma y participan de su naturaleza normativa, pero están fuera de ella. Es, por ello, conveniente huir de afirmaciones rígidas en este campo, pues norma y acto administrativo son a veces realidades difícilmente diferenciables.

El reglamento es un acto formalmente administrativo, dado que procede del ejecutivo, pero materialmente legislativo, por crear una situación jurídica general, expresión de la función normativa de la Administración Pública.

De tal modo que, aunque los reglamentos sean productos normativos emanados de la propia Administración, son fuente del Derecho y, por lo tanto, vinculan a ésta, en cuanto forman parte del bloque de legalidad al que debe ajustar su actuación.

Fruto de ello es el principio de inderogabilidad singular de los reglamentos, que impide que la Administración pueda excepcionar la aplicación de un reglamento mediante una resolución singular o acto administrativo, incluso aunque esa resolución inferior haya sido dictada por una autoridad de rango superior a la que dicto el reglamento.

Dicha construcción no cuenta con un reconocimiento expreso en el Derecho positivo de Nicaragua, pero en cuanto expresión de principios jurídicos básicos, debe considerarse indudablemente vigente en este ordenamiento jurídico.

No hay, en realidad, unanimidad a la hora de delimitar cual es el principio justificador, pues se ha argumentado desde líneas diferentes por los distintos sectores de la doctrina. Si bien, en ningún caso, cuestiona esto la afirmación anterior, pues los distintos fundamentos esgrimidos constituyen principios estructurales, vigentes sin ningún género de duda en el Derecho de Nicaragua.

Así, la línea mayoritaria ha venido considerando como fundamento de esta regla, aunque hay quien se ha pronunciado en contra de esta posición, el principio de legalidad, que exige la sumisión de la Administración a todo el Derecho, incluyendo también los propios reglamentos que ella misma ha dictado.

Para otros, sin embargo, el fundamento del principio que nos ocupa debe buscarse en el principio de igualdad, que impide que la Administración pueda aplicar a un determinado supuesto una solución diferente a la que ella misma a fijado para todos los demás supuestos.

2.2 Distinción ley-reglamento

La diferencia entre ley y reglamento es de superioridad o grado. La primera en cuanto expresión del Poder Legislativo, representante de la voluntad popular, emana de un poder potencialmente ilimitado, sin perjuicio, obviamente de las vinculaciones constitucionales; mientras que el segundo emana de un poder radicalmente limitado, el Gobierno o la Administración, estrictamente subordinado al imperio de la Ley. De lo que se deriva, a su vez, que la ley es la encarnación de la voluntad popular; mientras que el reglamento es una mera regla técnica cuya labor viene reducida al desarrollo de la primera. La consecuencia de todo ello no puede ser otra que la supremacía de la primera respecto a la segunda.

La superioridad de la ley respecto al reglamento se manifiesta también en la capacidad de ésta para regular cualquier materia, con el único límite de respetar los preceptos constitucionales. Más allá de ello puede normar todo ámbito susceptible de regulación, sin que sea obstáculo para ello que haya sido objeto de regulación previa por norma reglamentaria, pues, desde su posición de superioridad la norma con rango de ley puede disponer a su antojo del reglamento, bien restringiendo su ámbito, derogándolo o modificándolo, o bien ampliándolo, deslegalizando una materia o remitiendo a él para que la regule.

Si bien esto no puede llevar a considerar que la relación de ley y reglamento es una decisión de oportunidad en manos del legislador, ya que, a pesar de las dificultades de control, la articulación de dicha relación debe guiarse por el principio de que la ley regula lo esencial y el reglamento lo accesorio.

Frente a ello, el reglamento es una norma cuyo espacio está limitado, en cuanto hay determinadas materias cuya regulación le está vedada. Cuando así ocurre decimos que existe una reserva de ley, que puede ser de dos tipos: material y formal.

La reserva material de ley es aquella que viene impuesta por la propia Constitución, en cuanto es la propia Norma Máxima la que exige que una determinada materia sea regulada por ley, cerrando, con ello, el paso al reglamento.

Esta acotación de materias que deben ser objeto de regulación por ley, debe entenderse siempre realizada a favor de ésta. Esto es, no se trata de llevar a cabo una partición de materias entre ley y reglamento, de tal forma que lo no atribuido a la primera quede encomendado a la segunda. El objetivo es otro muy distinto: establecer un ámbito invulnerable al reglamento, en el que éste no podrá entrar en ningún caso, mientras que la ley, sin embargo, tiene plena libertad para incidir en cualquier materia, siempre que respete los preceptos constitucionales.

Se pueden encontrar en la Constitución de Nicaragua un gran número de ejemplos al respecto. Así, por citar sólo algunos de ellos, el art. 93 CN establece que los "delitos y faltas estrictamente militares, cometidos por miembros del ejército y la policía, serán conocidos por los tribunales militares establecidos por la ley"; el art. 94 CN, al regular el Ejército de Nicaragua y la Policía Nacional establece que la "organización, estructuras, actividades, escalafón, ascensos, jubilaciones y todo lo relativo al desarrollo operacional de estos organismos, se regirán por la ley de la materia"; el art. 99 CN establece que las "actividades de comercio exterior, seguros y reaseguros estatales y privados serán regulados por la ley"; el art. 115 CN establece que los "impuestos deben ser creados por ley que establezca su incidencia, tipo impositivo y las garantías a los contribuyentes".

Esto no impide toda incidencia del reglamento, pues esté podrá complementar esa regulación legal, pero sólo en la medida en que la ley cumpla con su obligación de regular esa materia.

En cuanto a la reserva formal de ley, es una mera consecuencia del principio de jerarquía normativa. Pues dada la superioridad jerárquica de la ley respecto al reglamento, que determina la imposibilidad de que éste derogue, modifique o tenga un contenido contrario a aquélla, el reglamento queda imposibilitado de regular cualquier cuestión regulada por ley. De esta forma, basta con que una norma con rango de ley regule cualquier cuestión para que se produzca su congelación de rango, pues en adelante sólo podrá ser regulada por ley.

Hay, no obstante, quien se ha pronunciado en contra, argumentando que la jerarquía normativa implica únicamente la imposibilidad de dictar normas de rango inferior dotadas de un contenido contrario a la de rango superior, pero que nada impide que se pueda ocupar de esa materia, siempre que respete la norma superior.

Las relaciones entre ley y reglamento pueden verse afectadas por la técnica de la delegación legislativa. Bajo esa denominación se engloban un conjunto de medidas que suponen una alteración para un supuesto concreto y determinado de las relaciones existentes entre ambas fuentes del Derecho, abriendo espacios de formación al reglamento. Se trata de supuesto coyunturales, esto es, no suponen una modificación definitiva de esos límites, pues la ley puede recuperar en cualquier momento el ámbito material del que se trate para regularlo ella misma. No suponen, además, menoscabo alguno para la superioridad de la ley, pues es ésta siempre quien toma la decisión de ampliar el ámbito de operación del reglamento y tiene siempre, como ya hemos dicho, la posibilidad de eliminarlo o restringirlo.

Debemos distinguir dos grandes supuestos de delegación legislativa. El primero de ellos es la denominada remisión normativa, que supone una llamada de la ley al reglamento para que complemente la regulación en ella contenida o de una parte de la misma.

Un ejemplo en el Derecho nicaragüense lo encontramos en el art. 24 LCE, que establece que mediante "Reglamento de esta Ley se establecerá la forma en que el Registro de Proveedores coordinará sus actividades con las instancias que desarrollan procedimientos de contratación". Con un carácter más general, el art. 114 del mismo texto legal, que establece que el "Presidente de la República dictará el Reglamento General de esta Ley, en el plazo establecido en la Constitución Política".

Para un sector de la doctrina la remisión normativa no supone una ampliación del campo de acción del reglamento, sino que constituye una mera invitación al mismo para que haga uso de un poder de regulación que ya poseía. Esto no impide, no obstante, que pueda tener su incidencia, en cuanto puede contribuir a fijar el ámbito en el que puede operar, limitando en mayor medida la regulación reglamentaria o incluso cerrando la regulación de determinadas materias a ésta. Pero, en cualquier caso, nunca supone una autorización a regular ámbitos hasta entonces cerrados a su regulación.

Para otros, sin embargo, a través de la remisión normativa no se opera una invitación al ejercicio de un poder normativo previamente atribuido, sino que es la remisión normativa la que abre la materia afectada a la regulación por parte del reglamento de la materia, ampliando de este modo su campo de actuación.

La remisión normativa puede incidir sobre un ámbito reservado materialmente a ley. Es pacífico en la doctrina que en dicho caso la ley no podrá disponer del mandato constitucional que le obliga a ella misma a regular esa materia, lo que reduce el alcance de la llamada al reglamento a aquellos ámbitos que no perturben dicha obligación. Esto permite al reglamento únicamente complementar aspectos puramente organizativos o procedimentales, así como resolver cuestiones puramente técnicas o que impliquen una decisión variable susceptible de mudar más allá de la estabilidad propia de la ley. Tratándose de cuestiones de fondo, sólo se podrán remitir a reglamento si la propia ley comprende los criterios y principios de los que se va a derivar la solución

Fuera del ámbito reservado materialmente a ley las posiciones doctrinales respecto a los límites a los que está sujeta la remisión normativa varían, pudiéndose encontrar posturas diferentes al respecto.

Algunos autores mantienen una postura restrictiva respecto al ámbito de actuación del reglamento. Considerando que para identificar esos límites es preciso distinguir entre aquellos supuestos en los que se realizan remisiones específicas para complementar preceptos aislados, de aquellos en que se realiza una remisión genérica, para completar toda una ley o una parte completa de la misma.

En el primer caso, las posibilidades de control son más limitadas, pues falta una regulación paralela que permita contrastar que no ha habido exceso por parte del reglamento. Si bien, aún en este caso deberá comprobarse que no se han excedido los límites de la remisión, esto es, que no hay una vulneración de los principios y directivas que enmarcan esa remisión, pues siempre se podrán encontrar recogidas, en mayor o menor medida, éstas, bien de forma explícita o implícita.

En el segundo caso, hay un mayor margen para el control, pues el objeto del reglamento no puede ser otro que el desarrollo del texto de la ley, que proporciona un instrumento para verificar en qué medida se ha llevado a cabo éste correctamente. Siendo para ello preciso que ese desarrollo sea el complemento indispensable de esa ley, lo que implica una doble consecuencia: por un lado, obliga a que el reglamento incluya todo lo indispensable para la correcta aplicación de la ley y su plena efectividad; por otro, no puede contener más que lo estrictamente indispensable para dar cumplimiento a estos fines.

Otros autores, sin embargo, invocando la realidad práctica, que consideran no coinciden con la tesis antes expuesta, proclaman que los reglamentos dictados en ejecución de las leyes no se limitan a ser el complemento indispensable de la ley, aclarando los preceptos de éstos y complementando aspectos organizativos y procedimentales, sino que contemplan también regulaciones materiales que vienen a complementar la regulación legal de la materia.

Denominamos deslegalización a la ley que abre un determinado ámbito, hasta entonces regulado por ley, al reglamento, sin contener una regulación material de la misma. Es, por tanto, una norma que viene a eliminar la existencia de una previa reserva formal de ley. Como ya sabemos, ésta se produce cuando una norma con rango de ley regula cualquier materia, con lo que el principio de jerarquía exige para modificar esa materia en lo sucesivo una norma del mismo rango, una norma con rango de ley. La ley de deslegalización se limita a contrarrestar el efecto de esa ley anterior, permitiendo con ello la regulación de esa materia mediante reglamento.

Se trata, por tanto, de una ley que carece de auténtico contenido normativo material, su eficacia se reduce a producir un efecto puramente formal: hacer

desaparecer una reserva formal de ley[2]. Sin que esto suponga tampoco la derogación de la ley afectada, que sigue vigente. Si bien, como fruto de la deslegalización, va a poder ser modificada o derogada por un reglamento. Pero hasta que esa norma reglamentaria no se dicte, la ley continuará en vigor y seguirá recibiendo el tratamiento propio de una norma con rango de ley.

Ese reglamento habilitado para incidir en la ley no pierde, por lo demás, su carácter estrictamente reglamentario. Es reglamento en el momento que se dicta, y lo sigue siendo en lo sucesivo. De lo que se deriva que podrá ser derogado en el futuro por normas de carácter reglamentario.

No cabe deslegalización donde existe reserva material de ley, pues en dicho ámbito debe ser la propia Ley quien lleve a cabo materialmente la regulación de esa materia, exigencia que no queda salvada con una simple remisión formal al reglamento carente de verdadero contenido normativo

Se trata de una consecuencia ineludible, pues la creación de una reserva material de ley no pretende dar a la ley poder para decidir el tipo de norma que regule esa materia, sino que constituye un mandato claro y terminante en virtud del cual el poder constituyente exige al legislador que sea el mismo quien regule esa cuestión, siguiendo el oportuno procedimiento legislativo.

La deslegalización debe ser expresa y precisa, delimitando de forma más o menos acabada su extensión, no cabe una deslegalización de alcance general.

Cabe la posibilidad de que la deslegalización sea sometida a algunas condiciones que limiten su ámbito de actuación. Así, podrá establecerse un plazo para su ejercicio, condicionarla al cumplimiento de una determinada finalidad, etc.

2.3 Clases de reglamentos

Dependiendo de su relación con la ley se pueden distinguir tres tipos de reglamentos: ejecutivos o delegados, independientes o autónomos y de necesidad: a) reglamentos ejecutivos son aquellos que vienen vinculados a una ley, a cuyo desarrollo se orienta su existencia; b) reglamentos independientes serían los que se dictan sin relacionarse con una ley previa; c) reglamentos de necesidad son los que de manera excepcional se pueden dictar para hacer frente a una situación especialmente urgente, pudiendo en atención a ello tener un contenido contrario a la ley, si bien de manera estrictamente provisional, mientras perdura esa situación de necesidad.

[2] García De Enterría y Fernández Rodríguez, *Op. Cit.,* nota 113, p. 278.

Esta clasificación debe ser puesta en relación con otra, también importante desde el punto de vista práctico, que distingue, tomando como base la materia de la que tratan, entre reglamentos administrativos o de organización y reglamentos jurídicos. Serían los primeros aquellos que producen efectos exclusivamente dentro del ámbito de la organización administrativa o las relaciones especiales de sujeción; mientras que los segundos serían aquellos que se manifiestan en las relaciones generales de sujeción, esto es, en las relaciones entre la Administración y los ciudadanos.

De la conjugación de ambas sistematizaciones, un sector de la doctrina deriva una importante consecuencia práctica, la consideración de que reglamentos jurídicos y de organización deben encontrarse en una relación diferente respecto a la Ley. Los primeros, por ser normas en cierto modo de auto disposición, por los que la Administración regula su propia organización interna, se pueden dictar sin necesidad de una ley previa, bastando con que respeten la ley, en caso de que ésta exista. Mientras que los segundos, al producir efectos fuera del ámbito doméstico de la Administración, sólo podrán dictarse cuando exista una ley previa que habilite su existencia. En otras palabras, sólo podrán ser reglamentos independientes los reglamentos de organización, no los jurídicos.

Tesis que es negada por otro sector de la doctrina, que considera que no hay más limitación a la regulación de una materia por reglamento que la que fija la reserva de ley, siendo perfectamente posible el juego del reglamento independiente en el ámbito externo a la organización administrativa.

2.4 Atribución de la potestad reglamentaria

El reglamento es una manifestación normativa propia del Poder Ejecutivo. El poder reglamentario corresponde, en consecuencia, al Gobierno y la Administración. Huelga justificar la necesidad de la atribución de este poder normativo al ejecutivo, pues hoy en día es una realidad pacíficamente admitida su necesidad, consecuencia necesaria de la incapacidad del poder legislativo para dar respuesta a la elevada y multiforme demanda de normas jurídicas que exige toda sociedad. El poder reglamentario se hace así imprescindible para colaborar con el legislativo en la normación de las relaciones sociales, bien ocupándose de desarrollar aspectos procedimentales, técnicos o de organización o dando respuesta a cuestiones especialmente volátiles, que requieren de respuestas normativas más rápidas que las que proporciona el legislador.

La Constitución de Nicaragua no otorga, sin embargo, expresamente ese poder al conjunto del Gobierno y de la Administración, sino tan sólo a un

órgano concreto de la misma: el Presidente de la República. Así lo hace, concretamente, el art. 150. 10 CN, según el cual, es atribución del Presidente de la República reglamentar "las leyes que lo requieran".

No puede entenderse esto en el sentido de que sólo goce de potestad reglamentaria el Presidente de la República, pues existen otros órganos que también disfrutan de dicho poder. Debe entenderse que se trata de la atribución originaria de la potestad reglamentaria, que sólo a este órgano le corresponde, pero que no impide que se pueda atribuir de forma derivada a otros órganos del ejecutivo.

El Derecho de Nicaragua reconoce potestad reglamentaria no sólo al Poder Ejecutivo, sino también al Legislativo, más concretamente a la Asamblea Nacional. Así se deduce, sin duda alguna, del art. 141 CN, que establece que las "leyes deberán ser reglamentadas cuando ellas expresamente así lo determinen. La Junta Directiva de la Asamblea Nacional encomendará la reglamentación de las leyes a la comisión respectiva, para su aprobación en el plenario, cuando el Presidente de la República no lo hiciere en el plazo establecido".

Esta habilitación al Legislativo para dictar normas reglamentarias debe considerarse, en nuestra opinión, como una medida de carácter excepcional, que operara únicamente en el supuesto previsto por este precepto, esto es, ante un incumplimiento por parte del ejecutivo de un mandato legal expreso de reglamentar una ley.

Esto supone, en primer lugar, que la Asamblea no goza de un poder general para dictar reglamentos, potestad que corresponde exclusivamente al Presidente de la República. En nuestra opinión, este último puede dictar reglamentos en ejecución de la ley siempre que lo considere conveniente. Estando obligado a ello sólo si la ley lo establece expresamente, en cuyo caso, y sólo en este caso, la Asamblea Nacional podrá sustituirle en esta labor, si no lo hiciera en el plazo establecido.

Hay quien se ha preguntado si la norma reglamentaria emanada de la Asamblea Nacional es susceptible de ser derogada o modificada por una norma reglamentaria posterior procedente del ejecutivo o si, por el contrario, al proceder de un órgano distinto y seguir un procedimiento distinto al característico de los reglamentos de la Administración, adquiere inmunidad respecto a los mismos.

Para dar respuesta a esta cuestión debe partirse de la funcionalidad del precepto. A nuestro juicio, debe entenderse como una medida de carácter excepcional, que trata de garantizar que los poderes de la Asamblea no van a

verse burlados por la inactividad del Ejecutivo, permitiendo la sustitución de éste por la acción directa de la propia Asamblea. Pero no se atribuye, con ello, una competencia en sentido estricto a esta última, sino que se le permite tan sólo sustituir en su ejercicio a quien le corresponde (el Presidente de la República). De tal forma que el producto normativo adoptado tendrá el valor normativo que corresponde a las normas del titular de la competencia, con independencia de quien la ejercite.

Nótese que una interpretación contraria carecería de sentido. En Nicaragua, como vimos en su momento, no existe reserva de reglamento, por lo que la ley puede regular cualquier materia. Si lo que la Asamblea desea hacer es dictar una norma que no pueda ser modificada en el futuro por el Ejecutivo, lo único que tiene que hacer es dictar una ley, posibilidad que siempre está a su alcance. Téngase en cuenta que la existencia de una ley previa que remita al reglamento no es obstáculo para ello, pues la ley posterior la derogaría sin problema alguno.

Si la Constitución atribuye una competencia a la Asamblea, la de dictar un reglamento, es porque desea atribuirle un poder distinto al que ya tenía. No habría lógica alguna en que se le atribuyera el poder de dictar una norma reglamentaria de rango superior al poder reglamentario más alto (esto es, el del Presidente de la República), pues esto sería tanto como volver a atribuirle el poder que ya tiene.

Nótese, además, que el poder reglamentario tiene una funcionalidad diferente al legislativo. Como sabemos, el reglamento viene a dar respuesta a cuestiones menos elevadas, pero normalmente más volubles y variables, que necesitan en muchos casos de una respuesta normativa más rápida que la concede el poder legislativo. Crear un reglamento inmune al poder reglamentario ejecutivo, cuya reforma quedaría en manos de los procedimientos más parsimoniosos del Poder Legislativo, frustraría en muchos casos el cumplimiento de los objetivos específicos que se pretende con la regulación reglamentaria, retardando las soluciones urgentes que puede precisar la Sociedad.

Se ha discutido, igualmente, si el plazo fijado por la Constitución es un plazo indisponible para el legislador o si éste podría modificar éste estableciendo uno mayor. Una parte de la doctrina ha considerado que esa ampliación sería inconstitucional, pues vulneraría la letra de la Constitución.

No compartimos esa opinión, a nuestro juicio, partiendo de la funcionalidad de la norma, se debe entender que el legislador constituyente quiso fijar un plazo subsidiario que opere en caso de que el legislador no establezca nada

al respecto. Sería extraño y carente de sentido que pudiendo la Asamblea no ordenar el desarrollo reglamentario al Presidente de la República, dejando en manos de éste la decisión de hacerlo o no, además con un carácter perentorio, no pudiera obligar a ese desarrollo en un plazo más amplio.

La interpretación contraria sería sumamente inconveniente, por otra parte, pues podría obligar a que se tuvieran que dictar reglamentos de forma apresurada, pues en algunos casos la complejidad o amplitud de la cuestión puede demandar que ese desarrollo requiera un plazo más amplio.

2.5 Límites de la validez de los reglamentos

El reglamento para ser válido debe ser dictado por órgano competente para ello.

Es preciso, igualmente, que actúe con el debido respeto a las reservas de ley. Lo que supone que será inválido el reglamento que incida sobre materias sobre las que pese dicha reserva. Entendiendo, obviamente, que lo que se prohíbe es el reglamento que pretenda por su propia iniciativa regular dicha materia, pero no al reglamento que lo haga en cumplimiento de un mandato legal y en los términos establecidos por éste.

De este límite se deriva una doble exigencia. En primer lugar, un reglamento no podrá regular materia reservada formal o materialmente a ley. En segundo lugar, tampoco podrá exceder de los límites de la remisión normativa que le habilite a regular un determinado ámbito material.

Otro requisito para la validez del reglamento es que respete el principio de jerarquía normativa. No debe olvidarse la naturaleza normativa de éste, que le convierte en fuente del Derecho, determinando la vigencia de los principios que rigen la resolución de los conflictos normativos, que en su momento examinamos, entre los que se encuentra el principio jerárquico.

Debiéndose tener en cuenta aquí que, a diferencia de lo que ocurre con las leyes, que no están sujetas entre sí a relaciones de jerarquía, los reglamentos se relacionan entre ellos mediante vínculos jurídicos, como lógica consecuencia de la subordinación jerárquica que informa la organización administrativa, de la que se deriva la jerarquía de las disposiciones de los órganos que la componen. Esto supone que serán inválidos no sólo los reglamentos contrarios a la Ley o la Constitución, sino también aquellos contrarios a reglamentos de superior jerarquía.

Algunos autores señalan que es, además, preciso que incida sobre lo que denominan materia reglamentaria. Es la postura de aquellos que vimos que

reclamaban un ámbito limitado para la actuación del reglamento, en virtud de su relación de inferioridad respecto a la ley. Frente a ello, quienes, como señalamos en su momento, rechazan la existencia de un ámbito limitado para la norma reglamentaria, considerando que puede regular cualquier materia no reservada a ley, rechazan, en consecuencia, la existencia de esta limitación.

Debe haberse dictado siguiendo el oportuno procedimiento administrativo. Requisito especialmente importante, en cuanto la exigencia de un cauce formal predeterminado constituye una importante garantía del acierto y sujeción a la legalidad de la norma resultante, permitiendo, además, la participación ciudadana, e incrementando, en consecuencia, la legitimidad democrática de la misma.

Desgraciadamente aquí, como en tantos otros aspectos, nos encontramos en el ordenamiento jurídico de Nicaragua con una laguna relevante. Falta no sólo una norma que regule de forma general el procedimiento de elaboración de las disposiciones reglamentarias, sino hasta una normativa general reguladora del procedimiento administrativo.

No justifica, sin embargo, en nuestra opinión, esta carencia, el incumplimiento de este requisito, que debe seguir constituyendo un elemento determinante de la validez del reglamento. Debiéndose considerar nulos aquellos reglamentos que sean aprobados sin la más mera tramitación procedimental.

Sería, en cualquier caso, más que conveniente que se fijara un procedimiento de aprobación de los reglamentos, cuya funcionalidad ha sido sintetizada de forma precisa por Sánchez Morón, que nos indica que

a través del procedimiento debe verificarse, ante todo, si la nueva norma es necesaria y hasta qué punto; en segundo lugar deben analizarse sus efectos sociales previsibles y su impacto en el conjunto del ordenamiento jurídico; deben tenerse en cuenta los diferentes intereses afectados, tanto de carácter público, mediante comunicaciones y consultas con otros órganos y Administraciones, como de naturaleza privada, a través de la participación de los interesados; debe determinarse la justificación del contenido preceptivo de la norma, que ha de figurar en su preámbulo o exposición de motivos para general conocimiento; y, en fin, debe asegurarse también la calidad intrínseca del nuevo texto: que sea claro, inteligible y de fácil interpretación y aplicación[3].

[3] Sánchez Morón, *Op. Cit.,* nota 355, p. 205.

El reglamento debe respetar, además, los principios generales del Derecho, pues siendo éstos reglas esenciales para la Comunidad, auténtico cimiento del edificio jurídico, la Administración no puede vulnerarlos. Menos aun tratándose de un reglamento que si fuera un acto administrativo, ya que el primero constituye una norma, que va a ser objeto de aplicación indefinida, por lo que el agravio que la existencia de toda actividad jurídica contraria a estos fundamentos axiológicos supone, se ve incrementado por esa violación reiterada.

Hay quien considera que la incidencia de los principios generales del Derecho en este ámbito tiene un alcance más limitado, pues reduce la operatividad de este límite únicamente para los reglamentos independientes de la ley, en los que existe una laguna legal, que determina la vigencia de los principios generales del Derecho; no siendo aplicable, sin embargo, cuando se trata de un reglamento ejecutivo, en el que hay un marco legal previo, que debe prevalecer sobre los principios generales del Derecho, por lo que éstos no podrán invalidar el reglamento en cuanto se ajusten al contenido de aquélla.

No compartimos esta última opinión, y entendemos que estas reglas básicas actuarán como un límite frente a todo tipo de reglamentos, ya sean ejecutivos o independientes de la ley.

Dicha incidencia se producirá, además, en dos momentos diferentes: a) al dictarse el reglamento; b) al interpretar y aplicar éste. No puede negarse dicha conclusión, pues estos principios son elementos inspiradores de todo el ordenamiento jurídico, y deben estar presente en toda operación jurídica, desde la elaboración de las normas hasta su concreción en un supuesto concreto.

Debe, por último destacarse que este control por los principios esenciales está adquiriendo creciente importancia, ante la multiplicación de normas reglamentarias que de forma imparable se va produciendo en todos los países.

La potestad reglamentaria es siempre una potestad discrecional. El ámbito de esa discrecionalidad puede ser mayor o menor dependiendo del tipo de reglamento que se trate, pero en todo caso la elaboración de una norma reglamentaria implica un margen de libre apreciación, de discrecionalidad, que no se podrá nunca eliminar totalmente.

En consecuencia con ello, le serán de aplicación las técnicas de control de la discrecionalidad que en su momento estudiaremos.

En particular, debe tenerse presente que el reglamento debe dictarse para conseguir la finalidad para la que se atribuyó en ese concreto caso la potestad

reglamentaria. De lo que se deriva que será aplicable la técnica de la desviación de poder para controlar su validez.

2.6 Invalidez de los reglamentos

Aunque hay alguna opinión en contra, que considera que el régimen de invalidez de los reglamentos es el mismo que se aplica a los actos administrativos, por lo que los vicios que le afecten dan lugar a la anulabilidad, salvo que expresamente se establezca lo contrario; la doctrina viene considerando que los reglamentos inválidos lo son siempre en la categoría máxima, esto es, que son siempre nulos de pleno de Derecho.

Se alega para justificar dicha posición la imposibilidad de considerar que se trata de meros vicios de anulabilidad, pues esto supondría tanto como permitir la convalidación de dichos vicios por el simple transcurso del tiempo sin que se produjera su impugnación por parte de los afectados, haciendo con ello ese acto inatacable e introduciendo, de este modo, una vía para dejar sin efecto leyes formales. Consecuencia, como es fácilmente deducible, de todo punto intolerable.

A ello se añade que el incumplimiento de los requisitos de los que depende la validez de los reglamentos constituye una infracción de especial gravedad, dado que comporta la existencia de una norma invalida en el ordenamiento jurídico, que puede dar lugar a un número infinito de actos administrativos igualmente inválidos, por proceder de un reglamento viciado.

Este riguroso régimen de nulidad se extiende tanto a los defectos materiales como a los defectos de forma. Debiendo rechazarse, en consecuencia, la tesis, que se ha defendido en algunas ocasiones, que propugna que los defectos de forma sólo se pueden hacer valer a través de un recurso directo, pero no en los recursos indirectos, pues está en juego la correcta constitución del sistema normativo, cuestión que no puede dejarse a la iniciativa de los sujetos afectados.

2.7 Medios de reacción contra los reglamentos ilegales

A. Inaplicación

La doctrina mayoritaria viene considerando que a diferencia de las leyes, que vinculan desde el mismo momento de su publicación a los llamados a aplicarlas, los reglamentos, normas de inferior calidad, como ya sabemos, lo

hacen tan sólo en la medida en que son válidos. Esto supone que antes de aplicarlos es necesario hacer un juicio de validez de los mismos que, en caso de ofrecer como resultado su ilegalidad, determinara su no aplicación, pues, en caso contrario, obedecer al reglamento supondría la vulneración de una norma superior, la ley a la que el reglamento contradice.

Esta técnica debe ser claramente diferenciada de aquellas que conllevan la anulación del reglamento. Aquí se trata de una simple falta de aplicación de esa norma al caso concreto del que se trate, que no genera efecto alguno fuera de este supuesto, esto es, no comporta de ninguna manera la eliminación de éste del ordenamiento jurídico, ni siquiera condiciona la interpretación y aplicación que del mismo puedan realizar otros sujetos con posterioridad. En definitiva, no es más que la simple ignorancia por parte del sujeto aplicador, que no va a tenerlo en cuenta a la hora de resolver el concreto asunto que examina, buscando la solución a la misma en otros elementos del ordenamiento jurídico.

La doctrina discrepa, sin embargo, acerca de la extensión subjetiva de la facultad de inaplicar los reglamentos.

Así, un sector de la doctrina interpreta esta tesis con una gran amplitud, entendiéndola extensible también a los sujetos privados. Si bien esto no impide que se dé también, entienden, en este ámbito la general situación de sometimiento del administrado respecto a la actividad de la Administración, pues una eventual disconformidad del destinatario de la norma con el sujeto público acabará con un acto administrativo ejecutorio que, como veremos, goza de la presunción de validez, obligando al primero a impugnarlo ante el órgano administrativo o judicial competente si quiere hacer prevalecer su opinión.

Para este sector doctrinal esta facultad llega incluso a los funcionarios, que deberán dar cumplimiento antes a la ley que el reglamento. Esto no obsta que, en caso de recibir una orden jerárquica, singular o genérica, que les imponga la aplicación de la disposición administrativa que ellos consideran invalida, deban plegarse al mandato de su superior. Si bien esta obligatoriedad no procede en puridad de la fuerza del reglamento, sino del principio jerárquico que se les impone como miembros de una organización administrativa jerarquizada.

Hay otro sector de la doctrina que, sin embargo, considera que la facultad de inaplicar los reglamentos corresponde exclusivamente a los órganos judiciales, sin alcanzar en ningún caso ni a los sujetos privados, ni a la propia Administración (incluida incluso la propia autora del acto), que están obligados a aplicarlos.

B. Recurso de inconstitucionalidad contra reglamento

El ordenamiento jurídico de Nicaragua permite a cualquier ciudadano presentar recurso por inconstitucionalidad contra cualquier decreto o reglamento que se oponga a lo prescrito por la Constitución Política (art. 187 CN).

C. Recurso directo contra Reglamento

El recurso directo contra un reglamento es aquel que va directamente dirigido a obtener la anulación de un reglamento o de una parte del mismo. Es, por ello, el modo más eficaz de luchar contra un reglamento ilegal, pues va a provocar, en caso de estimarse, la invalidación con efectos *erga omnes* del mismo, depurando así el ordenamiento jurídico de una norma viciada e impidiendo la sucesiva emanación de una serie de actos administrativos dictados en aplicación de ese reglamento, que estarían igualmente infectados por proceder de éste.

Algunos autores han defendido la necesidad de que ese tipo de recurso se pueda interponer tanto en vía administrativa como contencioso-administrativa. Tesis que no ha sido acogida por el Derecho positivo nicaragüense, que no permite en vía administrativa el recurso directo contra los reglamentos, que serán impugnables directamente ante la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 36 LJ). Más concretamente se impugnarán en el plazo de 60 días a partir del día siguiente al de la publicación íntegra de la disposición en cualquier medio de comunicación (art. 47 LJ).

D. Recurso indirecto contra reglamento

El recurso indirecto contra reglamentos no es propiamente un recurso contra éstos, sino contra los actos dictados en su aplicación. Su denominación responde a la causa que se invoca contra esos actos, que es, precisamente, la invalidez del reglamento. Se trata, en definitiva, de solicitar la nulidad de los actos de aplicación de un reglamento, pero no por los posibles vicios que ostentan ellos en sí mismos, sino por aquellos que sufre el reglamento del que proceden. Es esto lo que hace que indirectamente se esté impugnando un reglamento.

En el Derecho de Nicaragua se deben distinguir dos diferentes supuestos de recurso indirecto. Por un lado, el supuesto en el que se interponga conjuntamente recurso directo e indirecto, esto es, que se impugne al mismo tiempo el reglamento y los actos dictados en aplicación del mismo. En este

caso el recurso se equipara al recurso directo, por lo que no cabrá recurso en vía administrativa, sino que se impugnará directamente ante la Jurisdicción Contencioso-administrativa (art. 36 LJ).

Régimen distinto tiene el supuesto en que se impugne únicamente los actos dictados en aplicación del reglamento. En tal supuesto estamos ante un recurso contra un acto administrativo, aunque como ya dijimos basado en los vicios de los que adolece el reglamento, que seguirá el régimen procesal del acto administrativo del que se trate. Lo que implica que se deberá agotar previamente la vía administrativa (art. 36 LJ).

No impide para presentar esta modalidad de recurso indirecto, que no se interpusiera en su momento recurso directo contra el reglamento, ni tampoco que, en caso de haberse interpuesto, se hubiera desestimado éste (art. 36 LJ).

VIII. EL ACTO ADMINISTRATIVO EN EL SISTEMA DE LAS FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Como es bien sabido, el término fuente del Derecho no está dotado de un significado univoco, sino que se puede utilizar con sentidos diferentes. En efecto, en la actualidad, en su sentido más propio, con el término fuentes se designa los modos típicos o categorías a través de los que se manifiesta el Derecho, los modos típicos o categorías en cuya virtud se dota a las normas jurídicas que incorporan de un régimen jurídico determinado..

Esta función, la de determinar el régimen jurídico, no la de identificar su origen, constituye el papel decisivo que juegan las fuentes del derecho en el ordenamiento jurídico actual. Fuentes entre las que se encuentran las normas jurídicas formales, los usos y costumbres, así como la jurisprudencia, los principios generales y, según los casos, la propia doctrina científica. Es decir, tales categorías, en cuanto integrantes del Ordenamiento, del sistema normativo, tienen, según los casos y las circunstancias, valor jurídico, fuerza de obligar, son el Derecho aplicable.

Esta reflexión general sobre el valor y alcance de las fuentes del Derecho nos pone sobre la pista acerca de cuáles son las concretas fuentes del Derecho del ordenamiento jurídico. Esta cuestión, para nosotros resuelta desde una concreta manera de entender el Derecho que parte de los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, ciertamente no es un asunto carente de importancia, y mucho menos de carácter puramente teórico. Se trata, más bien, de una cuestión práctica de primer orden, por cuanto va a permitir determinar que reglas jurídicas son aplicables y en qué medida a un caso concreto.

En torno a esta cuestión hay argumentos que parecen avalar la conveniencia de que las fuentes aparezcan reguladas en la Norma fundamental del orde-

namiento jurídico. Razones de tradición histórica han llevado, sin embargo, a que en nuestro país dicha cuestión continúe estando recogida en el Código Civil. Esta consideración debe matizarse, pues esa regulación debe hoy en día entenderse a la luz de la más moderna y superior normación contenida en la Constitución.

En cualquier caso, al margen de lo que pueda establecer cada Constitución en concreto, la cuestión de las fuentes del Derecho no puede desgajarse, de ningún modo, de la aspiración y constante tendencia y misión del Derecho como expresión concreta del valor justicia, elemento medular de la concepción misma del Estado de Derecho como Estado de justicia que escribiera KLEIN. Desde este punto de vista, los principios generales del Derecho, aunque no tuvieran la consideración de fuentes en la Constitución o en el Código Civil, no por ello dejarían de tener carácter de criterios que impregnan el sistema normativo en su conjunto. Por una razón: porque los principios, como estudiamos el año pasado en el VII Foro de Valladolid y Salamanca, son el oxígeno, el ambiente que dota de sentido y significado a las normas jurídicas y, por ende, junto al carácter de principios inspiradores del ordenamiento jurídico, también son de aplicación al caso en defecto de norma y costumbre

Aunque la determinación de las fuentes del Derecho es una cuestión siempre polémica y sometida a permanente revisión, lo cierto es que en el ordenamiento jurídico español la respuesta a la consideración o no del acto administrativo como fuente del Derecho es un tema cerrado. Cerrado porque se parte de la existencia de una rotunda diferencia de naturaleza entre el reglamento, que innova el ordenamiento jurídico, y es, en consecuencia, susceptible de aplicación indefinida mientras continua en vigor fortaleciéndose cuantas más veces se utiliza. El acto administrativo, como sabemos bien, no innova el ordenamiento jurídico, sino que constituye, y no es poca cosa, una mera aplicación de la norma, agotándose con su aplicación.

Así, de este modo, el reglamento es un acto formalmente administrativo, por su procedencia del ejecutivo, pero materialmente normativo, en cuanto genera una situación jurídica general, expresión de la función normativa de la Administración Pública, lo que determina que, aunque los reglamentos sean productos normativos emanados de la propia Administración, son fuente del Derecho y, por lo tanto, vinculan a ésta, en cuanto forman parte del bloque de legalidad al que deben ajustar su actuación.

Por todo ello, es precisamente el carácter normativo inherente a la norma, al reglamento administrativo, esa capacidad para incorporarse al ordenamiento jurídico innovándolo, lo que determina sustancialmente el carácter

de fuente del Derecho que posee el reglamento desde siempre en el Derecho Administrativo español. *A "contrario sensu"*, si seguimos la misma argumentación, la conclusión es bien clara: el acto administrativo no es fuente del Derecho, porque carece de esa eficacia normativa. Su funcionalidad se reduce, y no es poco, a aplicar el Derecho, a aplicar la norma, el reglamento a la realidad cotidiana.

A pesar de la rotundidad de la afirmación, unánime en la doctrina española, se pueden señalar, no obstante, algunas manifestaciones del acto administrativo que generan un efecto "*cuasinormativo*" y que podrían esgrimirse, no sin cierta violencia dialéctica, en contra de la postura de general aceptación.

En efecto, analicemos de forma crítica estos elementos, si bien, vaya por delante nuestra firme convicción de que son efectos puramente marginales que no modifican nuestro juicio inicial: el acto administrativo no es fuente del Derecho, sino mera aplicación del ordenamiento jurídico.

1. El precedente administrativo

El precedente administrativo puede considerarse, de manera esquemática, como la forma reiterada en que la Administración pública aplica una norma a la realidad. La jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha ocupado de aclarar, como veremos, que el precedente administrativo no es fuente del Derecho, no es equiparable a la costumbre y no dispone de carácter normativo. Más bien, el precedente administrativo vincula a la propia Administración pública en caso de existir dudas o lagunas en la aplicación de la norma. Su funcionalidad se centra en las actuaciones administrativas de carácter discrecional.

Como es sabido, el artículo 54.1.c) de la Ley 30/1992 de régimen jurídico de las Administraciones y del procedimiento administrativo común reclama a la Administración que motive sus resoluciones que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de los órganos consultivos.

Con carácter general, se puede entender por precedente administrativo la doctrina subyacente a las decisiones administrativas que justifica la misma práctica para supuestos de hecho y de derecho idénticos.

En este sentido, forzando los argumentos podría llegar a sostenerse, si se sigue una posición del precedente maximalista, que en estos casos estaríamos en presencia de una eventual calificación del acto administrativo como fuente del Derecho. Sin embargo, como ya adelantamos, no es ésta nuestra

opinión. Parece, no obstante, necesario fundar esta descalificación en argumentos, no en simples juicios apriorísticos. Para ello, trataremos dos cuestiones: en primer lugar, la posible consideración del precedente administrativo como costumbre, y, por ende, como fuente subsidiaría del Derecho por estipulación expresa del artículo 1.1 y 1.3 del Código Civil. Y, en segundo término, podría argumentarse que la capacidad de pervivencia del precedente a la aplicación del acto que lo contiene origina una línea de doctrina que se aplica reiteradamente a los supuestos sustancialmente idénticos, lo que permite atribuir al acto un cierto efecto normativo, que podría sustentar una eventual consideración del acto como fuente del Derecho.

Prueba de que estas manifestaciones aproximan al precedente en alguna medida a las normas propiamente dichas es que un sector de la doctrina haya subrayado la especial relevancia que reviste para los administrados, lo que aconseja que se someta su creación a un régimen que garantice su publicidad.

Pues bien, no es muy complicado negar el carácter de costumbre del precedente. Por un lado, a diferencia de ésta, no exige un determinado nivel de reiteración, sino que existe con un mero acto aislado. Por otro, porque el precedente administrativo es fruto de la simple acción de la Administración, sin participación de la comunidad, faltando, en consecuencia, la aceptación de esa conducta como norma por la conciencia colectiva ("*opinio iuris*").

Además, hay que tener presente que en nuestro ordenamiento jurídico sólo se reconoce la costumbre "*extra legem*", no la costumbre "*secundum legem*". Es decir, existiendo norma no cabe considerar obligatoria la forma de entender esa norma por parte de un sujeto, la Administración, sino que deberá de aplicarse siempre en sus propios términos[4]. En ausencia de norma, sin embargo, debe entenderse que la Administración pública dispone de un margen de discrecionalidad que puede aconsejar o no, siempre sobre razones y argumentos lógicos, su vinculación a la conducta o actuación administrativa anterior. Todo ello, como es obvio, sin perjuicio de la prohibición de actuaciones arbitrarias o discriminatorias tal y como establece el principio de proscripción de la arbitrariedad del artículo 9 de la Constitución española de 1978. Es decir, de acuerdo con lo dispuesto en el citado artículo 54 1.c) de la Ley 30/1992 de régimen jurídico de las Administraciones públicas y

[4] ORTÍZ DÍAZ: *El precedente…* Págs. 84-86. Apuntan E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ que "nuestro Derecho sólo admite la costumbre *extra legem*, no la *secundum legem*. Cuando existe una ley que ha de aplicarse, los sujetos se ordenan directamente a ella, sin tener que pasar por la versión que de la misma da uno de esos sujetos, la Administración". *Curso de Derecho administrativo* I. Civitas. Sexta edición. Madrid, 1993. Pág. 69.

del procedimiento administrativo común (LRJAPPAC), la Administración pública puede separarse del precedente siempre que lo argumente, motive o razone convenientemente.

Se ha señalado también como criterio de distinción que el precedente es siempre una "disposición" escrita, mientras que la costumbre es una norma no escrita. Este criterio, sin embargo no parece definitivo, pues el precedente surge, a nuestro juicio, de la simple toma de una decisión por parte de la Administración, no de su constancia por escrito. Debe destacarse al respecto, que la LRJAPPC no exige la escritura como elemento consustancial al acto administrativo, aunque lo normal, ciertamente, es la forma escrita. En efecto, es posible, aunque no muy frecuente, que se dicten actos administrativos de forma verbal, e incluso a través de otras formas de manifestación (visual, sonora, etc.) (artículo 55.1 LRJAPPC). Por ello, no se nos ocurre razón alguna para considerar que dichos actos no deben ser considerados precedente administrativo.

En cualquier caso, es evidente que el precedente no constituye costumbre en el sentido del artículo 1 del Código Civil por lo que, en consecuencia, dicho precepto no lo convierte en fuente del ordenamiento jurídico español.

Por si fuera poco, el Tribunal Supremo ha sido constante en su consideración negativa hacia el precedente como fuente del Derecho salvo que haya sido sancionado por resolución judicial. Así, una sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1993 señala, en relación con la pretendida fuerza vinculante de un precedente, siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional sentada en las sentencia de 4 de noviembre de 1987, que "el precedente administrativo no sancionado por resolución judicial no puede prevalecer frente al que ha obtenido la fuerza que genera la resolución judicial".

El Tribunal Supremo, a través de una línea constante, sentencias de 12 de febrero de 1979, de 13 de marzo de 1980, de 18 de noviembre de 1982, de 2 de octubre de 1986 o de 18 de febrero de 1987, ha entendido que "el precedente administrativo, que no es equiparable a la costumbre, y no es fuente del ordenamiento jurídico, sólo puede vincular a la Administración en su actividad discrecional, pero no en la reglada". El precedente administrativo, dice el Tribunal Supremo en su sentencia de 4 de octubre de 1984, carece en nuestro ordenamiento de valor normativo. Además, los precedentes "extra legem" y en todo caso los "contra legem", dice esta misma resolución judicial, no vinculan ni a la Administración pública ni a los Tribunales.

Entrando en la segunda cuestión, debemos comenzar respondiendo una cuestión previa, la de si cabe equiparar el precedente administrativo a la ju-

risprudencia. En este sentido, resulta evidente la similitud de la cuestión que nos ocupa, la posibilidad de que un acto administrativo adquiera un cierto carácter normativo por la eventual vinculación que podría generar en actuaciones posteriores, con el tópico ya clásico en la ciencia jurídica de si la jurisprudencia puede ser considerada o no como fuente del Derecho.

Como es sabido, nuestro Código Civil ha asumido una posición ambigua al respecto, al afirmar en su artículo 1.6 que la "jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la Ley, la costumbre y los principios generales del derecho". El autor del Código sitúa a la jurisprudencia en un lugar muy próximo a las fuentes del Derecho, pero sin incluirla entre ellas. Ello ha dado lugar, aunque no falten voces discordantes, a que la doctrina mayoritariamente niegue a esta figura la consideración de auténtica fuente del Derecho, aunque afirme que en la práctica asume un valor que la aproxima bastante a ellas, considerando que en la realidad puede tener esta calificación.

Desde esta perspectiva se nos plantea de forma inmediata la cuestión de determinar si cabe o no equiparar el precedente administrativo a la jurisprudencia en orden a una eventual consideración del mismo como fuente del Derecho. Si dicha equiparación fuera posible, no tendría mayor sentido seguir insistiendo en el tema, pues habría que aplicar simplemente al precedente administrativo la más que consolidada y tratada doctrina que se ha fijado en torno a la jurisprudencia.

La clave, sin embargo, se encuentra en subrayar, hay abundante doctrina al respecto, las profundas diferencias que existen entre jurisprudencia y precedente administrativo. Esta afirmación se puede apoyar en diferentes consideraciones. En este sentido, resulta sencillo certificar la muy distinta posición en que se encuentran los órganos judiciales, dotados de auténtica independencia, respecto a los órganos administrativos, inscritos en una organización jerárquicamente organizada.

Sin embargo, en nuestra opinión, el aspecto decisivo es el de la notable diferencia que existe entre el recurso contencioso-administrativo, a través del que se lleva a cabo un proceso de revisión de la legalidad de las decisiones administrativas, dotado de todas las garantías, respecto a los procedimientos administrativos de los que surgen los precedentes, que por más que hayan tendido durante los últimos años a judicializarse, no son en puridad instrumentos de mera aplicación de la legalidad, sino también, y quizás sobre todo, vías de gestión de los intereses públicos, en los que entran en juego consideraciones de diverso orden, de legalidad por supuesto, pero también políticas y de pura oportunidad.

Desde esta perspectiva resulta evidente que no cabe trasladar el régimen de la jurisprudencia en cuanto fuente del Derecho al precedente administrativo, que debe ser objeto de un tratamiento específico, en el que se debe determinar si genera un grado de vinculación suficiente en las actuaciones posteriores, como para entenderlo dotado de una cierta fuerza normativa.

Adentrémonos en esta cuestión, que es probablemente el nudo gordiano del debate. Para ello, es menester advertir que la doctrina, y la jurisprudencia, como ya hemos adelantado, ha venido negando mayoritariamente el carácter de fuente del Derecho al precedente administrativo. Sólo excepcionalmente se pueden encontrar algunos pronunciamientos que consideran que dicha solución no es tan evidente.

No es extraño, por ello, que esta posición haya sido la seguida mayoritariamente por la jurisprudencia, que se ha mostrado reacia, como ya sabemos, a considerar el precedente administrativo como fuente del Derecho. En tal sentido, el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de señalar que:

"No es válido el pretender apoyarse, en defensa de la permanencia del muro en cuestión, en la existencia de obras similares en la misma zona: 1.º) porque el muro más inmediato al litigioso, según se especifica en el repetido informe oficial de 10 de julio de 1985, no incurre en la invasión de término de dominio público, que es lo que sucede con el que nos ocupa en este proceso; 2.º) porque aun en el supuesto de que en otros casos se hayan tolerado obras semejantes a la de autos, ello no debe convertirse en fuente de legalización en el caso que nos ocupa, conforme a una constante doctrina jurisprudencial resueltamente contraria a convertir al precedente en fuente de derecho en el derecho administrativo".

El criterio parece razonable, en cuanto que, de seguirse la posición contraria, se estaría dando valor de norma a la simple "praxis" administrativa, dificultando, además, la adaptación de la actuación administrativa a las nuevas necesidades que pueda imponer la realidad.

Conviene, no obstante, insistir un poco más en la argumentación examinando el grado de vinculación que puede generar el precedente. Debemos comenzar señalando que la conducta de la Administración no puede obligar al poder judicial. El tema se centra, entonces, en una posible vinculación de la Administración a sus precedentes. Cuestión a la que se debe responder de nuevo de forma negativa, pues el precedente también carece de fuerza obligatoria para la Administración, que podrá apartarse de él. Solución hoy en día incuestionable, en cuanto la afirma, como ya hemos advertido, el artículo 54.1.c LRJAPPC a "*sensu contrario*, siendo, además, refrendada por el

Tribunal Constitucional, que ha tenido ocasión de afirmar que:

"La vinculación de la administración a sus procedentes, regla en la que se traduce, en ese plano o nivel, la norma de la igualdad en la aplicación de la ley, no puede significar nunca que le quede vedado a los órganos de la Administración del Estado la búsqueda de una interpretación de las normas más ajustadas al ordenamiento en general".

Debe matizarse, no obstante, que la no consideración del precedente como fuente del Derecho no supone, sin embargo, que carezca de valor jurídico. Efectivamente, el artículo 54.1.c) LRJAPPC impone un deber de motivación a la Administración de las decisiones que se aparten del precedente, al establecer que serán "motivados, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho:

c) Los que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes (…)".

De esta forma, la Administración puede apartarse del precedente, pero argumentando, razonando, fundando los motivos de esa decisión, lo que facilita controlar si ésta está objetivamente justificada. Esta obligación se debe entender exigible no sólo respecto a las resoluciones, sino también respecto a los actos de trámite.

La jurisprudencia ha limitado la obligación de motivar a los supuestos en que se ejerciten potestades discrecionales, no considerándola necesaria, por tanto, en los supuestos en que se ejercitan potestades regladas, como ya hemos adelantado. El Tribunal Supremo ha señalado al respecto la siguiente doctrina:

"La representación procesal de los recurrentes no aporta ningún acto dictado con anterioridad por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial que permita afirmar que el acto impugnado se aparta del criterio seguido en actuaciones precedentes. A mayor abundamiento, aunque lo hubieran aportado, y, efectivamente se hubiera apartado del criterio de un acto anterior, tampoco sería precisa una motivación para justificar tal apartamiento, pues ello sólo es preciso cuando se trata de actos discrecionales, ya que los actos reglados, como es el acuerdo impugnado, han de someterse en todo caso a las normas que habilitan su producción. Dentro de la actividad reglada de la Administración no entra en juego el precedente administrativo, cuyo campo de acción está limitado a la actividad discrecional. Si la Administración dicta en el ejercicio de su actividad reglada un acto contrario al ordenamiento jurídico, el mismo no la vincula para seguir dictando actos ilegales. Ni los administrados podrían invocar a tal fin el artículo 14 de la Constitución, pues sólo cabe la igualdad dentro de la legalidad. La necesidad de motivar

los actos administrativos discrecionales que se separen del criterio seguido anteriormente tiene su fundamento en el artículo 9.3 de la Constitución que garantiza la interdicción de la arbitrariedad de los Poderes públicos. La necesidad de que los actos administrativos reglados se sujeten a sus normas habilitantes viene impuesto por el propio artículo 9 de la Constitución que garantiza el principio de legalidad" (sentencia de 26 de octubre de 1995).

Dicha posición ha sido criticada por la doctrina, en nuestra opinión de manera acertada, alegando la literalidad del precepto y la necesidad de que el administrado conozca las razones del actuar de la Administración a fin de controlar su legalidad, sea el acto reglado o sea discrecional. Probablemente, el grado y la intensidad de la motivación sea mayor cuando nos encontremos con ejercicio de potestad discrecional que cuando estemos en presencia de actos reglados, como fácilmente puede colegirse.

Por lo demás, para que se entienda satisfecho este requisito de motivación es preciso que la Administración aporte una justificación objetiva y razonable. Así lo ha sentado la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que ha señalado que:

"La variación respecto a la interpretación de las normas es naturalmente admisible, pues otra cosa supondría vincular rígidamente a los órganos administrativos a lo ya decidido con anterioridad, pero cuando este cambio de criterio se refiere a una misma persona, a quien se ha concedido y mantenido durante siete años en la titularidad de una licencia de armas, sin que hayan variado las circunstancias que dieron lugar a expedir dicha autorización, debemos exigir, como lo ha realizado la Sala de primera instancia, que tal modificación de criterio se funde en una justificación objetiva y razonable, expuesta en las resoluciones dictadas al efecto, como por otra parte demanda el ya citado artículo 43.1, c) de la Ley de Procedimiento Administrativo" (sentencia de 19 de octubre de 1996).

La exigencia de motivación no se cumple con la simple inclusión de una fórmula que no deje acreditados los motivos justificados que motivaron el cambio de criterio. Es menester una tarea de explicación o razonamiento de los motivos sobre los que descansa el acto administrativo. En tal sentido, señala la jurisprudencia del Tribunal Supremo que:

"Este precepto exige la motivación expresa cuando la Administración se separe del criterio seguido en actuaciones precedentes, pero no puede entenderse que el precepto se cumpla en debida forma porque la Administración haga una afirmación cualquiera, siendo obvio que la separación del criterio anterior debe fundarse en datos de hecho sólidamente acreditados en el ex-

pediente administrativo. En caso contrario, como afirma el juzgador de instancia, se produce una grave quiebra de la seguridad jurídica" (sentencia de 5 de octubre de 1998).

Una parte de la doctrina otorga a esta obligación el valor de un requisito de fondo, de tal forma que, en caso de faltar una motivación adecuada, el acto queda viciado por vulnerar los principios de igualdad y de seguridad jurídica. Otro sector doctrinal considera que se trata de un simple requisito de forma. La obligación de la motivación en estos casos se circunscribe, desde un punto de vista material, tan sólo al respecto de un conjunto de principios básicos como son el de seguridad jurídica, igualdad, interdicción de la arbitrariedad u objetividad de las actuaciones administrativas.

Esta exigencia de motivación deriva del principio de contradicción y del derecho a la tutela judicial efectiva, en cuanto el administrado sólo podrá defender su posición ante la Administración debidamente si conoce las razones sobre las que la Administración ha fundado su decisión. Al mismo tiempo, la obligación de motivación en estos supuestos es una clara consecuencia del principio de legalidad, al facilitar notablemente el control judicial por parte de la Administración. En tal sentido, señala la jurisprudencia del Tribunal Supremo que:

"Sólo de esta manera el ciudadano afectado podrá combatir la motivación que constituye la base del cambio de interpretación de la norma efectuado por la Administración y, a su vez, los órganos jurisdiccionales tendrán los datos que les permitirán resolver sobre la materia, ejercitando las facultades de control de los actos administrativos" (sentencia de 19 de enero de 1996).

El precedente si puede servir, sin embargo, para poner de manifiesto una actuación discriminatoria o arbitraria por parte de la Administración. Obviamente, la invalidez del acto no provendría nunca del incumplimiento del precedente, sino de la vulneración del principio de igualdad o del principio de interdicción de arbitrariedad de los poderes públicos.

Es doctrina asentada, sin embargo, que el precedente ilegal no puede servir como base para aducir una discriminación, en cuanto se estaría legitimando de este modo un nuevo incumplimiento de la legalidad. Tesis que ha sido refrendada por la jurisprudencia, al entender que:

"La alegación actora relativa a que otros muchos centros educativos incurrieron en esta misma conducta sin que hayan resultado sancionados, no parece de recibo toda vez que no cabe invocar el principio de igualdad respecto de situaciones ilegales aun cuando, por los motivos que sean, no hayan sido perseguidas, ya que un precedente ilegal no puede servir nunca de base para

legitimar nuevas conductas infractoras" (sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2008).

Tampoco puede esta eficacia del precedente evitar un posible cambio de criterio en la interpretación y aplicación de las normas. Más bien, de lo que se trata es de evitar una discriminación singular, esto es, dar a un caso concreto y específico una solución diferente a la habitual sin que existan razones objetivas que lo justifiquen. Nada impide, no obstante, que la Administración por motivos razonados fije una nueva doctrina que se va a aplicar en lo sucesivo a todos los supuestos similares.

Debe tenerse igualmente presente, como ya comentamos anteriormente, que el precedente no sancionado por una resolución judicial no puede servir de fundamento para realizar un juicio de igualdad en aplicación de la ley ante el Tribunal Constitucional. En efecto, el máximo intérprete de la Constitución ha fijado al respecto la doctrina siguiente:

"La doctrina de este Tribunal sobre el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, con mención específica, a lo declarado en relación con el eventual desconocimiento por la Administración de sus propios precedentes. En efecto, es doctrina reiterada y constante de este Tribunal que el precedente administrativo no sancionado por resolución judicial carece de toda idoneidad para articular un eventual juicio de igualdad en la aplicación de la Ley [por todas, STC 49/1982 y STC 175/1987. Por esta razón, en la antes citada STC 50/1986 (fundamento jurídico 3.º) se declaró que «sin necesidad de determinar si lo que la recurrente identifica como precedentes lo fueron en realidad, es claro que la doctrina del precedente administrativo -esto es, la invocación de la hipotética desigualdad resultante de la diferencia entre actos administrativos- no puede fundamentar una pretensión ante este Tribunal una vez que el acto supuestamente distinto a los que le precedieron ha sido enjuiciado, declarándose su validez por el Tribunal competente, pues la igualdad que la Constitución garantiza es la igualdad ante la Ley. Como es evidente, la Ley puede imponer a la Administración una actuación necesaria cuando se dan determinadas circunstancias (y, en este caso, cuando en igualdad de circunstancias se producen actuaciones distintas serán inválidas las ilegales, pero en ningún caso podrá establecerse una comparación entre ellas y las legales para argüir sobre la igualdad), o bien puede dejar un margen más o menos amplio de decisión para determinar los elementos fácticos relevantes en función de los cuales situaciones semejantes han de ser consideradas iguales o desiguales desde el punto de vista de la actuación administrativa. En este segundo supuesto, que es quizás el más común y casi obligado cuando se trata, como aquí es el caso, de decisiones de la Administración sobre su propia organización, la capacidad de auto organización administrativa en

el marco de la Ley excluye toda posibilidad de que la simple diferencia entre dos actos pueda considerarse lesiva del principio de igualdad»" (sentencia de 20 de noviembre de 1995).

Como es sabido, no existe uniformidad acerca de la incidencia del precedente administrativo en la doctrina de los actos propios. Hay, por un lado, quien ha considerado que la doctrina de los actos propios juega en el ámbito del Derecho administrativo de igual manera que en el Derecho privado, generando para la Administración una vinculación unilateral a sus precedentes.

Algunos pronunciamientos jurisprudenciales han negado, sin embargo, dicha tesis, apuntando que en el ámbito del Derecho administrativo la doctrina de los actos propios juega de forma muy limitada, sin ir más allá de esta exigencia de motivación a la que ya nos hemos referido. Más concretamente se ha sentado la siguiente doctrina:

"El motivo debe ser desestimado con la misma concisión, toda vez que, obviando incluso el citado defecto de procedimiento, no existe vulneración alguna de esta doctrina, por el simple hecho de que la Administración continúe abonando la prestación hasta tres meses después de que la actora hubiera comunicado la circunstancia motivadora de la extinción de la prestación, ni, además, la doctrina de los actos propios es, en general, aplicable a la actuación de las Administraciones Públicas, a salvo de la llamada regla del precedente de los arts. 3.1, 2 párrafo y 54.1.c de la Ley 30/92, que tiene un régimen muy restrictivo (mucho más que el acto propio en el ámbito iusprivatista) que, además, sólo requiere una simple motivación (art. 54.1.c Ley 30/92 ya citada) para que la Administración se vea liberada de la atadura que le puede imponer el precedente" (sentencia del Tribunal Superior de Justicia de llles Balears de 10 de marzo de 2006).

En nuestra opinión, esta contradicción debe superarse matizando la incidencia del precedente administrativo en la doctrina de los actos propios. Acierta, entendemos, la doctrina que apunta que la doctrina de los actos propios implica la imposibilidad de hacer valer un derecho en contradicción con el propio comportamiento anterior interpretado a la luz de la ley, la costumbre o la buena fe. Debe existir para que se aplique esta regla una íntima relación de causa a efecto entre lo previamente actuado y lo que luego se realiza. Sin embargo, el precedente administrativo no tiene por qué estar en esa íntima relación de conexión.

De esta forma, la existencia de precedente administrativo no implica necesariamente la aplicación de la doctrina de los actos propios pues ésta no es más que una mera consecuencia de este principio, no atribuible a la vinculación generada por el precedente administrativo.

En esta materia es pertinente poner en relación la vinculación al precedente con el denominado principio de confianza legítima, al que hace referencia el artículo 3.1 LRJAPPC, al afirmar que las Administraciones públicas "deberán respetar en su actuación los principios de buena fe y de confianza legítima".

El principio de seguridad jurídica exige que los operadores jurídicos y los ciudadanos sepan a qué atenerse porque el Derecho, en sí mismo, ha de ser previsible. Una derivación necesaria de esta doctrina en el campo del Derecho administrativo, corolario del principio de la buena fe, es el principio denominado de confianza legítima. Se trata de un principio de naturaleza comunitaria, en cuya virtud resulta que la Administración pública no puede modificar unilateralmente el sentido de sus decisiones de no mediar una clara y concreta justificación que lo permita. Sólo excepcionalmente, y de manera motivada, la Administración pública puede cambiar el sentido de su actuación. Lo normal será que, en efecto, la actuación administrativa siga los cánones de la continuidad de las políticas públicas o, lo que es lo mismo, que actúe de acuerdo con la objetividad, imparcialidad y congruencia propia de quien está al servicio del interés general.

El Tribunal Supremo, por sentencia de 4 de junio de 2001 estableció que "el principio de confianza legítima, relacionado con los más tradicionales, en nuestro Ordenamiento de seguridad jurídica y buena fe en las relaciones entre la Administración y los particulares, comporta (…) el que la autoridad pública no pueda adoptar medidas que resulten contrarias a la esperanza inducida por la razonable estabilidad de las decisiones de aquélla y en función de las cuales los particulares han adoptado determinadas decisiones". Es decir, la racionalidad, la congruencia y la objetividad, otros tantos principios generales de aplicación al Derecho administrativo conducen a exigir a la Administración una actuación acorde con las expectativas o esperanzas que ha despertado en los particulares. De lo contrario, se quebraría el principio de buena fe, el de seguridad jurídica y el de confianza legítima. El Tribunal Supremo entiende que la doctrina de la aplicación directa de los principios generales, entre ellos el de confianza legítima podría "anular un acto de la Administración o el reconocimiento de la obligación de ésta de responder de la alteración (sin conocimiento anticipado, sin medidas transitorias suficientes para que los sujetos puedan acomodar su conducta y proporcionadas al interés público en juego, y sin las debidas medidas correctoras o compensatorias) de las circunstancias habituales y estables, generadoras de esperanzas fundadas de mantenimiento".

Parece evidente que, de estos presupuestos, se puede derivar en algunos casos la vinculación de la Administración al precedente, en cuanto su ignorancia o desconocimiento podría redundar en una vulneración de este principio

de confianza legítima. En este sentido, se ha señalado la vinculación de la Administración al precedente cuando ésta ha generado con su acción un principio de apariencia jurídica que inculque al administrado la convicción de que está actuando legalmente cuando actúa de una forma determinada. En cualquier caso, la doctrina de la apariencia de representación, por ejemplo, no juega de la misma manera, por obvias razones, en el Derecho administrativo que en el Derecho Mercantil.

Ahora bien, esto no modifica, no obstante, nuestra consideración acerca de la cuestión que nos ocupa en este epígrafe. Nótese que, una vez más, este régimen no es consecuencia en puridad del precedente, que no genera por sí esa vinculación, sino más bien del propio principio de apariencia legítima, que, en definitiva, elimina la viabilidad de emplear esta doctrina para sustentar una eventual consideración del acto administrativo como fuente del Derecho.

Además, debe tenerse en cuenta que el valor práctico del precedente puede conducir, en determinados casos, a que acabe siendo convertido por el poder normativo en una norma. En estos casos, obviamente, el pretendido carácter normativo procede de su adopción por ese sujeto, no del precedente mismo.

2. Los actos administrativos de eficacia general. Los elementos desgajados de la norma

El segundo frente de batalla respecto a una posible consideración del acto administrativo como fuente del Derecho reside, a nuestro juicio, en la existencia de actos dotados de una eficacia general, en la que se podría vislumbrar, no sin cierta oscuridad, un posible efecto normativo.

Como es bien sabido, en nuestro ordenamiento jurídico es mayoritaria la consideración de que tal posibilidad debe ser rechazada por aplicación del criterio ordinamental, al que ya nos hemos referido con anterioridad, que descarta dicha calificación. Aunque efectivamente existen actos administrativos dotados de eficacia general, en cuanto no van dirigidos a un destinatario concreto y determinado, sino a una pluralidad indeterminada de personas (convocatoria de oposiciones, anuncios de información pública, fijación de un horario, etc.), considera esta línea doctrinal que dichos actos no dejan de ser simples actos ordenados, que se agotan con su aplicación de tal forma que para una nueva aplicación se requiere dictar un nuevo acto.

Esta tesis ha sido refrendada por la jurisprudencia recogiendo expresamente la consideración que la diferenciación entre acto administrativo y regla-

mento responde a la finalidad normativa del primero, que se incorpora al ordenamiento jurídico, frente al carácter particularizado del segundo. El reglamento forma es objeto de vigencia indefinida, mientras que el acto se agota con su aplicación. Una buena síntesis de esta doctrina jurisprudencial se puede apreciar en la siguiente sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 2008:

"El Tribunal entiende que nos encontramos ante una impugnación indirecta de una disposición general (ya que la resolución de 14 de abril de 2005 que establecía unos instrumentos de prueba concretos para acreditar la residencia había de ser cumplida de forma obligada por los Ayuntamientos), y el Tribunal entiende que dicha resolución es una disposición general y no un acto administrativo con destinatario múltiple e indeterminado, pues como señala la Sentencia de la sala Tercera del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 1989 con cita de la de 21 de marzo de 1986 que, para distinguir las disposiciones generales de los simples actos, resoluciones o acuerdos administrativos, ni siquiera ha de estarse "a la forma como la norma se adopte, sino a su contenido" (Sentencia de 25 de febrero de 1980) y principalmente a las particularidades que la caracterizan y en razón de sus destinatarios (Sentencia de 11 de marzo); precisa acudir a la consuntividad y ordinamentación del precepto, en el sentido de que, generalmente, el acto administrativo se caracteriza porque su cumplimiento agota el acto y, por el contrario, la norma, con su cumplimiento, no se agota y, por otro lado, el acto administrativo, bien tenga contenido particular o general -referido a una pluralidad indeterminada de sujetos- es un acto ordenado, y el acto norma, al estar imbuido de un carácter ordinamental, se integra en el ordenamiento (Sentencia de 26 de noviembre de 1979), característica especial esta última que, como esencialmente diferenciadora, se destaca por la Sentencia de 20 de mayo de 1981, según la cual las disposiciones de carácter general tienen una finalidad normativa y se integran en el Ordenamiento jurídico, en tanto que los actos administrativos, tengan por destinatario un solo sujeto o una pluralidad de ellos, siempre persiguen una finalidad particularizada. Es decir que como señala la Sentencia de la sala Tercera del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1997, lo que caracteriza a las disposiciones generales es su aptitud de inserción en el ordenamiento jurídico en abstracto, como fuente de plurales aplicaciones ulteriores".

Sin embargo, esta uniformidad en el plano teórico no puede esconder las dificultades que existen en algunos supuestos en la práctica para aplicar esta distinción. En este sentido, el Profesor MEILAN GIL ha identificado con precisión las razones de esta complejidad al destacar que resulta de las características intrínsecas del Derecho Administrativo, en el que la concreción del supuesto de hecho no se lleva a cabo usualmente de una sola vez, sino

mediante una cadena de sucesivas concreciones normativa. Por eso es difícil delimitar en muchos casos hasta dónde llega la norma y cuando se inicia el acto en los supuestos intermedios.

Aparecen así, en ocasiones, elementos desgajados de la norma que contribuyen a la concreción de su supuesto de hecho: son parte de la norma y participan de su naturaleza normativa, pero están fuera de ella. Probablemente, lo más razonable y conveniente es huir de afirmaciones rígidas en este campo, pues norma y acto administrativo son a veces realidades difícilmente diferenciables.

En nuestra opinión, sin embargo, esta dificultad no puede servir de base para una eventual argumentación a favor de la consideración del acto administrativo como fuente del Derecho. Por varias razones. Veamos.

En primer lugar, porque se trata de supuestos puramente marginales, que carecen de entidad suficiente para extraer de ellos consecuencias generales. Y, en segundo término, y sobre todo, porque en el fondo estas explicaciones más que argumentar a favor de una eventual calificación del acto como fuente, precisamente abonan la tesis contraria. Como muy bien aclara MEILAN GIL, se trata de una cuestión de dificultad de diferenciación entre dos figuras, acto administrativo y norma, que encuentran precisamente su criterio de diferenciación en su carácter normativo o no. Desde este presupuesto se manifiesta claramente que el problema para calificar cómo fuente del Derecho al acto administrativo es de pura definición, pues si el acto produjese efectos normativos ya no sería acto, sino reglamento.

IX. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

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

Si bien es cierto que la doctrina con frecuencia utiliza la expresión principios generales del Derecho para referirse a una pluralidad de expresiones, en mi opinión los principios generales son principios que hacen presente y operativa la idea de justicia. Son, como su propio nombre indica, previos a la norma, coetáneos a ella y elementos que facilitan la interpretación de la norma con arreglo a los parámetros de la justicia, del Estado de Derecho, que como decía KLEIN es en esencia un Estado de justicia.

En un mundo de hipertrofia normativa, en un mundo en el que las normas jurídicas no es que sean un dechado de perfección técnica, en un mundo el que existe una relativa dictadura del positivismo, es menester volver a pensar en el sentido y la función del Derecho, en el sentido y la función del Derecho Administrativo. Pues bien, las reflexiones de este epígrafe parten de este convencimiento: gracias a los principios generales el Derecho sigue siendo el Derecho. Quiero con ello decir simplemente que frente a la tentación, no siempre resistida, de convertir al Derecho Administrativo en

una herramienta o instrument al servicio del poder público o económico, la encarnación principal de la justicia en los principios nos permite seguir alimentando la esperanza de que el Derecho Administrativo sigua siendo el dique de contención, por una parte, del poder incontrolado, del poder irracional, del poder que se sale de los cánones de la moderación y la templanza en cuyo marco se deben ejercer las potestades en un Estado de Derecho. Por otra parte, los principios generales permiten, desde una perspectiva positiva, configurar un Derecho Administrativo en el que las instituciones, categorías y conceptos reflejen la racionalidad, la objetividad, la justicia y el sentido de servicio objetivo al interés general que de ellos se espera.

En este epígrafe, el lector va a encontrar una serie de comentarios y meditaciones sobre la relevancia de los principios generales en el Derecho Administrativo desde el examen de la última jurisprudencia contencioso administrativa en España. Así se ha operado porque quien escribe es partidario desde hace tiempo de modular y contrastar la teoría con la jurisprudencia. Es más, tantas veces la teoría surge de la jurisprudencia cómo bien sabemos. En el caso presente, además, la jurisprudencia nos ayuda a no perder de vista el sentido que entre nosotros tiene el sometimiento pleno, como dispone el artículo 103 de la Constitución, de la Administración pública al Derecho. Sujeción que, en buena medida, se produce gracias a la existencia de una serie de principios que proyectan su luz para contemplar los problemas y conflictos en su real y justa dimensión y que son la atmósfera en la que ha de respirar el Ordenamiento jurídico administrativo. La jurisprudencia, cómo veremos enseguida, enseña que los principios generales son el resultado del genio jurídico de la construcción del Estado de Derecho y la esencia del entero Ordenamiento jurídico.

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

Vamos a estudiar, por tanto, algunos de los pronunciamientos de la jurisprudencia contencioso administrativa española acerca de esta capital cuestión.

Analizaremos también, junto a las conexiones entre principios, ética y valores, la centralidad de la dignidad del ser humano en su relación con los principios y, más en concreto, le principio de buena fe, el principio de seguridad jurídica y el de confianza legítima, el principio de la buena Administración así como el principio de interdicción de la arbitrariedad.

1. Principios generales y derecho administrativo

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

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

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

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

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

La sentencia que acabamos de citar contiene, además, un comentario que vale la pena señalar. Si los principios generales han de inspirar a la norma en cuya virtud se atribuyen competencias a la Administración pública, el ejercicio de dichas competencias o atribuciones habrá de realizarse en el marco de dichos principios generales. Consideración que es bien relevante para comprender el modo y la manera de ejercer el poder en una sociedad democrática en la que resplandece, o debe resplandecer, el Estado de Dere-

cho. Es más que el ejercicio de las potestades administrativas, como señala la sentencia, ha de realizarse de acuerdo con los principios generales, asegurándose de esta manera que, en efecto, a través de los poderes y potestades que el Ordenamiento atribuye a la Administración, ésta realice en la realidad cotidiana ese servicio objetivo al interés general de que trata el artículo 103 de la Constitución.

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

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

La sentencia, desde luego, merece un amplio comentario que excede del alcance de este epígrafe. Si se compara con la transcrita anteriormente, el contraste es patente. Por un lado, porque atiende únicamente a la función de los principios como fuentes del Derecho y criterios de interpretación y,

por otra, porque manifiesta una perspectiva positivista que contrasta con el sentido abierto y tendente a la búsqueda de la justicia que encontramos en la otra sentencia. Por ejemplo, la afirmación de que hoy la ley es expresión de la voluntad general aparece desmentida por la realidad. Con sólo detenerse en el repertorio de leyes nacionales y autonómicas elaboradas en 2007 es suficiente para comprender la desnaturalización de la ley a que asistimos. Entre otras razones, por la pérdida de sentido de los principios como elementos inspiradores y fundantes del propio Ordenamiento. Otro comentario que nos llevaría muy lejos es el que refiere la sentencia cuando entiende que la equidad no es un principio jurídico, cuando probablemente sea el principio de los principios, la razón de ser de la existencia de los mismos principios.

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

Desde la perspectiva de fuente del Derecho, para que se apliquen los principios es menester que no exista ley o costumbre. Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 1994 dispone que "para que un principio general de Derecho sea aplicable es necesario que no existan normas específicas reguladoras de la cuestión planteada: ello, sin perjuicio de que los principios generales del Derecho incluidos en la Constitución tienen carácter informador de todo el Ordenamiento jurídico". Se trata de un pronunciamiento del Tribunal Supremo, al menos en este considerando, no exento de cierta confusión. Por una parte porque si se admite que los principios son informadores del Ordenamiento jurídico, entonces su aplicación será directa en la medida en que gozan de un estatuto jurídico superior la norma escrita, pues esta ha de inspirarse en ellos. Además, reducir los principios generales a los que contenga la norma escrita por excelencia como es la Constitución, es degradarlos a la condición

de elementos auxiliares o adjetivos de la norma escrita, algo que en modo alguno es coherente con la naturaleza de elemento esencial del Ordenamiento que el propio Tribunal Supremo afirma categóricamente, por ejemplo, en la sentencia de 16 de mayo de 1990, cuando entiende que éstos son "esencia del Ordenamiento jurídico, la atmósfera en la que se desarrolla la vida jurídica". Si son la esencia, entonces han de impregnar todo el Ordenamiento y, por ello, su aplicación será directa.

Conviene llamar la atención acerca de que el Tribunal Supremo, cuando ha ido construyendo la teoría del control de la discrecionalidad administrativa a través de los principios generales, ha conectado la existencia de dichos controles al genio expansivo del Estado de Derecho (sentencia de 8 de octubre de 1990). Efectivamente, el Estado de Derecho es un Estado de justicia, es un Estado en que el poder ha de actuar conforme a patrones y cánones formales y sustanciales. Si nos quedamos únicamente en la vertiente procedimental y formal del poder resulta evidente que éste puede terminar, ejemplos hay y lacerantes de todos conocidos, siendo la principal y más efectiva terminal del autoritarismo y la ausencia de medida. Por eso, la existencia de controles sustanciales viene determinada por los principios, que son, como vuelve a recordar esta sentencia, la atmósfera en que se desarrolla la vida jurídica, el oxígeno que respiran las normas.

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

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

En fin, desde la posición que parto en este trabajo, de diferenciar los principios generales de Derecho, matrices del Estado de Derecho, es posible, a efectos de claridad, intentar distinguir éstos de otras manifestaciones que

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

Por otra parte, el profesor SANTAMARÍA PASTOR, que prefiere no decantarse acerca de la naturaleza de los principios generales del Derecho, afirma que estamos ante una categoría abierta. Efectivamente, estamos en presencia de una categoría abierta si es que ponemos en el mismo horizonte jurídico el principio de la capitalidad de la dignidad humana, un principio de interpretación jurídica o un aforismo procesal de carácter general. En mi opinión, los principios generales del Derecho son, en primera instancia, los criterios básicos sobre los que descansa la cultura jurídica característica del denominado Estado de Derecho. Y, después, a gran distancia los principios, en escenarios bien distintos, más allá de la propia fundamentación del sistema normativa tienen una pluralidad de significados a los que se refiere el profesor SANTAMARÍA PASTOR. En este sentido, pues, no comparto la posición relativista que parte de que no existen razones abstractas para distinguir. Desde la postura relativista, pues, los principios generales del Derecho son aquellas reglas, dice Santamaría Pastor, que la "communis opinio" de los actores de un sistema jurídico, en cada momento histórico, considera efectivamente que son principios generales de Derecho. Sin embargo, desde mi punto de vista, ya reiterado con anterioridad, existen principios generales del Derecho fundamentales y principios generales derivados o de segunda categoría que, efectivamente, serían aquellos principios que atienden a la funcionalidad no esencial y que se concretan en diferentes reglas de Derecho, generalmente de orden procesal.

Hoy en día, la mayor parte de los principios generales del derecho están recogidos en las normas escritas. Es razonable que así sea porque en general

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

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

Ha sido SANTAMARÍA PASTOR quien ha llamado la atención sobre la relevancia que los principios generales del Derecho juegan en el Derecho Administrativo. Realmente, si es verdad que el juego de éstos es mayor en los Ordenamientos más jóvenes, puesto que no han tenido tiempo suficiente para una labor de maduración jurídica que permita recogerlos en el Derecho escrito, entonces en el Derecho Administrativo, ciertamente, los principios generales del Derecho tienen reservado un lugar de privilegio. Si convenimos en que llevamos un poco más de dos siglos de Derecho Administrativo entonces estaremos de acuerdo en que, efectivamente, en nuestra disciplina los principios son esenciales. Es más, si también acordamos que el Derecho Administrativo, como dice Santamaría Pastor, nace de los comentarios que hace la doctrina a las resoluciones del Consejo de Estado francés, entonces no tendremos más remedio que concluir que el Derecho Administrativo es una elaboración operada casi exclusivamente a partir de principios generales, en torno a los cuales ha ido cerrándose una tupida y extensa red de principios y reglas secundarias que han terminado por formar un sistema. Como sentencia solemnemente este profesor, han sido los principios generales, más que las normas escritas, las paredes maestras en torno a las cuales se ha ido levantando el edificio del régimen jurídico de las Administraciones públicas. Edificio que tiene en la base, en los pilares, los postulados del Estado de Derecho que, como es bien sabido, han precipitado en un conjunto de principios generales que son los que marcan el rumbo a toda Administración que pretenda cumplir con su función constitucional de servicio objetivo a los

intereses generales. El Derecho Administrativo bien podría decirse que nace de la mano de un conjunto de principios que hacen de él un Derecho diseñado para que el poder público se ejerza de acuerdo con el Estado de Derecho.

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

2. Ética, valores y principios generales del derecho

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

En el artículo 1 de nuestra Ley Fundamental se encuentran los valores superiores del Ordenamiento jurídico, valores que, como su propio nombre indica, discurren en el mundo de la ética, de la axiología que, a su vez, desencadena los principios del artículo 9.3, unos fundamentales y otros derivados.

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

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

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

En efecto, la sentencia citada señala que las invocaciones a la Ética y a la Moral son merecedoras del máximo respeto “puesto que nunca es más noble

la función de los Tribunales que cuando ésta se desarrolla aplicando el derecho sobre bases éticas, ya que existe una Ética jurídica, que no es, ni más ni menos, que una sublimación del Derecho". El Tribunal Supremo, además, entiende que la Ética no es fuente del Derecho, sino un "simple estímulo vigorizante de la aplicación de éste".

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

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

El Tribunal Constitucional español ha precisado con claridad el alcance y la trascendencia de los derechos fundamentales como elementos clave del Ordenamiento jurídico que informan el entero Ordenamiento jurídico. y, en este sentido, como principios informadores, lo que ratifica su consideración de principios generales del Derecho de naturaleza fundamental.

Así, por sólo citar algunos de sus pronunciamientos más importantes, resulta que constituyen "la esencia misma del régimen constitucional" (Sentencia de 21 de febrero de 1986), "son de aplicación directa, sin que sea necesaria para su efectividad un desarrollo legislativo", "son los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son la expresión jurídico de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política" (Sentencia de 11 de abril de 1985), y, también, resulta que los derechos fundamentales "constituyen el fundamento mismo del orden político-jurídico del Estado en su conjunto"(Sentencia de 14 de julio de 1981).

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

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

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

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

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

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

3. El principio de buena administración y sus corolarios

Tras la aprobación de la Carta Europea de los Derechos fundamentales en el año 2000, el 6 de diciembre, contamos con un nuevo derecho fundamental en el espacio europeo: el derecho a la buena Administración pública. Derecho que también tiene una dimensión de principio. Es más, probablemente

su formulación como derecho fundamental se produce tras haber comprobado la trascendencia de un principio general del Derecho tan relevante como el de la prohibición de la arbitrariedad en su vertiente positiva. Como más adelante estudiaremos, el principio de la interdicción de la arbitrariedad, con reflejo constitucional en el artículo 9.3 de la Constitución, ofrece una perspectiva en positivo que es el principio de racionalidad o el principio de objetividad, principios que tienen en el campo del Derecho Administrativo una trascendencia indudable.

En este sentido, por ejemplo, razona el propio Tribunal Supremo en su sentencia de 11 de junio de 1991 a partir del principio de interdicción de la arbitrariedad cuando afirma que este principio -prohibición de la arbitrariedad- "aspira a que la actuación de la Administración sirva con racionalidad los intereses generales –artículo 103.1 de la Constitución- y más específicamente que esa actuación venga inspirada por las exigencias de los principios de buena administración". Por tanto, los principios o el principio de buena administración se derivan del principio de racionalidad y objetividad de acuerdo con el que debe conducirse la Administración en sus relaciones internas y en sus relaciones con los ciudadanos. En esta sentencia se trataba de resolver acerca de un recurso en materia de contratación local en el que existía una cierta igualdad entre los oferentes en lo que se refería a la acreditación de las bases del concurso con excepción del precio. El Tribunal Supremo, amparándose en la doctrina del principio de buena administración, entiende que cuando se produce la referida igualdad "los principios de buena administración imponen una decisión basados en criterios económicos: en igualdad de alto grado de capacitación, experiencia y medios suficientes para realizar una obra, la racionalidad de los principios de buena administración exige la elección de la mejor oferta económica, al menos cuando no se invoca razón alguna para apartarse de esa solución. No entenderlo así implica una vulneración de las exigencias del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos".

El principio de buena administración, que implica obligaciones para la Administración, analizado desde la perspectiva de los derechos de los usuarios de los servicios públicos, o de los ciudadanos en general, supone que los asuntos públicos, como dispone el artículo 41 de la Carta Europea anteriormente citada, sean tratados equitativamente, objetivamente y en plazos razonables. Si a esta consideración general incorporamos las referencias constitucionales de aplicación, podríamos señalar que ese principio de buena administración, que ha de proyectarse sobre aspectos concretos dotados de la racionalidad que es inherente al funcionamiento de la Administración pública en un Estado social y democrático de Derecho, puede circunscribirse, por ejemplo, a la obligación de la Administración de promover los derechos

y libertades ciudadanas (artículo 9.2), de actuar de acuerdo con la centralidad de la dignidad del ser humano (artículo 10.1), de evitar la indefensión como consecuencia de la ejecutividad de las actuaciones administrativas (artículo 24.1), de actuar con criterios de eficiencia y economía en el gasto (artículo 31.2), de impregnar las decisiones administrativas en los principios rectores de la política económica y social (artículo 53.2) , de servir con objetividad los intereses generales (artículo 103.1) y de someterse a la ley y al derecho (artículo 103.1).

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

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

4. El principio de buena fe

En efecto, el principio de buena fe es uno de los principios generales del derecho más estudiados porque plantea el alcance y los límites de las conductas que son propias a los sujetos en las relaciones jurídicas, sean éstas públicas o privadas. En el caso del Derecho Público, la exigencia de la buena fe se

entiende bien precisamente por la naturaleza de los poderes que ejerce la Administración y por su especial misión de servicio objetivo al interés general. Efectivamente, no es posible comprender un servicio objetivo al interés general si no es de acuerdo con la buena fe. Buena fe que, además, el legislador español ha introducido en el año 1999 en la reforma que entonces se hizo de la ley de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común y que a mí me tocó el honor de dirigir desde el ministerio de las Administraciones públicas de entonces. El hoy artículo 3.1 "in fine" señala que las Administraciones públicas deben respetar en su actuación los principios de buena fe y confianza legítima".

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

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

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

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

5. El principio de seguridad jurídica y el principio de confianza legítima

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

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

una edificación singular que, como todas las de esta naturaleza, plantea importantes complejidades urbanísticas, deroga el principio de igualdad ante la ley, y los de estabilidad seguridad jurídicas de la ordenación urbanística"

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

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

La doctrina que sienta el Tribunal Constitucional español en la sentencia citada permite extraer el contenido constitucional del principio de seguridad: que los operadores jurídicos y los ciudadanos sepan a qué atenerse porque el Derecho, en sí mismo, ha de ser previsible. Es decir, si nos situamos en el campo del Derecho Administrativo, podríamos decir, desde esta perspectiva, que una derivación necesaria de la seguridad jurídica, a su vez del principio de la buena fe, es el principio denominado de confianza legítima. Se trata de un principio de naturaleza comunitaria, en cuya virtud resulta que la Administración pública no puede modificar unilateralmente el sentido de sus decisiones de no mediar una clara y concreta justificación que lo permita. Sólo excepcionalmente, y de manera motivada, la Administración pública

puede cambiar el sentido de su actuación. Lo normal será que, en efecto, la actuación administrativa siga los cánones de la continuidad de las políticas públicas o, lo que es lo mismo, que actúe de acuerdo con la objetividad, imparcialidad y congruencia propia de quien está al servicio del interés general.

El Tribunal Supremo, por sentencia de 4 de junio de 2001 estableció que "el principio de confianza legítima, relacionado con los más tradicionales, en nuestro Ordenamiento de seguridad jurídica y buena fe en la relaciones entre la Administración y los particulares, comporta, según la doctrina del TJCE y la jurisprudencia de esta sala, el que la autoridad pública no pueda adoptar medidas que resulten contrarias a la esperanza inducida por la razonable estabilidad de las decisiones de aquélla, y en función de las cuales los particulares han adoptado determinadas decisiones". Es decir, la racionalidad, congruencia y objetividad, otros tantos principios generales de aplicación al Derecho Administrativo conducen a exigir a la Administración una actuación acorde con las expectativas o esperanzas que ha despertado en los particulares. De lo contrario, se quebraría el principio de buena fe, el de seguridad jurídica y el de confianza legítima. El Tribunal Supremo entiende que la doctrina de la aplicación directa de los principios generales, entre ellos el de confianza legítima podría "anular un acto de la Administración o el reconocimiento de la obligación de ésta de responder de la alteración (sin conocimiento anticipado, sin medidas transitorias suficientes para que los sujetos puedan acomodar su conducta y proporcionadas al interés público en juego, y sin las debidas medidas correctoras o compensatorias) de las circunstancias habituales y estables, generadoras de esperanzas fundadas de mantenimiento".

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

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

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

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

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

Otra paradoja que nos ofrece la realidad normativa se refiere a que, aun habiendo aumentado el número de las normas, nos encontramos con no pocas

materias en las que persisten lagunas y en algunos supuestos falta la necesaria regulación que afiance la seguridad y la certeza jurídica.

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

A la hora del desarrollo de la potestad normativa, los centros de producción normativa han de tener presente que existen una serie de parámetros constitucionales que configuran la acción del Estado. Me refiero, además de la seguridad jurídica, a los llamados valores superiores del Ordenamiento jurídico y, cómo no, a la centralidad de los derechos fundamentales, a los principios rectores de la política económica y social y por sobre todo a la denominada función promocional de los poderes públicos tal y como está regulada en el artículo 9.2 de la Constitución: los poderes públicos deben promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social. Este ha de ser el espíritu que debe latir en los contenidos de las normas producidas en el Estado social y democrático de Derecho en el que vivimos, algo que contrasta con el constante proceso de vaciamiento de las principales a que nos viene sometiendo el actual gobierno, más pendiente de entorpecer y limitar los derechos ciudadanos que de pensar en el conjunto de la sociedad.

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

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

6. El principio de interdicción de la arbitrariedad

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

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

La fundamentación de la decisión administrativa de que se trate en cada caso en supuestos de ejercicio de poderes discrecionales es además de legalmente exigible (art. 54 de la ley de régimen jurídico de las Administraciones

públicas y del procedimiento administrativo común) racionalmente imprescindible. El Tribunal de las Illers Baleares señala en la sentencia que "resulta de trascendencia indudable el proceso lógico que conduce a la decisión. Y para que se pueda apreciar judicialmente dicha argumentación, dicha racionalidad, es necesario, sigue diciendo el superior Tribunal de Baleares, la aportación por la Administración al expediente de la acreditación de que la decisión se apoya en una realidad fáctica que garantice la legalidad y oportunidad de la misma y su engarce con los motivos y fines que la justifican. Por tanto, en concordancia con el principio de objetividad de la actuación administrativa –artículo 103 de la Constitución- el expediente debe reflejar los fundamentos de la decisión en forma asequible para la revisión jurisdiccional".

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

7. Reflexión final

Un epígrafe de estas características no puede abordar todos y cada uno de los principios generales del Derecho que ha ido modulando y en ocasiones construyendo la jurisprudencia (sentencia del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 2002). Por ejemplo, hay principios como el de que nadie puede ir contra sus propios actos que goza de favor jurisprudencial y que se aplica con mucha frecuencia por el Tribunal Supremo. Es un principio, éste, como el de transparencia (sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2001), consecuencias del principio de racionalidad en último extremo. En el mismo sentido estaría el principio de que quien es causante de la oscuridad o de la duda no puede beneficiarse de ella expresado con el aforismo romano "propiam turpidinen alegans non auditor", principio, este último,

que, como señala la sentencia de 14 de noviembre de 1980 surge de la práctica del derecho formulario romano, en el que se introdujo la "exceptio doli", la excepción romana por excelencia, instrumento procesal que hábilmente manejado por los juristas, con la mira puesta en la equidad, fue desalojando de sus posiciones al tradicional derecho estricto.

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

X. LA JURISPRUDENCIA

La cuestión de la jurisprudencia como fuente complementaria del derecho, como fuente indirecta, o como complemento del Ordenamiento es una cuestión bien discutida en la doctrina, bien polémica. Recuerdo de las clases de Derecho Civil en la Facultad que el profesor nos hablaba de la jurisprudencia como pretendida fuente del Derecho. Sin embargo, al menos en lo que se refiere al Derecho Público, al Administrativo para ser más exactos, la verdad es que las discusiones han debido quedar en el ámbito de la oralidad porque la doctrina científica no se ha ocupado demasiado del tema, como no sea en los Manuales, Cursos y Tratados al referirse a las fuentes del Derecho. Entonces, de pasada, se recuerda el Código Civil, se recuerda la legislación contencioso-administrativa y, tras la Constitución, se incorpora un epígrafe acerca de la doctrina, que no en sentido estricto, jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Pues bien, en las líneas que siguen el lector va a encontrar, tras una breve excursión por la historia, tanto en el Derecho Civil como en el Derecho Administrativo, una reflexión acerca del sentido actual de la jurisprudencia en el Derecho Civil, dónde por mor de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil se ha desvirtuado su naturaleza. Obviamente, es menester estudiar el origen del recurso de casación en el orden contencioso administrativo para entender el alcance de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con la teoría de las fuentes. En este sentido, la propia jurisprudencia de la sala tercera del Tribunal Supremo ha ido precisando en los últimos años el sentido de su doctrina, tema que también se analiza en este breve estudio. Igualmente, hay que tratar el concepto y funcionalidad del precedente judicial y el sentido que tiene en el Derecho Administrativo ese carácter complementario que el Código Civil atribuye a la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Una cuestión que un estudio sobre la jurisprudencia en el Derecho Administrativo debe necesariamente abordar es el relativo al valor de las decisiones del Tribunal Constitucional así como la teoría de la separación de los poderes y la autonomía con la que el Tribunal Supremo, al menos en el sistema español, realiza su tarea. Cuestión que lleva de la mano a otra no menos polémica y es la que atiende la categoría de la doctrina, cuando se sienta, de

la jurisprudencia del Tribunal Supremo, demasiadas veces al margen de su genuina posición en el poder judicial por tener que buscar en cada caso la mejor solución de acuerdo con el "Derecho".

Los profesores universitarios, que realizamos nuestras investigaciones con la finalidad de esclarecer puntos oscuros en el entendimiento de las instituciones, las categorías y los conceptos, encontramos en la jurisprudencia, al menos en mi caso, una fuente de conocimiento y de reflexión de primer orden. Si entendemos la jurisprudencia, desde la perspectiva científica, como una ciencia social que estudia la argumentación jurídica derivada de las soluciones a los pleitos que establecen los jueces y tribunales, fundamentalmente en sus instancias superiores, hemos de convenir en que la investigación jurídica, si pretende hacerse con fundamento "in re", de be tener como compañera de viaje a la jurisprudencia. En mi experiencia personal, recuerdo con agrado en este momento, la luz que me portó la jurisprudencia española en mis estudios sobre la suspensión contenciosa del acto administrativo, la prórroga de los contratos y la caducidad en el Derecho Administrativo.

La jurisprudencia, cuando cumple su papel y los jueces y magistrados vuelcan su sapiencia jurídica y su experiencia en forma de fundamentos de Derecho con pretensión de elaborar una determinada doctrina, entonces proporciona al investigador algo fundamental. Algo que tiene mucho valor porque en la jurisprudencia se trabaja sobre la realidad, sobre casos reales y, en la biblioteca o en el despacho de estudio del profesor, es necesario proyectar las consideraciones teóricas con la realidad, tarea que la jurisprudencia ayuda sobremanera a realizar.

Las páginas que componen este epígrafe son un modesto intento de llamar la atención sobre la importancia de la jurisprudencia también en una dimensión bien conocida para los administrativistas. Efectivamente, en Francia el Derecho Administrativo nace como consecuencia de los arrêts del Conseil d`Etat, que como todos conocemos, fueron levantando a partir de principios un Derecho Administrativo hoy más depurado y más normativo. Los principios de Derecho han sido alumbrados por la jurisprudencia o la doctrina científica. La jurisprudencia española, por ejemplo, en materia de Derecho Administrativo, ha sido, afortunadamente, reconocedora de muchos principios que se han ido incrustando en el acervo jurídico y que, además, se han convertido, por su función en la teoría de las fuentes, en elementos inspiradores del Ordenamiento jurídico y tantas veces en ese necesario oxígeno que deben respirar las normas jurídicas para alcanzar su sentido, su lugar lógico y razonable en el sistema normativo. Jurisprudencia y principios, por tanto, están muy relacionados siendo muy difícil estudiar la jurisprudencia al margen de los principios, y los principios al margen de la jurisprudencia.

La jurisprudencia, desde la teoría de las fuentes del Derecho, debe diferenciarse de la jurisdicción, que es la potestad que acompaña estructuralmente al poder judicial consistente en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, tal y como señala el artículo 117 de la Constitución española. La jurisprudencia, como vamos a estudiar en este epígrafe, se refiere más bien a la doctrina que el Tribunal Supremo, como cúspide y cúpula del poder judicial del Estado, establece en los fundamentos de sus sentencias con pretensión de fijar de manera estable una determinada posición jurídica. Sabemos que la cosa juzgada se refiere a la cualidad de la que disponen las sentencias firmes ante las que ya no cabe recurso alguno y que por ello vinculan al resto de los órganos judiciales. En términos generales, salvo que estemos en presencia de cosa juzgada, las sentencias de los Jueces y Tribunales no son vinculantes en nuestro sistema jurídico heredado de la tradición francesa. Ahora bien, si se trata del mismo órgano judicial, entonces sí que está vinculado por un elemental principio de coherencia consecuencia del constitucional principio de igualdad en la aplicación de la ley tal y como el propio Tribunal Constitucional ha argumentado a partir de la interpretación del artículo 14 de la Constitución española de 1978.

Aunque la jurisprudencia no sea fuente directa del Derecho, es innegable que goza de una relevante influencia en la aplicación del Derecho a partir de la doctrina, todo lo relativa y matizada que se quiera, del precedente judicial, sobre todo cuando se produce en supuestos en lo que existe identidad en los propios hechos.

La jurisprudencia, entendida como la doctrina contenida en las sentencias del Tribunal Supremo, en este momento no es vinculante. En el mundo del Derecho Civil claramente. En el campo del Derecho Administrativo al menos, su lesión, permite fundar el recurso de casación, o en su caso el de unificación de doctrina, que permiten una uniformidad en la aplicación e interpretación del Derecho, lo que desde luego coloca a la doctrina emanada del Tribunal Suprema en un obvia posición de supremacía jurídica, por más que su jurisprudencia ya no sea vinculante.

Desde este punto de vista, se ha señalado, como dice PÉREZ ALVAREZ (2008, 169) que la jurisprudencia dispone de un halo de "auctoritas", de saber jurídico reconocido por la comunidad de juristas. "Auctoritas" que, sin embargo, cuanto mayor es la interferencia de los partidos políticos en el nombramiento de sus integrantes, menor es en la realidad. Sí que es verdad, a pesar de los pesares, y sobre todo de la evidente pérdida calidad y categoría de las argumentaciones jurídicas que fundan a día de hoy las sentencias del Tribunal Supremo, que éstas tienen también un cierto valor de pronóstico puesto que parece razonable que la doctrina que el alto Tribunal establece

en una sentencia se pueda seguir en otro pleito análogo o parecido. Por eso, los Tribunales inferiores suelen usar en sus fundamentos jurídicos los razonamientos del Tribunal Supremo, del Tribunal que tiene la última palabra, que establece la cosa juzgada porque sus sentencias siempre son firmes. Para evitar que el Tribunal Supremo revoque sus fallos y porque lo determinante es siempre conocer el criterio de supremo órgano judicial.

1. Jurisprudencia y precedente judicial

El principio de seguridad jurídica, de certeza del Derecho, de confianza legítima, de interdicción de la arbitrariedad y sobre todo, de igualdad en la aplicación e interpretación de la ley, reclama previsibilidad en las resoluciones distadas por los Jueces y Tribunales. Sin ir más lejos, el Tribunal Constitucional, en sendas sentencias de 11 de marzo, 22 de abril y 10 de julio de 1986, sentenció con toda solemnidad que la seguridad jurídica reconocida en el artículo 9.3 de la Constitución exige que las resoluciones judiciales sean previsibles para los justiciables. Es decir, parece razonable que una vez introducida una causa o planteado un recurso se pueda conocer con cierto grado de verosimilitud la respuesta del Juez o Tribunal, que tendrá mucho que ver con las soluciones dadas a casos idénticos, parecidos, similares o análogos. Aunque el Derecho no es una ciencia empírica, se rige por principios que son universales y que permiten a los ciudadanos sin grandes dificultades e prever el sentido en que fallarán los Jueces o Tribunales.

Los Jueces y Tribunales, de acuerdo con el artículo 117 de la Constitución, están sometidos al imperio de la Ley, expresión que si la ponemos en relación con el artículo 9 de la Constitución, nos conduce a interpretar la dicción del artículo 117 en el sentido de sistema normativo, sistema jurídico en el que el Ordenamiento está compuesto por diversos elementos, entre los que hay que incluir a los principios, por supuesto. El artículo 9 señala que los poderes públicos y los ciudadanos están sometidos a la Constitución y al resto del Ordenamiento jurídico. Es decir, los Jueces y Tribunales están sometidos al imperio de la Ley y del Derecho.

Más clara es la cuestión observada desde el Derecho Administrativo, puesto que el artículo 103 de la Constitución señala que la Administración pública actúa con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho, a todo el Ordenamiento jurídico. La perspectiva iluminista de la función judicial, reducida a la mera exposición de las palabras del legislador está hoy más que superada por más que se pretenda imponer un positivismo que impide la respiración de las normas en el ambiente que más vida les produce.

El objetivo de previsibilidad que debe orientar la función de Jueces y Tribunales se verifica en la labor de aplicación e interpretación de la ley, o como señala el artículo 1.7 del Código Civil, resolviendo los asuntos que conozcan ateniéndose al sistema de fuentes establecido. Una vez superada la perspectiva mecanicista y automática de la función judicial según la versión de la revolución francesa por infructuosa, se admite, además de la aplicación, la interpretación por parte del Juez o Tribunal. En España las Cortes de Cádiz de 1812, inspiradas en este punto en procedimiento francés del doble referé, atribuyeron al poder judicial exclusivamente la función de aplicar la ley. Es más, si hiciera falta interpretar, no habría más remedio que convocar a las Cortes y escuchar su parecer. En este contexto, la función del Tribunal Supremo era la de oír las dudas de los demás Tribunales sobre la inteligencia de alguna Ley, y consultar sobre ellas al Rey con los fundamentos que hubiere, para que a su vez promueva la pertinente declaración ante las Cortes. Por tanto, Jueces y Tribunales, en caso de duda se retiraban a favor del poder legislativo o ejecutivo.

Más adelante, cuando el dogma de la separación de poderes se moduló y se comprendió que la ley no puede resolver toda la variada problemática que se suscita en el dominio de la realidad, se permitió a Jueces y Tribunales, además, interpretar e integrar la propia Ley. Para esta tarea, el poder judicial habría de razonar, argumentar a partir de la lógica para fundar el sentido del fallo, de la decisión acerca del caso planteado. Pues bien, esta labor de argumentación, de razonamiento jurídico va a ir conformando un cuerpo de doctrina que, referido ordinariamente al Tribunal Supremo, se conoce comúnmente con el nombre de jurisprudencia.

Esta doctrina va a tener una gran relevancia en orden al denominado recurso de casación, ideado para que el Tribunal Supremo pueda asegurar la coherencia y la uniformidad en la aplicación e interpretación del Derecho. Tal función implica garantizar la vinculación de los jueces y Tribunales a la Ley y al resto de las fuentes del Derecho. Tal uniformidad en la aplicación e interpretación del Derecho debe realizarse con un pulcro respeto a la independencia judicial, lo que no obsta para que la jurisprudencia, por virtud de la técnica casacional, prevista para el caso de se infrinja, juegue un papel muy relevante en esta materia.

Cómo apunta XIOL RIOS (1986, 33) la protección del derecho fundamental a la igualdad ante la ley, ante la aplicación o interpretación de la ley, plantea el problema de la contradicción entre decisiones judiciales. Cómo es sabido, en el ámbito de la Administración, el valor del precedente administrativo, sin ser fuente del Derecho, ha tenido una relevancia fundamental puesto que una actuación administrativa discrecional realizada al margen del preceden-

te, aun siendo ajustada a la ley, podía no ser ajustada a Derecho precisamente por esta circunstancia. En cambio, en el marco judicial, la discrecionalidad opera en otro contexto. Así, si se produce contradicción entre dos sentencias, es menester la unificación del criterio confiriendo al Tribunal Supremo la potestad de unificar la doctrina a partir, es claro, del principio de legalidad.

En España, como ha destacado XIOL RIOS (1986, 35), el Tribunal Constitucional ha proclamado el valor jurídico del precedente y la posibilidad de su control constitucional bajo ciertas condiciones. En el caso de que un órgano judicial dicte resoluciones coetáneas o sucesivas en relación con supuestos idénticos, el Tribunal Constitucional llega a estas conclusiones. Si la decisión se separa del criterio anterior o de la coetánea, es menester una argumentación o motivación del cambio de criterio por exigencias del principio de prohibición de la arbitrariedad, artículo 9.3 de la Constitución, y por demandarlo así el principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución. Si, por el contrario no hay cambio alguno de criterio, entonces procede la presentación del pertinente recurso de amparo solicitando la anulación de la resolución por atentar al principio de igualdad en la interpretación de la ley.

En Alemania, como recuerda XIOL RIOS (1986, 36), la infracción constitucional en estos casos, se concentra en el derecho-principio a la tutela judicial efectiva, en si alguna se las sentencias es arbitraria o falta de la motivación requerida. En España, sin embargo, el tema se centra en si existe contradicción injustificada entre dos decisiones judiciales. Por eso, como señala XIOL RIOS (1986, 36), el Tribunal Constitucional español acude, no al artículo 24 de la Constitución, para analizar si hay ausencia de respuesta del aparato judicial o si ésta es inadecuada. Acude al artículo 14 de la Constitución, que se refiere a una realidad, dice Xiol Ríos (1986, 36), en principio ajena a la esencia de la función judicial. Por tanto, en el Derecho español, por este camino, el precedente judicial tiene una importancia capital.

Es más, el propio Tribunal Constitucional, al tratar de la igualdad en la aplicación de la ley, condiciona, dice XIOL RÍOS (1986, 36), la apreciación del carácter relevante de la desigualdad a la existencia de un criterio de equiparación que derive de la Constitución o del resto del Ordenamiento jurídico. Si, como hace nuestro máxime intérprete de la Constitución, se proclama la lesión del principio de igualdad por discrepancia no motivada con el precedente, entonces se está reconociendo un principio que en el Derecho Anglosajón es tradicional y que se denomina vinculación de los órganos judiciales al precedente. Entre nosotros, tras esta doctrina del Tribunal Constitucional, se establece el mismo principio con la excepción de su desconocimiento siempre que se argumente razonablemente, motivadamente.

Este principio tiene relevantes matizaciones. Si la contradicción se produce entre resoluciones de órganos de órganos jurisdiccionales entonces, de acuerdo con el principio de independencia del poder judicial, la igualdad debe restablecerla, a través del sistema de recurso, el órgano judicial superior.

Cómo señala XIOL RÍOS (1986, 38) el propio Tribunal Constitucional ha afirmado que el Tribunal en ocasiones no puede entrar a valorar el cambio de criterio, que no es menester la motivación expresa del cambio de criterio cuándo pueda ser deducido implícitamente del de las circunstancias o del contenido de la propia resolución impugnada. En caso de evolución de las normas aplicables al caso que contempla la decisión judicial, caben, según el Tribunal Constitucional, ajustes o tanteos interpretativos en la primera etapa de vigencia de las nuevas normas.

Esta doctrina del Tribunal Constitucional española acerca del valor jurídico del precedente nos acerca, es obvio, al sistema anglosajón. Esta afirmación de XIOL RÍOS (1986, 39) hay que situarla en un contexto en el que se aprecia no sólo una cierta influencia del régimen del "rule of law" en el sistema de "droit administratif", sino también en el sistema anglosajón procedente del sistema continental europeo. Esta interacción entre ambas culturas jurídicas hoy forma parte del moderno Derecho Europeo y constituye un elemento fundamental para intentar comprender el sentido y la evolución del Derecho Público moderno. Por eso, no debería llamar la atención que el esquema del precedente anglosajón tanga relevancia entre nosotros.

En realidad, en el mundo anglosajón la regla del "stare decisis" significa, lisa y llanamente, que el precedente judicial vincula. En el sistema europeo continental, la regla de la cosa juzgada de la sentencia trae consigo que la fuerza jurídica de la sentencia se extiende únicamente al caso concreto planteado ante el Juez o el Tribunal. Pues bien, si bien se aprecia en este punto un cierto grado de aproximación del sistema continental europeo al sistema anglosajón, según XIOL RÍOS (1986, 41), el acercamiento del Derecho Anglosajón al Continental Europeo es un hecho a través de la modulación del precedente.

En efecto, incluso en el modelo anglosajón esa vinculación al precedente judicial se suaviza a través de la doctrina de la vinculación dinámica. Así, las propias circunstancias del caso debatido ante el poder judicial pueden traer consigo un cambio de criterio que, en todo caso, habrá de ser razonado. Así, relativizando el criterio anglosajón y excepcionando la regla de la cosa juzgada, llegamos, en un u otro modelo jurídico, prácticamente a la misma solución.

La doctrina de la cosa juzgada ha de entenderse formalmente mientras no se interponga, si procede, el pertinente recurso. El valor vinculante del prece-

dente, hasta que la sentencia sea firme es meramente formal. Adquiere naturaleza materia cuando efectivamente se haya seguido la cadena de recursos hasta llegar al Juez o Tribunal de la última palabra, que es quien realmente dice lo que es el derecho. La existencia de Tribunales o Jueces Superiores se debe a la necesidad de garantizar, con la mayor objetividad e imparcialidad posible, la decisión de quien está convocado a resolver el conflicto con carácter definitivo. Es una garantía para los justiciables y una oportunidad para que los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus facultades judiciales puedan efectivamente contrastar sus criterios con los de otras instancias judiciales. De alguna manera, como dice XIOL RÍOS (1986, 48), las sentencias de los Tribunales inferiores tienen naturaleza de precedente porque han de ser tenidas en cuenta por el Tribunal Superior, más allá de la decisión recurrida, por los elementos valorativos e interpretativos de la realidad que aportan.

El sistema de la casación, diseñado para garantizar la sumisión del poder judicial al poder legislativo, evolucionará, como es sabido, hasta convertirse, aunque sea de forma extraordinaria, en una pieza ordinaria del sistema de recursos. Hoy, su sentido se resume diciendo que la casación es una técnica procesal para garantizar la legalidad por una parte y, por otra, la unificación en aplicación de la ley. La casación que se confía al Tribunal Supremo busca, como afirma XIOL RÍOS (1986, 50), la unidad mediante una síntesis de la diversidad jurídica derivada de la existencia de muy diversos operadores jurídicos. Esta función, que hace el Tribunal de casación estableciendo doctrina que unifique y uniformice la aplicación de interpretación de la ley, trae consigo, como corolario necesario, la igualdad en la aplicación e interpretación de la ley. Así configurada la jurisprudencia, se nos presenta como tarea conectada a la realidad social a través, no de las apreciaciones subjetivas de los miembros del Tribunal Supremo, sino de un proceso dialéctico en el que se integran todos los órganos judiciales del país y quienes ante ellos han contribuido a la formación de sus criterios (XIOL RÍOS, 1986, 50).

Si estuviéramos ante el sistema del precedente en sentido estático, la casación no tendría sentido. En cambio, porque puede haber argumentaciones jurídicas de Tribunales inferiores variadas sin un sometimiento jerárquico del Tribunal Supremo, es por lo que, efectivamente, entre nosotros existe recurso de casación. Recurso en cuya virtud la jurisprudencia o doctrina legal del tribunal Supremo asume una posición especial, una posición de razonable supremacía y primado en orden a garantizar una aplicación e interpretación del Derecho que sea coherente y uniforme en todo el territorio nacional, facilitando el derecho de los justiciables a la igualdad en la aplicación de la ley, a la igualdad de tratamiento de todos ante los Jueces y Tribunales, tarea desde luego fundamental en un Estado de Derecho. Por eso, como señala XIOL RÍOS (1986, 49), la finalidad del sistema de recursos, entre los que el

de casación adquiere una posición central, antes secundaria, se convierte en finalidad primordial desde el punto de vista constitucional. Entonces, la jurisprudencia, que es según el Código Civil complemento del Ordenamiento, adquiere desde luego una relevancia que trasciende ese carácter de fuente indirecta o complementaria del Derecho.

En cualquier caso, el valor de la jurisprudencia en la solución de los recursos de casación no es estático. La independencia del poder judicial permite, solo faltaría, que los propios Tribunales inferiores actúen, como dice XIOL RÍOS (1986, 50) de motores de la jurisprudencia a través de la aportación de nuevos criterios y argumentaciones sin temor de ser acusados de incumplimiento de acatamiento de las decisiones del Tribunal Supremo. Tribunal que tiene derecho, para fundar todavía más y mejor sus decisiones, a contar con el ejercicio de racionalidad que hacen los Tribunales inferiores. El mismo hecho de que, en efecto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo esté sujeta a cambios y modificaciones, justifica el hecho de que la perspectiva estática no tenga sentido alguno. El propio Tribunal Supremo, como bien sabemos, siempre que funde el cambio de criterio, puede separarse de su propio precedente. En ocasiones, el cambio de criterio se basa en los fundamentos de las resoluciones que conocen en casación o de acuerdo con los argumentos del recurrente. En cualquier caso, el sistema del precedente es, por mor, de la técnica casacional, un modelo que podemos denominar de vinculación dinámica y modulada.

Esta naturaleza de la vinculación del precedente se refuerza a través, como veremos más adelante, de la casación para la unificación de doctrina cuándo se producen supuestos de contradicción entre sentencias. Que la vinculación al precedente sea dinámica y relativa no quiere decir que la jurisprudencia del Tribunal Supremo no vincule jurídicamente. Claro que vincula al resto de Jueces y Tribunales, sobre todo en los casos resueltos en casación. La cuestión es que esa vinculación debe entenderse en el marco del principio de independencia del poder judicial, Por eso, si nos situamos en los postulados del pensamiento dinámico y complementario, apto para comprender mejor el alcance de la jurisprudencia como fuente complementaria o indirecta, resulta que el precedente hay que entenderlo desde la independencia del poder judicial y la propia independencia del poder judicial debe comprenderse a partir de la vinculación del precedente.

Es verdad que en una concepción normativista del Derecho los principios generales o la jurisprudencia pintan poco pues la condición de fuente sólo es predicable de la norma escrita y elaborada con arreglo a determinados procedimientos . Entonces, ¿cómo se explica la naturaleza del precedente emanado del Tribunal Supremo?. Si se admite que la jurisprudencia es fuen-

te del Derecho, entonces el sistema se desmorona. Para evitarlo, se acude a la ficción de considerar la jurisprudencia, el precedente emanado del Tribunal Supremo como una norma. Solo así se podría salvar la teoría de la vinculación del precedente del Tribunal Supremo. Esta identificación entre precedente vinculante y norma jurídica es, en mi opinión, muy forzada. Primero porque la jurisprudencia del Tribunal Supremo, denominada también doctrina legal, no es una norma porque no se ha producido de acuerdo con los parámetros con los que se producen las normas, ni tiene los destinatarios de las normas, ni por autor al poder ejecutivo. Si no es una norma, entonces no es fuente. Pero como quiera que sin ser fuente produce efectos jurídicos, la vinculación dinámica y relativa, entonces es menester buscar otra explicación. Otra explicación más ajustada a la realidad desde la que debe reconocerse que la jurisprudencia del Tribunal Supremo vincula en los términos expuestos al resto de Jueces y Tribunales.

El artículo 1.6 del Código Civil, encuadrado en el título dedicado a las fuentes del Derecho, es bien conocido: "La jurisprudencia complementará el Ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, las costumbre y los principios generales del Derecho". Desde luego que llama la atención que el precepto esté redactado bajo la rúbrica de fuentes del Derecho. Si no tuviera algún tipo de naturaleza o carácter de fuente, no estaría en este lugar. La propia redacción del precepto establece la función de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en el marco de las fuentes. Es fuente complementaria siempre que la jurisprudencia sea reiterada.. Ahora bien, admitir este valor de la jurisprudencia a través de su consideración como norma es profundamente incoherente. Entender que la vinculación al precedente reiterado del Tribunal Supremo convierte a la jurisprudencia en norma, insisto, es incongruente. Más bien, el valor del precedente judicial del Tribunal Supremo, como sostiene XIOL RÍOS (1986, 56) apoyándose en el profesor DIÉZ-PICAZO, parte de la idea de justicia a través de la igualdad.

Como es sabido, el artículo 5.1 de la Ley orgánica del Poder Judicial dispone el carácter vinculante de las resoluciones del Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos. Este precepto, sin embargo, dada su generalidad y abstracción debe entenderse desde el sentido común y a partir de la propia Constitución. Es decir, esa vinculación, que no es una nueva fuente del Derecho que complete a la Constitución, por muy relevante que sea el Tribunal Constitucional, significa, como señala XIOL RÍOS (1986, 57), reconocer el valor como precedente de las resoluciones del Tribunal Constitucional en la interpretación de la Constitución. Ni más ni menos. Por supuesto, este precepto no regula la eficacia de las sentencias del Tribunal Constitucional como mandatos, sino su valor como precedente.

2. Sobre la jurisprudencia en el derecho civil

El criterio, por tanto, es que la jurisprudencia no es vinculante. Tiene, desde luego, notable influencia en las sentencias de los Tribunales inferiores, pero no es fuente del Derecho en sentido estricto. Sin embargo, la reciente Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 ha previsto, como complemento del nuevo recurso extraordinario por infracción procesal, del que conocen los Tribunales Superiores de Justicia, para el caso de que éstos Tribunales mantengan criterios discrepantes sobre la interpretación de normas procesales, que el Ministerio Fiscal, el Defensor del Pueblo y determinadas entidades de Derecho Público puedan interponer ante el Tribunal Supremo el recurso en interés de ley para la unidad de la doctrina jurisprudencial". Pues bien, en estos supuestos, como dispone el artículo 490 y siguientes de esta Ley, si la sentencia fuera estimatoria "fijará en el fallo la doctrina jurisprudencial", se publicará en el Boletín Oficial del Estado y a partir de su inserción en el periódico oficial, complementará el Ordenamiento jurídico vinculando en tal concepto a todos los Jueces y Tribunales del orden jurisdiccional civil diferentes del Tribunal Supremo".

Esta técnica establecida en la Ley de Enjuiciamiento Civil, de sumisión de ciertos órganos judiciales a la doctrina fijada por el Tribunal Supremo se usa, como es bien sabido, en la Ley Orgánica del Poder Judicial, artículo 5.1, como más adelante analizaremos, en relación con la doctrina del Tribunal Constitucional al realizar la tarea que le es propia. Esta norma prevista en la Ley de Enjuiciamiento civil, para que no se quede en papel mojado, es menester que pueda imponerse a los Jueces y Tribunales a través de los pertinentes recursos, siendo el recurso en interés de ley, por su propia naturaleza, pues "respetará en todo caso las situaciones jurídicas particulares derivadas de las sentencias alegadas", es inadecuado para ello. Además, el hecho de que el propio Tribunal Supremo, como dispone el precepto no quede vinculado por tal doctrina, la excluye, como dice PÉREZ ALVAREZ (2008, 169), de su condición de fuente de Derecho, o, al menos de su condición de precedente vinculante.

Como es sabido, la versión estática de la separación de poderes, tal y como se formula por los revolucionarios, condena al poder judicial a aplicar mecánicamente la ley para evitar que la ideología conservadora que corría por las venas del estamento judicial echara por tierra las grandes aportaciones y transformaciones de nuevo régimen político. Sin embargo, más adelante se superará esa postura dogmática y se permite al poder judicial, para que realmente pueda cumplir su función constitucional, que, además, interprete la ley. Ahora, la tarea del poder judicial no es aplicar mecánicamente la ley, ahora puede argumentar jurídicamente para encontrar la solución a cada

controversia o conflicto que se le plantea. A partir de esa argumentación jurídica, el poder judicial irá elaborando, poco a poco, como señala PÉREZ ALVAREZ (2008, 171), una doctrina sobre la ley y las demás fuentes en las que se funde el fallo. El problema que plantea la interpretación de la ley por el juez es que su argumentación puede ser contraria a la norma, pueda desconocer el sistema de fuentes. Para eso, entonces, nace el recurso de casación, para que el Tribunal Supremo impida que el sistema judicial camine desordenadamente y al margen del Ordenamiento. De ahí que el recurso de casación tenga la finalidad de asegurar que los conflictos y controversias jurídicas se fallen de acuerdo con el sistema de fuentes.

El recurso de casación parte, es obvio, de la existencia de un Tribunal Supremo que tiene la potestad de vincular a su doctrina a los demás Jueces y Tribunales. Es verdad que la independencia del poder judicial impide la vinculación estricta, la vinculación formal. Sin embargo, la casación implica una suerte de vinculación material a la jurisprudencia de todos los Jueces y Tribunales con el fin de asegurar una cierta uniformidad y unidad en la aplicación e interpretación del Derecho que no es más que el trasunto del principio constitucional de igualdad en la aplicación de la ley. Si el sistema normativo, en aras de un principio de independencia del poder judicial estático, permitiera que campara la desigualdad en la aplicación e interpretación de las fuentes del derecho, entonces no estaríamos anclados en un Estado verdaderamente de Derecho.

Como señala PÉREZ ALVAREZ (2008, 171) la función del recurso de casación es comprobar si el Tribunal inferior, en su sentencia, ha interpretado y aplicado adecuadamente, correctamente, el Derecho. Para que ello sea así es necesario, como también acontece en la jurisdicción contencioso-administrativa, que uno de los fundamentos para interponer el recurso de casación sea precisamente que la sentencia del Tribunal inferior haya violado el Ordenamiento jurídico. Violación que primero se refirió a la ley y después, también, a la conculcación de la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo. Así las cosas, siendo causas de la casación el quebrantamiento de precepto legal y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, se entendió, no sin cierto fundamento, sobre todo en un primer momento, que la jurisprudencia era una verdadera fuente del Derecho supletoria de la ley. Sin embargo, más adelante, a la jurisprudencia, excluida del catálogo de las fuentes formales del Derecho, se le atribuyó, como dice PÉREZ ALVAREZ (2008, 172) de un residual pero inequívoco valor normativo tal y como quedó el artículo 1.6 del Código Civil tras la famosa reforma de su Título Preliminar en 1974: " la jurisprudencia complementará el Ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho".

Para comprender el alcance de la redacción dada a este precepto del Código Civil en la reforma mencionada es necesario una pequeña excursión histórica que me propongo emprender brevemente con la ayuda del catedrático de Derecho Civil de la Universidad de la Coruña, profesor Miguel Ángel PÉREZ ALVAREZ, a quien sigo en este punto. Veamos. En la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1885 el recurso de casación procedía contra las sentencias de última instancia siempre que éstas fuesen "contra ley" o "contra doctrina admitida por la jurisprudencia de los Tribunales". En la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 ya se dispuso que la casación podría interponerse por infracción de ley o de doctrina legal. Nótese que en 1881 se sustituye la expresión jurisprudencia por la expresión doctrina legal. Ya por entonces, 1881, se tiene clara la insuficiencia de medios jurídicos para resolver todas las controversias jurídicas por lo que, lógicamente, es menester una fuente supletoria apta para resolver las lagunas existentes en muchos preceptos de las leyes por obvias razones. La doctrina legal que se podía invocar en casación en 1881, como señala PÉREZ ALVAREZ (2008, 172), no era otra que esa fuente supletoria de último grado que se encuentra, pues, en las sentencias del Tribunal Supremo. Al principio, el Tribunal Supremo entendió por doctrina legal los principios de derecho Común y la doctrina de autores admitida por las Audiencias. Más tarde, sin embargo, comprendió que la doctrina legal, también denominada jurisprudencia, no podía ser más que la propia argumentación jurídica del Tribunal Supremo, la propia doctrina sentada por el propio Tribunal Supremo. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 1878 dispuso que "la doctrina legal útil en casación no es la que, mejor o peor derivada de la ley, crea cada uno invocar, sino la que se establece por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, dada la necesidad de que las cuestiones no se queden sin resolución bajo el precepto o en el contexto de no existir leyes apropiadas al caso o ser éstas oscuras". En este tiempo, la jurisprudencia era verdadera fuente del Derecho, supletoria de la ley.

Como es sabido, el abandono de esta condición de fuente de la jurisprudencia, o de la doctrina legal, se produce por mor del artículo 6 del Código Civil de 1889, que establece unas reglas subsidiarias en defecto de ley: "cuando no haya ley exactamente aplicable al punto controvertido, se aplicará la costumbre del lugar y en su defecto, los principios generales del Derecho". Como dice PÉREZ ALVAREZ (2008, 172), el sentido que la expresión doctrina legal tenía en la ley de 1881 debió haber llevado a identificar la infracción de ésta con la de los principios generales del Derecho. Sin embargo, la identificación entre doctrina jurisprudencial y doctrina legal a afectos de casación operada por el propio Tribunal Supremo llevó a subsumir las violaciones de los principios generales, a efectos de casación, en "infracción de ley". Tal equiparación, doctrina legal con jurisprudencia del Tribunal Supremo, se

realiza completamente por virtud de la citada reforma del Título Preliminar del Código Civil en 1974 recogida por el artículo 1692. 4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil según la redacción dada por la reforma de 1984. De esta manera, la expresión doctrina legal se sustituye por la de jurisprudencia, disponiendo que la casación procedería, además de por infracción de las normas del Ordenamiento jurídico, por infracción de la jurisprudencia.

Desde 1889 la jurisprudencia, pues, ya no es fuente del Derecho. Sin embargo, que ello sea así, como es, no quiere decir, ni mucho menos, que la jurisprudencia no tenga un papel bien relevante en el proceso de la aplicación e interpretación del derecho. Álvaro D´ORS decía que el Derecho es lo que dicen los jueces. El Derecho, como ciencia convocada a resolver conflictos o controversias con arreglo a la justicia, tiene en la jurisprudencia un elemento o vector capital para cumplir su misión. El Derecho tiene sentido cuándo a cada uno le otorga lo que es suyo, lo que le pertenece como propio, lo que se merece, lo que le es debido. Aunque el Derecho no sea producido por la jurisprudencia en sentido formal, no cabe duda que la jurisprudencia inspira, ha inspirado y seguirá inspirando a los legisladores cuando elaboran leyes. En la jurisprudencia se encuentran formulados tantas veces los principios generales del Derecho. En la jurisprudencia, además, está la fuerza para declarar lo que es el Derecho en cada caso. Por eso, la jurisprudencia, que ahora ya no es fuente formal del derecho no ha perdido, ni mucho menos su relevancia y trascendencia. El problema reside en que, como ahora acontece, los criterios para la composición del Tribunal Supremo no son estrictamente profesionales advirtiéndose, no sólo una obvia bajada de calidad de las fundamentaciones de las sentencias, sino, y esto es lo grave, una lamentable ausencia de argumentación y motivación en algunas sentencias que no son más que el revestimiento de la decisión política bajo un áurea muy superficial de citas de sentencias y doctrinas, muchas veces sin relación alguna con el caso planteado.

En realidad, el valor de la jurisprudencia tiene mucho que ver con la técnica casacional. Los Tribunales inferiores han de conocer bien la doctrina del Tribunal Supremo porque su desconocimiento abre las puertas de una casación. Es decir, de alguna manera, aunque no sentido formal, tal como adelantamos antes, existe una suerte de vinculación de los Tribunales inferiores a la doctrina del Tribunal, lo que se traduce, como bien saben los abogados, en que ciertamente los Tribunales inferiores tienen a gala, cuándo sea posible, utilizar en los fundamentos jurídicos, igual que los letrados en las razones de sus pretensiones, la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo. La jurisprudencia, en este sentido, constituye la interpretación auténtica del Derecho por la sencilla razón de que cuándo el tribunal Supremo ha sentado doctrina, los demás Tribunales deben tener en cuenta tales razonamientos para sus

fallos. Es verdad que el Tribunal Supremo puede modificar su doctrina, más adelante lo analizaremos, pero lo cierto y verdad es que hoy es complemento del Ordenamiento jurídico según el artículo 1.6 del Código Civil. En otras palabras, aunque la jurisprudencia no forma parte del Ordenamiento jurídico, sin ella éste puede decirse que no tiene virtualidad operativa. Esa función de complemento, que más adelante analizaremos desde el punto de vista del Derecho Administrativo específicamente, es de tal trascendencia que en una época como la actual de profunda degradación normativa y permanente puesta en cuestión de los más elementales principios de la técnica normativa, la jurisprudencia adquiere un relevante protagonismo para poner orden en el caos existente, para proyectar la luz de los principios generales del Derecho en un mundo dominado por el positivismo excluyente y, sobre todo, para que el pueblo soberano pueda experimentar que tarde o temprano los conflictos se resuelven con arreglo a la justicia.

La fuerza de la jurisprudencia, que el propio Tribunal Supremo podía alterar, siempre que lo motivase o argumentase, no suponía que su doctrina fuese aplicada por los Tribunales inferiores con valor de norma jurídica. El principio de la independencia de los órganos del poder judicial lo impide, es verdad, pero no se puede negar que a través de la técnica casacional, diseñada para garantizar la uniformidad y armonía del Derecho y, sobre todo, del aseguramiento del principio de igualdad en la aplicación de la ley, la jurisprudencia no tenga mucha más relevancia que la teóricamente se le reconoce. Es más, muchos jueces cuándo han de resolver un caso van a consultar la jurisprudencia y fallan en consecuencia salvo que, según su leal saber y entender, encuentren criterios mejor fundados.

La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000, como ya sabemos, modifica sustancialmente el panorama. En efecto, al cambiar los motivos y los presupuestos del recurso de casación ha introducido cambios relevantes en esta materia desde la perspectiva del Derecho Procesal Civil, no aplicables al Derecho Procesal Administrativo, que sigue conservando la infracción de la jurisprudencia como motivo de casación, tanto en la ley de 1956 como en la más reciente de 1998.

En opinión de PÉREZ ALVAREZ (2008, 173), lo que ha acontecido en materia procesal civil no es más que la legalización de lo que pasaba en la realidad: la pérdida del sentido de la casación en las sentencias del propio Tribunal Supremo. Tribunal que, lejos de establecer doctrinas razonadas con pretensión de complementar a la ley y a las demás fuentes del Derecho, lo que venía haciendo, probablemente por la carga de trabajo reinante también en esta jurisdicción, era resolver el caso y punto, sin cumplir con la función que la propia Ley le atribuía al casar las sentencias: dotar de certeza al Or-

denamiento jurídico facilitando su uniforme aplicación, y lo que es básico para el imperio de la Ley y el Derecho, la previsibilidad de las resoluciones judiciales.

En materia civil, no así en materia contencioso-administrativa, según el artículo 477 de la Ley de 2000, la casación sólo puede fundarse en "la infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso". Es decir, la infracción de la jurisprudencia ya no es motivo de casación. Veremos, pues, en qué posición queda un Tribunal que se llama Supremo, al menos en el orden civil. Por lo pronto, la letra del artículo 1.6 del Código Civil ha quedado muerta puesto que tal función complementaria es ya papel mojado en materia procesal civil, no así en materia contencioso-administrativa pues es el legislador de 1998 ha mantenido el sentido tradicional del recurso de casación ante la sala tercera del Tribunal Supremo.

Sin embargo, esta solución tan radical de la Ley de 2000 en relación con los motivos de casación no podía dejar a la jurisprudencia sin papel alguno. Por eso, la jurisprudencia adquiere significado jurídico, no tanto como motivo para la casación, sino, como dice PÉREZ ALVAREZ (2008, 174) como requisito, en ciertos casos, para que se pueda interponer este extraordinario recurso. Es el supuesto previsto en varios preceptos de la Ley para que una sentencia de una Audiencia Provincial sea recurrible en casación hace falta, o bien que se haya dictado "para la tutela judicial civil de derechos fundamentales, excepto los que reconoce el artículo 24 de la Constitución", cuya vulneración en el proceso civil permite interponer el recurso extraordinario por infracción procesal, o bien que la cuantía del recurso excediera de 25 millones de pesetas, o, finalmente, que la resolución del recurso presente interés casacional. Tal interés casacional, según la propia Ley, se puede predicar de un recurso cuando la sentencia recurrida se oponga a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o resuelva puntos o cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales o aplique normas que no lleven más e cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.

Cuándo el recurso pueda tener interés casacional el Tribunal Supremo puede conocer el caso. Ahora bien, el Tribunal Supremo deberá fundar su decisión a partir de la existencia o no del motivo casacional legal: la infracción de las normas, no la infracción de la jurisprudencia. Dada la incoherencia de esta solución, los propios magistrados de la sala primera del Tribunal Supremo han entendido que, a efectos de apreciar el interés casacional, cuando se alegue que la sentencia recurrida se opone la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, se va a exigir que concurran los requisitos tradicionales

para acreditar la existencia de jurisprudencia. A saber, que sea reiterada, que debe existir sustancial analogía entre los hechos de las sentencias precedentes y los del supuesto sometido al recurso o hecho litigioso nuevo, sólo constituye jurisprudencia la verdadera razón decisiva del fallo (ratio decidendi) no las consideraciones incidentales o efectuadas a mayor abundamiento (obiter dicta) expresadas en la sentencia y que emane de la sala primera para ser invocada y aplicada en los pleitos civiles.

Si se invoca el interés casacional para el caso de que la sentencia recurrida resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, el acuerdo citado de los magistrados de la sala primera del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2000 reproduce los argumentos expuestos en el párrafo anterior. Dicho acuerdo señala que se entenderá por jurisprudencia contradictoria la relativa a un punto o cuestión jurídica sobre el que exista un criterio dispar entre Audiencias Provinciales o Secciones orgánicas de la misma o diferentes Audiencias, exigiéndose dos sentencias firmas de uno de esos órganos jurisdiccionales decidiendo en sentido contrario al contenido en el fallo de otras dos sentencias, también firmes, de diferente Tribunal de apelación, por lo cual la diversidad de respuestas judiciales, en razón de fundamentos de Derecho contrapuestos, debe producirse en controversias sustancialmente iguales.

Por todo ello, en el ámbito civil, la jurisprudencia a doctrina del Tribunal Supremo, antes llamada doctrina legal, ahora sólo tiene un cierto valor coercitivo, puramente fáctico, basado en la razonable predictibilidad de que las Audiencias Provinciales prefieran evitar que sus sentencias puedan recurrirse en casación. Valor fáctico que se .extiende, como señala PÉREZ ALVAREZ (2008, 175), por la misma razón, a la jurisprudencia de las propias Audiencias en cuanto no sean contradictoria. Obviamente, el valor fáctico será superior en el caso de la jurisprudencia del Tribunal Supremo porque cuando esta exista, de acuerdo con lo previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, y haya contradicción con ella, siempre quedará franco el acceso al recurso de casación, incluso en relación con las sentencias de las Audiencias Provinciales que reiteraran una doctrina sostenida de manera absolutamente uniforme por todas las existentes en España.

3. La función de la jurisprudencia en el derecho administrativo: el recurso de casación

En el orden jurisdiccional contencioso administrativo el recurso de casación habrá de fundarse, entre otras causas, en la infracción de las normas del Ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para re-

solver las cuestiones objeto de debate. Tal circunstancia desencadenante de la casación en esta jurisdicción estaba ya previsto en la ley de 1956, concretamente en su artículo 95. Tras la ley de 1998, el artículo 88.1 d) se expresa en los mismos términos. Por tanto, la infracción de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de acuerdo con lo señalado en el ya referido artículo 1.6 del Código Civil da lugar al recurso de casación en el orden contencioso administrativo.

En el orden contencioso administrativo la casación sirve también, como es lógico, para garantizar la igualdad en la aplicación e interpretación de la ley y del Ordenamiento jurídico a los justiciables. Por eso el Tribunal Supremo, a través de su sala tercera, puede dotar de uniformidad y unidad a la tarea de la aplicación e interpretación de la ley cuando resuelve recursos de casación fundados en la infracción de la jurisprudencia.

El propio Tribunal Supremo a través de su sala tercera ha ido perfilando el alcance y sentido de la jurisprudencia. Así, una sentencia de 10 de mayo de 199 precisa, con cita de las sentencias de 30 de noviembre de 1996 y de 10 de mayo de 1999, que únicamente constituye jurisprudencia a efectos de fundamentar un recurso casacional la jurisprudencia del Tribunal Supremo, por más que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional vincule a los Tribunales ordinarios conforme al artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ya que la jurisprudencia en el recurso de casación se refiere a la doctrina que de modo reiterado establece el Tribunal Supremo en sus sentencias al interpretar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho según el artículo 1.6 del Código Civil. La doctrina del Tribunal Constitucional, como antes señalamos, vincula a los Jueces y Tribunales en cuanto a la interpretación de la Constitución.

La reiteración exige que exista más de una sentencia del Tribunal Supremo en un determinado sentido tal y como señalan, valga la redundancia, reiteradas sentencias de la sala tercera del Tribunal Supremo que afirman categóricamente que una sola sentencia no constituye jurisprudencia a efectos de casación (sentencias de 26 de noviembre de 1996, de 1 de marzo de 1995, de 9 de junio de 1993, o de 29 de junio de 1992). La sentencia del Tribunal Supremo de 18 de septiembre de 1998 señala que la cita de una sola sentencia del Tribunal Supremo, menos si es de carácter nominal, en modo alguno puede amparar un motivo de casación pues una sentencia aislada no constituye jurisprudencia a los efectos del artículo 1.6 del Código Civil (en el mismo sentido el auto de 11 de septiembre de 1998). Sin embargo, esta doctrina ha sido matizada por una más reciente sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2005 en la que se rechaza el argumento de la Administración de negarse a cumplir lo dispuesto en una sentencia del Tribunal Supremo dictada en un recurso en interés de

ley interpuesto por el abogado del Estado por entender que la doctrina de las dos sentencias contestes es relativo. En efecto, en este caso, la sentencia del Tribunal Supremo de 2005 afirma que si no hay doctrina contradictoria con la sentencia anterior, y no la hay, basta una sola sentencia que con toda claridad, nitidez y evidencia se pronuncia sobre una cuestión de interpretación jurídica para crear jurisprudencia, que es la doctrina del Tribunal Supremo al aplicar el Ordenamiento jurídico, pues de lo contrario, estaría en manos de los órganos administrativos (el caso se refiere a un Tribunal Económico Administrativo) – que no dejan de ser tales , aunque formalmente ostenten una función revisora que en otros tiempos tuvo una equiparación con la jurisdiccional- la facultad de elegir cuáles son las sentencias que hay que obedecer, y cuáles no, por razón del sentido del fallo. Dicho de otro modo, si la sentencia de la que se trata hubiera sido estimatoria (aunque no lo fuera en un recurso de casación en interés de ley, caracterizado por la intensidad con que la doctrina legal se plasma en ella), el Tribunal Económico Administrativo no habría tenido inconveniente en aplicarla, en lo que le beneficiase, sin plantearse la posibilidad de desatender nada menos que una sentencia judicial emanada del Tribunal Supremo anclándose en el viejo requisito de la exigencia de dos sentencias contestes, que ni figura en ley alguna como imperativo a que subordinar la validez y eficacia de tales sentencias, ni nadie sostiene hoy día en serio, termina señalando el Tribunal Supremo.

En esta sentencia se plantea el problema de la obediencia de un Tribunal Económico Administrativo a una sentencia del Tribunal Supremo dictada en un recurso en interés de ley. Frente a la apelación de la Administración de que una sola sentencia no hace jurisprudencia, el Tribunal Supremo sienta una doctrina que habrá que tener en cuenta: una sola sentencia del Tribunal Supremo, no contradicha por otra, que con toda claridad, evidencia y nitidez se pronuncia sobre una cuestión de interpretación jurídica, tiene la condición de jurisprudencia. La reiteración hace referencia a la aplicación o interpretación jurídica del Tribunal Supremo en casos idénticos. Ahora bien, cuando una sentencia del Tribunal Supremo se dicta con tales caracteres, siempre que no sea contradicha, es lógico que sea vinculante. De lo contrario, como razona el Tribunal Supremo, se llegaría a la irracionalidad de que se incumple lo dispuesto en una sentencia del Tribunal Supremo precisamente por no constituir jurisprudencia. Por eso, en determinados supuestos, en los que no haya contradicción en al doctrina del Tribunal Supremo, una sentencia dictada con los caracteres anteriormente señalados claro que se considera jurisprudencia pues, de no ser así, la seguridad jurídica y la igualdad en la aplicación e interpretación de la ley serían una quimera.

La función de la jurisprudencia, por mor del recurso de casación, tal y como ha dispuesto el auto del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1998, es la

depurar la aplicación del Derecho, contribuyendo con ello a la satisfacción de los principios de seguridad jurídica y de igualdad en la aplicación del Ordenamiento jurídico mediante la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al aplicar e interpretar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho. Es decir, la jurisprudencia realiza a través de la casación depura la aplicación del derecho, tanto en el aspecto sustantivo como procesal, de la sentencia de instancia. Es, pues, una garantía de la previsibilidad del Derecho, del saber a qué atenerse a que tienen derecho los operadores jurídicos y, sobre todo, como antes comentamos, constituye un valladar inexpugnable para afianzar la igualdad en la aplicación e interpretación de la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho.

La doctrina que sienta el Tribunal Supremo y la que establecen los Tribunales Superiores de Justicia con carácter firme constituyen jurisprudencia, no así la de la Audiencia Nacional, tal y como dispone una sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2002. El propio Tribunal Supremo ha entendido en su sentencia de 1 de marzo de 2001 que la única jurisprudencia invocable en casación es la del Tribunal Supremo de conformidad con lo prevenido en el artículo 1.6 del Código Civil. Incluso el propio Tribunal Supremo ha tenido que salir a paso acerca de la virtualidad de la invocación de la doctrina del Tribunal Constitucional en los recursos de casación. En este sentido, la sentencia de 10 de mayo entendió que ¨´únicamente constituye jurisprudencia a los efectos de fundamentar un motivo casacional las sentencias del Tribunal Supremo, por más que la interpretación que de las leyes efectúe el Tribunal Constitucional vincule a los Jueces y Tribunales Ordinarios de acuerdo con el artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, pues la jurisprudencia a la que se refiere la el artículo 95.1.4 de la ley jurisdiccional, es indudablemente, según declaró esta sala en sentencias de 21 de junio de 1995 y 30 de noviembre de 1996, la doctrina que de modo reiterado establece el Tribunal Supremo en sus sentencias al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho, que complementará el Ordenamiento jurídico, según el artículo 1.6 del Código Civil".

El propio Tribunal Supremo ha acuñado una expresión para denominar la doctrina sentada por algunos Tribunales que no es susceptible de casación: jurisprudencia menor. Se trata, como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1999, la jurisprudencia que lo es por no poder invocarse en casación porque la única doctrina invocable en casación es la del Tribunal Supremo, y no la que puede resultar de las resoluciones de los Tribunales de Justicia, salvo, claro está, que ésta se dicte con carácter firme. La regla, como señala el Tribunal Supremo en su auto de 17 de septiembre de 1997 es que es improcedente ampararse en sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia pues no tienen valor de jurisprudencia (en el mismo sentido la sentencia de 4 de junio de 1997)

La sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 1992 explica adecuadamente y con rigor el sentido que tiene la jurisprudencia como complemento. Efectivamente, el Tribunal Supremo recuerda en este fallo que muchas veces "las interpretaciones de las normas no dejan de ser un mero punto de partida" que necesitan de otras consideraciones. Los principios, en este sentido, son fundamentales puesto que las soluciones, en estos casos en que la letra de la ley no resuelve el problema, "han de buscarse con más seguridad en el terreno de los principios que informan el sistema y que son el oxígeno que respiran las normas. La atmósfera en que vivimos jurídicamente." El Ordenamiento jurídico es un todo completo que precisa de lógica y racionalidad al servicio de la justicia, del dar a cada uno lo que le corresponde, lo que es debido. En esta dirección, el Tribunal Supremo, desde la consideración de complitud del Ordenamiento, señala que "el Ordenamiento jurídico dibuja un modelo de convivencia que se caracteriza por su plenitud. Es o está completo y por tanto debe tener solución para los problemas suscitados en el terreno jurídico. En cambio, las normas, como formas de expresión del Ordenamiento jurídico, no siempre aciertan a reflejar el contenido del Ordenamiento, bien porque no lo hacen en modo alguno –lagunas- , bien porque lo hacen defectuosamente –preceptos oscuros o contradictorios-" Aquí a parecer la función complementaria de la jurisprudencia: "Esto explica la función del complemento jurisprudencial previsto en el artículo 1.6 del Código Civil(…) que consiste en dar expresión al Ordenamiento jurídico allí dónde las normas han guardado silencio o han recogido defectuosamente el sentido de aquél. La jurisprudencia de "complemento", es decir, expresión correcta del Ordenamiento salvando el trecho que media entre éste y las normas y las normas y éste, es un camino a recorrer bajo la luz de los principios generales del Derecho que en buena medida han sido recogidos en la Constitución, lo que en definitiva conduce a la invocación del principio conforme a la Constitución de todo el Ordenamiento jurídico del artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial".

La doctrina sentada en la sentencia citada en el párrafo anterior me parece fundamental. No sólo por lo bien que explica la función complementaria de la jurisprudencia desde la perspectiva del Ordenamiento y de las normas, sino, sobre todo, por la relación que da a entender que existe entre jurisprudencia y principios de Derecho. Es más, la función de complemento del Ordenamiento de la jurisprudencia se hace en la mayoría de los casos a partir de un camino jalonado precisamente por los principios, que son la atmósfera que respiran las normas. Es lógico puesto que si la jurisprudencia no se inspira o funda sobre el oxígeno que respiran las normas cuando estas no existen o son oscuras, la función de complemento de las fuentes del Derecho a que está llamada la jurisprudencia no tendría sentido alguno.

La sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 1999 señala, en lo que se refiere a la tarea de complementariedad de la jurisprudencia, que tiene sentido en la medida en que guía y orienta la función de aplicar las leyes al servicio de la mejor interpretación de éstas y de los principios generales del Derecho, mientras que la estricta vinculación con el precedente constituiría un impedimento al cumplimiento de este fin. Esta doctrina del Tribunal Supremo es sumamente interesante en la medida en que caracteriza la función de la jurisprudencia desligándola de la estricta vinculación al precedente, que según esta tesis, hasta podría impedir que la jurisprudencia cumpla su fin. Como sabemos, el Tribunal Supremo, siempre que lo justifique, puede cambiar el criterio y, en estos supuestos, se produce un cambio de jurisprudencia que, si está fundado, no hace más que robustecer la tarea de la aplicación e interpretación de la ley en las mejores condiciones para todos los justiciables.

La sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 1995 afirma que la "jurisprudencia es fuente indirecta, y resulta útil en cuanto que complementa al Ordenamiento jurídico (artículo 1.6 del Código Civil), con la doctrina que de modo reiterado se establezca al interpretar y aplicar la ley". El carácter complementario de la jurisprudencia es considerado por el Tribunal Supremo, pues, como una fuente indirecta, como fuente, podemos decir, complementaria del Ordenamiento jurídico. Constituye una ayuda imprescindible para que el Ordenamiento jurídico aparezca expresado correctamente ante los justiciables por exigencias de la seguridad jurídica y de la igual aplicación e interpretación de la ley.

En 1993, por sentencia de 8 de junio en la que precisa otras anteriores de 1992, de 22 de diciembre y de 24 de noviembre, el Tribunal Supremo realiza una serie de comentarios que vale la pena glosar en orden a intentar comprender mejor el alcance y sentido de la jurisprudencia en el orden jurisdiccional contencioso administrativo. En la sentencia de diciembre de 1992 se reconoce que la jurisprudencia juega con especial intensidad a la hora de unificar criterios aplicativos de la ley y del Derecho. "Si la vinculación a éstos se predica de la función jurisdiccional, no se hace tan sólo de la ley, en sí misma o de forma abstracta, sino de ella y de la jurisprudencia o doctrina legal a ella adherida, por vía de interpretación uniforme y reiterada a cargo del Tribunal Supremo". Afirmación que la propia sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 1993 hace descansar en el carácter que a la jurisprudencia asigna el artículo 1.6 del Código Civil y en lo que sobre la jurisprudencia recaída en torno a leyes declaradas inconstitucionales dispone el artículo 161.1.a) de la Constitución española. En realidad, como también reconoce la sentencia que comentamos, el principal fundamento del papel que juega la jurisprudencia reside en el principio de seguridad jurídica, formulado en el

artículo 9.3 de la Constitución de 1978, que reclama un atendimiento de las decisiones judiciales a los criterios jurisprudenciales. Es decir, la previsibilidad del Derecho, exigencia de la seguridad jurídica y la buena fe o confianza legítima, reclama que la jurisprudencia juegue un papel central en la labor de interpretación y aplicación uniforme del Derecho de manera que el principio de igualdad en la aplicación e interpretación de la ley sea una realidad. Este sometimiento de las decisiones judiciales a los criterios jurisprudenciales debe hacerse compatible con el principio de independencia judicial a partir del principio de vinculación dinámica o modulada expuesta anteriormente.

Esta idea está muy bien expresada por la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1992 al señalar que "en el conjunto de estas apreciaciones late el propio sentido institucional del poder judicial, que constituido por todos los Juzgados o Tribunales, tiene, sin embargo, una organización piramidal, en cuya cúspide se encuentra el Tribunal Supremo, que es el órgano jurisdiccional en todos los órdenes, según el artículo 123.1 de la Constitución. Esta superioridad no se expresa, por supuesto, en una jerarquía que permita emitir mandatos a los órganos jurisdiccionales inferiores respecto al sentido en que deben resolver cada proceso, lo cual sería antológicamente opuesto al principio de independencia judicial, pero tiene dos importantes manifestaciones; una, terminante, que su sentencia prevalece sobre cualquiera que se hubiese dictado en el mismo proceso; otra, más difusa, el valor como doctrina de su propia jurisprudencia, que el ciudadano tiene derecho a esperar que normalmente sea seguida y respetada como un adherente complementario del Ordenamiento jurídico".

En este sentido, hay que tener presente que el propio Tribunal Constitucional en su sentencia de 15 de mayo de 1993 señala que la existencia de una determinada línea jurisprudencial no implica que ésta haya de ser seguida necesariamente por todos los Tribunales inferiores, que en uso de su autonomía e independencia judicial (art. 117 CE) pueden lícitamente discrepar del criterio sostenido por el Tribunal Supremo sin que con ello se vulnere el principio de igualdad en la aplicación de la ley al tratarse de órganos judiciales diferentes. Tal diferencia de criterios tampoco atenta contra el derecho a obtener tutela judicial efectiva en cuanto sus resoluciones sean el producto de una aplicación razonada y reflexiva del Ordenamiento jurídico" Sin embargo, esta consideración del Tribunal Supremo sólo puede ser operativa en materia de recursos de amparo, en cuestiones en que la vinculación afecta a la interpretación que hace el Tribunal Constitucional en relación al entendimiento que haya de hacerse de la Constitución. Como dice el Tribunal Supremo en la sentencia de 15 de mayo de 1993 " al considerar el valor de la jurisprudencia en relación con el conjunto del Ordenamiento, la seguridad jurídica y la tendencia a la unidad en su aplicación hacen que tengan pleno

vigor las declaraciones de la sala, de 1992, a las que nos hemos referido con anterioridad, que por eso en nada resultan afectadas por la citada sentencia del Tribunal Constitucional".

El valor de la jurisprudencia es el que es, el que se deriva de la necesidad de uniformar y dotar de unidad y armonía la tarea de la aplicación e interpretación del Derecho para que reine el imperio del Estado de Derecho, que reclama que los principios de seguridad jurídica y de igualdad en la aplicación de la ley sean una realidad. En este contexto, como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de enero de 1990, "el valor de la jurisprudencia no se debe desorbitar, al asignarle el Ordenamiento la simple misión de complementarlo, en reiteradas resoluciones, al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho de acuerdo con el artículo 1.6 del Código Civil".

En este marco, como recuerda la sentencia de 18 de junio de 2002, nada impide a los Tribunales variar sus criterios o interpretar de forma diferente las normas aplicables, siempre que el cambio de criterio no sea el resultado de un mero voluntarismo casuístico son consciente, justificado y razonado. Esta doctrina puede encontrarse en un gran número de sentencias del Tribunal Supremo como las de 22 de diciembre de 2003, 12 de julio de 2002, 30 de octubre de 1999, 23 de enero de 1998. El cambio de criterio cuando se razona y se argumenta no es un atentado al precedente sino que es el ejercicio genuino de la función que le corresponde al Tribunal Supremo al sentar una doctrina más fundada en razones jurídicas que la mantenida hasta el momento.

En este punto, es menester traer a colación un voto particular, el formulado por el magistrado PECES MORATE al que se adhiere el profesor GONZÄLEZ NAVARRO, relativo al valor de la jurisprudencia: "El significado de la doctrina jurisprudencial, cuyo contenido no debe amparar la obstinación o la rutina so pretexto de mantener la uniformidad de la jurisprudencia, lo que encadenaría a este Alto Tribunal a sus propios e inevitables errores, y la existencia de una previa posición fluctuante de la misma, unida al hecho trascendental de que al resolver el recurso de casación está vigente la ley de la jurisdicción contencioso administrativa de 13 de 1998, cuyo artículo 52.2 establece que " si la demanda no su hubiere presentado dentro de plazo, el Juzgado o la sala de oficio declarará por auto la caducidad del recurso. No obstante, se admitirá el escrito de la demanda y producirá sus efectos legales, si se presentase dentro del día en que se notifique el auto" ,es a nuestro entender razón suficiente para demostrar que el último criterio jurisprudencial opuesto a la rehabilitación del plazo de presentación de la demanda, no es compartido por el legislador, quien con la nueva redacción del mencionado artículo 52.2 de la ley ha venido a realizar una interpretación auténtica de los dispuesto en el artículo 67 de la ley anterior

en relación con el artículo 121.2 de la misma, o que demuestra el acierto de la anterior orientación jurisprudencial que había sostenido la aplicación de la demanda, ya que el aludido carácter de la doctrina de este Tribunal Supremo exige rectificar siempre que lo aconseje la prudencia…".

La sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 1998 señala que la jurisprudencia debe realizar una labor de interpretación legal y lógica y que tiene carácter de fuente complementaria del Ordenamiento jurídico. La apelación a la dimensión lógica que debe tener la labor del Tribunal Supremo no es más que la consecuencia de la estructura y sustancia de la propia actividad jurisdiccional, de suyo llamada a la búsqueda de la justicia en el caso concreto a través de una argumentación razonable y razonada que ha de estar iluminada por la justicia.

Es verdad que el Tribunal Supremo como Tribunal que es, ha de resolver el caso planteado. Sería incongruente que el Tribunal de Casación se dedicara a elaborar grandes teorías acerca de la interpretación de tale so cuales preceptos de tales o cuales normas desatendiendo su tarea de resolver el caso. Por eso, el propio Tribunal Supremo se recuerda a sí mismo en sentencia de 16 de mayo de 1990 que "aunque nuestro Ordenamiento jurídico otorga a nuestras sentencias, por el nivel orgánico de este Alto Tribunal, un valor que trasciende en efectos los propios de las restantes Tribunales –abstracción del Constitucional-, por lo que en la fundamentación de las mismas se ha de cuidar la explicación lógica y racional del fallo, partiendo de los hechos debatidos y del Derecho aplicable, la repercusión o el impacto de esa explicación y su integración, como fuente complementaria en las fuentes del Derecho; aunque éste sea así, repetimos, no cabe duda que lo primero a considerar en cualquier sentencia, cualquiera que sea la categoría del Tribunal que la emita, es su misión específica de resolver el caso singular y concreto al que la misma se refiera, siendo la resolución del caso lo prioritario y lo que demanda mayor atención, en cuanto depende esencialmente de los pormenores y de la casuística e individualidad del supuesto concreto en cuestión".

La jurisprudencia, dice el Tribunal Supremo en sentencia de 8 de noviembre de 1990, se encuentra en situación de plena subordinación a la ley, y hasta al poder reglamentario cuando este se desenvuelve con respeto absoluto al principio de legalidad. Porque es fuente complementaria del Derecho que despliega su virtualidad operativa cuando es menester integrar o colmar lagunas normativas o cuando es necesario desentrañar la oscuridad o la contradicción de los preceptos que conforman las normas jurídicas.

La doctrina del Tribunal Constitucional no es apta para fundar el recurso de casación porque la labor del Tribunal Constitucional se circunscribe, y

no es poco, a la interpretación de leyes, actos y sentencias conforme a los preceptos de la Carta Magna. Por eso la invocación de la doctrina del Tribunal Constitucional a efectos de casación no es correcta "por más que la interpretación que de las leyes efectúe el Tribunal Constitucional vincule a los Jueces y Tribunales Ordinarios conforme al artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (…) porque el concepto de jurisprudencia queda limitado, como se ha dicho, por imperativo del artículo 1.6 del Código Civil, a las sentencias del Tribunal Supremo, ello en base a la consideración de éste como el Superior en todos los órdenes jurisdiccionales, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales, de tal modo que cualquier interpretación que pueda efectuar el Tribunal Constitucional de la legalidad ordinaria al margen de la encaminada al de adecuar su sentido al de la Norma Suprema no cabe entender que pueda resultar vinculante y entrar en el ámbito del artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial".

4. Reflexión conclusiva

La jurisprudencia, como hemos comentado, es complemento del Ordenamiento jurídico cuándo se trata, como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 1998, de la doctrina establecida de modo reiterado por el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar las fuentes del Ordenamiento (artículo 1.6 del Código Civil). La doctrina del Tribunal Constitucional sentada en su sentencia de 14 de julio de 1982 en cuya virtud un mismo órgano judicial no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones no consagra propiamente, sigue diciendo el Tribunal Supremo, el carácter vinculante del precedente judicial en términos similares al "stare decisis anglosajón". Todo lo más, como apuntamos anteriormente, permite que se pueda hablar de una vinculación dinámica y modulada.

El Supremo intérprete de la Constitución, sigue diciendo el Tribunal Supremo en su sentencia de 13 de octubre de 1998, "contempla la virtualidad del precedente judicial desde la doble perspectiva de las exigencias derivadas del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley (artículo 14 de la Constitución) y de la independencia de los órganos judiciales en el ejercicio de la función jurisdiccional, sólo vinculados y de manera directa, sin intermediación alguna, a la Constitución y a la Ley". Como quiera que según la Constitución todos los poderes del Estado, artículo 9, están vinculados a la Constitución y al resto del Ordenamiento jurídico, la proyección de la igualdad en la aplicación e interpretación de la ley y la independencia del poder judicial, como señalamos en el epígrafe segundo de estas reflexiones, son el marco en el que el precedente judicial, como corolario de la previsibilidad del derecho, como

exigencia de la seguridad jurídica, ha de operar. Este doble condicionamiento, sigue diciendo el Tribunal Supremo en la sentencia de 13 de octubre de 1998, "ha hecho que el Tribunal Constitucional destaque el requisito de que el precedente sea del propio órgano judicial que resuelve y que excluya la vulneración de dicho derecho fundamental cuando, de manera explícita o implícita, aparezca en la resolución judicial un fundamento o razonamiento jurídico con vocación de generalización que justifique el abandono del precedente seguido". Esta doctrina, analizada páginas atrás, es consecuencia de que la previsibilidad de la resolución judicial alcanza su máxima intensidad cuando se trata del precedente procedente del mismo órgano judicial llamado a resolver el caso concreto. Ahora, bien, fuera de este supuesto en el que se puede decir que la vinculación es completa, en los otros supuestos, la vinculación tendrá mayor o menor fuerza en la medida en que la sentencia de instancia se refiera al mismo caso que haya resuelto con pretensión de generalización el Tribunal de Casación.

Obviamente, el principio de seguridad jurídica, como indica la sentencia de 13 de octubre de 1998, es lesionado si se produce un cambio de criterio jurisprudencial sin las más mínimas exigencias de raciocinio o lógica porque entonces, como diría Locke, estaríamos en el reino de la arbitrariedad que así entendía la ausencia de racionalidad.

La jurisprudencia, como fuente complementaria del Ordenamiento, dota de unidad, armonía y coherencia la aplicación y la interpretación de la ley. Su relevancia aumenta por mor del fundamental derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, que ha de ser inteligentemente entendida en el marco de la independencia de los órganos judiciales. Hoy, en un momento en que la politización de la justicia, sobre todo en los escalones en los que los partidos tienen una obvia preponderancia en la integración de los Tribunales Supremos y Constitucionales, la jurisprudencia como tarea estrictamente jurídica, de aplicación e interpretación de la ley y del Derecho, de la Ley y del resto del Ordenamiento jurídico, adquiere una gran importancia para asegurar el reino, el primado del Estado de Derecho. Por eso, como ha entendido una doctrina, nunca mejor dicho, de gran relieve y calidad jurídica (sentencias del Tribunal Supremo de 23 de enero de 1988, de 8 de mayo de 1985, de 8 de marzo de 1984 o de 5 de noviembre de 1983), la jurisprudencia constituye un "cuerpo coherente de doctrina legal que refleja el modo de ser entendido el Derecho por el Tribunal Supremo, sólo por él, con valor normativo para complementar el Ordenamiento jurídico y constituye el auténtico ius dicere, esencia semántica y sustantiva de la potestad jurisdiccional" No es que la jurisprudencia sea fuente en sentido estricto, sino que su labor de complemento participa de la naturaleza normativa pues de otro modo sería imposible comprender el alcance y operatividad de la doctrina de la vinculación di-

námica y modulada del precedente judicial. Probablemente por eso el valor al que alude el Tribunal Supremo en su sentencia de 12 de febrero de 1988 en relación con la jurisprudencia sea el de garantizar a todos los justiciables la igualdad en la aplicación de la ley, el principio de seguridad jurídica, de previsibilidad de las sentencias y, por el otro lado, el de independencia del poder judicial.

En este punto también los postulados del pensamiento abierto, dinámico y complementario abren nuevas perspectivas para entender el sentido y alcance que hoy tiene la jurisprudencia en nuestro Derecho Público.

XI. LAS FUENTES EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO NICARAGÜENSE

Se ha abierto paso en el Derecho constitucional moderno la consideración de que la Constitución no es una simple declaración de buenas intenciones o propósitos políticos, pues, como destaca Meilan Gil, por más que sea "expresión de un pacto político, la Constitución es una norma jurídica"[5].

Así ocurre, sin duda, en Nicaragua. Siendo, en consecuencia, la Constitución la norma suprema del ordenamiento jurídico nicaragüense, lo que supone que ostenta supremacía formal o material, esto es, ninguna norma puede modificar o derogar la Constitución o parte de la misma (supremacía formal) y ninguna norma puede tener un contenido contrario a lo establecido en la Constitución (supremacía material)[6].

Así lo establece clara y expresamente la propia Norma Fundamental en su art. 182, al señalar que la "Constitución Política es la carta fundamental de la República; las demás leyes están subordinadas a ella. No tendrán valor alguno las leyes, tratados, órdenes o disposiciones que se le opongan o alteren sus disposiciones".

---

[5] Meilan Gil, "El principio de participación en la Constitución Española", en *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo,* núm. 5, 2005, p. 29. Apunta H. H. Calderón Morales que la "Constitución como ley fundamental es algo más que un simple programa de gobierno, o expresión de deseos; es, como su nombre lo indica, una verdadera ley Suprema". Calderón Morales, "El Derecho Constitucional y el Derecho Administrativo en Guatemala", en *El marco constitucional del Derecho administrativo en Iberoamérica*, Quito, 2006, p. 55.

[6] Como señala I. Escobar Fornos, la Constitución "es la ley de mayor jerarquía del Estado, la que representa la super legalidad y, como consecuencia, no tienen validez las leyes, reglamentos, decretos o cualquier disposición o acto que se le oponga". Escobar Fornos, *La Reforma Constitucional*, Managua, Hispamer, 2004, p. 10. En sentido similar, señala López Olvera que la "Constitución (...) es la *Ley Fundamental*, la *Carta Magna*, la *Ley de Leyes*, la *Ley Suprema*, de un Estado. Ningún poder (Legislativo, Administrativo o Jurisdiccional), puede estar por encima de sus disposiciones, de sus mandatos". López Olvera, Miguel Ángel, "Las fuentes del derecho administrativo", en *Revista de la Facultad de Derecho de México* nº 239.

Esa superioridad normativa encuentra justificación tanto en un criterio formal como en uno material. Formalmente es Norma Suprema porque emana de un poder normativo de mayor entidad que el ordinario (poder constituyente); desde el punto de vista material, encuentra su mayor fuerza en la esencialidad de su contenido, pues recoge los valores básicos sobre los que se basa la convivencia social, proclama y garantiza los derechos de los ciudadanos y recoge las estructuras fundamentales a las que se atribuye el poder público.

Este carácter básico es el que exige que la Constitución no sea una norma exhaustiva y que ofrezca una regulación cerrada y agotadora de la vida social, sino que debe limitarse a establecerse un marco esencial, lo suficientemente preciso como para dotar a la sociedad de un cariz y perfil propio, pero suficientemente amplio para acoger las diversas tendencias políticas que puedan imponerse en cada momento. Debe, en definitiva, permitir un ámbito de maniobra al poder normativo ordinario, esto es, al que en cada momento asuma por voluntad popular el poder político, apto para poder desarrollar su programa político conforme a su propia ideología.

El mecanismo procesal a través del cual se hace efectiva esta supremacía es el recurso por inconstitucionalidad, que se podrá interponer por cualquier ciudadano y contra cualquier ley, decreto o reglamento que se oponga a lo prescrito en la Constitución Política (art. 187 CN).

Esta superioridad jerárquica va mucho más allá de la simple invulnerabilidad de sus preceptos por las normas inferiores, alcanzando a generar un deber de inspiración positiva, esto es, viola la Constitución la simple ignorancia de su contenido, que debe informar toda la práctica jurídica[7].

De aquí se deriva, entre otras cosas, la obligación de interpretar todo el ordenamiento jurídico nicaragüense a la luz de los preceptos constitucionales, pues éstos son la referencia última de toda norma jurídica, y el elemento inspirador que debe estar presente en la realización de cualquier operación jurídica. Convirtiéndose, así, la Norma Fundamental en el elemento clave que convierte el ordenamiento jurídico en una unidad, dotada de coherencia[8].

---

[7] López Olvera, Miguel Ángel, "Las fuentes del derecho administrativo", en *Revista de la Facultad de Derecho de México* nº 239.nota 338.

[8] Como señalan A. Alonso de Antonio y J. A. Alonso de Antonio, el "principio de interpretación del ordenamiento conforme a la Constitución se fundamenta en la propia naturaleza de la Constitución como norma jurídica suprema. De este modo todas las normas forman parte de un ordenamiento unitario y sistemático, cuya unidad está proporcionada por la propia Constitución, tanto en el sentido de unidad formal (criterios de jerarquía y procedimiento) como especialmente de unidad material, es decir, valores y principios". *Derecho Constitucional Español*, 2a. ed., Madrid, 1998, p. 85.

De este principio se derivan dos reglas básicas de especial trascendencia para la aplicación del Derecho. En primer lugar, obliga a que entre las diversas interpretaciones posibles de una ley se deba optar siempre por aquella que sea más acorde con los valores y principios recogidos en la Constitución.

En segundo lugar, antes de declarar la inconstitucionalidad de una ley debe indagarse si existe alguna interpretación conforme a la Constitución, en cuyo caso se salvará la constitucionalidad de aquélla, imponiéndose esa interpretación.

También consecuencia de la supremacía constitucional es que sea la Norma Máxima quien regule, al menos en sus aspectos esenciales, el proceso de producción del Derecho, regulando los poderes normativos de los distintos entes estatales dotados de éste[9].

La Constitución, en cuanto norma básica que rige los designios de una Sociedad, tiende a configurarse como una norma dotada de una especial estabilidad, que no debe ser, en consecuencia objeto de reforma más que con carácter excepcional, pues su permanencia asienta e incrementa su prestigio y su autoridad.

No ha sido ésta en la práctica la situación de la Constitución de Nicaragua, que ha sido objeto hasta la fecha de un número considerable de reformas desde su promulgación. Mutabilidad que debe ser enjuiciada críticamente, en nuestra opinión.

Es cierto que la reforma constitucional es una circunstancia totalmente normal en cualquier país democrático, dado que difícilmente un texto legal va a poder sentar soluciones jurídicas válidas para dar respuesta a todas las cuestiones que la vida social, siempre mutable e imprevisible, pueda plantear[10].

---

[9] Apunta Parejo Alfonso que esta "supremacía se expresa primariamente en la predeterminación inicial y básica –aunque no exclusiva- de todo el ulterior proceso de producción normativa (hasta llegar al último escalón de la norma del caso concreto o acto, según la imagen acuñada por H. Kelsen...), mediante la definición de las potestades y competencias de los distintos órganos estatales, el procedimiento para su ejercicio, las formas que han de aportar las decisiones de éstos, etc.". Parejo Alfonso, Luciano. *Manual de Derecho administrativo*, 5a. ed., 1998, nota 326, p. 238.

[10] Como señala Alzaga Villaamil, la "aceleración de la historia y los profundos cambios que viven las sociedades contemporáneas no dejan de afectar a los regímenes políticos. Las Constituciones, incluso las elaboradas desde la más sabia reflexión de sus progenitores, incorporan necesariamente valores que responden meramente a aquel momento histórico, soluciones en las que se depositó más confianza de la que la práctica acreditó que eran acreedoras; ciertamente, no pueden nunca prever el juego real que van a dar las instituciones y los órganos plasmados sobre el papel y puede decirse que son meras hijas de las preocupaciones y prioridades que presiden el momento de su elaboración, sin que puedan

Sin embargo, el elevado número de reformas sufridas por la Norma Básica de Nicaragua y su entidad nos parecen excesivas, por lo que entendemos que mantener esa tendencia reformadora podría perjudicar y dificultar que ésta adquiera la solidez y fuerza que requiere para cumplir la alta función que está llamada a desempeñar.

Se suele distinguir entre Constituciones rígidas y flexibles, según estén sujetas a procedimientos especialmente onerosos de reforma, distintos de los ordinarios, y específicamente previstos en ellas o no[11].

La Constitución de Nicaragua se cuenta en este segundo caso, por lo que tiene que ser considerada, sin duda alguna, como una Constitución rígida, pues sólo puede ser derogada o modificada a través de los procedimientos expresamente previstos por ella misma a tal efecto. Elemento que tiene que ser valorado positivamente, pues al incorporar sus propios procedimientos de reforma, se hace posible la adaptación de la normativa fundamental sin quebrar la continuidad jurídica[12], lográndose, con ello, compatibilizar la necesidad de adaptarse a las nuevas circunstancias con la estabilidad que precisa una norma fundamental[13].

---

intuir ciertas necesidades futuras que sólo la práctica podrá ulteriormente de manifiesto. Consiguientemente, las Constituciones, por rígidas que sean (y por mucho que se considere, con acierto, que la estabilidad constitucional es un valor a defender, lo cual tiene su parte lógica), deben, como la generalidad del ordenamiento jurídico, estar cuidadosamente atentas a las necesidades de adaptación que se presenten, pues sólo los libros sagrados se han escrito para permanecer inmutables miles de años". Alzaga Villaamil, Gutiérrez Gutiérrez y Rodríguez-Zapata, *Derecho Político Español I. Constitución y Fuentes del Derecho*, 3a. ed., Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2001, nota 333, p.184.

11 Rodríguez-Zapata, *Op. Cit.,* nota 327, p. 112. Escobar Fornos, *Op. Cit.,* nota 338, p. 20. Como señala Balaguer Callejón, la "rigidez constitucional supone que la Constitución establece sus propios procedimientos de reforma diferenciándose así de las fuentes legales e impidiendo que la modificación de sus preceptos pueda ser llevada a cabo por el legislador". Balaguer Callejón, *Op. Cit.,* nota 325, p. 116.

12 Alzaga Villaamil, Gutiérrez Gutiérrez y Rodríguez-Zapata, *Op. Cit.,* nota 333, p. 184.

13 Como señala De Otto, la "rigidez constitucional persigue el doble objetivo de asegurar la estabilidad y posibilitar el cambio. La existencia de un procedimiento de reforma significa que la propia Constitución quiere regular su adaptación a la realidad cambiante y evitar así que sus exigencias constitucionales se tengan que realizar al margen del derecho vigente. Pero la rigidez reduce en mayor medida esta mutabilidad en favor de la estabilidad, sustrayendo la Constitución a la libre disposición de los órganos sujetos a ella. De otro modo –con una reforma absolutamente flexible- no desaparecería la superioridad de la Constitución respecto de las restantes normas, pero el legislador tendría libre disposición acerca de su contenido y esa superioridad vería mermado su alcance práctico. A la hora de regular la reforma constitucional, por tanto, es preciso atender al doble objetivo de conciliar estabilidad y cambio". De Otto, Derecho Constitucional. Sistema de fuentes, 2a. ed., Barcelona, Ariel. nota 329, p. 59.

En Nicaragua se distinguen dos procedimientos diferentes, dependiendo de que se trate de una reforma total o parcial de la Norma Máxima.

No es muy claro y preciso el criterio que permita deslindar cuando nos encontramos ante una reforma parcial y una total. No obstante, parece evidente que debe entenderse como total no sólo la revisión que afecte a la totalidad de la Norma Máxima, sino también toda aquella que afecte a una parte sustancial de la misma o que implique un cambio radical del régimen político, económico o social[14].

El procedimiento para la reforma parcial comienza con una iniciativa de reforma parcial, que debe adoptar el Presidente de la República o un tercio de los diputados de la Asamblea Nacional (art. 191 CN). En ella se deberá señalar el o los artículos que se pretenden reformar con expresión de motivos (art. 192 CN).

Esa iniciativa deberá ser enviada a una comisión especial que dictaminará en un plazo no mayor de sesenta días (art. 192 CN). El proyecto de reforma recibirá a continuación el trámite previsto para la formación de la ley, si bien deberá ser discutida en dos legislaturas (art. 192 CN).

La aprobación de la reforma requerirá del voto favorable del sesenta por ciento de los diputados (art. 194 CN). Aprobada ésta será promulgada por el Presidente de la República, que carece de derecho al veto en este caso (art. 194 CN).

En cuanto a la reforma total, la iniciativa de reforma corresponde a la mitad más uno de los diputados de la Asamblea Nacional (art. 191 CN). A partir de aquí seguirá los mismos trámites que se prevén para la reforma parcial en todo lo que sea conducente a su presentación y dictamen. Una vez aprobada la iniciativa de reforma total, la Asamblea Nacional fijará un plazo para la convocatoria de elecciones de Asamblea Nacional Constituyente, conservando hasta la instalación de ésta su mandato la Asamblea Nacional (art. 193 CN).

La vieja Constitución conservara la vigencia hasta la aprobación de la nueva por la Asamblea Nacional Constituyente (art. 193 CN).

La aprobación de la iniciativa de reforma total requerirá los dos tercios del total de los diputados (art. 194 CN).

Las reformas de la Constitución, totales o parciales, no necesitan sanción del poder ejecutivo (art. 141 CN). En caso de que Presidente de la República

[14] Escobar Fornos, *Op. Cit.,* nota 338, p. 22.

no promulgara ni publicara el proyecto de la reforma, el Presidente de la Asamblea Nacional mandará publicarlas por cualquier medio de comunicación social escrito, entrando en vigencia desde dicha fecha, sin perjuicio de su posterior publicación en La Gaceta, Diario Oficial, la que deberá hacer mención de la fecha de su publicación en los medios de comunicación social (art. 141 CN).

1. Tratados internacionales

Los Tratados Internacionales son una fuente tradicional del Derecho en prácticamente todos los países de nuestro entorno[15], de creciente importancia durante los últimos años debido a la profunda internacionalización de las relaciones sociales y jurídicas de todo tipo que hemos vivido durante los últimos años.

Por tales se debe entender los acuerdos celebrados por el Estado de Nicaragua con otros Estados soberanos o con otros sujetos de Derecho Internacional Público. Desde el punto de vista formal se pueden plasmar en instrumentos muy diversos (acuerdos, convenios, protocolos, etc.).

El elemento más reseñable de los Tratados Internacionales como fuente del Derecho es que están dotados de una doble dimensión, internacional e interna, que surgen como consecuencia de que no sean mero fruto de la voluntad del Estado, sino de un compromiso de éste con otros sujetos de Derecho internacional. Dicho compromiso vincula al estado en el plano internacional, con independencia de las circunstancias que concurran en el ámbito interno.

Esto no impide, obviamente, que en el ámbito interno también sean fuente del Derecho, pues una vez suscritos válidamente los Tratados Internacionales pasan a integrarse en el ordenamiento jurídico de Nicaragua, como cualquier otra norma interna[16].

Corresponde la negociación, celebración y firma de los Tratados Internacionales al Presidente de la República (art. 150.8 CN)[17]. Mientras que su aprobación corresponde a la Asamblea Nacional (art. 138.12 CN)[18].

---

15 PÉREZ ROYO, J.: *Las fuentes del Derecho*. Madrid. Quinta edición, 2007. Pág. 145.

16 FLAVIO ESCORCIA: *Derecho…* Pág. 109.

17 El art. 150.8 de la Constitución de Nicaragua recoge entre las atribuciones del Presidente de la República la de negociar, "celebrar y firmar los tratados, convenios o acuerdos y demás instrumentos que establece el inciso 12) del Artículo 138 de la Constitución Política para ser aprobados por la Asamblea Nacional".

13 El art. 138.12 CN establece entre las atribuciones de la Asamblea Nacional la de aprobar "o rechazar los tratados, convenios, pactos, acuerdos y contratos internacionales: de carácter

Dichos instrumentos deberán ser presentados a la Asamblea Nacional en un plazo de quince días a partir de su suscripción; solamente podrán ser dictaminados y debatidos en lo general y deberán ser aprobados o rechazados en un plazo no mayor de sesenta días a partir de su presentación en la Asamblea Nacional. Vencido el plazo, se tendrá por aprobado para todos los efectos legales (art. 138.12 CN).

Esta regulación es criticable por múltiples motivos. Así, en primer lugar, porque deja fuera del alcance del control del Poder Legislativo un buen número de convenios internacionales[19].

En segundo lugar, no parece muy acertado que sólo se atribuya al Poder Legislativo la facultad de rechazar o aprobar el Tratado, con lo que parece dejar fuera de sus atribuciones la posibilidad de modificarlo[20].

Por otro lado, porque establece exclusivamente un control a posteriori de los Tratados, pero no a priori, lo que puede provocar que el Ejecutivo suscriba Tratados que luego no reciban la aprobación del Poder Legislativo[21]. Lo cual puede suponer un problema práctico de primer orden, en cuanto el Estado de Nicaragua ya se habría comprometido en el ámbito internacional.

Una problemática similar se suscita desde el art. 182 CN, que niega que tengan valor alguno los Tratados Internacionales que se opongan o alteren las disposiciones de la Constitución[22]. Régimen que reitera el art. 6 de la Ley de amparo[23] (en adelante LA)[24].

Tomando base en este artículo la doctrina ha señalado la posibilidad de impugnar a los Tratados Internacionales de constitucionalidad como cualquier ley, posibilitando así su revisión por la Corte Suprema[25]. Esto nos sitúa ante la misma situación que veíamos en el caso anterior, pues el Estado ya habría adquirido un compromiso de acuerdo al Derecho internacional.

económico; de comercio internacional; de integración regional; de defensa y seguridad; los que aumenten el endeudamiento externo o comprometan el crédito de la nación; y los que vinculan el ordenamiento jurídico del Estado".

19 FLAVIO ESCORCIA: *Derecho…* Pág. 109.

20 FLAVIO ESCORCIA: *Derecho…* Pág. 109.

21 FLAVIO ESCORCIA: *Derecho…* Pág. 109, nota 119.

22 El art. 182 CN establece que la "Constitución Política es la carta fundamental de la República; las demás leyes están subordinadas a ella. No tendrán valor alguno las leyes, tratados, órdenes o disposiciones que se le opongan o alteren sus disposiciones".

23 Ley nº. 49, de Amparo, aprobada el 11 de febrero de 2008, publicada en la Gaceta nº. 212, de 4 de noviembre de 2008.

24 El art. 6 de Ley de Amparo establece que los "Tribunales de Justicia observarán siempre el principio de que la Constitución Política prevalece sobre cualquier Ley o Tratado Internacional".

25 FLAVIO ESCORCIA: *Derecho…* Pág. 109.

En definitiva, en ambos casos, la falta de un control previo (de la voluntad del legislativo, en un caso, y de la compatibilidad con la Constitución, en otro) puede conducir a un serio problema, difícilmente resoluble con posterioridad: el Estado de Nicaragua se habría vinculado en el plano internacional a algo contrario en el Derecho interno, lo que le aboca a un incumplimiento del Derecho internacional, pues no tendría ya capacidad para desvincularse unilateralmente de dicho compromiso, sin vulnerar este Derecho[26].

No se puede deducir del ordenamiento jurídico de Nicaragua la existencia de una primacía del Tratado Internacional respecto a la ley en caso de que entraran en conflicto[27].

La Constitución fija un régimen específico para los Tratados Internacionales dictados para la defensa de los derechos fundamentales en su art. 46, que establece que en "el territorio nacional toda persona goza de la protección estatal y del reconocimiento de los derechos inherentes a la persona humana, del irrestricto respeto, promoción y protección de los derechos humanos y de la plena vigencia de los derechos consignados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos; en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas; y en la Convención Americana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos".

Con ello se está reconociendo implícitamente la superioridad de dichos Tratados respecto a cualquier norma interna, incluida la propia Constitución, cuyo preceptos deberán interpretarse de conformidad con dichos instrumentos internacionales[28].

---

[26] ALZAGA VILLAAMIL: *Derecho…* Pág. 647. PÉREZ TREMPS, en LÓPEZ GUERRA Y OTROS: *Derecho…* Pág. 118. BALAGUER CALLEJÓN, F., en BALAGUER CALLEJÓN, F. Y OTROS: *Manual de Derecho Constitucional. Volumen I*. Tecnos. Madrid. Segunda edición, 2007. Pág. 142. Señala M. DÍEZ DE VELASCO que un Tratado Internacional al ser "norma internacional, su primacía sobre el Derecho interno se sustenta en el propio Derecho Internacional y no depende de un reconocimiento al efecto por parte de la Constitución. Todo Estado, independientemente de los preceptos de su ordenamiento interno, como miembro de la Comunidad Internacional, está obligado a respetar sus compromisos internacionales aceptando la superioridad jerárquica del Derecho Internacional.
Si un Estado dejara de aplicar un tratado aplicando disposiciones contrarias de una ley interna comete un hecho ilícito internacional e incurriría en responsabilidad internacional ante la otra u otras partes del Tratado". *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Tecnos. Decimoquinta edición. Madrid, 2005. Págs. 238-239.

[27] FLAVIO ESCORCIA: *Derecho…* Pág. 109.

[28] Entendemos aplicable a este precepto del ordenamiento jurídico de Nicaragua lo que señala O. ALZAGA VILLAAMIL para el precepto que cumple idéntica funcionalidad en la Constitución Española. Señala este autor que esto "supone reconocer que, llegado el momento

De aquí se deriva la constitucionalización de estos instrumentos, que alcanzan el valor de norma constitucional, posibilitando ante el Máximo Tribunal de Justicia por inconstitucionalidad de cualquier norma que se oponga a dichos Convenios Internacionales[29].

2. Jurisprudencia dictada en el marco del recurso de inconstitucionalidad

El ordenamiento jurídico de Nicaragua adopta en orden al control de la constitucionalidad de las normas un sistema mixto, que combina elementos de los sistemas difuso y concentrado, si bien con una cierta tendencia a reforzar los elementos propios de este último[30].

Lo característico de este sistema es que no existe un órgano específico encargado de la constitucionalidad de las normas, pero si se atribuye la facultad para conocer del recurso de constitucionalidad específicamente a un órgano judicial concreto (Corte Suprema de Justicia) (art. 163 CN), sin perjuicio de que los demás órganos judiciales puedan enjuiciar la constitucionalidad de las normas que están enjuiciando al ejercer su función judicial (art. 23 LA).

El recurso por inconstitucionalidad puede ser interpuesto por cualquier ciudadano o ciudadanos (art. 8 LA), dentro del término de sesenta días contados desde la fecha en que entre en vigencia la norma impugnada (art. 12 LA), mediante escrito dirigido directamente a la Corte Suprema de Justicia (art. 13 LA), dirigiéndose el recurso contra el titular del órgano que emitió la norma impugnada (art. 9 LA).

Conocerá del recurso y lo resolverá la Corte Suprema de Justicia en pleno (art. 10 LA), siendo parte en la sustanciación del recurso la Procuraduría General de Justicia (art. 11 LA).

---

de interpretar los preceptos de la Constitución Española sobre derechos y libertades, hay que aceptar la lectura que mejor se acomode a los Convenios internacionales que sobre la materia haya ratificado nuestro país. Ello es tanto como acatar la superioridad de las Declaraciones, Tratados y Acuerdos internacionales acerca de derechos fundamentales sobre cualquier norma de nuestro Derecho interno que pretendiese contravenir estos (pues no sólo se estaría incurriendo en un incumplimiento por nuestro Estado de obligaciones internacionales que tiene contraídas, sino que la norma en cuestión sería sin duda inconstitucional). *Derecho Político Español* I. Editorial Universitaria Ramón Areces. Cuarta edición. Madrid, 2007. Pág. 645.

29 FLAVIO ESCORCIA: *Derecho…* Pág. 110.

30 PÉREZ TREMPS, P.: "La Justicia constitucional en Nicaragua", en *Revista de Estudios Políticos* 106 (octubre-diciembre de 1999). Pág. 11.

La declaración de inconstitucionalidad tendrá por efecto, a partir de la sentencia que lo establezca, la inaplicabilidad de la norma impugnada o de la disposición o disposiciones de la misma si la inconstitucionalidad fuere parcial (art. 20 LA), esto es, produce efectos generales[31].

La Corte Suprema, previa notificación de las partes, enviará copia de la sentencia a los demás Poderes del Estado para su conocimiento y la mandará publicar en la La Gaceta Diario Oficial (art. 20 LA).

La sentencia que declare si es inconstitucional o no, el todo o parte de una norma producirá cosa juzgada en forma general en cuanto a los puntos declarados constitucionales o inconstitucionales (art. 21 LA).

Dicha solución, sin embargo, no parece muy lógica, pues parece más acertado considerar que la sentencia produce efectos generales sólo cuando declara la inconstitucionalidad. En dicho supuesto se suele afirmar que el Tribunal encargado del control de constitucionalidad asume el papel de un <<legislador negativo>>, en cuanto sus decisiones producen los mismos efectos *erga omnes* que producen las leyes[32].

Sin embargo, no parece que tenga mucho sentido la aplicación de esa solución cuando se declara la constitucionalidad, en cuyo caso sólo se debería generar efecto de cosa juzgada entre las partes. Esto permitiría que otra persona con una mejor fundamentación pudiera plantear de nuevo la cuestión y lograr la inconstitucionalidad, a lo que se añade que habilitaría un eventual cambio de jurisprudencia por parte de la Corte Suprema y abriría una vía para la actualización de su doctrina, evitando que ésta quede anquilosada en el pasado[33].

---

31 PÉREZ TREMPS: *La justicia constitucional…* Pág. 18.

32 LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F. A., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F. y RAMS ALBESA, J. (en adelante LACRUZ BERDEJO Y OTROS): *Elementos de Derecho Civil I. Parte General. Volumen 1º. Introducción*. Dykinson. Cuarta edición revisada y puesta al día por J. DELGADO ECHEVERRÍA. Madrid, 2006. Pág. 185.Como señala ALZAGA VILLAAMIL fue "Hans Kelsen, inspirador de los Tribunales Constitucionales checoslovaco y austriaco de la década de <<los veinte>>, quien definió esta institución como <<legislador negativo>>, pues si declara en sentencia que una ley es inconstitucional la borra del ordenamiento jurídico, ya que ha de ser un todo coherente que respete la primacía de la Constitución. Consecuentemente las sentencias de un Tribunal Constitucional que se pronuncian afirmativamente sobre la presunta inconstitucionalidad de una ley, o preceptos de la misma, surte, para Kelsen, en la práctica, análogo impacto que la decisión del legislador de derogar una ley o alguno de sus mandatos". *Derecho Político…* Pág. 688.

33 Fuera de Nicaragua se han pronunciado en tal sentido LACRUZ BERDEJO Y OTROS, que señalan que "las sentencias que desestiman el recurso y declaran sin más que la ley impugnada no es contraria a la Constitución carecen de fuerza de ley y no alteran en nada la realidad normativa preexistente; de modo que, en el futuro, cabría que el mismo Tribunal reexaminara su constitucionalidad en un nuevo proceso". *Elementos…* Pág. 185.

Si se recurrió sólo contra parte o partes de los citados cuerpos normativos, el Tribunal podrá pronunciarse de oficio específicamente sobre el resto de los mismos (art. 21 LA).

La parte recurrente de un Recurso de Casación o de Amparo podrá alegar la inconstitucionalidad de la norma que se le haya aplicado (art. 22 LA). Si dicha alegación resultare ser cierta, la Corte Suprema, además de casar la sentencia o de amparar al recurrente, declarará la inconstitucionalidad de dicha norma (art. 22 LA).

Si por sentencia firme, en los casos no hubiere casación, se resuelve un asunto con declaración expresa de inconstitucionalidad de alguna norma, el funcionario judicial o tribunal en su caso remitirá su resolución a la Corte Suprema de Justicia, que en caso de ratificar dicha inconstitucionalidad, procederá a declarar su inaplicabilidad (art. 23 LA).

En relación directamente al ordenamiento de Nicaragua se ha pronunciado en tal sentido I. ESCOBAR FORNOS, que señala lo siguiente:

"Creo que de acuerdo con el art. 19 de la Ley de Amparo la sentencia que declara la inconstitucionalidad o *constitucionalidad* de la ley produce efectos generales. Creo que las resoluciones que desestimen la inconstitucionalidad de una ley, decreto o reglamento, únicamente deben producir cosa juzgada entre las partes.

Existen varias razones para justificar esta proposición que autoriza el cambio de jurisprudencia en las sentencias que desechan la inconstitucionalidad:

a) No cambiar la jurisprudencia que desecha la inconstitucionalidad, viola el principio de igualdad porque el simple hecho de que otra persona anteriormente haya promovido un caso y obtenido la declaración de constitucionalidad, no es razón para negarle a otro la oportunidad de lograr justicia luego de un mejor estudio, ya sea que se alegue nuevos motivos, causas o razones o que sean los mismos.

Esta disposición no significa que la misma persona que perdió el recurso, por haber sido declarada constitucional la ley, vuelva a plantear la inconstitucionalidad de la ley pues la sentencia produce cosa juzgada entre las partes, pero no de manera general.

b) El cambio de circunstancias.

c) El cambio del juez constitucional.

d) El cambio de opinión del juez constitucional.

e) La jurisprudencia constitucional no puede anclarse.

La interpretación de la ley dentro del contexto constitucional, ya sea que se aleguen nuevos motivos o las mismas causas y razones, no puede permitir que la jurisprudencia constitucional quede empobrecida. Por supuesto que este cambio jurisprudencia tiene que hacerse con mucha prudencia y motivación razonable". "Nicaragua: Propuestas para reformas a la Ley de Amparo", en http://www.iidpc.org/revistas/8/pdf/509_517.pdf Págs. 499-500.

3. Jurisprudencia

El término jurisprudencia es susceptible de ser interpretado con sentidos y significados muy diversos[34]. Sin embargo, en un sentido técnico preciso, que es con el que lo utilizamos aquí, se refiere a la doctrina emanada de las resoluciones judiciales. Si bien, aún tomado en este sentido técnico, es posible diferenciar dos grandes conceptos de jurisprudencia.

Por un lado, se puede definir a la doctrina como la doctrina que puede extraerse de las resoluciones que dictan todos los órganos judiciales al ejercitar las función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

Esta línea es la que se ha seguido por una parte de la doctrina nicaragüense para definir la jurisprudencia. En tal sentido se pronuncia RIZO OYANGUREN, que la define como las "decisiones de los Tribunales resolviendo cuestiones de derecho"[35].

Algunos autores, sin embargo, ofrecen una definición más estricta, según la cual sólo sería jurisprudencia la doctrina emanada de las resoluciones dictadas por el Tribunal Supremo del país.

Esta posición la ha defendido dentro de la doctrina nicaragüense FLAVIO ESCORCIA, que define la jurisprudencia como "un conjunto de sentencias que determinan un criterio acerca de un problema jurídico omitido u oscuro en los textos positivos o en otras fuentes del Derecho. Es decir, la jurisprudencia es la interpretación que el Tribunal Supremo de un país, establece en los asuntos de que conoce, es la práctica judicial constante"[36].

Antes de pronunciarnos a favor de una u otra tesis nos parece que debemos realizar un breve examen de las fragmentarias y escasas referencias que el Derecho positivo nos ofrece sobre dicha materia que, entendemos, contribuirán a dar luz a este dilema.

---

[34] Como apunta I. ESCOBAR FORNOS, el vocablo <<jurisprudencia>> tiene varios significados o acepciones: Ciencia del Derecho; doctrina sostenida por algunas escuelas o corrientes (jurisprudencia de principios, jurisprudencia de conceptos, jurisprudencia de interés) sobre el funcionamiento, aplicación e interpretación de las normas, etc.; las sentencias que dictan los jueces y tribunales como normas individualizadas para el caso concreto, creativas de Derecho o como conjunto de fallos uniformes que dictan los tribunales de justicia en el proceso de solución, interpretación y aplicación de la ley". "Las fuentes del Derecho en Nicaragua", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 700 (marzo-abril de 2007). Pág. 756.

[35] RIZO OYANGUREN: *Manual Elemental…* Pág. 57.

[36] FLAVIO ESCORCIA: *Derecho…* Págs. 136-137.

La cuestión de si debe considerarse a la jurisprudencia o no fuente del Derecho es una cuestión clásica, que se ha convertido con el tiempo en una polémica de carácter bizantino, en la que se debaten dos posturas de carácter antagónico.

No resuelve la Constitución de Nicaragua, Norma Suprema del ordenamiento jurídico nicaragüense, esta clásica discusión doctrinal, limitándose a afirmar su obligatoriedad, indicando en su art. 167 que los "fallos y resoluciones de los tribunales y jueces son de ineludible cumplimiento para las autoridades del Estado, las organizaciones y las personas naturales y jurídicas afectadas".

La doctrina nicaragüense oscila entre las dos concepciones clásicas que antes examinamos. Así, una parte de la misma tiende a considerar que la jurisprudencia no es fuente del Derecho, sino un simple medio para fijar la interpretación de las leyes (RIZO OYANGUREN; FLAVIO ESCORCIA). En tal sentido, señala el primero de ellos que en "principio la jurisprudencia no debe considerarse como una fuente, porque la función judicial de donde proviene no tiene por finalidad crear el Derecho, sino aplicarlo en los casos en que haya controversia, de tal manera que, por regla general, la jurisprudencia constituye un medio importante para fijar la interpretación de las leyes"[37].

La postura contraria es defendida, sin embargo, por ESCOBAR FORNOS, que considera que "decir que la jurisprudencia no es fuente de Derecho significa desconocer aquellas situaciones que la ley no es capaz de resolver y que el juez tiene que llenar la laguna legal; aquellas situaciones en que la ley es oscura, con vaguedades o contradictoria, en cuyo caso el juez tiene discrecionalidad y creatividad jurídica para aclarar, determinar y resolver; el valor normativo que adquiere la jurisprudencia cuando es obligatoria sometiendo a los jueces y tribunales inferiores como si fuera una ley; la función de los jueces y tribunales que actualizan el Derecho a los nuevos tiempos que así lo demandan, o sea, la aplicación del viejo Derecho a casos que quizás jamás pensó el legislador; la creatividad de ciertas sentencias de los tribunales constitucionales; las deficiencias de los argumentos y reglas de hermenéutica que por sí solas en ocasiones no ayudan a los jueces y tribunales a fallar los casos, y en otras con contradictorias, por lo que el juez debe ser prudente y creativo en la decisión del caso; en fin, a una serie de situaciones en que el juez es creativo.

[37] RIZO OYANGUREN: *Manual Elemental…* Pág. 57. En sentido similar se pronuncia también FLAVIO ESCORCIA: *Derecho…* Págs. 136-137.

En nuestros sistemas no es posible sostener que la jurisprudencia sustituya a la ley en el proceso de creación del Derecho; es más, muchas legislaciones ya autores no la consideran como una fuente formal del Derecho. Creo que es una fuente complementaria de la ley porque si bien es cierto que el Derecho es completo, la ley no lo es"[38].

Si bien, eso no impide que resalte su enorme importancia práctica que le aproxima en cierta medida al papel de una auténtica fuente del Derecho o le convierte en fuente indirecta del Derecho[39].

Se pueden encontrar, sin embargo, en algún texto legal de menor rango tajantes afirmaciones que consideran como tal a la jurisprudencia de la Corte Suprema. Así, el art. 2.5 de la Ley nº. 562, Código Tributario de la República de Nicaragua (aprobado el 28 de octubre de 2005 incluye dentro de las fuentes del Derecho la "Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia".

No queremos entrar en una discusión de fondo acerca de si cabe considerar o no a la jurisprudencia en general como fuente del Derecho. Discusión cuya respuesta depende, en último término de lo que entendamos por fuente del Derecho.

En cualquier caso, lo que si nos parece oportuno señalar es que la respuesta que debe darse a esta cuestión es diferente dependiendo del tribunal ante el que nos encontremos.

Con carácter general, la jurisprudencia no genera un efecto vinculante sobre los demás tribunales, ni siquiera respecto al propio órgano judicial que la dictó. De tal forma que un órgano judicial puede apartarse de los precedentes judiciales, propios o ajenos, si bien con determinadas limitaciones, deberá aportar justificación suficiente y objetiva de los motivos de ese apartamiento.

Dicha doctrina luce claramente en el art. 13 LOPJ, que establece que los "Jueces y Magistrados deben resolver de acuerdo a los fallos judiciales precedentes y solo podrán modificarlos explicando detalladamente las razones que motiven el cambio de interpretación".

[38] ESCOBAR FORNOS: *Las fuentes del…* Págs. 757-758.

[39] Señala al respecto RIZO OYANGUREN que "hay que reconocer que, desde un punto de vista práctico, el conocimiento de la jurisprudencia puede resultar ineludible a la vista de conocer la interpretación que de la ley realicen los Tribunales de Justicia". *Manual Elemental…* Pág. 57.

Esta disposición supone, sin duda, un importante paso en la búsqueda por unificar la jurisprudencia de los distintos órganos integrantes del Poder Judicial[40].

Esta obligatoriedad de modificar los cambios de doctrina no permite considerar, en nuestra opinión, que la jurisprudencia este dotado de un carácter vinculante propio, como el que tiene, por ejemplo, una norma. A nuestro juicio esta consecuencia es un simple resultado del principio de igualdad, en cuanto constituiría una discriminación vulneradora de esta garantía fundamental dar una respuesta distinta a la que se dio para un caso similar si no median motivos objetivos que lo justifiquen.

Refuerza esta interpretación que niega el carácter vinculante a la jurisprudencia la consideración de que los órganos judiciales actúan sometidos únicamente a la Constitución y a la Ley, no siendo posible que los tribunales superiores dicten instrucciones a los inferiores.

Así lo establece de forma rotunda el art. 8 LOPJ, que establece que los "Magistrados y Jueces, en su actividad jurisdiccional, son independientes en todas sus actuaciones y solo deben obediencia a la Constitución Política y la ley. No pueden los magistrados, jueces o tribunales, actuando individual o colectivamente, dictar instrucciones o formular recomendaciones dirigidas a sus inferiores acerca de la aplicación o interpretación del orden jurídico en asuntos sometidos a su conocimiento".

Tan sólo cabe que a "los efectos de asegurar una Administración de Justicia pronta y cumplida, el Superior Jerárquico podrá girar instrucciones generales de carácter procedimental" (art. 8 LOPJ).

Esta solución debe matizarse, sin embargo, cuando nos referimos a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Ya habíamos visto que en algún precepto de rango de ley se le da a ésta la consideración de auténtica fuente del Derecho. Conviene, a nuestro juicio, antes de enfrentarnos a esta afirmación hacer un breve examen de las características de este órgano judicial.

La Corte Suprema es el órgano superior del Poder Judicial de Nicaragua (art. 159 CN). Está integrada por dieciséis magistrados elegidos por la Asamblea Nacional por un período de cinco años (art. 163 CN), que gozan de inmuni-

[40] Señala ESCOBAR FORNOS que este precepto es "un avance en la uniformidad de la jurisprudencia en manos de todo el poder judicial. No es únicamente una uniformidad general formulada por la Corte Suprema de Justicia, sino una uniformidad exigida para cada juzgado y Tribunal de Apelaciones, y la Corte Suprema de Justicia para evitar que los funcionarios judiciales, irrespetando el principio de legalidad o igualdad, fallen constantemente en forma diferente un mismo caso". *Las fuentes del…* Pág.

dad (art. 162 CN) y que únicamente podrán ser separados de sus cargos por las causas previstas en la Constitución y la ley (art. 162 CN). Toman posesión de su cargo ante la Asamblea Nacional, previa promesa de ley (art. 163 CN).

La Asamblea Nacional nombra también por cada magistrado a un Conjuez, que será llamado a integrar la Corte en caso de ausencia, excusa, implicancia o recusación de cualquiera de los magistrados (art. 163 CN).

Puede funcionar en Pleno o en Salas. La organización e integración de estas últimas se acordará entre los mismos magistrados, conforme lo estipula la Ley de la materia (art. 163 CN). Corresponde a la Corte Plena conocer y resolver los recursos de inconstitucionalidad de la ley y los conflictos de competencias y constitucionalidad entre los poderes del Estado (art. 163 CN).

Los Magistrados de la Corte eligen, además, entre ellos a su Presidente y Vicepresidente por mayoría de votos para un período de un año, pudiendo ser reelectos (art. 163 CN).

Las atribuciones de la Corte aparecen recogida en el art. 164 CN, que enumera las siguientes: a) organizar y dirigir la administración de justicia; b) conocer y resolver los recursos ordinarios y extraordinarios que se presenten contra las resoluciones de los tribunales de justicia de la República, de acuerdo con los procedimientos establecidos por la ley; c) conocer y resolver los recursos de amparo por violación de los derechos establecidos en la Constitución, de acuerdo a la Ley de Amparo; d) conocer y resolver los recursos por inconstitucionalidad de la ley; e) nombrar y destituir con el voto favorable de las tres cuartas partes de sus miembros a los magistrados de los Tribunales de Apelaciones; f) resolver sobre las solicitudes de extradición de ciudadanos de otros países y denegar las de los nacionales; g) nombrar o destituir a los jueces, médicos forenses y registradores públicos de la propiedad inmueble y mercantil de todo el país, de conformidad con la Constitución y la ley; h) extender autorización para el ejercicio de las profesiones de abogado y notario, lo mismo que suspenderlos y rehabilitarlos de conformidad con la ley; i) conceder autorización para la ejecución de sentencias pronunciadas por tribunales extranjeros; j) conocer y resolver los conflictos administrativos surgidos entre los organismos de la administración pública, y entre éstos y los particulares; k) conocer y resolver los conflictos que surjan entre los municipios o entre éstos y los organismos del gobierno central; l) conocer y resolver los conflictos de competencia y constitucionalidad entre los poderes del Estado; m) conocer y resolver los conflictos de constitucionalidad, entre el gobierno central y los gobiernos municipales y de las regiones autónomas de la Costa Atlántica; n) dictar su reglamento interno y nombrar al personal de su dependencia.

A lo que añade el mismo precepto una cláusula de cierre, en virtud de la cual le corresponden también las "demás atribuciones que le confieran la Constitución y las leyes".

Ya vimos que es este órgano que resuelve los conflictos de constitucionalidad, tarea en la que es difícil negarle a su jurisprudencia el carácter de auténtica fuente del Derecho en los términos que vimos en su momento.

Más allá de aquí, es evidente el carácter central que ostenta este órgano dentro del Poder Judicial de Nicaragua. Posición que, entendemos, determina que asuma una tarea clave en orden a dar coherencia y uniformidad a la jurisprudencia nicaragüense[41], que justifica que se defienda para su jurisprudencia un valor especial, que permite calificarla como fuente del Derecho.

4. El precedente administrativo

Se entiende por precedente administrativo la doctrina que puede extraerse de las resoluciones dictadas por la Administración en asuntos sustancialmente idénticos[42].

El Derecho administrativo de Nicaragua no recoge referencias específicas en orden a la consideración o no del precedente administrativo como fuente del Derecho. Entendemos que debe darse por buena, en consecuencia, la tesis mayoritaria que rige en la Teoría General del Derecho, que niega a esta figura el carácter de auténtica fuente del Derecho, careciendo, en consecuencia de

[41] Señala ESCOBAR FORNOS que el "Poder Judicial está integrado por jueces, Magistrados de los Tribunales de Apelaciones y la Corte Suprema de Justicia. Existen jueces diseminados en toda la República, nueve Tribunales de Apelaciones y una sola Corte Suprema de Justicia. Ante esta distribución del Poder Judicial y en virtud de la independencia interna de los jueces y tribunales de fallar de acuerdo a su criterio legal, es posible que se forme un desconcierto jurídico en la aplicación de la ley porque algunos jueces o tribunales pueden aplicar la misma ley en forma diferente en caos idénticos, lo que crea inseguridad y desigualdades jurídicas. (…)
Solamente le corresponde a la Corte Suprema de Justicia la uniformidad general de la jurisprudencia, la que (…) es obligatoria". *Las fuentes del…* Págs. 759-764.

[42] En tal sentido señala S. FERNÁNDEZ RAMOS que el precedente administrativo es "la reiteración por parte de la Administración en la aplicación de un determinado criterio para supuestos sustancialmente idénticos". *Manual Básico de Derecho Administrativo* (escrito conjuntamente con E. GAMERO CASADO). Tecnos. Madrid. Quinta edición, 2008. Pág. 125. M. SÁNCHEZ MORÓN define el precedente como "la respuesta o decisión adoptada con anterioridad por una misma Administración en un supuesto o una serie de supuestos similares a aquel con el que se compara". *Derecho Administrativo. Parte General*. Tecnos. Madrid. Segunda edición, 2006. Pág. 131.

carácter vinculante, y siendo posible, por ello, que la Administración pueda apartarse en principio de éste[43].

Esto no supone, no obstante, que el precedente carezca totalmente de relevancia práctica, pues como consecuencia del juego de dos principios generales del Derecho, el de igualdad y el de confianza legítima, parece lógico entender que la Administración está obligada cuando se aparta de sus precedentes a justificar con base a criterios objetivos esa decisión, pues caso contrario se estaría produciendo una grave vulneración de los dos principios antes citados[44].

5. Doctrina científica

Cuando hablamos de doctrina científica nos referimos a los resultados derivados de la labor docente e investigadora de los expertos en Derecho. En Nicaragua, ESCOBAR FORNOS la ha definido como "las investigaciones, estudios, obras y exposiciones de los jurisconsultos"[45].

No existen en el ordenamiento jurídico de Nicaragua referencias específicas al papel de la doctrina como fuente del Derecho. El tratamiento de la cuestión no difiere, en consecuencia, del que se ha realizado por la ciencia jurídica con carácter general en otros países.

Cabe, por tanto, dar por buena para el Derecho nicaragüense la posición más difundida que niega a la doctrina el carácter de auténtica fuente del Derecho, siendo tan sólo un medio para conocer éste. Su valor no es, en consecuencia, más que la capacidad de la influencia que le proporciones la autoridad de su autor o de lo argumentos en los que se apoye[46].

---

43 FERNÁNDEZ RAMOS: *Manual…* Pág. 125. SÁNCHEZ MORÓN: *Derecho…* Pág. 131. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ-RODRÍGUEZ, T. R.: *Curso de Derecho Administrativo* I. Thomson-Civitas. Navarra. Decimotercera edición, 2006. Págs. 78-80

44 Señala SÁNCHEZ MORÓN que "el precedente despliega un cierto valor vinculante para la Administración a través de los principios de igualdad ante la ley y de protección de la confianza legítima. Por eso, si la Administración se aparta del precedente en un caso concreto, debe justificar y motivar su decisión (…), ya que su conducta puede ser un indicio de desigualdad de trato ilícita o discriminatoria". *Derecho…* Pág. 131.

45 A lo que añade que sin "pretender agotar sus finalidades, los juristas se dedican a proponer reformas legislativas; al estudio de las normas jurídicas, con objeto de sistematizar el Derecho y cada una de sus ramas; descubrir los principios generales del Derecho y de cada una de sus ramas; estudiar e interpretar la ley para facilitar su aplicación y señala las reglas de la interpretación; criticar la jurisprudencia de los jueces y tribunales. Estos suelen fundar sus sentencias en la opinión de los jurisconsultos". *Las fuentes de…* Pág. 753.

46 En tal sentido se pronuncia ALBALADEJO, que señala que la doctrina científica no "es fuente del Derecho, sino puro medio para conocerlo (fuente de conocimiento).

En tal sentido se ha pronunciado la doctrina nicaragüense que se ha enfrentado a dicha cuestión. En dicha línea se pronuncia RIZO OYANGUREN, que la sitúa como a la jurisprudencia no en las fuentes del derecho propiamente dichas, sino entre las fuentes indirectas del Derecho.

Señala este autor que la "doctrina es fuente indirecta, en cuanto contribuye a la elaboración del Derecho escrito. En efecto, la doctrina orienta la labor legislativa, pero no llega a alcanzar categoría de precepto legal. Si en Roma las respuestas de los jurisconsultos a las interpelaciones jurídicas llegaron a obtener fuerza legal, son muy distintas las circunstancias políticas de los tiempos que corren para que ellos puedan merecer las manifestaciones de la opinión científica igual trato.

Como vemos la doctrina no tiene imperatividad propia de la ley, por cuanto no procede de un órgano del Estado, tiene, en cambio, la imperatividad de la lógica y de buen sentido, que justifica su carácter de fuente indirecta del Derecho Administrativo"[47].

En el mismo sentido se pronuncia también ESCOBAR FORNOS, que señala, además, como en el sistema moderno se aplican preferentemente respecto a la misma no sólo los preceptos escritos, sino también la jurisprudencia de los tribunales[48].

Si debe, sin embargo, hacerse algunas precisiones acerca de la peculiar evolución de la doctrina científica en el campo del Derecho administrativo en Nicaragua.

Esta doctrina no tiene más valor que el que le confiera la autoridad científica del autor que la defiende o el que le proporcionen los argumentos en que se la apoya; pero no obliga a los tribunales a fallar según ella, aunque sea unánime. Cosa distinta es la conveniencia de estudiarla para poder medir su valor intrínseco y decidir sobre la conveniencia o inconveniencia de seguirla". *Derecho…* Pág. 138. En el mismo sentido, LACRUZ BERDEJO Y OTROS: *Elementos de…* Pág. 186.

47 RIZO OYANGUREN: *Manual Elemental…* Págs. 57-58.

48 Señala ESCOBAR FORNOS que la doctrina "ya no es una fuente igual o superior a la ley, sino auxiliar de la ley. En el sistema actual, el Derecho depende más de los jueces que de la opinión de los jurisconsultos, prevaleciendo sobre esta fuente la ley. No se concibe una Ley de Citas o algo similar en esta época. Las legislaciones no la reconocen como fuente formal, sino como real". *Las fuentes de…* Págs. 754-756.

El primer dato que debe destacarse es el escaso tratamiento científico de esta materia entre los juristas Nicaragüenses, que han dirigido con mayor frecuencia a otras áreas del Derecho[49].

Eso no impide, en cualquier caso, que se hayan producido relevantes aportaciones, que han jugado, sin duda, un papel relevante en la implantación y consolidación de esta parte del ordenamiento jurídico.

Debe citarse, a nuestro juicio, como primera gran obra de la doctrina iusadministrativa Nicaragüense la pionera obra de I. PALMA MARTÍNEZ, editada en Managua en 1947[50]. El segundo gran hito de la doctrina nicaragüense se debe situar, en nuestra opinión, bastante más tarde, a la altura de 1992, fecha en la que ve la luz el Manual elaborado por RIZO OYANGUREN[51]. Más recientemente, en el año 2002, ha aparecido una relevante aportación, la de FLAVIO ESCORCIA[52]. En el 2010, Derecho Administrativo Tomo I y II de Karlos Navarro y Miguel Ángel Sendin, considerada por el tratadista español Jesús González Pérez, como la obra que ha llevado de la "adolescencia a la madurez" esta rama del derecho en Nicaragua.

Aunque no se hayan plasmado en obras de carácter general, sino en estudios sobre temas específicos, debe darse también un sitio prevalente a las imprescindibles aportaciones de dos autores básicos en el universo de administrativistas nicaragüenses. En primer lugar, sin duda, C. M. LÓPEZ, autor cuya obra ha sido, a nuestro juicio, decisiva para el desarrollo del Derecho administrativo de Nicaragua. En segundo lugar, se debe hacer también mención destacada a la más que prometedora obra de ARRIEN SOMARRIBA[53].

---

49 Señala al respecto C. M. LÓPEZ que "el Derecho Administrativo en nuestra patria presenta niveles muy modestos. Ha sido, más bien, una rama del Derecho Público un tanto descuidada y a veces desvalorizada. Son pocos sus cultivadores. Sigue siendo un Derecho para unos cuantos iniciados. Casi diríamos que se trata de un Derecho esotérico. Nuestros autores, por otra parte, han sido muy escasos. Además no todo lo que se ha escrito tiene la misma calidad. La existencia de obras generales es limitadísima". "Prólogo", al libro de J. Flavio Escorcia: *Derecho Administrativo*. León. Nicaragua, 2002. Págs. 7-8.

50 PALMA MARTÍNEZ, I.: *Derecho Administrativo, Teórico y Positivo*, Editorial Nuevos Horizontes, Managua, 1947.

51 RIZO OYANGUREN, A.: *Manual Elemental de Derecho Administrativo*. Editorial Universitaria, León, Nicaragua, 1992.

52 Véase, por ejemplo, LÓPEZ; C. M.: "Concepto y naturaleza del procedimiento administrativo"

53 Véase, por ejemplo, sus trabajos ARRÍEN SOMARRIBA, J. B.: "El contencioso-administrativo en Nicaragua", en *Cuadernos de Investigación de la UCA nº 7. Colección Jurisprudencia*. También "Los recursos administrativos en España y Nicaragua", *Clase de Derecho Contencioso-administrativo* (folleto). Universidad Centroamericana. Derecho Administrativo (Acto, procedimiento, recursos, contrato y contencioso administrativo. UCA. 2010.

En conjunto son, sin embargo, escasas importancias para la importancia histórica y entidad del Estado de Nicaragua, que merecería contar con una doctrina administrativista más desarrollada.

Contrasta, además, esta escasez con las urgencias y necesidades del ordenamiento jurídico de Nicaragua, que presenta como nota más acusada de su carácter severas deficiencias y carencias. Hasta el punto que, a pesar de los importantísimos avances de los últimos años, se puede seguir diciendo que constituye una rama del Derecho en proceso de consolidación.

Estas lagunas del Derecho administrativo nicaragüense hacen que la necesidad de las soluciones doctrinales, que pueden contribuir a aportar soluciones y respuestas a los jueces y demás operadores jurídicos, sea más acusada que en otros países. Lo que hace que estas carencias doctrinales se noten aún con mayor intensidad.

Aparte de ello, los estudios existentes adolecen, además, de una importante dolencia, su excesivo apego a las soluciones pensadas y orquestadas para otros ordenamientos jurídicos. Es cierto que la situación del Derecho nicaragüense impone en muchos casos este recurso. Sin embargo sería deseable, en nuestra sentir, que las opiniones doctrinales de los iusadministrativistas se orquestasen en mayor medida desde la problemática y necesidades específicas del Derecho de Nicaragua, dejando a un lado las soluciones foráneas, no siempre adecuadas y aplicables a los problemas y características de este Estado.

XII. RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN ESPAÑA

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

Cualquiera que conozca la literatura jurídica sobre la materia puede constatar que el tema de la justicia cautelar ha sido, sino el asunto central de estos años, uno de los principales argumentos para buscar nuevos enfoques desde los que mejorar sustancialmente el régimen de 1956. En este sentido, la cita realizada al principio de este epígrafe de la exposición de motivos de 1998 constituye una buena prueba de que ello es así. Por ejemplo, podemos leer en dicho preámbulo, tras constatar la antigüedad e insuficiencia de la regulación anterior que "la nueva ley actualiza considerablemente la regulación de la materia, amplía los tipos de las medidas cautelares posibles y determina los criterios que han de seguir de guía a su adopción". Esto es, se trata de un completo régimen aplicable, como "regulación común a todas las medidas cautelares, cualquiera que sea su naturaleza". Señala además la exposición de motivos, por si quedara alguna duda sobre el criterio central a tener presente por el juzgador al resolver sobre la medida cautelar, que éste "consiste en que la ejecución del acto o la aplicación de la disposición puedan hacer perder

la finalidad del recurso, pero siempre sobre la base de una ponderación suficientemente motivada de todos los intereses en conflicto". Por tanto, es razonable pensar que si este el argumento medular para adoptar la cautelar, su levantamiento, mediando circunstancias nuevas, ha de poder sustentarse en la desaparición, consecuencia de esas circunstancias novedosas, del criterio, en su caso, determinante de la adopción de la medida cautelar.

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

En esta línea me parece pertinente, y bien fundamentado, lo escrito por el magistrado Oscar GONZALEZ en el voto particular al auto de 15 de enero al glosar la exposición de motivos de la ley de 1998 ya que dicho preámbulo sus términos actualiza "considerablemente la regulación de la materia", lo que implica que "sus disposiciones tienen una pretensión agotadora de las medidas, dejando escaso margen a la aplicación de normas procedentes de otros sectores del Ordenamiento jurídico, en aquellos aspectos en que existe una regulación específica", dice atinadamente el voto particular. Obviamente, cuándo no existe una regulación específica, o la que hay es problemática o confusa, entonces si que no hay el menor problema en aplicar las reglas generales de la interpretación de las normas. Pero cuándo la interpretación no ofrece dudas porque no se da el supuesto legitimador del alzamiento de

la medida, entonces resulta más que discutible acudir a normas o principios jurídicos que hasta podrían desnaturalizar el sentido del proceso contencioso administrativo desde la luz del propio artículo 106 de la Constitución.

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

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

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

1. Criterios para la adopción de la medida cautelar

El auto del Tribunal Supremo de 28 de abril de 2006 por el que se suspendió cautelarmente la autorización del Consejo de Ministros a la OPA de Gas Natural sobre Endesa plantea, entre otras relevantes cuestiones, la de ponderar circunstanciadamente, como manda el legislador de 1998 de la ley de la jurisdicción contencioso administrativa, los intereses en conflicto. Tarea en la que debe partirse de la posición jurídica del interés de los usuarios en un sector, el del gas y la electricidad, en el que prácticamente todos los habitantes estamos concernidos. ¿Será, pues, que la centralidad de los usuarios

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

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

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

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

El Tribunal Supremo se pronunció en dos ocasiones sobre la petición de suspensión cautelar del acuerdo del Consejo de Ministros que daba vía libre a la OPA de Gas Natural sobre la eléctrica Endesa. Por auto de 28 de abril decretó la procedencia de la medida cautelar y por auto de 26 de junio resolvió la improcedencia del recurso de súplica interpuesto por la representación de Gas Natural contra la suspensión del citado acuerdo del Consejo de Ministros. A

nosotros nos interesa, a los efectos de este trabajo, llamar la atención sobre la doctrina del Tribunal Supremo en orden a la aplicación al caso concreto de los dispuesto en la ley de la jurisdicción contencioso administrativa de 1998 cuándo señala que el juez o tribunal, para pronunciarse sobre la procedencia de la medida cautelar, ha de valorar circunstanciadamente los intereses en conflicto. Y, en esta materia, como es bien sabido, si es el interés general el presupuesto que justifica la ejecutividad de los actos administrativos, es lógico que para decidir sobre la paralización temporal de la eficacia de un acto sea necesario también analizar en qué medida el interés general reclama precisamente la ejecución o la suspensión. Pues bien, en atención a este pronunciamiento que todo juez o tribunal contencioso administrativo ha de realizar se plantea la consideración del interés general.

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

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

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

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

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

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

Por otra parte, el Tribunal Supremo señaló en este auto que "no puede hablarse de que haya un interés público en que la OPA prospere, ni en que el Consejo de Ministros deba mejorar a través de su acuerdo la competencia existente, sino sólo mantenerla, no cabe olvidar que cualquiera que sea el nú-

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

Por si hubiera quedado insuficientemente explicado el sentido en que el Tribunal Supremo entiende al interés público, señala que "el mantenimiento de un mercado competitivo, con las menores barreras de entrada posible, con el mayor número viable de operadores actuando, en el que la posición de dominio de alguno de ellos no sea extrema, constituye el pilar imprescindible de una economía de mercado, en orden a la libre determinación de los precios, de tal forma que los usuarios resulten beneficiados por esa competencia con la obtención de mejores servicios a mejores precios".

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

En el auto de 26 de junio de 2006, por el que se resuelve el recurso de súplica ante la suspensión otorgada por el Tribunal Supremo, los recurrentes vuelven a plantear la cuestión de si los derechos de los accionistas de Endesa son preferentes sobre los intereses de los usuarios, intereses, los de los accionistas que según se solicita, deben ser valorados con preferencia sobre otros, incluidos los de los consumidores, ya que éstos, según los recurrentes, tienen

su protección en el régimen de tarifas establecidos en las leyes que regulan los mercados del gas y la electricidad. El Tribunal Supremo, en el auto de referencia, vuelve a señalar que "ya en el auto se explicaron las razones por las que se consideró prevalerte el interés de los consumidores que, frente a lo que ahora se dice, no son ajenos los avatares anticompetitivos en los mercados energéticos, habida cuenta de que la formación de la tarifa, e incluso en la calidad y continuidad de los servicios, influyen decisivamente factores externos, cuya conformación responde a la situación de los respectivos mercados, especialmente los costes de los servicios, los déficits presupuestarios que en ellos se incluyen, y las variaciones de suministro a los productores, muy sensibilizados en las centrales de ciclo combinado". Es decir, el interés de los usuarios en recibir buenos servicios a buenos precios está en un plano de mayor relevancia que las consideraciones sobre las técnicas de determinación de las tarifas, extremo ciertamente importante, pero que no puede ser considerado desde una óptica unilateral ya que el compuesto buenos servicios-buenos precios está directamente vinculado al interés público que detrás de la protección de la competencia en estos mercados de tanta trascendencia para la calidad de vida de los residentes en nuestro país.

2. El principio dispositivo en el proceso contencioso administrativo

Llegados a este punto, toda vez que los parámetros hermenéuticos que ofrece la ley de 1998 parecen insuficientes para el levantamiento de la medida cautelar, nos encontramos con que la sala tercera del Tribunal Supremo estima que el argumento del abogado del Estado a atenderse. Argumento inteligente, desde luego, pero que desde la perspectiva del interés general que entiendo está presente y se proyecta con intensidad en los procesos contencioso administrativos, resulta sorprendente. Veamos sino los términos en los que el auto del Tribunal Supremo de 15 de enero se refiere a la cuestión. De entrada se admite por el supremo órgano judicial que el razonamiento de la abogacía del Estado es novedoso, aunque objetivo, pues "la parte recurrente, que pidió y obtuvo la suspensión cautelar del acto impugnado, ha sido la que de forma sobrevenida ha instado su modificación o subsidiaria revocación". Es decir, ¿qué debe acontecer en un proceso contencioso administrativo, sometido al Derecho Administrativo, si a quién beneficia la cautelar concedida a su solicitud decide en un momento determinado, seguramente en función de sus intereses, instar su alzamiento o levantamiento? Si estuviéramos en presencia de un proceso civil, la contestación no tendría especiales problemas, como no es difícil de colegir. Sin embargo, en el seno de un proceso contencioso administrativo, en un incidente en el que el interés general ocu-

pa, ha ocupado, y seguirá ocupando un lugar central, las cosas no se pueden despachar de igual manera que si estuviéramos en un proceso mercantil, salvo que la nueva doctrina sea la de la privatización gradual del Derecho Administrativo hasta convertirlo en un simple instrumento para la realización de pretensiones privadas, por legítimas que éstas sean.

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

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

Pues bien, la sala, que va a terminar acogiendo esta tesis, se manifiesta partidaria de la naturaleza rogatoria de la jurisdicción contencioso administrativa como regla general con algunas excepciones que han de tener carácter

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

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

Se trata de un razonamiento desproporcionado, desconectado de la jurisprudencia hasta ahora recaída en la materia y, sobre todo, insisto, al margen de los criterios que el legislador ha establecido para levantar las medidas cautelares en el orden contencioso administrativo. El voto particular formulado por el magistrado Oscar GONZÁLEZ abunda en esta idea cuándo señala que "el hecho de que la ley haya especificado de forma taxativa los supuestos excepcionales en que cabe la revocación o modificación de las medidas cautelares adoptadas, impide extender a otros supuestos esta posibilidad". Por-

que, en efecto, el levantamiento es una excepción que sí ha de interpretarse restrictivamente. No al revés como parece colegir la sala al deducir del principio dispositivo el principio general de la disponibilidad de las cautelares en función del interés de la parte como si fuera posible, y legítimo, que pudiera instrumentalizarse el proceso incidental en función de las diferentes y variadas pretensiones que por un proceso principal puede atravesar la voluntad de una determinada parte procesal .En virtud de este razonamiento, por mor de una peculiar interpretación jurídica, se cambia el sentido del artículo 132 de la ley que establece la excepcionalidad del levantamiento cuándo concurran nuevas circunstancias. Ahora, la suerte de las cautelares queda única y exclusivamente en manos de las partes, parece que sin afectación alguna, pues, al interés general. Es más , ¿qué pasaría si dentro de unos días Endesa solicitara de nuevo la adopción de la cautelar?. De seguirse a pies juntillas esta doctrina se llegaría a una conclusión tan irracional como que habría que volver a acordarla porque esa es la voluntad de la parte. Por tanto, como señala el voto particular, "ni siquiera por vía de interpretación pueden los órganos judiciales ampliar los términos de las normas más allá de lo que resulte de sus palabras, cuándo éstas son claras, como en el caso presente, pues ello desbordaría los límites que la Constitución les impone en su artículo 117, de actuar sometidos al imperio de la ley".

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

En realidad, entender implícito en el artículo 130 de la ley jurisdiccional el principio dispositivo como causa de levantamiento o modificación de la cautelar en su día otorgada constituye probablemente una interpretación que va más allá de lo razonable y de la aplicación de las reglas generales de la exégesis normativa. Así me parece que lo entiende el voto particular al auto de 15 de enero de 2007 que estamos comentando al decir que "si el legislador hubiera querido que a petición de la propia parte solicitante de la medida concedida podía dejarse sin efecto la misma, lo habría dicho expresamente,

al igual que enumeró los otros supuestos en que estableció esta posibilidad. Es este un elemental principio hermenéutico recogido por la doctrina y jurisprudencia al establecer los criterios de interpretación de las normas: "inclusius unus, exclusius alterius". Pero es que además esto se infiere, sin mayores dificultades, de los términos imperativos que usa el precepto –"estarán en vigor", dice-, lo que implica que esta vigencia únicamente puede ser alterada en los escasos supuestos previstos no en otros".

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

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

administrativo, los intereses generales.

Llegaos a este punto, la sala, en el auto de 15 de enero de 2007, tras referirse expresamente a la tutela judicial efectiva, dónde efectivamente ha de inscribirse la denominada tutela judicial cautelar, como corolario derivado del derecho fundamental reconocido en el artículo 24.1, tras analizar los artículos 130 y 132 de la ley jurisdiccional, entiende que el principio general de vigencia de la cautelar adoptada hasta la terminación del proceso contencioso administrativo, "no establece tanto una exclusión del principio dispositivo cuanto más bien una cláusula de protección del beneficiario de la medida cautelar adoptada frente a cualesquiera interesados en su revocación o modificación, cláusula que no desapodera por completo al promotor y beneficiario de la medida de las facultades de disposición sobre la misma, sino que le ampara ante cualquier intento no consentido de privación de la tutela cautelar otorgada". El razonamiento, correcto desde una consideración procesal civil, tropieza con el no pequeño problema de que en el proceso incidental cautelar en el contencioso administrativo resulta que es menester ponderar los intereses en conflicto y si el interés general aconsejara la cautelar, no parece congruente que pudiera concederse el alzamiento mientras dicho interés general se oriente hacia la paralización del acto administrativo impugnado. De lo contrario, hasta podría pensarse que la parte podría jugar a su arbitrio con los intereses generales, algo en sí mismo contradictorio con la propia esencia del sentido que la Constitución atribuye a la función judicial en relación con la actuación administrativa.

La sala reconoce, como no podía ser de otra manera, la regla general de inalterabilidad de la cautelar acordada hasta el fin del proceso contencioso. Ahora bien, a juicio de la sala, dicha regla deja de tener sentido, "cuándo es el propio beneficiario de la tutela cautelar quien solicita su atenuación o revocación, más aún si las demás partes no se oponen a esa petición, pues estando orientada la medida provisional ya obtenida a la salvaguarda de su posición procesal, no puede negarse a esta parte la posibilidad de aligerar o desistir de esa protección, si considera que la posible eficacia del éxito de su pretensión procesal no sufre por ello". El razonamiento, siendo entendible en el marco de un proceso en el que se ventilen cuestiones de orden civil, no es admisible, insistimos, en el seno de un proceso incidental cautelar contencioso administrativo porque, como fácilmente se comprenderá, el interés general nunca, nunca, puede quedar al arbitrio de las partes.

El fundamento, pues, de la concesión del alzamiento de la cautelar, reside, como señala el auto de 15 de enero de 2007 en que "partiendo de la base de que la adopción de las cautelares implica que la sala deberá resolver en consecuencia y acordar la terminación de la pieza separada, pues partiendo de la

base de que la adopción de las cautelares tiene en la ley jurisdiccional carácter rogado (de manera que si no se solicitan no le cabe a la sala adoptarlas y el pleito sigue su tramitación sin ellas), y que su finalidad no es salvaguardar el orden jurídico abstracto, objetivo institucional de las cosas, al margen del proceso principal, sino la efectividad de la sentencia favorable a la concreta pretensión del solicitante y beneficiario de la medida, no tiene sentido mantenerla si la propia parte beneficiaria, en cuyo interés se adoptó y cuyo coste y riesgo de indemnizar los daños y perjuicios que de ella se deriven asume, entiende que la efectividad de la sentencia que en su día pueda efectuarse no sufre merma alguna por obra de ese alzamiento, más aún si la Administración, a quien constitucionalmente se le encomienda la defensa del interés general (artículo 103. 1) no se opone".

El problema que se encuentra en tal razonamiento estriba en que la cautelar no se adopta, en su aso, en interés exclusivo de quien la solicita. Más bien, se acuerda siempre que el interés general aconseje su adopción. Si es así y si el interés general permanece perjudicado por la ejecución del acto, como en el caso que comentamos, no es razonable, no es congruente con los artículos 130 y 132 alzar la medida por la sencilla razón de que el principio dispositivo no tiene carácter absoluto. Quizás de manera más autorizada lo expresa el voto particular firmado por el magistrado Oscar González cuándo dice que "no puede sostenerse que el proceso está regido de forma absoluta por el principio dispositivo, sometido a la voluntad de las partes. Si bien esto pueda predicarse del proceso civil en el que late un interés particular, no ocurre lo mismo en el proceso contencioso administrativo en el que subyace un interés público decisivo. El distinto tratamiento que sus respectivas leyes reguladoras dan a cada uno, que como antes se dijo, es exhaustivo en la ley jurisdiccional, impide sin más un trasvase de preceptos de una a otra. Basta hacer un recorrido por alguna de sus disposiciones para darse cuenta que ese interés público lo tiene presente el legislador, y lo aplica cuándo se trata de excepcionar el principio dispositivo. En efecto, así lo vemos en la figura del desistimiento, permitiendo el artículo 74.4 rechazarlo razonablemente cuándo apreciare daño para el interés público. Más adelante, el artículo 75.2 al regular el allanamiento impone al órgano judicial dictar la sentencia que estime ajustada a Derecho, que podrá por tantos ser contraria a la pretensión del actor. En el mismo sentido se expresan los artículos 76.2 y 77.3 para la satisfacción extraprocesal y la transacción".

Si, por tanto, en la propia ley jurisdiccional se modula razonablemente el imperio del principio dispositivo por mor de las exigencias del interés público, como es lógico, no se acierta a comprender por qué cuándo del alzamiento de la cautelar se trata, máxime cuándo se ha adoptado por razones de interés general, resulta que se ha de permitir que dicha medida cautelar quede a la

suerte de la pretensión de las partes. Es decir, el principio dispositivo no se puede aplicar con carácter absoluto en el orden contencioso administrativo, tal y cómo se deduce con bastante facilidad de los artículos 74.4, 76.2 y 77.3.

Pero es que, además, como remacha el voto particular incluso en el proceso civil tiene importantes excepciones "como ocurre en los procedimientos relativos al derecho de familia y estado civil de las personas".

En fin, si resulta que la sala admite que la OPA de Eon no es subsumible en las nuevas circunstancias a que se refiere el artículo 132 de la ley jurisdiccional para proceder al alzamiento de la cautelar adoptada el 28 de abril, lo razonable y congruente con el régimen jurídico diseñado para las cautelares en la ley de 1998, hubiera sido el mantenimiento de la suspensión, sobre todo si subsisten los graves daños que para la competencia representaba la absorción de Endesa por Gas Natural, con la desaparición que ello comportaba, como dice el voto particular del magistrado Oscar GONZÁLEZ, de uno de los competidores más activos del mercado del gas, y el reforzamiento de Gas Natural en el mercado de la electricidad aumentando su poder significativo en el mismo.

La aplicación del principio dispositivo en esta materia supone una infracción, sigue diciendo el voto particular, "del sistema de numerus clausus que el artículo 132 tiene establecido. Es más, los intereses públicos deben tenerse presentes como corrección a ese principio, y así, el en mencionado auto de 28 de abril la sala puso de manifiesto la preferente protección que debía darse a los intereses de los consumidores, frente a los accionistas, intereses que se verían irremediablemente afectados con el levantamiento de la medida". Este es, para mí, el argumento medular a partir del cual debe operarse en materia de cautelarse contencioso administrativas.

Finalmente, debe valorarse también que una vez concedida la cautelar por exigencias de la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución, para que el recurso no pierda su finalidad legítima, dicha cautelar no puede ser renunciada en perjuicio de terceros ni del interés público por imperativo del artículo 6.2 del Código Civil. Si, cómo se admitió por la sala el 28 de abril, se concede la suspensión por razones de interés público, "renunciar ahora a esa medida sin que se dé el supuesto excepcional previsto en el artículo 132 de la ley jurisdiccional es indudable que supone una renuncia en perjuicio de aquel interés público que, atendiendo al criterio mantenido en el auto de 28 de abril de 2006, la sala entonces entendió ser tutelado".

XIII. RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN NICARAGUA

Aunque el concepto de medidas cautelares no es fácil de precisar, se puede considerar, en líneas muy generales, que constituyen un conjunto de instrumentos procesales dirigidos a superar los inconvenientes que produce la tardanza en el tiempo del proceso[54].

La regulación de esta materia es una de las cuestiones que, sin duda, han generado una mayor atención doctrinal y jurisprudencial durante los últimos años[55]. Hasta el punto de que una parte de la doctrina ha denunciado un cierto exceso en el tratamiento de la cuestión, que respondería a lo que ellos consideran algunos defectos inherentes a los sistemas de justicia adminis-

[54] En tal sentido, señala J. C. Esguerra Portocarrero que las medidas cautelares constituyen, en esencia, "una serie de mecanismos procesales, instituidos, bien con el fin de tutelar o garantizar la efectividad de un proceso principal, bien con el de prevenir los perjuicios antijurídicos que pueden causarse con la iniciación, con el trámite o con la demora de su decisión". "La suspensión de efectos y otras medidas cautelares en el contencioso administrativo", en *Primeras Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo. Allan Randolph Brewer-Carias*, Caracas, FUNEDA-Editorial Jurídica Venezolana, 1995, p. 221. En la misma línea, M. J. Sarmiento Acosta considera que la "medida cautelar... es, en síntesis, un remedio arbitrado por el derecho para obviar los riesgos que la excesiva duración de los procesos produce para la efectividad de la decisión final del asunto". "Nueva funcionalidad de las medidas cautelares en el contencioso español", *Revista de Administración Pública,* núm. 129, septiembre-diciembre de 1992, p. 387.

[55] Castilla Blanco, F. A., "La nueva regulación de las medidas cautelares en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1998", *Poder Judicial* 52, p. 282. Como señala J. Rodríguez-Arana Muñoz: la "preocupación por las medidas cautelares en el orden jurisdiccional contencioso administrativo en particular ha cobrado un especial relieve en los últimos años". "La suspensión del acto administrativo", en Pendás García, B. (coord.), *Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Estudio sistemático*, Barcelona, Praxis, 1999, p. 497.

trativa de corte continental europeo, esencialmente el privilegio de acción ejecutoria, pero también otros como la saturación de la planta judicial contenciosa o la lentitud de los procesos[56].

Sin embargo, sin restar razón a la certeza de estos argumentos, no creemos que se pueda negar el carácter central de la cuestión, que justifica sobradamente el interés que suscita en la doctrina científica y en los prácticos del derecho, pues en muchos casos va a ser el único instrumento que permita otorgar una verdadera tutela judicial a las pretensiones de los administrados, que en otro caso se verían frustradas por la tardanza que trae consigo la tramitación de los procesos[57].

Una parte de la doctrina ha puesto de manifiesto certeramente que existen y deben valorarse también otras soluciones para dar respuesta a estos problemas, particularmente la articulación de mecanismos procesales ágiles y eficaces, que permitan minimizar el retraso en la resolución de los conflictos jurídicos[58]. No es óbice, no obstante, en nuestra opinión, para restar protagonismo a una cuestión que la práctica atestigua ineludible. No todo se puede

---

[56] Señalan al respecto M. Fernández-Fontecha Torres y P. Martínez Santamaría que "la problemática relativa a las medidas cautelares ha ocupado en demasía la reflexión doctrinal desde el abanderamiento de este nuevo grial. Y sin riesgo a equivocarse puede decirse que este hecho está vinculado con la lacra de la lentitud del proceso y la supersaturación de los órganos jurisdiccionales contencioso-administrativos. Hay una patente relación causa-efecto que distorsiona seguramente la realidad e hipervalora dogmáticamente un tema que en ordenamientos más cuajados no plantea tan arrebatada controversia". A lo que añaden posteriormente que "el interés por las medidas cautelares, casi obsesivo, proviene de la mala conciencia formada respecto al privilegio de autotutela declarativa sin excepciones". "Las medidas cautelares en la regulación vigente del proceso contencioso-administrativo", en Pendás García, B. (coord.), *op. cit.*, nota anterior, pp. 515-518.

[57] Como señala R. Parada Vázquez, la tutela cautelar "se presenta, y no faltan razones para ello, como la única oportunidad desde el frente procesal de salvar a la justicia de su profunda crisis. Una cuestión fundamental, pues en lo acertado de las medidas cautelares que aseguran el cumplimiento de la sentencia que en su día se dicte, se juega el ser o no ser del derecho material y la utilidad de los procesos. Pues, o las resoluciones judiciales pueden efectivamente satisfacer la pretensión del vencedor o la justicia se convierte en una 'estafa procesal'". "Prólogo" al libro de Chinchilla Marín, C., *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Madrid, Universidad Complutense-Civitas, 1991, p. 14. En sentido similar, señala P. Teso Gamella que, actualmente "y debido al volumen de asuntos que soportan los órganos jurisdiccionales contencioso administrativos, las medidas cautelares representan uno de los elementos decisivos para paliar la crisis de la justicia administrativa. Es la propia esencia y utilidad del proceso lo que está en juego, pues si las medidas cautelares pretenden asegurar el cumplimiento de la sentencia que en su día se dicte, si aquellas no fuesen adoptadas o se adaptaron indebidamente la sentencia no podrá ejecutarse". "Medidas cautelares y derecho sancionador", en Campos Sánchez-Bardona, M. (dir.), *Medidas cautelares en la jurisdicción contencioso administrativa*, Madrid, CGPJ, 1999, pp. 188 y 189.

[58] En ese sentido se pronuncia J. E. Peces Morate, quien señala que "la solución de los grandes males que aquejan a la justicia administrativa no parece estar exclusivamente en la regulación de un eficaz sistema de medidas cautelares, que si no es prudentemente administrado

solucionar vía cautelar, ciertamente, pero hoy en día, dadas las características de las sociedades modernas, nos resulta imposible imaginar un sistema judicial adecuado, sin una correcta tutela cautelar.

Todo lo dicho es especialmente notorio en el ámbito que nos ocupa: el contencioso administrativo. Como ya adelantamos, las medidas cautelares encuentran su razón de ser en la longevidad del proceso[59], que determina la necesidad de adoptar cautelas para garantizar que la duración de éste no va a impedir la adecuada satisfacción de aquello que está en juego en el mismo[60], que no es otra cosa que la tutela judicial efectiva de las partes afectadas por su resolución[61].

En el ámbito administrativo, esta necesidad reviste tintes especialmente relevantes, dado que la administración puede utilizar, y de hecho utiliza habitualmente, el privilegio de ejecución previa, unido a la lentitud del proceso, agravada además por la necesidad de recurrir en vía administrativa antes de llegar a éste, para crear una barrera fáctica, que haga desistir o cuando menos retrase eternamente la satisfacción de los legítimos derechos de los administrados[62].

---

puede acarrear funestos resultados y más pleitos". "Tutela cautelar y ejecución provisional de sentencias", en Campos Sánchez-Bardona, M. (dir.), *op. cit.*, nota 4, pp. 152 y 153. También en esta línea S. González-Varas Ibañez, quien considera que "las medidas cautelares deben entenderse junto a otros instrumentos o técnicas procesales cuyo *ratio* está en contribuir a una mayor celeridad en el proceso contencioso administrativo". *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, Madrid, Tecnos, 1999, p. 552.

59 Como señala J. E. Rojas Franco: "el proceso resulta muchas veces lento... y complejo para resolver ciertas situaciones que de no detenerse a tiempo traerían perjuicios de imposible o difícil reparación al administrado". *La suspensión del acto administrativo en la vía administrativa y judicial*, 4a. ed., San José, 1999, p. 27.

60 Rodríguez-Arana Muñoz, J., "Las medidas cautelares en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa", *Iuris Dictio*, octubre de 2003, p. 47; Fernández-Fontecha Torres y Martínez Santamaría, *op. cit.,* nota 3, p. 519. Como señala C. Chinchilla Marín: las "medidas cautelares son la garantía que ofrece el derecho frente a la inevitable lentitud de los procesos judiciales". *Op. cit.,* nota 4, p. 31.

61 Agúndez Fernández, A., *Ley 29, del 13 de julio de 1998, del Proceso Contencioso Administrativo. Comentarios y jurisprudencia*, Granada, España, Comares, 2000, p. 771.

62 Como señalan García de Enterría, E. y T. R. Fernández Rodríguez: todo "el sistema de medidas cautelares lo que pretende es evitar el abuso de los procesos por parte de quienes no ostentan razón de fondo y que se amparan en él y en las cargas que necesariamente comporta frente a quienes, teniendo razón, tienen la onerosa carga de accionar. En el proceso contencioso administrativo la tutela cautelar contrapesa el formidable privilegio administrativo de la autotutela y trata de cortar inicialmente su abuso por la administración, nada infrecuente, que intenta jugar con la larga duración del proceso. La medida cautelar inmediata pretende privar de su ventaja abusiva de la Administración, que se aprecia desde el comienzo que está abusando del proceso y de sus injustas ventajas fácticas, desnaturalizando así la institución procesal, haciéndola, paradójicamente, un instrumento de la injusticia. Son, pues, un instrumento que devuelve al proceso su función genuina y que impide su desnaturalización, en modo alguno una excepción al mismo y a su lógica institucional". *Curso de derecho administrativo*, 9a. ed., Madrid, Thomson-Civitas, 2004, vol. II, p. 652

De esta forma, la medida cautelar asume en este ámbito una funcionalidad adicional a la que posee en el proceso civil, pues va a actuar como elemento compensador de las prerrogativas procesales de la administración, y especialmente de privilegio de auto tutela ejecutiva[63].

Factor al que se añade la propia problemática inherente al derecho administrativo que, en cuanto regulador de un conjunto de actuaciones en las que no están en juego meros intereses privados, sino que implican necesariamente una afectación en mayor o menor medida al interés público, se desarrolla en unas coordenadas distintas a aquellas en las que opera el derecho privado. Factor diferencial que no deja de tener su presencia en la versión administrativa de la tutela cautelar[64], en la que el clásico conflicto entre garantías individuales y exigencias derivadas de las necesidades colectivas alcanza una notable intensidad[65], impidiendo la posibilidad de transponer sin la necesaria adaptación y transformación la doctrina iusprivatista de las medidas cautelares a nuestro disciplina[66].

---

[63] Apunta J. M. Baño León que esto "supone una radical distinción o diferencia respecto del proceso civil, en el que la adopción de las medidas cautelares pretende exclusivamente el aseguramiento de la eficacia de la futura sentencia, puesto que ninguna de las partes tiene por sí mismo fuerza para ejecutar sus declaraciones de voluntad sin acudir al juez. En el contencioso administrativo, sin embargo, no se trata sólo, aunque siga siendo fundamental, de que las medidas cautelares aseguren la futura ejecución de la sentencia, impidiendo situaciones de hecho que hagan aquélla virtualmente inaplicable, sino también tiene un efecto reequilibrador o compensador de la ejecutividad administrativa". "Las medidas cautelares en el recurso contencioso administrativo. Particular referencia al urbanismo, medio ambiente y contratación administrativa", en Campos Sánchez-Bordona, M., *Medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativa*, Madrid, CGPJ, 1999, pp. 258 y 259.

[64] Como indica J. González Pérez: "en un proceso administrativo, la pretensión se deduce siempre en relación con una actuación de la administración pública sujeta al derecho administrativo, la presencia del interés público obliga a tener muy en cuenta en qué grado puede resultar afectado por las medidas cautelares". *Manual de derecho procesal administrativo*, 3a. ed., Madrid, Civitas, 2001, p. 587.

[65] Señala J. C. Pielow, que la "cuestión de la suspensión de los efectos de los actos administrativos atañe en su núcleo material al conflicto entre la eficiencia de la actuación de los poderes ejecutivos del Estado y la efectividad de la protección de los derechos individuales". "Suspensión de los efectos de los actos administrativos en vía administrativa y en la vía contencioso-administrativa", en *Los efectos y la ejecución de los actos administrativos. III Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo "Allan Randolph Brewer Carias"*, Caracas, Funeda, 1997, p. 203.

[66] Como apunta Baño León, aunque "el contencioso-administrativo sea un proceso entre partes, lo que a menudo caracteriza a la relación jurídico-administrativa es que no afecta sólo a la administración como tal y a los interesados, sino también a los intereses sociales o a los intereses de la comunidad. Por eso no se puede trasladar sin más la doctrina de las medidas cautelares del derecho privado al derecho público". *Op. cit.*, nota 10, p. 266.

Todo ello ha motivado que esta materia haya experimentado durante los últimos años una notable evolución, tendente claramente a ampliar su ámbito de acción. Tradicionalmente, dicha figura se había visto circunscrita a la suspensión del acto administrativo, que era considerada además como una medida de carácter excepcional, cuya aplicación era más bien limitada. Con el paso del tiempo, sin embargo, la necesidad de dar debida protección a los derechos de los ciudadanos le ha ido dando una mayor laxitud[67]. Proceso que ha culminado con la consideración de la tutela cautelar como parte integrante del derecho a la tutela judicial efectiva[68], en cuanto viene a garantizar provisionalmente el bien jurídico para el que se ha solicitado la justicia[69].

Esta inclusión en el ámbito de este derecho fundamental no es, ni mucho menos, irrelevante, sino que condiciona la forma en que debe interpretarse y aplicarse esta materia de forma decisiva. Implicando, entre otras consecuencias, la necesidad de desechar cualquier posición tendente a considerar la adopción de estas medidas como un instrumento excepcional, debiéndose calificar como un recurso totalmente ordinario en el desarrollo de las funciones judiciales[70].

Este planteamiento no ha llegado aún, sin embargo, al derecho de Nicaragua, donde sigue manteniéndose una concepción bastante anticuada, en la que la normativa contencioso administrativa sobre la materia se duce a la regulación de la suspensión, en términos además poco profundos, que han motivado la demanda por parte de la doctrina de una mayor atención a esta figura[71].

---

67 Véase respecto a esa evolución en el derecho español, Rodríguez-Arana Muñoz, J., *La suspensión del acto administrativo*, Madrid, Montecorvo, 1986, pp. 60 y ss.

68 Dicha solución fue adoptada en España por el Tribunal Supremo en dos históricos autos. En el primero de ellos se señalaba que "los estrechos límites del artículo 122 de la Ley reguladora de esta jurisdicción tiene hoy que entenderse ampliado por el expreso reconocimiento del derecho a una tutela judicial efectiva en la propia Constitución (artículo 24), derecho que implica, entre otras cosas, el derecho a una tutela cautelar". ATS de 20 de diciembre de 1990. RCJ 1990-10412. FJ. 2. El segundo indicaba que el "principio constitucional de efectividad de la tutela judicial —artículo 24. 1 de la Constitución— ha de proyectarse también sobre la ejecutividad del acto impugnado, lo que dada la larga duración del proceso reclama que ese control de la ejecutividad se adelante en el tiempo al que en la sentencia se lleva a cabo sobre el fondo del asunto". "En la misma línea ha de reconocerse el principio de que la 'necesidad de acudir al proceso para obtener la razón no debe perjudicar al que tiene la razón', principio... que da lugar a una amplia configuración de las medidas cautelares". ATS del 17 de enero de 1991. RCJ 1991-503. FJ. 2.

69 Chinchilla Marín, *op. cit.,* nota 4, p. 168

70 Fernández-Fontecha Torres y Martínez Santamaría, *op. cit.,* nota 3, p. 525.

71 En tal sentido, señalan W. Mauricio Rodríguez y M. J. Toruño Murillo que sería "prudente darle una mayor regulación a la figura de la suspensión del acto, para ello convendría estudiar más el derecho comparado. Con el ánimo de obtener una regulación más integral del instituto". *Análisis jurídico al proceso contencioso administrativo regulado en el Proyecto de Ley de lo Contencioso Administrativo dictaminado el 15 de mayo del año 2000*, Monografías UCA, 2000, p. 228.

En nuestra opinión, esta situación debería ser enmendada con una modificación de la regulación vigente, que adapte el derecho nicaragüense a los nuevos enfoques, ya firmemente consolidados en los países más avanzados. Mientras llega ésta, sería conveniente, no obstante, que los tribunales de lo contencioso asumieran la responsabilidad de enmendar dicha situación, corrigiendo las deficiencias de la normativa vigente tomando apoyo en el derecho a la tutela judicial efectiva, que, en cuanto derecho fundamental, debe imponer una interpretación de la normativa ordinaria que dé respuesta a sus exigencias.

No debe ser obstáculo, a dichos efectos, la letra de la Constitución nicaragüense[72], que no contiene una consagración expresa del derecho a la tutela judicial efectiva[73], pues la vigencia de éste se deduce claramente del artículo 46, CN, que proclama la vigencia en Nicaragua de los derechos humanos consagrados en los acuerdos internacionales sobre la materia[74]. A lo que se debe añadir las garantías procesales que establece el artículo 34, CN, precepto no muy claro, porque se refiere al procesado[75], lo que hace surgir dudas acerca de su extensión a las personas que están inmersas en actuaciones ju-

[72] Constitución Política de la República de Nicaragua (en adelante CN).

[73] Declaración que si existe, sin embargo, en el derecho ordinario, pues el artículo 21 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la República de Nicaragua (núm. 260) establece que a "través del Poder Judicial, el Estado de Nicaragua garantiza el libre e irrestricto acceso a los Juzgados y Tribunales de la República para todas las personas, en plano de absoluta igualdad ante la ley para el ejercicio del derecho procesal de acción y la concesión de la tutela jurídica".

[74] Más concretamente, el artículo 46, CN establece que en "el territorio nacional toda persona goza de la protección estatal y del reconocimiento de los derechos inherentes a la persona humana, del irrestricto respeto, promoción y protección de los derechos humanos y de la plena vigencia de los derechos consignados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos; en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y culturales; en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas; y en la Convención Americana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos"

[75] Concretamente, este precepto establece que todo "procesado tiene derecho, en igualdad de condiciones, a las siguientes garantías mínimas:

1) A que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.
2) A ser juzgado sin dilaciones por tribunal competente establecido por la ley. No hay fuero atractivo. Nadie puede ser sustraído de su juez competente ni llevado a jurisdicción de excepción.
3) A ser sometido al juicio por jurados en los casos determinados por la ley. Se establece el recurso de revisión.
4) A que se garantice su intervención y defensa desde el inicio del proceso y a disponer de tiempo y medios adecuados para su defensa.
5) A que se le nombre defensor de oficio cuando en la primera intervención no hubiera designado defensor o cuando no fuere habido, previo llamamiento por edicto. El procesado tiene derecho a comunicarse libre y privadamente con su defensor.
6) A ser asistido gratuitamente por un interprete, si no comprende o no habla el idioma empleado por el tribunal.

diciales no penales, pero del que se puede inferir, a pesar de ello, claramente la vigencia del derecho a la tutela judicial[76], en el que se debe incluir necesariamente el derecho a la tutela cautelar.

1. Los fundamentos de la tutela cautelar: el *periculum in mora* y el *fumus boni iuris*

Tradicionalmente, la adopción de este tipo de medidas venían unidas a la posibilidad de pérdida de la cosa objeto del litigio. La imposibilidad de reparar el daño que causaría la ejecución del acto administrativo en el momento posterior a dictarse la sentencia era el único criterio, y aun éste interpretado de forma muy restrictiva, que permitía la toma de una medida cautelar en el proceso contencioso administrativo.

Este planteamiento resulta hoy, considerada la medida cautelar como parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, insostenible. En el momento presente, la decisión de imponer o no una medida cautelar se entiende depende de la concurrencia de dos elementos: *periculum in mora*, esto es, el riesgo de que se pierda el objeto del proceso como consecuencia del paso del tiempo[77]; *fumus boni iuris*, esto es, la existen cia de una apariencia de buen derecho en la pretensión formulada por el demandante[78].

7) A no ser obligado a declarar contra si mismo ni contra su cónyuge o compañero en unión de hecho estable, o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguineidad o segundo de afinidad, ni a confesarse culpable.
8) A que se le dicte sentencia dentro de los términos legales en cada una de las instancias del proceso.
9) A recurrir ante un tribunal superior, a fin de que su caso sea revisado cuando hubiese sido condenado por cualquier delito.
10) A no ser procesado nuevamente por el delito por el cual fue condenado o absuelto mediante sentencia firme.
11) A no ser procesado ni condenado por acto u omisión que, al tiempo de cometerse, no esté previamente calificado en la ley de manera expresa e inequívoca como punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley. Se prohíbe dictar leyes prescriptivas o aplicar al reo penas o tratos infamantes.
El proceso penal deberá ser público. El acceso de la prensa y el público en general podrá ser limitado, por consideraciones de moral y orden público. El ofendido será tenido como parte en los juicios, desde el inicio de los mismos y en todas sus instancias".

76 Véase al respecto, Porta Caldera, M., "Algunas consideraciones acerca del derecho a la justicia o derecho a la tutela judicial efectiva", www.*juridica.com*

77 Apunta S. de la Sierra que el *periculum in mora* se puede definir como "el peligro para el demandante de sufrir un perjuicio grave e irreparable en sus bienes, derechos, intereses o situación jurídica". *Tutela cautelar contencioso administrativa y derecho europeo*, Navarra, Thomson-Aranzadi, 2004, p. 226.

78 Como señala Rojas Franco: *fumus boni iuris* "significa la buena fe o la seriedad de los hechos, el derecho y la pretensión deducidas en el proceso principal". *Op. cit.,* nota 6, p. 94.

Esto supone un cambio trascendental respecto a la posición clásica, pues se convierte ahora en el eje de la decisión del juicio acerca de la previsible razón de la pretensión del demandado. El instrumento cautelar, con ello, se transforma en un elemento dirigido a garantizar la adecuada satisfacción de los derechos del demandante cuando éste se ve perjudicado por maniobras dilatorias del demandado, que se aprovecha fraudulentamente de la tardanza e inconvenientes del proceso para retardar el reconocimiento de una pretensión que, al menos aparentemente, está bien fundada y debe ser satisfecha[79]. Sin perjuicio de que esa tutela se otorgue igualmente en los supuestos en los que esa sólida apariencia jurídica se posee sin concurrir un abuso por parte de la administración, pues ésta simplemente ha dado una respuesta jurídica equivocada por error o ignorancia[80].

En cualquier caso, desde esta concepción se logran superar los inconvenientes que supone la necesidad de tramitar un proceso al dar tutela judicial efectiva al administrado por una doble vía. Por un lado, mediante el adelanto, aunque sea de forma provisional, de los efectos de la resolución; por otro, actuando como mecanismo disuasorio, que aborta el posible intento de la administración de abusar de las formas procesales para vencer la resistencia de su contraparte[81].

---

[79] Señalan García de Enterría y Fernández Rodríguez que el verdadero criterio no está en la idea de perjuicio irreparable, "sino en la doctrina del *fumus boni iuris*... unida al elemento del *periculum in mora*: sólo son protegibles por medidas cautelares aquellos procesos que acreditan que la temeridad está en la administración que ha forzado el recurso y que está abusando, por consiguiente, de su privilegio de ejecutoriedad y, por lo tanto, del proceso mismo, lo que obliga a una evaluación, siquiera sea incompleta, de la justificación de las respectivas posiciones enfrentadas; si de este análisis resulta la fuerte apariencia de un buen derecho del demandante y la correlativa falta de fundamento serio por parte de la administración, que ha forzado el proceso, abusando de su privilegio de auto tutela, entonces, si el perjuicio del retraso en llegar la sentencia definitiva es también patente, la medida cautelar debe ser acordada". *Op. cit.,* nota 9, p. 651. En la misma línea, Bacigalupo, M., *La nueva tutela cautelar en el contencioso administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 1999, pp. 151 y 152.

[80] Como señalan Fernández-Fontecha Torres y Martínez Santamaría, el *fumus boni iuris* es "un juicio estricto de legalidad. Por eso, esta 'apariencia de buen derecho' no es, en modo alguno, el envés de un 'abuso manifiesto' por parte de la administración. No es necesario, como sí lo sería si estuviéramos en el ámbito del derecho penal, el dolo o la actitud deliberada por la administración de burlar la Ley, sino sólo la impresión preliminar de la ilegalidad de su actuación. Esto quiere decir que las medidas cautelares no se limitan sólo a los supuestos de arbitrariedades patentes o manifiestas por parte de la administración, sino al caso, mucho más frecuente, en que los órganos administrativos actúan con perfecta buena fe en cuanto al cumplimiento de sus fines y, no obstante, sus actos resultan ilegales". *Op. cit.,* nota 3, p. 531.

[81] Indican Fernández-Fontecha Torres y Martínez Santamaría que, por "un lado, al quedar inmediata y rápidamente protegido el *fumus* debido a la brevedad procedimental de la medida cautelar, quien aparentemente tenga razón puede ya esperar tranquilamente y sin grave daño, evitándose así que la duración exorbitante del proceso juegue siempre en favor de la Administración que, en abuso de su potestad ejecutoria y no obstante la falta de seriedad

La normativa nicaragüense apunta tímidamente hacia dicha dirección, pero sin atreverse, sin embargo, a romper definitivamente con los viejos prejuicios. Antes de examinar esta cuestión, debemos analizar, no obstante, otro punto, pues se consagra una solución diferente según la se adopte de oficio (artículo 63 Ley de la Jurisdicción Contencioso administrativa[82]) o a instancia de parte (artículo 64, LJ).

La razón de dicha decisión parece estar en el deseo de permitir la toma de la medida cautelar cuando el actor la solicite y otorgue "la garantía suficiente y necesaria para reparar el daño o indemnizar los perjuicios que la suspensión solicitada pudiera causar a terceros, en caso de que la demanda fuere declarada sin lugar" (artículo 64, LJ).

Nos parece errónea y criticable esta doctrina, que desvaloriza la adecuada apreciación de los requisitos a los que debe estar condicionada la tutela cautelar[83]. En realidad, esta posición implica una cierta vuelta a la idea del riesgo, en este caso planteada a la inversa, pues operaría a favor del demandante y no del demandado, pero que no deja de ser, por ello, igual de perturbadora, pues a fin de cuentas puede suponer esto que se admita una medida (la suspensión) que pueda estar frenando la debida aplicación de una resolución bien fundada, perjudicándose con ello el interés público o de terceros, por más que éste pueda ser restaurado al fin del proceso. No debería, por ello, admitirse la toma de la medida cautelar por este criterio, sino concurre el criterio del *fumus boni iuris*, en los términos que vamos a examinar.

Sentada, entonces, la necesidad de que la adopción de medidas cautelares se lleve a cabo en los mismos términos, con independencia de que se acuerde de oficio o a instancia de parte, y desechando, por tanto, que baste con el

aparente de su decisión, solía negociar con el administrado en situación de absoluta desventaja de éste... acuerdos o convenios que ningún juez hubiera podido amparar". "Por otro lado, al tener el juez que realizar una primera apreciación del fondo, y a reserva siempre de la ulterior sentencia sobre el fondo, crea ya en las partes determinadas expectativas de carácter procesal en cuanto al resultado final del litigio y puede incluso llegar a provocar que las partes se resitúen, haciendo que, en la práctica, las medidas cautelares tengan un efecto disuasorio que viene con frecuencia a facilitar la eliminación de un buen número de recursos abusivos e inútiles, bien por satisfacción extraprocesal de la pretensión de la administración una vez que ha comprobado la inicial apreciación del Tribunal sobre la falta de apariencia de buen derecho en su posición o bien, en caso contrario, por desistimiento del actor a quien se ha denegado esa apariencia". *Ibidem,* p. 539.

82 Ley núm. 350 de Regulación de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo (tomada de *La Gaceta,* núms.140-141 del 25 y 26 de julio de 2000) (en adelante LJ).

83 Chinchilla Marín, *op. cit.*, nota 4, p. 49

mero hecho de que el demandante otorgue garantía suficiente de los daños que dicho acuerdo pudiera ocasionar, debemos precisar cuáles son los requisitos que deben concurrir para que se tome dicha decisión.

Ya habíamos adelantado la necesidad de valorar dos criterios (*periculum in mora* y *fumus boni iuris*). Igualmente habíamos indicado que éstos aparecen sólo parcialmente recogidos en el derecho positivo de Nicaragua. Vamos a precisar un poco más esta cuestión.

La LJ apunta, por un lado, hacia la idea de perjuicio irreparable, admitiendo como criterio suficiente para decretar la suspensión que "se tratare de algún acto que, de llegar a consumarse, haría materialmente improbable e imposible restituir al demandante en el goce del derecho reclamado" (artículo 63 1 LJ), cuando se trate de decretar la suspensión de oficio, o que se puedan generar daños o perjuicios que "no fueren susceptibles de reparación", cuando se decrete a instancia de parte. Hasta el momento, como puede verse, se mantiene dentro de la rancia doctrina del perjuicio irreparable.

A ello se añaden, sin embargo, dos referencias que mejoran ligeramente la cuestión, abriendo una pequeña puerta al criterio del *fumus boni iuris*, que se considera como causa suficiente para decretar la suspensión en dos supuestos: a) cuando "fuere notoria o evidente la falta de competencia de la autoridad, funcionario o agente contra quien se interpusiese la demanda" (artículo 63. 2, LJ); b) cuando "el acto fuere de aquellos que ninguna autoridad puede ejecutar legalmente" (artículo 63. 3, LJ).

Parece, pues, que siguiendo la letra de la ley jurisdiccional, sólo puede darse entrada a la suspensión basándose en el buen derecho de la pretensión del demandante cuando se trata de actuaciones administrativas especialmente groseras, que van desde la radical competencia del funcionario a la total ilegalidad de la acción. Una solución, a nuestro juicio, claramente insuficiente, que permite a la administración hacer uso y abuso de las formas procesales para violentar los derechos de los administrados, ante la pasividad de una justicia que se verá amordazada por la necesaria duración del proceso.

El problema puede asumir consecuencias especialmente trágicas en un contexto como el nicaragüense, donde, por su débil situación económica, un gran número de administrados se verán previsiblemente incapaces de hacer frente a un litigio largo y costoso con la administración. Bastará en la mayor parte de los casos a ésta con empecinarse en una postura, por más que ésta carezca de base alguna, obligando al administrado a recurrir en vía administrativa y posteriormente a peregrinar por los tribunales de lo contencioso, para hacer prevalecer su voluntad. El riesgo de hacer triunfar una política de hechos consumados frente a la legalidad imperante es más que inquietante.

A esto se debe añadir la carencia de una regulación del procedimiento administrativo, que, como ya hemos denunciado en otras ocasiones, carece incomprensiblemente de una regulación mínima en Nicaragua, lo que supone que no hay tampoco una solución para este problema para los recursos en vía administrativa. Con lo que parece que el funcionario público que reciba un recurso administrativo no tiene otra solución que aplicar en vía administrativa la doctrina vigente en el ámbito jurisdiccional, como norma subsidiaria, a la hora de decidir sobre la adopción o no de medidas cautelares.

En este contexto, y mientras se produce una necesaria revisión de esta materia, la única esperanza reside en la labor de jueces y tribunales, que tomando base en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, deberían dar paso a la posibilidad de adoptar medidas cautelares en aquellos supuestos en los que exista una apariencia razonable de buen derecho en la pretensión del demandante (*fumus boni iuris*), que venga acompañada de una frustración de la legítima pretensión del demandante si no se adopta la medida cautelar (*periculum in mora*). Elemento, este último, que no debe ser entendido en términos rigurosos, como una radical imposibilidad de restaurar la situación en el momento de dictarse la sentencia, sino como la simple imposición de un daño o perjuicio injusto, que vulnera gravemente sus derechos.

Esto no impide, por supuesto, que se pueda decidir adoptar la medida cautelar con base en el criterio de la irreparabilidad del daño. Pero, aun en este caso, será siempre necesario tener en cuenta en cierta medida el criterio del *fumus boni iuris*, pues frustraría los derechos del demandado que, por dicha circunstancia se tomaran medidas provisionales en protección de una posición absurda o sin sentido, carente de todo fundamento[84].

En todo caso, se debe, pues, valorar el criterio del *fumus boni iuris*. La diferencia se da únicamente en el alcance que se debe dar a dicha valoración. Cuando este criterio es la base de la decisión, debe examinarse el mismo de una perspectiva positiva, esto es, tienen que haber indicios claros y sólidos que hagan prever una futura estimación de la pretensión. Cuando el elemento determinante de la decisión es, sin embargo, la irreparabilidad del daño, se valorará la apariencia de buen derecho desde una perspectiva negativa. De tal forma que bastará con la simple razonabilidad de la pretensión que la medida cautelar trata de tutelar, para que se deba dar respuesta favorable a ésta. Dicho en otras palabras, en el primer caso se debe adoptar la medida sólo cuando la previsibilidad de la admisión de la pretensión lo exija; en el segundo, sin embargo, se adoptará siempre, salvo que la no apreciación de la misma resulte aparentemente evidente.

[84] Bacigalupo, *op. cit.*, nota 26, p. 154 y 155.

Nótese que esto supone que la decisión de dar cauce a la tutela cautelar se sujeta a un doble juicio: a) una estimación acerca de la pretensión presentada por el actor, que implica, por tanto, un juicio previo y provisional acerca de la pretensión final; b) un juicio de valor acerca de la solidez e importancia de los indicios a favor del buen derecho de la pretensión del demandante y acerca de los perjuicios que le iba a causar la ausencia de la tutela cautelar.

Se trata, por tanto, de dos valoraciones diferentes, no sólo por su objeto, sino también por su naturaleza. La primera no es más que un juicio necesariamente provisional[85], que podrá verse modificado al final del proceso, pues se basa en simples apariencias e implica, por tanto, un cierto margen de error[86]. El segundo, sin embargo, es un juicio definitivo, que debe basarse sobre certezas: el hecho cierto de que hay una apariencia sólida a favor del demandante y que de no adoptarse la medida cautelar se pueden perjudicar seriamente los intereses de éste[87].

Debe tenerse muy presente siempre este último dato, a fin de evitar que la adopción de la medida cautelar acabe convirtiéndose en un adelanto de la resolución del fondo del asunto[88], que sólo se podrá emitir una vez tramitado el proceso, examinados y valorados todos los datos y circunstancias precisos y necesarios para resolver definitivamente la cuestión[89]. La tutela cautelar

---

85 Como indica Sarmiento Acosta: el "humo u olor de buen derecho no es... un índice absoluto de razón, sino uno que aconseja tomar determinadas medidas provisionales para que la lentitud del proceso no produzca daños irreparables a quien efectivamente, según la resolución final, tenga derecho". *Op. cit.,* nota 1, p. 394.

86 Como apuntan Fernández-Fontecha Torres y Martínez Santamaría, la "provisionalidad implica que el *fumus boni iuris* no puede suponer que se va a adoptar la medida única y exclusivamente cuando se tenga el convencimiento absoluto de que se va a estimar la pretensión del autor, dado que ello implicaría una actividad probatoria completa encaminada a lograr el convencimiento del órgano jurisdiccional acerca de la concurrencia d todos los presupuestos necesarios para lograr tal resolución. Implica sólo una mera probabilidad (un principio de prueba o prueba indiciaria) de ese presupuesto". *Op. cit.,* nota 3, p. 537.

87 Chinchilla Marín, *op. cit.,* nota 4, p. 34 y 35

88 De este riesgo advierte R. Trillo Torres, quien apunta que el criterio del *fumus boni iuris* "en cierto modo toca a la característica incertidumbre definidora del proceso hasta su conclusión por sentencia y a la impasibilidad externa que en función de aquella incertidumbre y de su propia imparcialidad se requiere del juez". En Baena de Alcazar, M. (dir.), *Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, Madrid, Trivium, 1999, p. 889.

89 Como indica E. García de Enterría, el *fumus boni iuris* "obliga a una valoración anticipada de las posiciones de las partes, valoración *prima facie*, no completa, puesto que el proceso puede estar en sus inicios y no se han producido aún alegaciones de fondo ni prueba; valoración, por tanto, provisional y que no prejuzga la que finalmente la Sentencia de fondo ha de realizar más detenidamente. Es así, en la expresión latina que ya hemos transcrito, el "humo de buen derecho", el perfume u olor del "buen derecho", el que se aprecia, no el "buen derecho" en toda su extensión, que éste no podrá hacerse hasta la decisión de fondo del proceso". "La nueva doctrina del Tribunal Supremo sobre medidas cautelares: la recepción del principio *fumus boni iuris*", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 69, 1991, p. 69.

tiene su propia lógica, que no debe pervertirse, desbordando sus efectos necesariamente provisionales, para convertirse en una resolución definitiva o cuasidefinitiva. Lo que supone, en último término, que ese juicio previo debe dejar las puertas totalmente abiertas a la incertidumbre que hasta el final del proceso debe existir acerca de la resolución final[90].

Así lo exige terminantemente la normativa nicaragüense, que establece que en "ningún caso la suspensión del acto presupone pronunciamiento alguno sobre el fondo del asunto" (artículo 62, LJ).

Dicha decisión no debería verse afectada por la posibilidad, contemplada por el artículo 66, LJ, de que se preste caución por un tercero. Según dicho precepto, la suspensión decretada conforme a la LJ "quedará sin efecto en caso que un tercero interesado diere a su vez caución suficiente para restituir las cosas al estado en que tenían antes del acto que motivó la acción y pagar los daños y perjuicios que le sobrevinieren al demandante, en caso de que se declarare con lugar la demanda".

Esta solución tiene su sentido tan sólo cuando la tutela cautelar se concede con base en la irreparabilidad del daño en el momento de dictar sentencia si se lleva a cabo la solución. No tiene sentido alguno, sin embargo, cuando la medida cautelar se adopta con base en el criterio del *fumus boni iuris*, con el propósito de dar tutela al administrado frente a un, no totalmente probado, pero aparentemente claro, abuso por parte de la administración de sus privilegios procedimentales, que está ocasionando un grave daño al administrado.

2. La ponderación de los intereses de terceros y del interés público

A diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos jurídicos, el derecho nicaragüense no exige una ponderación de los demás intereses en juego en el proceso, particularmente el interés de terceros y el interés público. Dicha valoración no se exige en absoluto para la adopción de oficio de la medida cautelar (artículo 63, LJ), y tan sólo se condiciona a que no concurran circunstancias que contravengan el orden público o causen perjuicios al interés general, en los procedimientos iniciados a instancia de parte (artículo 64, LJ).

[90] Fernández-Fontecha Torres y Martínez Santamaría, *op. cit.,* nota 3, p. 539

A pesar de ello, no se puede negar la necesidad de dicho juicio, pues difícilmente se puede eludir la necesaria valoración de los intereses de las distintas partes actuantes en el proceso[91] y del interés público[92] a la hora de decidir sobre la adopción de la medida cautelar.

A partir de aquí, sin embargo, la cuestión se torna más compleja, pues la doctrina no ha dado un dictamen uniforme respecto al margen que se debe dar a dicha valoración. Una parte de la doctrina subraya la importancia de este juicio, alegando la insuficiencia de los dos criterios antes reseñados (*periculum in mora* y *fumus boni iuris*), que deben ser conjugados con la valoración de los intereses implicados[93].

Para otros, sin embargo, lo decisivo es la concurrencia de esos dos criterios, que otorgan el derecho a recibir tutela cautelar, derecho fundamental que, como tal, no podrá ser sometido a un juicio previo acerca del daño que ésta va a generar a los terceros o al interés público, pues sólo puede encontrar límite en derechos fundamentales o bienes constitucionalmente protegidos[94].

Siguiendo esta segunda tesis, consideramos que es preciso que los intereses relevantes en dicho juicio tengan relevancia constitucional. Más concretamente, entendemos que trae consigo una doble consecuencia. En primer lugar, a pesar de lo que diga la Ley, no se podrán adoptar medidas cautelares de oficio, sin ponderar el daño que están puedan causar en los derechos fundamentales de terceros o en otros bienes constitucionalmente protegidos. En segundo lugar, sólo se podrá frenar la adopción de medida cautelares a instancia de parte, cuando concurran los requisitos para ello, si lo impide la

---

91 Chinchilla Marín, *op. cit.,* nota 4, p. 35

92 Rodríguez Pontón, J., *Pluralidad de intereses en la tutela cautelar del proceso contencioso administrativo*, Barcelona, Cedecs, 1999, p. 112.

93 En tal sentido, Baño León considera que "tanto el criterio del *periculum in mora* como el del *fumus boni iuris*, aunque necesarios, no son siempre suficientes para decidir al juez contencioso si debe o no conceder una medida cautelar. Puede incluso darse el caso de que concurriendo ambos criterios, siendo manifiesta la ilegalidad cometida por la administración y patente el peligro de que se alcance una situación de hecho irreversible, razones de interés público excepcionales pueden justificar el mantenimiento de la decisión". *Op. cit.,* nota 10, p. 259.

94 Señalan al respecto García de Enterría y Fernández Rodríguez que "carece de fundamento erigir en presupuesto de la medida a adoptar la ponderación de los 'intereses en conflicto', de modo que haya que denegarla cuando la medida cautelar pueda causar 'perturbación grave de los intereses generales o de tercero'. Obtener una medida cautelar es fruto de un derecho fundamental... y, por tanto, no pueden oponerse a su efectividad la invocación de meros intereses, ni de los generales que la administración siempre invocará como gestor típico que es de los mismos... ni menos aún, de un tercero. A un derecho fundamental otro derecho fundamental, no ningún interés". *Op. cit*., nota 9, p. 650.

lesión de derechos fundamentales o bienes constitucionalmente protegidos, por más que la LJ exija tan sólo que se trate de perjuicios al genérico interés general.

3. Carácter reglado de la tutela cautelar. Especial referencia a la necesidad de una adecuada motivación de la decisión

La decisión de otorgar o negar la tutela cautelar implica necesariamente un importante margen de apreciación y una cierta inseguridad. Así lo impone la propia naturaleza de la medida cautelar, en cuanto constituye una decisión provisional, tomada sobre una realidad aparente, no totalmente conocida y confirmada; situación que sólo se da una vez tramitado el proceso.

Pese a ello, es preciso afirmar su carácter estrictamente reglado, por exigencia patente del derecho a la tutela judicial efectiva[95]. La potestad discrecional implica una libertad de opción entre distintas soluciones jurídicas igualmente validas, que se presentan como indiferentes jurídicos, en cuanto todas son igualmente válidas para el derecho. No se puede afirmar que ocurra así cuando se trata de otorgar o no tutela cautelar, algo que no es ni mucho menos un ámbito dejado a la libre decisión del operador jurídico.

Los requisitos a los que se somete la tutela cautelar no deben ser fórmulas abiertas, en las que el órgano judicial pueda encontrar un marco lo suficientemente amplio como para encontrar siempre cabida para sus propias opiniones, sino elementos objetivos de juicio, de los que se extraiga un juicio fundado en cada momento. El ciudadano que está inmerso en un proceso debe tener una cierta seguridad acerca de sus posibilidades de recibir esa tutela.

Esta afirmación, clara e irrefutable desde el punto de vista teórico, encuentra, sin embargo, en el reino de los hechos grandes obstáculos. La materia cautelar se ha revelado en la práctica como una cuestión extremadamente casuística, en la que es frecuente encontrarse con contradicciones, cuando no auténticos bandazos y bruscos cambios de dirección, en la interpretación y práctica judicial.

Resulta claro que estas dificultades nunca podrán reducirse totalmente, pues es una decisión limitada por conceptos jurídicos indeterminados, dotados de una imprecisión considerable, y en los que se hace presente una zona de

[95] Bacigalupo, *op. cit.,* nota 26, p. 156 y 157

penumbra de dimensiones notorias. Pero eso no es óbice para lograr un alto grado de seguridad jurídica, sin la cual el derecho a la tutela judicial efectiva se difumina, quedando entregado al juicio subjetivo del juzgador.

La responsabilidad de que así sea queda una vez más en manos del estamento judicial. La deficiente regulación vigente en Nicaragua ofrece, ciertamente, pocas garantías al administrado en este aspecto, dadas sus limitaciones ya reseñadas. La necesidad de una reforma de dicha normativa se hace de nuevo evidente.

A pesar de ello, es una cuestión que el legislador por sí solo no puede aspirar a resolver, pues la tutela cautelar es una de esas cuestiones que se mueven en el mundo del caso concreto, de la circunstancia particular, y sólo una jurisprudencia sólida y consolidada puede dar respuesta a dichas situaciones. Se convierte, por ello, en una necesidad primaria, la adecuada motivación por parte de los tribunales de sus decisiones sobre esta materia. La elaboración de un dictamen claro, forjado sobre la referencia a los criterios que sirven de fundamento a dicha tutela, contribuiría notablemente a desentrañar el sentido del *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*, permitiendo al ciudadano inmerso en un proceso, sobre la base del precedente, tener un alto grado de previsibilidad sobre el sentido de la decisión cautelar.

4. La constitución de fianza como requisito para la efectividad de la medida cautelar

Como en su momento señalamos, la medida cautelar se decide con base en apariencias; es un juicio previo que puede resultar erróneo. Si así ocurre, podrían generarse a consecuencia de la tutela cautelar daños y perjuicios para el interés público o para el interés de terceros. De aquí surge la necesidad de condicionar la efectividad de ésta a la prestación de garantía, que asegure que se podrá hacer frente a esos eventuales daños y perjuicios,[96] operando como una condición para la efectividad de la medida cautelar[97].

Así lo exige claramente la LJ, ya desde el propio momento en que se formula la petición de suspensión, en la que se deberá hacer constar el "ofrecimiento de garantizar los eventuales perjuicios que dicha suspensión pueda causarle a la administración o a terceros" (artículo 62, LJ).

[96] Chinchilla Marín, *op. cit.*, nota 4, p. 47 y 48
[97] Rodríguez-Arana Muñoz, *op. cit.*, nota 2, p. 130.

Posición que ratifica el artículo 65, LJ, que establece que al "decretarse la suspensión de la ejecución del acto o disposición impugnada, el tribunal fijara, en su caso, la situación en que habrán de quedar las cosas y establecerá las medidas pertinentes y necesarias para conservar la materia objeto de la demanda hasta la culminación del respectivo proceso y su procedimiento".

Sin negar la adecuación general de esta regla, resulta irrefutable que la exigencia de esta contra cautela puede dejar fuera del beneficio de la protección cautelar a amplios colectivos, incapaces de hacer frente a los costes que ésta implica[98]. Solución inaceptable admitida la inclusión de la facultad de exigir medidas cautelares dentro del derecho a la tutela judicial efectiva, pues supone tanto como privar de un derecho fundamental a quien no tiene derecho para pagárselo.

El problema resulta de nuevo especialmente problemático en un país como Nicaragua, con un elevado porcentaje de población en situación económica de especial debilidad, que quedaría dramáticamente excluido de dicha tutela si no se adoptan medidas específicas al respecto.

La Ley Jurisdiccional acierta, por ello, plenamente, al dejar fuera de esa exigencia "a quienes gozaren del beneficio de pobreza" (artículo 67, LJ). Supuesto al que se añade el de "los casos en que la suspensión fuere decretada de oficio (artículo 67, LJ).

La garantía que se deberá de tomar dependerá de las concretas características de cada supuesto, por lo que no es posible realizar una determinación previa de las mismas[99].

La Ley nicaragüense lo tiene en cuenta, y establece que ésta podrá ser presentada "de forma directa por las partes o por medio de una fianza solidaria o hipotecaria, o bien a través de cualquier otra modalidad convenida entre las partes de la litis" (artículo 67, LJ).

La precisión concreta de la misma corresponde a la sala respectiva del tribunal competente, que "fijará el monto de la garantía y de la contragarantía, ponderando los hechos, circunstancias e intereses en presencia de las partes".

---

[98] Como indica Pérez Morate, las "medidas cautelares, salvo las de mera publicidad... suelen requerir contracautelas, lo que supone un gravamen, que no siempre puede soportar al solicitante, quedando en desventaja quienes, aun estando cargados de razón, carecen de medios para afianzar o prestar caución". *Op. cit.*, nota 5, p. 147

[99] Ruiz Piñeiro, F. L., "Las medidas cautelares en la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Un año de aplicación en la Sala de Bilbao", en Pendás García, B. (coord.), *Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Estudio sistemático*, Barcelona, Praxis, 1999, pp. 344 y 345.

5. Suspensión como única medida cautelar posible *versus* reconocimiento de un *numerus apertus* de medidas cautelares: la necesidad de una interpretación superadora de los estrechos márgenes de la Ley Jurisdiccional nicaragüense

Tradicionalmente, la tutela cautelar se había venido reduciendo, en el ámbito administrativo, a la suspensión del acto[100]. Perspectiva en la que continúa anclada la legislación contencioso administrativa nicaragüense, recogida en la LJ, en cuyo capítulo IV, del título VI, donde se contienen las únicas referencias a la materia, se contempla la suspensión del acto como única medida cautelar.

Esta opción del legislador nicaragüense es criticable y totalmente insuficiente en el momento actual. Pues, desde hace ya tiempo, se viene defendiendo la necesidad de superar dicha concepción de la tutela cautelar en el proceso administrativo[101], para reconocer la existencia de un número ilimitado de medidas cautelares, también en dicho ámbito, equiparando así al juez del contencioso a los demás órganos judiciales[102].

Una justicia cautelar rebajada, ya injustificable en cualquier sector, se hace, aún más rechazable en un ámbito como el contencioso, donde el mantenimiento del sistema de decisión ejecutiva y el paso obligado por un recurso administrativo, agravan el riesgo de que el ciudadano se pueda ver afectado negativamente por el tiempo que tarda en solventarse el proceso[103].

---

[100] Como señala Trillo Torres: "en la tradición consolidada del derecho administrativo, la medida cautelar reina y prácticamente única ha sido la de suspensión del acto o disposición impugnados, de modo que toda la doctrina de las garantías provisionales en el proceso se ha movido con esta referencia estelar". *Op. cit.,* nota 35, p. 882.

[101] Señala L. Parejo Alfonso: la "suspensión no es la técnica, sino tan sólo una (si se quiere capital) de las técnicas de la tutela judicial cautelar o preventiva en el contencioso administrativo. La diversidad de las formas actuales del actuar administrativo impone, en efecto, la habilitación al Juez con facultades más amplias y distintas de la suspensiva y la articulación consecuente de ésta en un sistema que le transcienda, en calidad de instrumentos de protección judicial preventiva frente a los actos unilaterales de intervención positiva requerientes o susceptibles de ejecución forzosa". "La tutela judicial cautelar en el orden contencioso administrativo", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 49, enero-marzo de 1986, p. 35

[102] Álvarez-Cienfuegos Suárez, J. M. y González Rivas, J. J., *Análisis teórico y jurisprudencial de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Pamplona, Aranzadi, 1998, p. 370. Como apunta A. R. Brewer Carías, se ha planteado "la necesidad de la reconquista por parte del juez administrativo de los poderes de ordenar, que en general, tiene del juez judicial, y no sólo de carácter suspensivo", *Nuevas tendencias en el contencioso administrativo en Venezuela*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1993, p. 196.

[103] Como señalan Fernández-Fontecha Torres y Martínez Santamaría: "el mantenimiento del sistema de la decisión previa exige como precio contra su abuso o, en su caso, contra el

En realidad, en el momento presente, no puede entenderse, como se hacía tradicionalmente, que las medidas cautelares vengan dirigidas exclusivamente a garantizar la ejecución de la ulterior sentencia, pues, en ocasiones, cumplen una función anticipatoria del fallo, a fin de garantizar la correcta tutela de la pretensión[104].

Por ello, esa protección cautelar no puede limitarse, como ocurría anteriormente, a la suspensión del acto administrativo, sino que debe comprender medidas de naturaleza diversa dependiendo del tipo de pretensión a la que se esté dando tutela[105]. Lo que implica la necesidad de adoptar tanto medidas de carácter negativo, cuando se trate de dar respuesta a actos de gravamen adoptados por parte de la administración, como positivas, cuando se trate de pretensiones formuladas frente a actos denegatorios[106].

Esto no impide que existan algunas restricciones en cuanto al tipo de medidas a adoptar. Así, en primer lugar, debe tenerse en cuenta el carácter estrictamente provisional de la tutela cautelar, que impide, lógicamente, la adopción de medidas irreversibles[107].

Tampoco se puede olvidar que la medida cautelar depende de la pretensión deducida en el proceso, lo que implica que no será posible adoptar medidas que no sean adecuadas a esa pretensión, siendo, por tanto, imposible que se pueda adoptar cautelarmente lo que no se podría obtener en una sentencia final favorable[108]. Por ello debe, en consecuencia, existir una adecuación entre medida cautelar y pretensión similar a la que debe existir entre pretensión y sentencia[109].

---

incumplimiento del deber de resolver, un aumento sustancial del ámbito de las medidas cautelares a disposición del juez contencioso, como único instrumento procesal para poder mantener en el momento de la decisión final del proceso el mismo 'status quo' existente en el momento de su iniciación". *Op. cit.*, nota 3, p. 524.

104 Como señalan Fernández-Fontecha Torres y Martínez Santamaría: las medidas cautelares "han dejado de tener una función meramente de aseguramiento (garantizar la ejecución de la sentencia) para extenderse a cumplir una función anticipatoria del fallo (garantizar la satisfacción de la pretensión), lo que conlleva una superación del término 'cautela' para caer quizás en otro concepto más amplio como podría ser el de 'prevención'". *Ibidem,* p. 527.

105 Apunta V. Conde Martín de Hijas que "el único elemento de definición de la medida es de carácter finalista: la garantía de la efectividad de la sentencia. Por lo tanto, serán la índole de ésta y las circunstancias y elementos del conflicto, a decidir por ellas, los que puedan concretar la medida adecuada al caso. Desde una visión teórica no puede aportarse mayores precisiones de carácter general, siendo la definición de la medida cuestión a resolver en el caso concreto". "Las medidas cautelares", en Picó Lorenzo, C. (dir.), *La nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, Madrid, CGPJ, 1999, p. 579

106 Bacigalupo, *op. cit.*, nota 26, p. 135.

107 Chinchilla Marín, *op. cit.*, nota 4, p. 176.

108 Ruiz Piñeiro, *op. cit.*, nota 46, p. 327.

109 Conde Martín de Hijas, *op. cit.*, nota 52, p. 579.

En tercer lugar, es preciso que la medida adoptada entre dentro de lo jurídicamente posible, lo que impide tomar decisiones que queden fuera del campo de las atribuciones de los tribunales[110]. Podemos encontrar un ejemplo claro en el caso de la impugnación de reglamentos. Supuesto en el que el juez al dictar sentencia no podrá hacer otra cosa que validar o invalidar éste, pero en ningún caso cuenta con capacidad para darle una nueva redacción, lo que determina que la única medida aplicable sea la suspensión[111].

6. Procedimiento para la adopción de medidas cautelares

Cuando se deduce una pretensión cautelar, se hace necesario llevar a efecto la realización de una serie de trámites procedimentales a efectos de determinar si concurren los requisitos para su adopción[112]. Esta tramitación, que tiene la consideración de un incidente[113], no tiene, como tal, sustantividad propia, sino que asume un carácter estrictamente instrumental respecto al proceso en el que se ventila la pretensión principal.

De aquí se deriva que sea presupuesto para la tramitación de ese incidente cautelar que se halle pendiente el proceso principal en el que se está dirimiendo la cuestión jurídica a la que se refiere la pretensión cautelar[114].

La legislación nicaragüense apenas si dedica unas breves y fragmentarias referencias a esta cuestión, esbozando apenas las líneas maestras de ese cauce procedimental que debe seguirse para llegar a la medida cautelar.

En cuanto al momento de iniciación del incidente, debe distinguirse entre los supuestos en que la decisión se adopta de oficio o se insta por parte interesada. En el primer caso, no se señala momento alguno al efecto, por lo que entendemos que se podrá adoptar en cualquier momento, siempre que esté ya iniciado el proceso principal.

Sí obliga, sin embargo, la LJ a que adoptada esa decisión por el Tribunal competente, se notifique a las partes en un determinado plazo. Concretamente, la "Sala respectiva del Tribunal competente... deberá efectuar la respectiva notificación en un plazo de tres días hábiles por medio de cedula judicial o

[110] Chinchilla Marín, *op. cit.*, nota 4, p. 175.
[111] Bacigalupo, *op. cit.*, nota 26, pp. 158 y 159
[112] González Pérez, *op. cit.*, nota 11, p. 588. González-Varas Ibáñez, *op. cit.,* nota 5, p. 569.
[113] Chamorro González, J. M., en Sospendra Navas, F. J. (coord.), *Práctica del proceso contencioso administrativo*, 2a. ed., Madrid, 2004, p. 523.
[114] Trillo Torres, *op. cit.*, nota 35, p. 879.NAVARRO / SENDÍN GARCÍA 406

de cualquier otro medio o vía que contenga los elementos esenciales de la notificación y que dejare constancia por escrito para el cumplimiento inmediato" (artículo 63, LJ).

Cuando se inicia a instancia de parte, sin embargo, la ley fija un momento para realizar dicha actuación: la presentación de la demanda. Así se deduce del artículo[115] 62, LJ, que establece que en "su escrito de demanda el actor podrá solicitar la suspensión del acto o sus efectos, de la resolución, disposición, omisión o simple vía de hecho que le agravia".

El artículo no es muy claro respecto a la posibilidad de presentar dicha solicitud en otro momento del proceso, pues utiliza el término "podrá". Sin embargo, no parece esta interpretación muy adecuada, porque el artículo 50, LJ, al regular el escrito de demanda y sus requisitos establece que el "escrito de demanda, podrá ser presentado en papel común y debe contener lo siguiente:... 8) Solicitud, según sea el caso, de la suspensión del acto o de sus efectos, disposiciones, omisiones y vías de hecho objeto de la demanda".

Parece, por ello, que la utilización del término "podrá" en el artículo 63, LJ responde a la no obligatoriedad de la solicitud de medidas cautelares, que es, por supuesto, una posibilidad de la que goza el demandante, y en ningún caso una obligación. De tal forma que si el administrado hace uso de esa posibilidad debe hacerlo por exigencia de la LJ al presentar la demanda.

Nada impide, no obstante, en cualquier caso, que el demandante si lo considera oportuno, pueda pedir al órgano judicial que adopte la misma de oficio, cuando se halle en otro momento del proceso.

La Ley Jurisdiccional delimita también el contenido básico que tiene que tener la solicitud de tutela cautelar que se deberá contener en la demanda. Concretamente, requiere que se expresen "las razones que crea le asistan y su ofrecimiento de garantizar los eventuales perjuicios que dicha suspensión pueda causarle a la administración o a terceros" (artículo 62, LJ).

Ese mismo precepto establece la tramitación subsiguiente de esa solicitud, señalando que dentro del "tercero día, el Tribunal, de oficio o a solicitud de parte interesada, debe de pronunciarse sobre la suspensión solicitada".

La decisión judicial acerca de la suspensión, bien se produzca de oficio o a instancia de parte, adoptará la forma de auto (artículo 65, LJ). En el que se indicará en caso de acordarse la suspensión, como ya vimos en su momento,

[115] Rodríguez-Arana Muñoz, *op. cit.,* nota 7, p. 48; González Pérez, *op. cit.,* nota 11, p. 587.

las medidas que deben adaptarse para garantizar los eventuales daños que se puedan derivar de la misma (artículo 65, LJ). Contra dicho auto "cabrá el recurso de apelación en efectos devolutivo (artículo 65, LJ).

7. Medidas cautelares y proceso en el que se ventila la pretensión principal: accesoriedad e instrumentalidad de la medida cautelar

La relación de la medida cautelar con el proceso en el que se dirime la pretensión principal a cuya atención se adopta viene marcada por la instrumentalidad y la accesoriedad de la primera respecto al segundo. Este factor va a estar presente a lo largo de toda la vida de la medida cautelar, condicionando su régimen jurídico de forma decisiva.

En consecuencia con ello, la medida cautelar sólo tiene sentido dentro del desarrollo del procedimiento o proceso en el que se adopta, estando subordinada al desarrollo de éste y siguiendo, en todo momento, la suerte de la pretensión principal.[116]

De esta forma, la persistencia de la medida cautelar se producirá tan sólo en cuanto sigan perdurando los motivos que llevaron a su adopción[117]. Lo que determina que pueda ser modificada en cualquier momento del proceso, si hay una alteración de las circunstancias concurrentes que así lo aconseja[118].

Así lo establece claramente la normativa nicaragüense, que en su artículo 68 señala que el "decreto de suspensión será modificable en cualquier etapa del proceso, sea de oficio o a petición de parte, cuando se justificare que han sobrevenido hechos o circunstancias que lo hicieren procedente". "El Tribunal que estuviere conociendo de la demanda dispondrá de inmediato la cancelación y devolución de las garantías presentadas".

A esto se añade por último que, como es lógico, la medida cautelar sólo perdura hasta que se dicte la sentencia o resolución que resuelva el procedimiento o proceso en que se adoptó[119]. En ese momento, la decisión provisional en que consiste aquella va a ser resuelta por el juicio definitivo con el que el órgano judicial pone fin al proceso.

---

116 Chinchilla Marín, *op. cit.,* nota 4, pp. 32 y 33.
117 *Ibidem*, pp. 34 y 35; Rodríguez-Arana Muñoz, *op. cit.,* nota 7.
118 Álvarez-Cienfuegos Suárez y González Rivas, *op. cit.,* nota 49, p. 366 y 367.
119 Rodríguez-Arana Muñoz, *op. cit.,* nota 7, p. 48.

8. Conclusiones

La juventud del derecho administrativo nicaragüense dificulta en este ámbito, como en otros tantos aspectos, la búsqueda de una solución óptima. Siendo el tema de las medidas cautelares una cuestión controvertida y de difícil aplicación práctica. La falta de una tradición contencioso administrativa se presenta como un obstáculo de condiciones considerables para lograr una correcta tutela cautelar.

A esta falta de tradición se une, por otro lado, una deficiente regulación normativa, situada en parámetros y conceptos más propios de épocas pasadas. La consideración de la suspensión como única medida cautelar posible y la falta de un reconocimiento claro del criterio del *fumus boni iuris* son una posición superada, incompatible con la plena vigencia del derecho a la tutela judicial efectiva a la que Nicaragua debe aspirar, en tanto llega una reforma legal que adecúe la norma nicaragüense a los nuevos tiempos, una jurisprudencia decidida y valiente que extraiga todas las consecuencias que se derivan del derecho a la tutela judicial efectiva: vía para lograr dar solución a estas deficiencias. Tarea fundamental, pues en la protección cautelar que se va a jugar en numerosas ocasiones que se pueda dar auténtica respuesta a los derechos y necesidades de los ciudadanos.

XIV. EL MARCO CONSTITUCIONAL DEL ACCESO A LA FUNCION PUBLICA EN ESPAÑA

El Derecho Administrativo hunde sus raíces, como bien sabemos, en la Constitución y desde la Constitución debe explicarse. En efecto, desde 1978 hasta el día de hoy un sinfín de instituciones, conceptos, categorías y dogmas del Derecho Administrativo clásico están siendo redefinidos y repensados desde los postulados constitucionales como consecuencia de la proyección del sistema del Estado social y democrático de Derecho sobre el entero Derecho Administrativo.

El Estado de Derecho, lo sabemos bien, supuso una nueva forma de entender el poder público desde el principio de legalidad, arrumbando versiones patrimoniales y subjetivas que dominaron sobremanera el viejo régimen. Desde entonces, la arbitrariedad está prohibida y el ejercicio del poder se ha ido objetivizando a partir de una serie de técnicas que han intentado proscribir el oscurantismo, el secreto y la opacidad como ambientes propios de ejercicio del poder que tanto dañó los derechos de tantos ciudadanos en el pasado. Sin embargo, a pesar de los pesares, día a día se certifica la existencia, también en el modelo democrático, de no poca arbitrariedad y subjetividad, seguramente porque el problema del poder, además de jurídico, o precisamente por ello, requiere de un fuerte compromiso personal con los más elementales principios democráticos.

Por tanto, en este epígrafe acerca de un tema tan importante como es el de la función pública, se debe tener presente la dimensión jurídica y la humana puesto que el poder es una de las realidades más antiguas a cuyo través tanto bien puede conseguirse como tanto mal puede provocarse. La clave va a estar en el sentido que se le dé a su ejercicio y a la intensidad, repito, del compromiso personal con los valores constitucionales de que hagan gala los titulares de los diferentes organismos públicos en cada momento

Desde hace algún tiempo vengo trabajando en lo que se viene denominando por el profesor MEILAN GIL, Derecho Administrativo Constitucional; es

decir, el estudio del Derecho Administrativo desde el marco constitucional. Consecuencia de este enfoque es este primer tomo introductoria del Derecho Administrativo Constitucional Español, al que espero agregar con el tiempo otros tomos referidos a las instituciones (acto, contratos, procedimiento, expropiación, sanciones, contencioso…) en su entendimiento desde los principios y parámetros constitucionales.

Constitución y Jurisprudencia van a ser, por ello, constantes en este epígrafe, que pretende ser una reflexión general sobre el alcance y proyección de los criterios constitucionales sobre el acceso a la función pública, modulada por la aplicación a la realidad de dichos preceptos a partir de determinados conflictos jurídicos resueltos en sede judicial.

Esta materia, la función pública, está muy vinculada con el ejercicio del poder público. Y el ejercicio del poder público requiere, para su cabal comprensión en el modelo democrático, la aplicación de lo que he denominado postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario. Si nos instalamos en los aledaños del pensamiento único, y su corolario necesario: el uso alternativo del Derecho, entonces el poder se convierte, no en un medio para hacer posible el bienestar integral de los ciudadanos, sino en un fin al que se debe supeditar la vida entera. Y hoy, por más que nos pese, a pesar de los años de camino democrático que llevamos, seguimos observando, desde cualquier color político, un ejercicio del poder al margen de la vitalidad real de la ciudadanía, como lucha hobessiana contra el adversario, al que hay que laminar y eliminar precisamente a través del ejercicio del poder entendido como espacio de exclusión o de dominación absoluta.

Todos estamos de acuerdo, intuyo, en que los poderes públicos no pueden contratar al personal que tengan por conveniente sin más. Deben seleccionar el personal de acuerdo con la Constitución, lo que implica que el mérito y capacidad, como quiere el artículo 103.3, serán los principios y el ambiente que debe presidir el acceso y la promoción en la función pública. Este criterio se aplica, en mi opinión, a todas las Administraciones públicas sin perjuicio de que estén sometidas al Derecho Administrativo o al Derecho Privado. Por la sencilla razón que la denominada huida del Derecho Administrativo, hoy en franca crisis debido a la nueva función del Estado como garante de los derechos de los ciudadanos, ha tocado fondo y, sobre todo, porque en materia de selección de personal y de contratación los principios de mérito y capacidad, de publicidad y concurrencia, son de aplicación necesaria a cualesquiera Administración pública sea cuál sea su estatuto jurídico. La razón profunda la hallamos precisamente que los fondos públicos deben estar presididos en su uso y manejo por la transparencia, propiedad fundamental de la democracia que requiere de publicidad, concurrencia, mérito y capacidad. Por tanto, la

huida de finales de siglo está transformándose en una vuelta, nueva y renovada, al Derecho Administrativo del siglo XXI.

En el artículo 103.1 de la Constitución encontramos las tres notas características de la actividad administrativa: servicio objetivo al interés general. Por tanto en esta materia del acceso a la función pública desde la perspectiva constitucional, la objetividad, que viene del Estado liberal de Derecho a través del principio de legalidad, expresa la honda igualdad de todos los ciudadanos ante la Ley en su aplicación. Es decir, la Administración pública y sus agentes no pueden manifestar preferencias o discriminaciones fundadas en razones subjetivas de unos sobre otros. La selección del personal debe basarse en el mérito y la capacidad que habrán de valorarse por los órganos de selección a través de os correspondientes procesos selectivos. La razón de que la Administración esté vinculada por el mérito y la capacidad como criterios esenciales para la selección del personal trae su causa de que ante las Administraciones públicas todos somos iguales y de que la Administración, que también está vinculada de acuerdo con el párrafo primero del artículo 103 por la eficacia, deba elegir aquellas personas que estén mejores condiciones de cumplir los fines del aparato público. Y, en función de estos criterios, se diseñan los procesos selectivos en los deben resplandecer el mérito y la capacidad.

Es bien conocido el texto de la Declaración de los derechos del hombre y el ciudadano de 1789 en el que se consagra, en relación con el tema que nos ocupa el principio de igualdad al establecerse que "todos los ciudadanos son igualmente admisibles a todas las dignidades, puestos y empleos públicos según su capacidad y sin otra distinción que sus virtudes y talentos". Bellas palabras que reflejan bien el espíritu ilustrado en este punto. Palabras que siguen siendo de aplicación en nuestro tiempo en la medida en que suponen la proyección del espíritu democrático en el marco de la función pública. Mérito y capacidad, por tanto, son características del sistema de acceso a la función pública que, desde el principio del sistema de Derecho Administrativo que surge de la Revolución francesa, han pugnado contra las expresiones de amiguismo, favoritismo, nepotismo, endogamia y "spoyl sistem" que han distinguido al antiguo régimen en este punto como consecuencia de la naturaleza patrimonial del poder.

Sin embargo, no podemos caer en la ingenuidad, a veces calculado cinismo, de pensar que la corrupción se elimina con la apelación a principios jurídicos o a citas constitucionales. Es, por supuesto, necesaria la referencia a la Constitución, pero no suficiente por la sencilla razón de que los poderes son realizados por hombres y mujeres y de ellos, de sus compromisos constitucionales, depende que el ejercicio del poder, también en materia de selec-

ción de personal, discurra por estos u otros derroteros. Afortunadamente, la creencia en el efecto taumatúrgico de las Normas jurídicas ya no tiene apenas seguidores porque las Normas precisan de instrumentos jurídicos que las apliquen, y en esta tarea de aplicación y ejecución de la Ley, la Administración pública, y sobre todo los empleados públicos, tienen un papel fundamental. A ellos, a su sentido de la prudencia, de la proporción, de la medida, de la ponderación debemos que en tantas ocasiones los preceptos de las leyes se cumplan cabalmente. Otras veces, porque en toda realidad humana hay luces y sombras, las Normas no se cumplen; más bien, se busca deliberadamente el fraude de ley.

La selección del personal para la función pública refleja paladinamente la temperatura del compromiso democrático y expresa la naturaleza del talante de los políticos. Normalmente, cuándo el principio de igualdad se cumple en esta materia, se puede decir que, en efecto, brillan las cualidades democráticas. Y, cuándo el favoritismo o amiguismo imperan por doquier, entonces nos encontramos en ambientes autoritarios o de ejercicio del poder en clave clientelar.

En términos generales, se puede afirmar que en nuestro país las Normas jurídicas y la praxis de los órganos administrativos encargados de la selección de personal en la función pública propician un entorno de igualdad, de mérito y de capacidad como criterios rectores.

El marco constitucional del acceso a la función pública es el tema que me trae hoy a Granada. Pues bien, junto al artículo 103 de la Constitución, que es el precepto de cabecera del régimen constitucional de la Administración pública, hemos de acudir a otro artículo que inicialmente se aplicaba a los titulares de los órganos públicos pero que ya se puede entender de aplicación también a los empleados públicos. Me refiero al artículo 23.2 CE que, como ustedes saben muy bien, dispone: "…tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes".

Este precepto define nada menos que un derecho fundamental que, en nuestro caso, establece el marco de operatividad del mérito y capacidad a que se refiere el artículo 103 de la Constitución. La interpretación literal del artículo 23.2 deja pocas dudas sobre su proyección sobre el acceso a la función pública en la medida en que se dice expresamente. Así, en síntesis, podemos afirmar que este precepto consagra el derecho fundamental al acceso en condiciones de igualdad a la función pública, de forma y manera que salvo por razones objetivas y razonables, ningún ciudadano puede ser discriminado o ser objeto de trata desigual. Quiérase decir que la objetividad que distingue

constitucionalmente a la Administración pública, artículo 103, se traduce, para el caso del acceso a la función pública en el mérito y capacidad como patrones o parámetros de racionalidad que van a hacer posible que ese derecho fundamental del artículo 23.2 se realice constitucionalmente.

Afortunadamente, el Tribunal Constitucional, después de interpretar el artículo 23.2 a favor sólo de los cargos representativos, debido a determinadas intervenciones durante el debate de la Constitución y a la exclusión de la referencia al mérito y la capacidad del precepto en cuestión, rectificó el camino para situar la cuestión en sus justos términos. Incluso el profesor Garrido Falla sostuvo en un principio, igual que el propio Tribunal Constitucional, que el artículo 23.2 y el 103 tenían una dimensión subjetiva diferente. El primero contemplaba la función política y el segundo la función pública integrada por los llamados funcionarios de carrera.

Fiel exponente de esta primera aproximación es la sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de febrero de 1984:

"… la lectura de los preceptos transcritos acredita que el derecho de acceso a los cargos públicos que regula el artículo 23.2, interpretado en conexión con el 23.1 y de acuerdo con tales preceptos, se refiere a los cargos públicos de representación política.."

Esta doctrina fu secundada por el Tribunal Supremo tal y como pone de manifiesto, por ejemplo, la sentencia de 24 de noviembre de 1986 al establecer que "las funciones y los cargos públicos a que se refiere el artículo 23.2 de la Constitución no incluye los puestos de la función pública profesional, la que es contemplada en el artículo 103.3 de la Constitución, pues aquél se refiere exclusivamente a los cargos públicos de carácter político…"

Pues bien, se puede decir que el cambio de criterio se produce con toda claridad en la sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de abril de 1989, que resuelve un recurso interpuesto contra una convocatoria de pruebas selectivas para el ingreso en un cuerpo administrativo autonómico. La argumentación del Tribunal parte, como es lógico, del análisis de la supuesta discriminación del derecho fundamental a la igualdad en el acceso a la función pública del 23.2 conectado con los parámetros del mérito y capacidad del artículo 103 también de la Constitución. Para el Constitucional existe una explícita, e implícita, conexión entre ambos artículos, de manera que el artículo 23.2 impone la obligación de no exigir para el acceso a la función pública requisito o condición alguna que no sea referible a los conceptos de mérito o capacidad. Razonamiento que, además, resulta congruente, como ha señalado MEMBIELA, con el artículo 19.1 de la ley de medidas urgentes

para la reforma de la función pública de 1984 cuándo exige para el acceso a la función pública la garantía de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad.

Ciertamente, esta hermenéutica del artículo 23.2 es coherente con lo dispuesto en el artículo 103 puesto que el mérito y capacidad constituyen los conceptos en los que se debe enmarcar el derecho fundamental a la igualdad en el acceso a la función pública. Es más, los parámetros del 103 reclaman como determinación previa el derecho fundamental al acceso en condiciones de igualdad a la función pública. Si no existiera el derecho fundamental a la igualdad en el acceso a la función pública, el mérito y la capacidad carecerían de sentido.

GARCIA-TREVIJANO ha afirmado, desde esta perspectiva, la existencia de un auténtico derecho fundamental a la igualdad en el acceso a la función pública profesional, complementario del derecho fundamental al acceso a los cargos públicos de naturaleza política. SANCHEZ MORON que ha estudiado ampliamente el derecho de la función pública, sostiene, en esta línea, la existencia de un derecho "per relationem": un derecho a no ser discriminado o sufrir un trato desigual no fundado en razones objetivas y razonables en el acceso a los cargos y funciones públicas.

Insisto, el mérito y la capacidad aparecen como el límite constitutivo del derecho fundamental a la igualdad en el acceso a la función pública profesional. El derecho fundamental a la igualdad en el acceso al empleo público no es un derecho fundamental absoluto. De ahí que el mérito y la capacidad aparezcan como los límites que ayudan a entender el contenido constitucional del derecho. Pero, además, la legislación ordinaria ha establecido algunos límites como consecuencia de la existencia de algunas circunstancias que el interés público debe prever para que, en efecto, la Administración pública en general, y sus agentes en particular, puedan cumplir con mayor intensidad el servicio objetivo al interés general que justifica su existencia y su función constitucional. Me refiero al tema de las lenguas cooficiales que examinaremos a continuación y que nos van a permitir efectuar algunas reflexiones desde la perspectiva de los principios constitucionales.

Sin embargo, no quiero dejar de llamar la atención sobre la importancia de que el acceso a la función pública en condiciones de igualdad sea efectivamente un derecho fundamental. Seguramente, a nadie se le escapa que la ubicación de este derecho en el artículo 23.2 permite a sus titulares la tutela judicial reforzada del artículo 53.2 de la Constitución y, por ello, la defensa ante los Tribunales frente a decisiones administrativas que lo violen pudiendo acudir, por tanto, al procedimiento de defensa jurisdiccional con-

tencioso-administrativa para los derechos fundamentales que prevé la Ley de 1998 y, por supuesto, al denominado contencioso normal u ordinario. Por supuesto, en última instancia, está abierta la vía de amparo constitucional. Que el acceso a la función pública en condiciones de igualdad sea un derecho fundamental es, pues, muy relevante.

La existencia de lenguas cooficiales en una determinada Comunidad Autónoma ciertamente modula el acceso a la función pública autonómica en condiciones de igualdad. Ahora bien, que se produzca una razonable y lógica limitación del derecho fundamental no quiere decir, como es obvio, que a través de la legislación de función pública en las Comunidades Autónomas con lenguas cooficiales se lesione esencialmente el derecho fundamental. De lo que se trata, desde mi punto de vista, es de que la Administración pública, estatal o autonómica, pueda cumplir en las mejores condiciones su función de servicio objetivo al interés general. Es decir, las limitaciones que vamos a analizar a la luz de la legislación autonómica y de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, deben proceder de la racionalidad y de la consideración servicial de la propia Administración pública.

La gran pregunta en toda esta cuestión podría ser la siguiente: ¿qué condición debe tener en las pruebas selectivas para el acceso a la función pública autonómica el conocimiento de la lengua cooficial?. Pregunta que nos lleva a plantear la necesidad de operar en este campo desde los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario. Matización que me parece pertinente para evitar el pensamiento único que llevaría, por ejemplo, a minimizar la realidad de las lenguas autonómicas o, por el contrario a construir la doctrina del requisito "sine qua non" que se está intentando sin que, al parecer, se sea capaz de ofrecer soluciones presididas por la mesura y el respeto a la Constitución.

Desde el punto de vista general, el artículo 19.1º de la Ley de 1984 dispone que las Administraciones públicas, en el respectivo ámbito de sus competencias, deberán prever la selección de funcionarios debidamente capacitados para cubrir los puestos de trabajo en las Comunidades Autónomas que gocen de dos lenguas oficiales. Aplicado este precepto a la Administración del Estado, podríamos plantearnos que en los procesos selectivos para cubrir puestos de trabajo en las oficinas de atención al público o de registro se deba acreditar, como requisito "sine qua non" el conocimiento de la lengua cooficial. En este caso, parece razonable exigir dicho requisito por razones evidentes, pues en una Comunidad con dos lenguas es normal que las relaciones de los ciudadanos con la Administración puedan ser en una u otra lengua y, lógicamente, en los puestos de trabajo que más se relacionan con los ciudadanos debe haber personal capaz de entender y contestar en las dos

lenguas. De lo contrario se podría decir que esa Administración pública no cumple cabalmente su función de servicio objetivo a los intereses generales por la sencilla razón de que antes del servicio está el conocimiento de lo que plantean los ciudadanos.

Por tanto, tampoco en esta materia se pueden hacer reglas categóricas. Más bien, debe operarse casuísticamente buscando la mejor solución de acuerdo con la Constitución, como es lógico. En este sentido, vamos a analizar la doctrina del Tribunal Constitucional. Para ello, es menester citar en primer lugar la sentencia de 26 de junio de 1982 en la que se señala que cuándo un Estatuto de Autonomía declara cooficial su lengua propia está imponiendo obligaciones a los poderes autonómicos y estatales, reconociéndolo como medio normal de comunicación entre ellos y en su relación con los sujetos privados, con plena validez y efectos jurídicos. Lógicamente, si existe una lengua cooficial ello debe tener consecuencias jurídicas puesto que la lengua es un medio de comunicación entre personas e instituciones, entre instituciones o entre personas. Sí, la lengua es un medio de comunicación y dónde es cooficial implica que deba ser conocida en dicho territorio. Ahora bien, que deba ser conocida no quiere decir que tenga que ser requisito general para el acceso a la función pública autonómica. Lógicamente, la Administración pública autonómica debe estar en condiciones de comunicarse con los ciudadanos en la lengua en que éstos se relacionen con la Administración pública. Esto implica que los puestos de trabajo de relación o de comunicación con los ciudadanos dónde existe lengua cooficial deben estar servidos por personas que conozcan razonablemente la lengua propia pues, de lo contrario se producirían evidentes disfunciones.

En estas reflexiones no debe olvidarse que el artículo 3.1 de la Constitución señala que el castellano es la lengua española oficial del Estado y que todos los españoles tienen el deber de conocerla y el derecho de usarla. Deber de conocer el castellano y derecho de ser usado por todos los ciudadanos. La lengua cooficial debe ser conocida por la Administración autonómica, lo que implica que los empleados públicos deben comprenderla para relacionarse con los ciudadanos.

Llegados a este punto, es menester traer a colación una sentencia del Constitucional relevante en esta materia. Me refiero a la sentencia de 5 de agosto de 1983 que plantea, en términos de equilibrio y armonía la obligación de conocimiento del castellano y el derecho de usar las lenguas cooficiales. En este sentido, la sentencia señala que el derecho de los ciudadanos de una Comunidad Autónoma con lengua cooficial queda cumplido atribuyendo el deber de conocimiento de dicha lengua a la Administración en su conjunto, no individualmente a cada uno de los empleados públicos. Dicho fallo admi-

te, como no podía ser menos, que se considere el conocimiento del idioma cooficial como mérito valorable :

"Una interpretación sistemática de los preceptos constitucionales y estatutarios lleva, por una parte, a considerar el conocimiento de la lengua propia de la Comunidad como un mérito para la provisión de vacantes, pero, por otra, a atribuir el conocimiento de dicha lengua a la Administración autonómica en su conjunto, no individualmente a cada uno de sus funcionarios, como modo de garantizar el derecho a usarla por parte de los ciudadanos de la respectiva Comunidad.

Ahora bien, dentro de este contexto, la valoración relativa de dicho mérito-y como tal considera el artículo 32.2ª), el conocimiento de la lengua oficial propia de las Comunidades- no tiene su fundamento en la implantación real de la lengua en cuestión, sino en la necesaria garantía del derecho a usarla, por lo que la frase final del apartado a) del artículo 32.2 "en función de la implantación real de la misma" ha de considerarse inconstitucional".

Para lo que ahora interesa, la doctrina constitucional establece la obligación de la Administración pública autonómica de conocer la lengua cooficial, obligación que graba sobre el conjunto de la organización, lo que implica que será la propia Administración autonómica la que, de acuerdo con la definición de los puestos de trabajo, quien determine concretamente como se materializa esa obligación.

La ley 30/1992 da un paso más en esta cuestión y establece en su artículo 36, desde la óptica del ciudadano, su derecho al uso de la lengua cooficial, en cuyo caso la Administración del Estado deberá igualmente expresarse en la lengua cooficial. Es decir, si el ciudadano se dirige a la Administración del Estado en castellano ésta le contestará en la misma lengua. Y si opta por la lengua cooficial, también la Administración del Estado le contestará en la misma lengua. Obviamente, en las relaciones de oficio, el idioma de la Administración del Estado será el castellano, aunque, es lo normal, las comunicaciones se producen en ambos idiomas. En los supuestos de las Administraciones autonómicas y locales con lengua cooficial, el precepto autoriza a que la regulación del lenguaje a utilizar se remita a la normativa autonómica y a la especial local. La extensión de esta previsión permite que se salve la traducción al castellano cuándo se trate de documentos que debieran surtir efectos en el territorio de una Comunidad Autónoma dónde sea cooficial esa misma lengua distinta del castellano. Previsión pensada seguramente para Catalunya e Isles Ballears.

De acuerdo con la remisión a la legislación autonómica y teniendo presente la doctrina Constitucional examinada hasta el momento, podría sentarse

que, en efecto, el conocimiento de la lengua cooficial puede ser empleado como mérito en las bases para el acceso a la función pública autonómica. A partir de aquí, encontramos diferentes grados en la consideración del conocimiento de la lengua cooficial para el acceso a la función pública autonómica. En Catalunya e Illes Ballears, se exige para el acceso a la función pública autonómica en general, en País Vasco y Galicia se requiere para determinados puestos de trabajo.

Ciertamente, la facultad de exigir el conocimiento de la lengua cooficial debe integrarse en el marco del derecho fundamental al acceso a la función pública en condiciones de igualdad y de acuerdo con los principios de mérito y capacidad. Y dicha ponderación, que corresponde a la Administración autonómica, debe hacerse en el contexto de la plaza concreta.

En toda esta delicada cuestión podemos preguntarnos por el sentido de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. El Supremo acredita una interesante evolución que pasa desde su rechazo a valorar el conocimiento de la lengua cooficial, a admitirlo como requisito ordinario, hasta llegar a configurarlo como elemento integrativo de la capacidad del aspirante. Veamos.

En primer lugar, encontramos el rechazo a toda valoración en sendas sentencias de 25 de enero de 1985, de 3 de mayo de 1985, y de 18 de octubre de 1986. La segunda etapa parte de considerar, como ha señalado MEMBIELA, la lengua autonómica como mérito ordinario, aunque rechazándolo como requisito de capacidad que motive la exclusión de las pruebas selectivas. Es el caso de las sentencias, por ejemplo, de 3 de marzo de 1987 o de 21 de marzo de 1988. En fin, la tercera fase de la evolución jurisprudencial que analizamos, comienza tras la sentencia de 24 de noviembre de 1989 y permite, bajo supuestos justificados, que el conocimiento de la lengua cooficial se convierta en elemento integrativo de la capacidad del aspirante, con carácter obligatorio y efectos eliminatorios. En este caso, la cualificación puede ser superada " a posteriori" con la superación de un determinado curso oficial. O, si se quiere, dicha cualificación puede acreditarse con anterioridad a las pruebas selectivas si el aspirante ha superado dichos cursos oficiales. Hoy, dadas las posibilidades de las Administraciones públicas autonómicas, muchas de las cuáles disponen de Escuelas de Administración pública, no parece complejo solucionar estos problemas de cualificación en la lengua cooficial.

A efectos sistemáticos, podemos deducir de las sentencias de 13 de octubre de 1988 y de 22 de julio de 1996, los siguientes criterios sobre la cuestión de la lengua cooficial y el derecho fundamental a la igualdad en el acceso a la función pública autonómica:

El principio general sigue siendo que puede valorarse como mérito no eliminatorio el conocimiento de la lengua cooficial para el acceso a la función pública autonómica.

Para concretos y determinados puestos de trabajo, las Administraciones públicas competentes pueden otorgar al conocimiento de la lengua cooficial carácter eliminatorio. Es el caso, por ejemplo, del acceso a la función pública en las oficinas de atención al público de una Administración autonómica o en las oficinas de atención al ciudadano en una Delegación del Gobierno con lengua cooficial.

La razón de esta excepción es muy sencilla: es la forma de garantizar el derecho de usar la lengua cooficial por parte de los ciudadanos que habitan Comunidades Autónomas con lengua cooficial.

Del criterio sentado en el punto anterior se infiere fácilmente que será discriminatoria la exigencia de conocimiento de la lengua cooficial cuándo no esté vinculada a la garantía del uso de la lengua vernácula por los ciudadanos de la Comunidad. Por eso es muy importante que se determine con toda precisión esta circunstancia en las relaciones de puestos de trabajo, por razones de seguridad jurídica y por elementales razones de planificación en las políticas de recursos humanos.

Cuándo no concurra alguna de estas circunstancias será aplicable la tesis jurisprudencial que considera discriminatoria la exigencia del conocimiento de la lengua cooficial con carácter obligatorio.

Junto a la doctrina del Tribunal Supremo, no podemos olvidar, obviamente, la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en su sentencia de 26 de junio de 1986 al admitir el conocimiento de la lengua cooficial dentro de las bases de un proceso selectivo para el acceso a determinadas plazas. A partir de esta jurisprudencia, el Tribunal Constitucional señalará, sentencia de 28 de febrero de 1991, que el conocimiento de la lengua vernácula puede ser requisito de capacidad para el acceso a la función pública autonómica, de manera que en el proceso selectivo deberá acreditarse el conocimiento de la lengua cooficial en su expresión oral y escrita. El fundamento de esta doctrina el Tribunal Constitucional lo encuentra precisamente en los principios de mérito y capacidad, parámetros moduladores del derecho fundamental al acceso a la función pública en condiciones de igualdad. En efecto, el Tribunal Constitucional señala en esta capital sentencia de 1991 que el principio de mérito y capacidad para el acceso a la función pública supone la carga para quien quiera acceder a ella de acreditar las capacidades, conocimientos e idoneidad exigibles para la función a la que se aspira, por lo que la exigen-

cia del conocimiento de la lengua cooficial en el territorio dónde actúa la Administración a la que se desea integrarse es perfectamente ubicable dentro de los méritos y capacidades requeridas. Esta interpretación, debe enmarcarse, como es lógico, en el contexto, en el suelo del artículo 23.2 tal y como lo hemos entendido anteriormente. En efecto, la exigencia del conocimiento de la lengua cooficial es adecuada y congruente en relación con la función a desempeñar. Es un requisito que no se puede, en mi opinión, establecer como requisito general de acceso a la función pública autonómica dónde exista lengua vernácula. Pienso que fuera del supuesto de puestos de trabajo que por su especial naturaleza requirieran el conocimiento de la lengua cooficial, su exigencia generalizada y masiva lesionaría gravemente el derecho fundamental a la igualdad en el acceso a la función pública al exigirse como requisito un conocimiento de la lengua cooficial que va más allá de la idoneidad requerida para desempeñar con eficacia la función pública. Es decir, ha de ser en la realidad, en la determinación de las relaciones de puestos de trabajo dónde haya de efectuarse esta modulación de la igualdad justificada en el mérito y la capacidad, lo cual sólo puede realizarse racional y objetivamente desde la definición de la función concreta de la plaza convocada públicamente.

Ciertamente, los tiempos que corren en nuestro país no son lo más adecuados para que prevalezca el sentido común, el equilibrio y la ponderación en esta materia, por cuánto con relativa frecuencia observamos con qué frivolidad se utiliza la cuestión de la lengua, no como elemento de comunicación, sino como arma arrojadiza a la búsqueda de la afirmación radical de un hecho diferencial que se pretende definir con carácter absoluto, ignorando las más elementales exigencias del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario. En fin, esperemos que la cordura vuelva al espacio político y las cuestiones se planteen con racionalidad y pensando en cómo mejorar de verdad las condiciones de vida de los ciudadanos.

En esta materia, como hace BAÑO LEON, interesa distinguir con claridad entre discriminación y desigualdad razonable. La segunda se produce precisamente cuándo la no realización de la prueba del conocimiento de la lengua cooficial no provoque la exclusión del proceso selectivo, sino una desventaja susceptible de poder ser corregida o subsanada, por ejemplo superando algún curso organizado por la Escuela de Administración pública respectiva que sea parte del proceso selectivo, precisamente ahora que está tan en boga la realización de cursos selectivos para la adquisición de la condición de funcionario y que tanto predicamento tiene la formación continua.

En este sentido, debemos tener bien presente la regulación que en la materia establece la Administración del Estado: la Orden de 20 de julio de 1990. Dis-

posición que establece las normas para la provisión de determinados puestos de trabajo en la Administración periférica del Estado en relación con el conocimiento de las lenguas cooficiales propias en determinadas Comunidades Autónomas: País Vasco, Catalunya, Galicia, Comunidad valenciana, Comunidad Foral de Navarra e Illers Ballears. En estos casos, el conocimiento de la lengua cooficial se valorará como mérito para la provisión por concurso de los puestos de trabajo cuyo contenido tenga relación directa con la información al público, la recepción y registro de documentos, las actividades de gestión con significados grados de proximidad con el público y de frecuencia en su relación; así como con las actividades para las que el conocimiento de la lengua cooficial constituya factor relevante. Desde luego, se trata de una regulación razonable que enmarca la cuestión en sus justos términos

Una vez analizada la cuestión del conocimiento de la lengua cooficial en el marco del derecho fundamental a la igualdad en el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, es momento de estudiar la repercusión de las pruebas restringidas en este derecho fundamental. Para ello, es menester tener bien presente el artículo 19.1 de la ley de medidas urgentes para la reforma de la función pública de 1984, en cuya virtud, como es sabido, se señalan los tres sistemas ordinarios de acceso a la función pública: oposición, concurso o concurso-oposición. Sin embargo, la realidad ha demostrado que, en virtud de la discutida doctrina "por una sola vez", se han diseñado convocatorias de acceso a la función pública en las que se han primado determinadas características de algunos aspirantes, introduciendo graves quiebras de la igualdad que, sin embargo, en algunos casos han encontrado la comprensión judicial por la vía de la excepcionalísima situación concurrente en el nacimiento de la función pública de las Comunidades Autónomas.

Quizás, la clave para entender lo que ha pasado se encuentre, como señala MEMBIELA, en el uso realizado de la disposición transitoria sexta de la ley de 1984 citada, precedente de lo que no mucho después empezaría a ocurrir en un ejercicio frontera con las más detestables prácticas del caciquismo del siglo XIX:

"2. Todo el personal que haya prestado servicios como contratado administrativo de colaboración temporal o como funcionario interino podrá participar en las pruebas de acceso para cubrir las plazas de nueva creación.

En todo caso, estas convocatorias de acceso, deberán respetar los criterios de mérito y capacidad, mediante las pruebas que reglamentariamente se determinen, en las que se valorarán los servicios prestados por este personal.

3. Las Comunidades Autónomas aplicarán las anteriores normas al personal contratado administrativo de colaboración temporal dependiente de las mismas para el acceso a las respectivas funciones públicas autónomas.

4. Los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas podrán convocar pruebas específicas para el personal que al amparo de disposiciones de carácter general promulgadas por las correspondientes Comunidades Autónomas tuviesen, con anterioridad al 15 de marzo de 1984, condición de contratados administrativos en expectativa de acceso a su respectiva función pública. Se considerarán incluidos en el presente precepto los contratados mediante convocatorias públicas con anterioridad al 15 de marzo de 1984"

La letra de la disposición es bien respetuosa con el principio de mérito y capacidad y con la igualdad en el acceso puesto que dicho derecho fundamental al acceso en condiciones de igualdad se va a producir en un contexto en el que existe un número determinado de personas que con carácter temporal han sido vinculadas a la función pública. Ciertamente, es posible encontrar diseños de convocatorias en las que se haga un uso razonable del mérito y capacidad en la situación descrita. Es decir, es posible encontrar sistemas de selección en los que resplandezca el mérito y la capacidad en combinación con la valoración de los denominados servicios previos. Lo que no ocurre, en ningún caso, si la baremación de los servicios previos supone, como ha ocurrido en algún caso, la práctica exclusión " a priori" de aspirantes que concurrían al acceso sin servicios previos. Cuándo esto ha acontecido, ha sido por valorar desproporcionadamente los servicios previos, lo que implica la lesión grave del mérito y la capacidad y la consagración, no de la desigualdad razonable, sino de la discriminación que, como sabemos, es una forma más de arbitrariedad.

La convocatoria de pruebas de acceso sólo para quienes tengan servicios previos en la Administración autonómica o local, como interino o contratado, sabemos bien que procede de épocas preconstitucionales y también de una de las peores décadas de la segunda mitad del siglo pasado en España. La razón algunos la encuentran en el uso de la función pública como fórmula para paliar el creciente desempleo mientras que para otros no era más que una práctica de introducir en la estabilidad al personal adepto al partido.

El caso de las pruebas restringidas de acceso hay que diferenciarlo tanto de la promoción interna como de la valoración de los servicios previos. De todas formas, cuándo la valoración es desproporcionada el resultado es la violación del derecho fundamental al acceso a la función pública en condiciones de igualdad.

Un caso ciertamente polémico es el de un concurso para la provisión de determinados puestos de trabajo en el que las bases requerían la pertenencia a un nivel inferior. El Tribunal Constitucional lo justifica señalando que al ser una promoción entre funcionarios "puede considerarse en modo alguno irrazonable o arbitrario que se estime como mérito para el acceso a unas plazas administrativas de nivel superior el estar ocupando otras de nivel inferior (…) al ser una promoción entre funcionarios para el acceso a las plazas de oficial, aunque a través del sistema selectivo del concurso-oposición, lo que no resulta contrario a la Constitución, sino concorde con ella, dado el mandato de favorecer la promoción mediante el trabajo (artículo 35.1)".

El problema nos lo encontramos cuándo el artículo 35.1 de la Constitución se utiliza saltando y sorteando los procedimientos selectivos: lo que ocurre cuando se mezcla el concurso-oposición con la promoción, cuándo se conculca la igualdad dando preferencia al funcionario sobre el que no lo es. Cuándo se trate de acceso a la función pública el régimen es distinto que en los casos de promoción interna, como es obvio.

En este momento, podemos afirmar que fuera del ámbito de aplicación del artículo 35.1, que en la función pública se circunscribe a los casos de promoción interna, la justificación de la igualdad en las pruebas restringidas es contraria a las más elementales exigencias del derecho fundamental establecido en el artículo 23.2 de la Constitución.

En cualquier caso, tampoco es oportuno estar siempre recordando lo que se ha hecho mal porque este camino no lleva a ninguna parte. Lo que está mal, mal está, mal se hizo y hay que olvidarlo. Lo que tiene de positivo lo que ha ocurrido es que ya sabemos lo que no hay que hacer. Y si a pesar de ello, siguen perviviendo las prácticas caciquiles entonces el juicio que podemos hacer no necesita de demasiados comentarios. Claro que ha habido una deficiente planificación y racionalización de las políticas de selección en la función pública. Claro que las Comunidades Autónomas tenían que iniciar su camino y que por algún lugar había que comenzar. Por supuesto, pero ello no equivale a afirmar que esta excepcional situación habría de llevar a una más o menos deliberada violación de la igualdad en el acceso a la función pública. De ninguna manera, muchas cosas se hicieron mal. Ya está, se reconoce y a procurar cumplir con los criterios y principios constitucionales en la materia, olvidando el pasado o sin pretender acogerse a él.

El pasado nos enseña que la contratación temporal en la función pública debe estar bien justificada porque, de lo contrario, se abren las puertas de la arbitrariedad, del clientelismo y del amiguismo, justo las prácticas que curiosamente más han sido denostadas en esta materia.

¿Quiere esto decir que los procesos de funcionarización todavía en vigor son ilegales?. Lo que quiero decir es que no es de recibo que todavía en estas fechas sigamos con procesos de funcionarización, con procesos restringidos para facilitar al acceso a la función pública a determinados colectivos. La doctrina de "por una sola vez" o de la excepcionalidad, la trajo el Tribunal Constitucional en su polémica sentencia de 14 de febrero de 1991 referida a la función pública andaluza y canaria y que algunos la extienden también a la función pública estatal. Para el Tribunal Constitucional "es evidente que el derecho a la igualdad en el acceso a la función pública supone una limitación fundamental a la práctica de las llamadas pruebas restringidas para el acceso a la función pública, las cuáles han de considerarse como un procedimiento proscrito por el artículo 23.2 de la Constitución, si bien no cabe excluir que en determinados casos excepcionales la diferencia de trato establecida en la Ley a favor de unos y en perjuicio de otros pueda considerarse como razonable, proporcionad y no arbitraria a los efectos de la desigualdad de trato que establece, siempre que dicha diferenciación se demuestre como un medio excepcional y adecuado para resolver una situación también excepcional, expresamente prevista en una norma con rango de Ley y con el objeto de alcanzar una finalidad constitucionalmente legítima, entre las que se integra también la propia eficacia de la Administración pública".

Desde luego, el razonamiento de la sentencia es débil porque justifica la quiebra de un derecho fundamental y falaz porque la eficacia, salvo que se justifique la perspectiva maquiavélica, debe integrarse siempre en la legalidad . En cualquier caso, no es mi propósito anclarme en 1991. Lo grave es que todavía hoy se pretende esgrimir esta doctrina para continuar con la práctica de las pruebas restringidas para el acceso a la función pública.

A esta sentencia de 1991, aplicable a aquellas personas contratadas antes de 15 de marzo de 1984, siguió otra de 1992, de 19 de octubre, que analizó la constitucionalidad de una disposición transitoria de una Ley canaria de 1987 que fue más allá de marzo de 1984. El Tribunal Constitucional entendió que la transitoria de la Ley estatal de 1984 era básica conectándola con el citado artículo 19, el que establece con carácter general la regla de la convocatoria. Por ello, "la previsión de pruebas específicas para los funcionarios interinos en los términos en los que lo hace la disposición transitoria novena, 3, de la ley canaria impugnada, no puede ser aceptada, al conllevar la quiebra del repetido principio básico de convocatorias públicas y libres, lo que evidentemente no obsta para que, a través de las mismas, en el desarrollo de las correspondientes pruebas selectivas de acceso puedan valorarse los servicios efectivos prestados por esos funcionarios, siempre que, no obstante, esa valoración no incurra en arbitrariedad e incompatibilidad, por tanto, con los principios de mérito y capacidad".

La doctrina de esta sentencia es bien clara y razonable. La clave está en que la valoración de los servicios efectivos prestados por este personal sean compatibles con los principios de mérito y capacidad.

La sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de febrero de 1994 sienta con claridad que no se puede establecer un condicionamiento preliminar que conculque el derecho fundamental al acceso a la función pública en condiciones de igualdad. En este supuesto, el Constitucional declara inconstitucional una Orden convocando una plaza de letrado asesor exigiendo como requisito "sine qua non" haber prestado un mínimo de dos años en asesoramiento y defensa en juicio de Administraciones central y autonómica. El Tribunal es bien claro y distingue el requisito de la condición de mérito valorable que pudiera tener los servicios efectivos, en este caso de dos años: "el tiempo efectivo de servicios puede poner de manifiesto la aptitud o capacidad para desarrollar una determinada función pública, y pueden ser unos méritos que pueden ser reconocidos o valorados. No surgiría ningún problema si se consideraran los servicios prestados, no como un requisito necesario para participar en el concurso, sino como mérito a valorar en una fase ulterior del concurso, pues ello no puede estimarse como desproporcionado como, arbitrario o irrazonable. El problema surge cuando el citado requisito se considera en la Orden como requisito o presupuesto excluyente o "sine qua non" para que los aspirantes puedan participar en el concurso, por cuánto implica que, en principio, se excluye a potenciales candidatos al acceso a la función pública y se les veda la posibilidad de que puedan mostrar su capacidad y mérito...".

Este fallo del Tribunal Constitucional aplica con rigor y racionalidad el principio fundamental del mérito y capacidad que, insisto, es compatible con la valoración de algunas circunstancias, como puede ser la de los servicios efectivos. Debe destacarse la operatividad de los principios generales de proporcionalidad y racionalidad como elementos de control de la discrecionalidad administrativa a la hora de diseñar el sistema de acceso a la función pública. Serán pues estos principios generales de Derecho, de inspiración constitucional quienes nos darán, en cada caso, la medida del cumplimiento del derecho fundamental al acceso a la función pública en condiciones de igualdad de acuerdo con los criterios de mérito y capacidad.

Otra cosa acontece, desgraciadamente, con las llamadas pruebas restringidas. Todavía en 1998 el Tribunal Constitucional las ha dado por buenas. En este caso el alto Tribunal llegó a afirmar que la regla de la ilegalidad de las pruebas restringidas no puede ser tan estricta que no ceda en determinadas circunstancias, siempre que se trate de una situación excepcional, que solo se acuda a estos procedimientos una sola vez y que dicha posibilidad esté pre-

vista en una norma de rango legal. A pesar del rigor introducido por el Constitucional, la realidad señala que el concepto jurídico de excepcionalidad es susceptible de diferentes interpretaciones, quizás no siempre fieles al sentido literal del término. Ahora bien, en esta sentencia se prohíbe, como no podía ser de otra manera, que, además, se establezcan requisitos subjetivos que supongan la quiebra de la concurrencia. La realidad, insisto, demuestra que tantas veces la valoración de los servicios previos hace prácticamente imposible la concurrencia en condiciones de mérito y capacidad.

En relación con el artículo 23.2 de la Constitución, hay que distinguir, desde el punto de vista de la eficacia, el momento de ejercicio de ese derecho fundamental y, por otra parte, analizar la protección del desempeño del puesto de trabajo censurando las intromisiones ilegítimas en el ejercicio del cargo o puesto. El derecho fundamental a la igualdad en materia de función pública se refiere, además de al acceso, a todo la relación profesional de servicios, con especial referencia a la provisión de puestos de trabajo. Así se desprende de lo dispuesto por el Tribunal Constitucional en la sentencia del Tribunal Constitucional de 3 de agosto de 1983 puesto que "el derecho a la igualdad tiene así un carácter general que comprende a los servicios públicos y actúa, en el acceso a la función pública y a lo largo de la duración de la relación funcionarial, de modo que los ciudadanos no deben ser discriminados para el empleo público o una vez incorporados a la función pública…". Sin embargo, más adelante, el Tribunal Constitucional, en sentencia de 14 de octubre de 1991, diferencia una desigual intensidad del artículo 23.2 según que nos encontremos ante el acceso a la función pública, cuya eficacia es absoluta, o en las relaciones surgidas con posterioridad al acceso. Este diferente tratamiento el Constitucional lo justifica en argumentos organizativos, en el artículo 103 de la Constitución, tal y como se deduce de esta sentencia:

"…tampoco debe ignorarse la distinta consideración que, a estos efectos, merecen, de una parte, el acceso a la función pública y, de otra –dentro ya de la misma- el desarrollo o promoción de la carrera administrativa, y, por consiguiente, el diferente rigor e intensidad con que en cada una de ellas operan los derechos y valores constitucionales como son el acceso en condiciones de igualdad (artículo 23.2 CE) y de acuerdo con los principios de mérito y capacidad (103.3 CE), a las funciones públicas. Pues, en efecto, siendo el derecho del artículo 23.2 CE un derecho de configuración legal, puede la Administración legítimamente dentro de los concursos para la provisión de vacantes o puestos de trabajo entre personas que ya han accedido a la función pública (y, por tanto, acreditado los requisitos de mérito y capacidad) tener en cuenta otros criterios distintos que no guarden relación con éstos, en atención, precisamente, a una mayor eficacia en la organización de servicios o a la protección de otros bienes constitucionales…"

Esta doctrina es ciertamente polémica pues podríamos preguntarnos por la razón de que en el acceso la igualdad sea más intensa que en la promoción, por ejemplo. ¿Es que el mérito y la capacidad son de diferente calidad o naturaleza según que nos encontremos en el momento inicial o en un momento posterior?.

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 103.3 y 23.2 de la Constitución, ha de ser el legislador ordinario quien regule el acceso a la función pública. En ambos supuestos, es bien sabido, hay una remisión expresa a las leyes. Sin embargo, como en otras materias, la diferencia entre ley y legislación ha invitado al Tribunal Constitucional a relajar, a veces desproporcionadamente, la garantía del acceso a la función pública en condiciones de igualdad de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, al admitir el reglamento. La evolución la podemos seguir, de acuerdo con MEMBIELA, a partir de la sentencia de 14 de febrero de 1991 dónde se establece con claridad que "la puesta en relación del artículo 23.2 (…) con el artículo 103.3, obliga a concluir que tales requisitos han de ser establecidos mediante disposición con rango de Ley por lo que hay que considerar como constitucionalmente proscrita la posibilidad de que la Administración mediante la vía reglamentaria o a través de actos de aplicación pueda incorporar nuevos y diferentes requisitos a los legalmente previstos en los procedimientos de acceso a la función pública..". Sin embargo, en la sentencia de 11 de junio de 1987, se admite la remisión al reglamento puesto que la reserva a la ley no debe entenderse de manera tan cerrada que impida que el reglamento ciertamente pueda concretar y detallar lo establecido en la ley, por supuesto sin innovar o sustituir al legislador: "En el artículo 103.3 de la Constitución se establece, efectivamente, una reserva para la regulación por ley de diversos ámbitos de la función pública, entre los que se cuenta el estatuto de los funcionarios públicos. Esta materia queda, así, sustraída a la formación reglamentaria, más no en el sentido de que las disposiciones del Gobierno no puedan, cuándo así lo requiera la ley, colaborar con ésta para complementar o particularizar, en aspectos instrumentales y con la debida sujeción, la ordenación legal de la materia reservada, pues esta colaboración que, en términos de política legislativa, habrá de resultar pertinente en muchos casos, no sería contradictoria con el dictado de la Constitución cuando la remisión al reglamento lo sea, estrictamente, para desarrollar y complementar una previa determinación legislativa(…). La potestad reglamentaria no podrá desplegarse aquí innovando o sustituyendo a la disciplina legislativa, no siéndole posible al legislador disponer de la reserva misma a través de remisiones incondicionadas o carentes de límites ciertos y estrictos, pues ello entrañaría un desapoderamiento del Parlamento a favor de la potestad reglamentaria que sería contrario a la norma constitucional creadora de la reserva(…), siempre que

estas remisiones sean tales que restrinjan, efectivamente, el ejercicio de esa potestad a un complemento de la regulación legal, que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia ley de tal modo que no se llegue a una total abdicación por parte del legislador de su facultad para establecer reglas limitativas, transfiriendo esta facultad al titular de la potestad reglamentaria, sin fijar ni siquiera cuáles son los fines u objetivos que la reglamentación ha de perseguir..".

A tenor de la doctrina constitucional se puede señalar que el estatuto básico de la función pública se refiere a la adquisición y pérdida de la condición de funcionario, a las condiciones de promoción en la carrera administrativa y a las situaciones que se pueden dar, a los derechos y deberes, a la responsabilidad de los funcionarios y a su régimen disciplinario, así como a la creación e integración en cuerpos y escalas funcionariales y al modo de provisión de puestos de trabajo en la función pública. También, como señala la sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de junio de 1987, se encuentra sometida a la reserva legal la regulación de las demás vías de acceso a la Administración pública.

En estas materias de reserva de ley que integran el llamado estatuto básico de la función pública se admite que el Gobierno, en el marco de lo dispuesto por el Tribunal Constitucional, dicte reglamentos que complementen el contenido de la Ley. El problema, sin embargo, lo encontramos al constatar que el contenido de la reserva se hace a través de enumeraciones dictadas por el Tribunal Constitucional y que, en ocasiones, dada la proliferación de reglamentos en la materia, se puede producir una conculcación del principio de reserva de ley del 103.3 CE. Quizás, como apunta MEMBIELA, la situación traiga causa de la habilitación contenida en el artículo 29 de la Ley de funcionarios civiles del Estado que remite al reglamento para la regulación de determinados aspectos del acceso a la función pública que no ha sido expresamente derogado.

¿Cuál es el ámbito subjetivo del artículo 23.2 de la Constitución en relación con el tema que nos ocupa?. Para contestar a esta pregunta hemos de señalar que de acuerdo con FERNANDEZ FARRERES, el precepto se circunscribe al personal funcionario con exclusión, por tanto, del personal laboral y del ligado a la Administración por otras situaciones de colaboración (becarios…). Ahora bien, esto no quiere decir que la garantía del acceso en condiciones de igualdad a la función pública sólo se pueda predicar del personal funcionario porque ello sería absurdo ya que el mérito y la capacidad y el principio de igualdad deben aplicarse a todos los supuestos de selección de personal en la función pública en sentido amplio. Otra cosa bien distinta es que en el caso

de los funcionarios la intensidad de los principios constitucionales pueda ser más rigurosa pus se trata de una vinculación permanente a la función pública como bien sabemos.

Por lo que se refiere a la dimensión objetiva, la clave está en que se viole la igualdad en el acceso a la función pública. Ello comporta, en opinión de MEMBIELA, dos consecuencias. La primera es que en este supuesto no entran las infracciones de la legalidad, que tienen su propia vía de censura jurídica. Y la segunda se refiere a que nos hallamos ante supuestos que se producen sólo cuándo la infracción de las bases del concurso impliquen una vulneración de la igualdad entre los participantes tal y como reconoce el Tribunal Constitucional en la sentencia de 27 de enero de 1987. Por lo que se refiere a la violación de la igualdad, no de la igualdad, para que opere la vía procesal de protección del derecho fundamental consagrado en el artículo 23.2 el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de sentar que "lo que en forma alguna resulta viable pretender de este Tribunal Constitucional, bajo la invocación de aquel derecho fundamental (art. 23.2 CE) y a través de la específica y singularísima vía de amparo es la revisión de lo decidido por el órgano administrativo calificador, y posteriormente, confirmado por los órganos judiciales competentes…".

El principio de igualdad en el acceso a la función pública aparece modulado, ya lo hemos comentado en diferentes oportunidades a lo largo de esta exposición, por dos conceptos jurídicos indeterminados: el mérito y la capacidad, también con relevancia constitucional. En este campo, en el ámbito relativo a la integración del principio en relación con ambos conceptos jurídicos indeterminados, la Administración goza de cierta discrecionalidad. Ahora bien, como ha señalado el Tribunal Constitucional en la sentencia de 18 de abril de 1989, "el juicio de igualdad, dentro de la razonable dosis de libertad de la Administración sobre el programa, pruebas selectivas y fijación de los méritos en el acceso a la función pública, tiene un sentido exclusivo de evitación o de reparación de las discriminaciones y no de la determinación de cuáles sean las opciones mejores o más adecuadas que pudiera haber elegido la Administración. En relación con esta ponderación en este proceso constitucional sólo cabe comprobar si tal ponderación es manifiestamente irracional, no responde a criterio admisible de general aceptación, y supone prácticamente la exclusión de otros, en este caso de los que concurren de fuera de la Administración…".

La clave, por tanto, reside en que dicha integración no produzca discriminaciones o desigualdades arbitrarias que contraríen los principios constitucionales. Y será en el caso concreto cuándo el Tribunal Constitucional esté en condiciones de pronunciarse sobre una eventual lesión de este derecho

fundamental por haberse producido una situación carente de justificación objetiva y razonable en relación con el principio de igualdad (sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de junio de 1994), por haberse rebasado el límite de lo tolerable (sentencia del Tribunal Constitucional de 31 de marzo de 1998), por establecerse requisitos de carácter discriminatorio (sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de julio de 2001), por haberse producido referencias individualizadas y concretas en la convocatoria (sentencia del Tribunal Constitucional de 29 de noviembre de 1993), por no solicitar para el acceso a la función pública requisito o condición alguna que no sea referible a los conceptos de mérito y capacidad (sentencia del Tribunal Constitucional de 21 de julio de 1998), por no cumplir el deber de impedir toda diferencia de trato entre los aspirantes, debiendo ofrecerles a todos un trato igual en las diferentes fases del proceso selectivo (sentencia del Tribunal Constitucional de 29 de mayo de 2000). En sentido positivo, encontramos algunos pronunciamientos del Tribunal Constitucional que ayudan sobremanera a entender el alcance del derecho fundamental en relación con el mérito y la capacidad. En efecto, el Tribunal Constitucional ha señalado en su sentencia de 29 de noviembre de 1993 que es necesario "garantizar la igualdad de oportunidades en el acceso a la función pública con arreglo a las bases y al procedimiento de selección establecido, garantizando su aplicación por igual a todos los participantes e impidiendo que la Administración, mediante la inobservancia o la interpretación indebida de lo dispuesto en la regulación del procedimiento de acceso, establezca diferencias no preestablecidas entre los diversos aspirantes". Ha dispuesto, sentencia de 18 de abril de 1989, que se fijen unos requisitos que impidan que las bases sean establecidas en términos singulares y muy concretos, provocando discriminación positiva a un conjunto prefijado de personas o que dichos requisitos, méritos o cualificaciones profesionales establecidos en los procesos selectivos sean de carácter general.

En definitiva, se trata de manifestaciones del principio de igualdad modulados por los conceptos jurídicos indeterminados de mérito y capacidad que, caso a caso, el Tribunal Constitucional ha ido perfilando. En síntesis, de acuerdo con MEMBIELA, se puede decir que se trata de evitar conductas de la Administración que supongan: pretericiones personales en el acceso a las funciones y cargos públicos, cuándo para la provisión de los empleos o cargos se han introducido, explícitamente o no, referencias individuales; quiebras procedimentales con resultado de preterición de un aspirante; exclusiones arbitrarias de aspirantes a pruebas selectivas.

El problema ya mencionado anteriormente de la valoración desproporcionada de los servicios previos ha sido objeto de la sentencia de 14 de febrero de 1991, señalando el Tribunal Constitucional que esta valoración de los

servicios efectivos "no puede ser entendida a la luz de los artículos 23.2 y 103.3 CE, como autorización a la Administración para establecer o regular estas pruebas sin respetar los conceptos de mérito y capacidad, requisitos constitucionales que no impiden el reconocimiento o evaluación del mérito consistente en el tiempo efectivo de servicios, pero que en ningún caso pueda convertir a ese tiempo efectivo de servicios en título de legitimación exclusivo que permita el acceso a una función pública de carácter permanente al tener que respetarse en todo caso también para los interinos y contratados los principios constitucionales de mérito y capacidad" Lo que ocurre, como ya se comentó anteriormente, es que el argumento de la excepcionalidad o del por una sola vez ha abierto las puertas, era lógico, a prácticas que en algunos casos bordean, cuando no conculcan, estos principios. Es el caso, de esta sentencia de 1991 por el que, en efecto, se declaró constitucional, a pesar de los pesares, el sistemas de pruebas extraordinarias para contratados administrativos previstas en disposición transitoria sexta. O es el caso amparado por la sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de junio de 1994 por el que se dio por bueno este sistema respecto a funcionarios interinos que realizaban tareas docentes. En esta sentencia se puede leer lo que sigue: " el trato de favor concedido a los aspirantes que con anterioridad hubiesen desempeñado tareas docentes como funcionarios interinos posee un carácter excepcional y deriva de una circunstancia vinculada a una finalidad constitucionalmente legítima, como es normalizar la situación del personal al servicio de las Administraciones educativas y mejorar su cualificación…".

La gran pregunta que debe responderse se refiere a cómo debe calificarse la práctica de contratar interinos en diferentes ramos de la actividad administrativa para después acogerse a esta excepcionalidad. En algunas ocasiones, estos procesos selectivos de interinos no han respetado las más elementales garantías de igualdad en su acceso porque se razonaba sobre la base de la temporalidad del empleo. Sin embargo, no pocas veces esta ha sido la puerta para el fraude ley, imputable sobre todo a quienes de una manera irresponsable generalizaron en su día esta forma peculiar de entrada en la función pública.

Para ir terminado este epígrafe puede resultar de interés analizar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en relación con los conceptos jurídicos indeterminados de mérito y capacidad. Sabemos bien que la discrecionalidad es un concepto bien diferente de los conceptos jurídicos indeterminados. Que la Administración pública goce de discrecionalidad quiere decir que dispone de un margen de libre apreciación para adoptar la decisión que le parezca la más adecuada y conveniente siendo posibles, obviamente, varias. En el caso de los conceptos jurídicos indeterminados, como ya es pacífico, las cosas suceden de otra manera: o la selección respeta el mérito

y la capacidad o no. O el solar es ruinoso, o no. O se da la circunstancia de alteración del orden público, a no. En estos casos, no hay una pluralidad de soluciones posibles; en estos casos se trata de constatar en la realidad si dicho concepto jurídico indeterminado se produce o no se produce. Por ello, la revisión judicial en estos casos no es tan compleja como la de la discrecionalidad. Sin embargo, en la materia que nos ocupa, el Tribunal debe tener en cuenta el mérito y la capacidad en el marco del principio de igualdad en el acceso a la función pública. El mérito y la capacidad deben evitar la consolidación de discriminaciones o de desigualdades arbitrarias o irracionales. El criterio para elegir a los candidatos, sí que está cubierto por el manto de la discrecionalidad, puesto que para esta decisión el órgano seleccionador goza de amplio arbitrio, aunque lógicamente ni es ilimitado ni absoluto.

El mérito y la capacidad, es obvio, evitan que la subjetividad sea un criterio de selección y que, por tanto, desaparezca del ámbito de esta cuestión el amiguismo o la arbitrariedad. Por el contrario, permiten que las decisiones estén amparadas en el mundo de lo objetivo y de la capacidad técnica adecuada a la naturaleza de las tareas a realizar estableciéndose con carácter general en relación con determinados conocimientos o determinada titulación.

Quienes hemos participado y participamos con cierta habitualidad en procesos selectivos en la función pública sabemos que estos principios deben vincularse a la realidad, haciendo el esfuerzo porque, en efecto, la objetividad, el mérito y la capacidad resulten congruentes en relación con la trayectoria y exposición, si es el caso, de los candidatos.

Aunque la Constitución en el artículo 103. 3 no se refiera a la publicidad, sí está reconocida en el artículo 19.1 de la Ley de 1984, y en el reglamento de 1995 en su artículo 5.1. En mi opinión, aunque quizás, por claridad y sistemática, debió haberse enumerado en el artículo 103.3 CE, su mención "in genere" en el artículo 9.3 CE en relación con el principio de publicidad de las normas soluciona cualquier problema en la materia; ello aunque se entienda que una convocatoria de pruebas selectivas es una acto administrativo y no una norma puesto que, para esta perspectiva, el artículo 59 de la ley 30/1992 dispone, en su apartado 6º, la publicación en el correspondiente tablón de anuncios o medio de comunicación.

Lógicamente, la publicidad está esencialmente conectada al mérito y a la capacidad pues éstas no podrían desplegar su operatividad al margen de un espacio de publicidad.

En este sentido, el Tribunal Supremo ha señalado en la sentencia de 26 de septiembre de 1986, de acuerdo con el artículo 9.2 de la Constitución que

"es claro que la publicidad tiene por objeto hacer llegar a la generalidad de los posibles interesados el conocimiento la existencia y características de la convocatoria para que aquéllos puedan decidir lo oportuno respecto de su concurrencia. (…) La publicidad a través del Diario Oficial es un factor de igualación –art. 9.2 CE-" De la misma manera la publicidad es una exigencia de la igualdad, pues su conculcación provoca una evidente desigualdad.

Finalmente, la garantía del acceso a la función pública en la legislación ordinaria la encontramos en los conocidos artículos 30 de la Ley de funcionarios civiles del Estado y en el artículo 19 de la Ley de 1984.

XV. EL MARCO CONSTITUCIONAL DEL ACCESO A LA FUNCION PÚBLICA EN NICARAGUA

La Administración pública, para actuar, para ejercer sus funciones, para prestar sus servicios necesita personas físicas. Las personas que actúan al servicio de la Administración son designadas con nombres diversos que corresponden a situaciones jurídicas diferentes. Se habla así de autoridades, de funcionarios, de empleados, etc:

Con el fin de precisar el significado de las diversas expresiones y definir las figuras jurídicas que corresponden a las mismas, conviene examinar las diferentes clases de personas adscritas al servicio de la Administración.

Varios son los modos con que la Administración puede utilizar las aptitudes y actividades individuales: obligando, unas veces, a los particulares a ejercer determinadas funciones o a realizar ciertas prestaciones (el servicio militar, formar parte de las mesas electorales, jurados, etcétera); permitiendo, otras, a los particulares colaborar voluntariamente en el ejercicio de funciones y servicios públicos (contratistas y concesionarios de obras y servicios públicos); en ocasiones, contrata con los particulares una prestación de servicios, al igual que otro particular cualquiera (contrato de trabajo, de arrendamiento de servicios); y, finalmente, adscribe, mediante actos especiales, a los puestos públicos a determinadas personas, con el consentimiento de las mismas.

Si quisiéramos englobar a estas diferentes categorías de personas en una denominación común, podríamos llamarlas personal administrativo, empleado público, servidor público, funcionario público o agentes administrativos. Este nombre se aplicaría, pues, a todas las personas que participan de modo permanente o temporal en la actividad de la Administración, realizando actos jurídicos u operaciones materiales .

No existe un concepto único de funcionario válido para todos los países. Es más, aun en cada país existen diversos conceptos de funcionarios

según la rama del Derecho que lo considera; por ejemplo, el Derecho penal; el Derecho fiscal o el administrativo.

No hay, pues, una definición única del funcionario. Su situación no es la misma en todas partes. La situación jurídica del funcionario está siempre ligada a un Estado determinado y no puede considerarse fuera de este Estado, de su historia, de su legislación y de la Jurisprudencia de sus tribunales.

Mas como hoy día entre los diversos sistemas jurídicos hay semejanzas cada vez mayores; debidas a una penetración mutual de sus instituciones políticas, administrativas y sociales, pueden descubrirse en los diversos sistemas administrativos algunos elementos comunes que caracterizan la noción de funcionario.

Lo característico del funcionario público es que ocupe voluntariamente un puesto público en virtud de una adscripción legal, hecha por nombramiento o elección. La nota de voluntariedad distingue al funcionario del colaborador forzoso (soldado, jurado). La titularidad oficial de un puesto público lo distingue del colaborador voluntario (concesionario, contratista), quien no ocupa un puesto público, sino que sigue siendo un particular.

Otras notas no son esenciales para el concepto. Así, la inamovilidad, pues hay funcionarios designados por cierto tiempo" (los concejales, los diputados) o libremente separables por el Gobierno.

El ejercicio de funciones de autoridad tampoco lo es; pues hay funcionarios públicos (la mayoría) que no las ejercen, como los maestros, los médicos de asistencia domiciliaria y, en general, los técnicos.

Tampoco la retribución es un elemento esencial, pues existen funcionarios honoríficos que prestan servicio gratuitamente (concejales, vocales de diversos consejos). El servicio gratuito es prestado por espíritu cívico por ventajas simplemente morales y de orden honorífico. Por eso sólo pueden ser gratuitos los puestos de gran dignidad. De aquí la calificación de funcionarios horríficos a quienes los desempeñan.

Los puestos retribuidos pueden ser temporales o permanentes; en este último caso, los que los asumen hacen de la función pública su profesión, o sea, la actividad principal de su vida y, las más de las veces, también la fuente principal de sus ingresos.

El modo jurídico de vincular a un individuo a la profesión de funcionario público es el nombramiento vitalicio o por tiempo indetermi-

nado. Así, la Administración pública asegura al funcionado un puesto de trabajo, pagándole un sueldo, con la garantía de una carrera, de un porvenir, así como de una seguridad en la vejez, en la enfermedad o en la invalidez.

Los Estados tienen interés en que una gran parte de su personal, a causa precisamente de la complejidad y dificultades técnicas de la Administración moderna, queden incorporados de modo permanente a la jerarquía administrativa.

Sin embargo, existen funcionario, políticos, electivos o nombrados; esto es, funcionarios que, sin una aptitud profesional, estén encargados de desempeñar una función determinada, sin convertirse en funcionarios permanentes y profesionales. Son ellos, precisamente, los que aseguran dé modo directo y eficaz el desarrollo y ejecución de una política.

Funcionario y empleado (o funcionario profesional) no son dos categorías opuestas. Hay funcionarios que no son empleados (los honoríficos y los políticos), pero todos los empleados son funcionarios públicos.

Asimismo, todos los funcionarios (incluidos naturalmente los empleados) son agentes, personal de la Administración, en el sentido que apuntábamos· al principio; pero no es cierta la inversa, ya que hay agentes, personal de la Administración, que no son funcionarios (los que colaboran forzosa 'o voluntariamente en funciones y servicios públicos). Por consiguiente, podría trazarse esquema de las diversas categorías del personal de la Administración o de sus agentes, en forma los tres círculos con- céntricos : el mayor sería el del personal de la Administración o agentes de la misma, en sentido amplio; el intermedio, el de los funcionarios públicos, y el más pequeño, el de los funcionarios profesionales o empleados.

1. Modelos de función pública

RAMÓN PARADA, conceptualiza que existen dos modelos de función pública: "Un sistema abierto se funda, pues, como en las empresas privadas occidentales, en un inventario muy preciso de los puestos de trabajo. El reclutamiento del personal se hace al ritmo de las necesidades y la selección y los nombramientos se hacen para un puesto de trabajo concreto...Por el contrario, el sistema cerrado de carrera o sistema de función pública propiamente dicho, parte de la base de que el servicio a la Administración exige una formación diferenciada y más completa o diversa de la que proporciona el sistema educativo general" .

El nacimiento de estos modelos está ligado a la historia constitucional del siglo XIX. Su origen fue parte de los esfuerzos por transformar el antiguo régimen donde el empleado público era servidor de la Corona. Esta medida buscaba proyectar la energía humana hacia los fines del nuevo paradigma político.

El ejemplo clásico del modelo cerrado lo muestra el caso de Francia que, al igual que otras instituciones que sirvieron de ejemplo para el constitucionalismo moderno, creó la Función Pública Francesa. Este proceso se dio en la etapa de Napoleón cuando él intentó utilizar las herramientas de organización de un ejército para crear un orden de ciudadanos, distinto al militar o eclesiástico, que sirviera para la consolidación de las nuevas instituciones. Para destacar la influencia de este personaje en la confección del modelo me parece oportuna una cita que PARADA nos ofrece, sobre las palabras de Napoleón ante el Consejo de Estado Francés "Yo deseo – decía- constituir en Francia el Orden civil. Hasta el momento no existen en el mundo más que dos poderes: el militar y el eclesiástico. El incentivo de un gran poder y de una gran consideración eliminará esta antipatía filosófica que, en ciertos países, aleja a los más acomodados de los puestos públicos y entrega al Gobierno a los imbéciles y a los intrigantes…Es necesario imitar en el Cuerpo de profesores la clasificación de los grados militares…Yo quiero sobre todo una Corporación porque una Corporación no muere nunca…Una Corporación que no tenga otra ambición que ser útil y otro interés que el interés público. Es necesario que este cuerpo tenga privilegios y que no sea demasiado dependiente de los Ministros ni del Emperador."

El éxito de los resultados militares motivó la intención de asimilar sus estrategias en la organización civil, por medio de un núcleo de organización por materias, con una estricta jerarquía, una ideología de unidad y objetivos comunes, en suma una división orgánica para mayor control, a este sistema se le llamó Cuerpo o Corporación.

La organización política del Estado francés era fuertemente centralizada y es la pista idónea para que circule por toda la organización administrativa el modelo sostenido por dos pilares: a) El sistema de carrera representa la posibilidad de una alternativa de vida profesional al servicio del gobierno. Implica un sistema de acceso y escala a través de la jerarquía, se accede a la carrera de acuerdo a la preparación o perfil profesional que podrá desarrollarse progresivamente. Hay una vinculación entre la permanencia y la profesionalización para lograr escalar al interior de un Cuerpo.

b) La organización en cuerpos, es la forma de organización interna por medio de la cual se agrupan los funcionarios por una misma materia y un

estatuto propio. RAMON PARADA le ha denominado a este modelo CORPORATIVISMO DE SERVICIO y define al cuerpo como la columna central, "idea organizativa de extraordinaria eficacia… ente no personificado intermediario entre el Estado y el funcionario se le responsabiliza de manera permanente del funcionamiento de cada servicio público. A cada servicio público se adscribe un cuerpo. Sociológicamente, el funcionario no es considerado directamente miembro, en general, del estado, sino básicamente miembro de un grupo en el que se ingresa y en el que se agrupa con otros de la misma formación."

El Consejo de Estado Francés estableció principios y reglamentos para cada cuerpo pero, en esa época, no se habló de estatuto tal y como ahora se conoce.

Este dato histórico muestra el origen de la figura de la carrera administrativa, que se ha ido insertando en el derecho administrativo como una forma de organización de los servidores públicos que logre impactar en el cumplimiento de los cometidos de la administración, carrera que es uno de los elementos del sistema del servicio profesional, tema central de la tesis.

2. Modelo abierto

El modelo abierto toma como base la experiencia de la dinámica de trabajo de la empresa privada, su esencia es la individualización y desglose de las actividades, que implica que cada uno de los puestos, están directamente relacionados con objetivos de la empresa, por tanto el empleo se cubre atendiendo a las necesidades concretas de la productividad. En consecuencia el perfil del aspirante se define con las características que se desprenden de la definición del puesto. Se le ha denominado también sistema de empleo, que se "orienta hacia un tipo de relación laboral y vínculo jurídico del ocupante del puesto con la administración de tipo contractual, en el que prevalece la facultad discrecional en el nombramiento y remoción.

El ejemplo clásico del modelo abierto se dio en Estados Unidos de Norteamérica. Su proceso de construcción nacional – mediante la declaración de independencia así como con la elaboración de su constitución – fue acorde al condicionamiento político así como a las ideas liberales que desdeñaron elementos como el centralismo, la monarquía o el asentamiento de poderes anti democráticos. En el modelo estadounidense prevaleció la idea de libertad del individuo y transitó de la empresa al gobierno; en él se definió un modelo que, además de la descripción puntual del puesto, implica la posibilidad de la destitución discrecional, lo que trajo consigo que el modelo

abierto o de empleo en muchos casos derivara en el llamado sistema de botín. Este caso muestra que el contexto político es un factor que nos puede ayudar a entender la decisión de optar por un determinado modelo

Para mejor comprensión retomo una cita de SANCHEZ MORON donde presenta algunos datos históricos que definen esta otra forma de acceso y presencia de los recursos humanos en la administración pública. "…a partir de 1826, el asentamiento del bipartidismo y de la alternancia política, la aceptación mayoritaria del igualitarismo democrático presente en la obra de T. JEFFERSON y la exigencia de que los funcionarios respondieran periódicamente de su gestión, que impuso la Tenure of Office Act (que facilitaba su destitución) desembocaron en el más puro Spoils System. Es decir, los cargos públicos se consideraban un botín del partido vencedor en las elecciones, a repartir entre sus afines" .

3. La Función Pública en Nicaragua

El 22 de noviembre de 1824 se aprobó la Constitución de la República Federal de Centroamérica. Se le atribuyen defectos, que no son más que la consecuencia natural de la filosofía política y de la doctrina que la inspiraba. Pero, aparte del aspecto técnico jurídico, se ha dicho que esta Constitución no se ajustaba a la realidad de Centroamérica, y que los Constituyentes había actuado con un lirismo doctrinario que produjo graves y negativas consecuencias.

La Constitución de la República Federal de Centroamérica, regulaba la función pública, a los que consideraba como agentes del pueblo. Los cargos públicos no eran transferibles, ni por sucesión hereditaria, condecoraciones o vinculación de cualquier tipo. Los funcionarios, establecía la constitución, eran responsables con arreglo a las leyes, del ejercicio de sus funciones. Se establecía un mecanismo de suspensión de todos los acuerdos dictados por funcionarios contra los que se procediere a la formación de causa, luego si eran declarados reos en las mismas eran depuestos e inhabilitados para el ejercicio de cualquier cargo público.

Desde las primeras Constituciones, se manejaba la acepción de Función Pública como una actividad propia del Estado y que éste se manifestaba a través de sus representantes; los funcionarios públicos, cuyo cargo no era hereditario, y debían obedecer únicamente a la Constitución y las leyes, podían optar a los mismos todos los ciudadanos, además se establecía que no tenían más facultades que las que expresamente la ley les concedía.

Nace, entonces, la figura de la Función Pública como precepto Constitucional pero de forma general y sin ninguna ley que regulara la materia .

En la Constitución de 1939 en su artículo 321, es donde aparece por primera vez el mandato constitucional de "crear un Servicio Civil organizado con los funcionarios que no tengan "carácter político" .

Por primera vez en nuestra Constitución Política aparece un concepto de Funcionario Público, refiriéndose a todos los individuos que ejercen cargos públicos creados por la Ley. Se establece la obligatoriedad de rendir una garantía previa para todos aquellos que vayan a administrar fondos públicos, municipales o de Entes Autónomos, sin embargo no se define la forma en que debía de rendirse dicha garantía, no se especificaba si se trataba de una fianza pecuniaria o personal, fideicomiso, o cualquier otra figura jurídica relativa, simplemente se estipula una reserva de Ley. Se mantiene el principio de Legalidad con respecto a las facultades de los servidores públicos. Los funcionarios en sus actuaciones no podían responder a los intereses de partidos u organizaciones particulares. Se estipula la suspensión del cargo, como una sanción disciplinaria para los funcionarios que abandonen sus labores de forma deliberada, también quedan sujetos a las demás responsabilidades que establecía la ley, éste régimen comprendía también a los trabajadores de Entes Autónomos y empresas privadas que prestaban servicios de interés público. Se instituye para funcionarios públicos la responsabilidad penal por negligencia, omisiones o abusos cometidos en ejercicio de sus funciones.

La Ley regularía los distintos aspectos de la condición de los funcionarios públicos, se habla por primera vez de los derechos laborales de los funcionarios públicos y en especial de las mujeres embarazadas, se determinarían "los casos particulares de incompatibilidad de funciones; los de responsabilidad de los funcionarios y modo de hacerla efectiva; las calidades y antecedentes necesarios para el desempeño de ciertos empleos en los casos no previstos por la Constitución, propendiéndose al sistema de concursos, de prueba o de títulos; las condiciones de ascenso y de jubilación; y la serie o clase de servicios civiles o militares que dan derecho a pensión del Tesoro Público". La Constitución de 1939 prohibía expresamente el desempeño de funciones públicas a ministros de cualquier culto religioso, con excepción de labores de instrucción o de obras de beneficencia .

La Constitución de 1950 en su artículo 299, estipulaba la creación de un "Servicio Civil organizado con los servidores públicos que no tengan carácter político" . Lo más destacable es que se cambia la terminología de las constituciones anteriores, y se utiliza servidor público.

En la Constitución Política de 1974, cambia significativamente la terminología utilizada en las constituciones anteriores, esta vez, distinguiendo en su Título X entre los términos de Funcionario Público y Empleado Público, aunque no proporciona ninguna definición de ellos, ambos estarían comprendidos en la Ley de Servicio Civil que se crearía al respecto. Se prohibía todo paro o huelga causados tanto por funcionarios como por empleados públicos. Quedaban también sujetos a esta disposición los empleados del Distrito Nacional y Municipales, los funcionarios y empleados de las Juntas Nacional y Locales de Asistencia Social, de los Entes Autónomos y de empresas privadas que presten servicios de interés público o colectivo.

La vigente Constitución de 1987, de manera clara establece crear un régimen de Servicio Civil y Carrera Administrativa (art. 131).

A finales del año 2003, se aprueba la Ley del Servicio Civil y de Carrera Administrativa, siendo publicada en La Gaceta Diario Oficial No. 235 del 11 de diciembre del 2003 y entró en vigencia en julio del año 2004. Además, su Reglamento Decreto No. 87-2004, fue publicado en La Gaceta Diario Oficial No. 153 del 6 de agosto del año 2004

Esta ley, tiene por objeto, regular el régimen del Servicio Civil y de la Carrera Administrativa, para garantizar la eficiencia de la Administración Pública y los derechos y deberes de los servidores públicos. Asimismo, establece, el principio de estabilidad, sobre el mérito, capacidad, especialización, profesionalismo, para que el servidor público sea de carrera.

El artículo 7 de esta ley, establece las categorías de los Servidores Públicos:

1. Funcionarios Públicos: Todas las personas natural que dirige la función pública por nombramiento para desarrollar carrera o por contratación temporal, que ocupa puestos de nivel de jerarquía correspondiente al Servicio Directivo. Los denominados Funcionarios Públicos. Principales electos directa o indirectamente no forman parte del Servicio Civil.

2. Empleados Públicos: Todas las personas naturales que ejecutan y operativizan la función pública en virtud de una contratación indeterminada para desarrollar carrera o por contratación temporal.

4. Ámbito de Aplicación de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa

El Ámbito de aplicación del Servicio Civil, comprende a los funcionarios y empleados públicos al servicio del Poder Legislativo, Ejecutivo, Poder Ju-

dicial, Poder Electora, Entes Autónomos y Gubernamentales, municipios o órganos de las Regiones Autónomas de la Costa Atlántica.

Se exceptúan del ámbito de aplicación del Servicio Civil, los que laboran y prestan servicios en las empresas públicas estatales, universidades y centro de educación técnica superior, ejército y los Funcionarios Públicos Principales: elegidos directa o indirectamente en los Poderes del Estado, las Entidades Autónomas, y los Gobiernos Municipales y Regionales. Los funcionarios públicos elegidos a que se refiere la Constitución Política en el artículo 130, párrafo 3o , y artículo 131, párrafo 1o, son: 1.1. Funcionarios públicos elegidos directamente; 1.1.1. Presidente y Vicepresidente de la República (Arto. 146 Cn.). 1.1.2. Diputados y sus suplentes de la Asamblea Nacional y del Parlamento Centroamericano (Arto. 132 y 133 Cn.). 1.1.3. Alcaldes, Vicealcaldes y Concejales (Arto. 178 Cn.). Regionales de la Costa Atlántica (Ley 28, inciso 19). 1.2. Funcionarios públicos elegidos indirectamente; 1.2.1. Magistrados y Conjueces de la Corte Suprema de Justicia (Arto. 138, inciso 7, Cn.). 1.2.2. Magistrados Propietarios y Suplentes del Consejo Supremo Electoral (Arto. 138, inciso 8o, Cn.). 1.2.3. Superintendente y Vicesuperintendente General de Bancos y otras Instituciones Financieras, Miembros Propietarios y Suplentes del Consejo Directivo de la Superintendencia de Bancos y de Otras Instituciones Financieras (Arto. 138, inciso 9, Cn.). 1.2.4. Procurador y Subprocurador para la Defensa de los Derechos Humanos (Arto. 138, inciso 9, Cn.). 1.2.5. Miembros del Consejo Superior de la Contraloría General de la República (Arto. 156, párrafo 3o, Cn.). 1.2.6. Miembros del Consejo de Dirección del INE. 1.2.7. Miembros del Consejo Directivo del Banco Central de Nicaragua (Arto. 15 y 62, Ley No. 317). 1.2.8. Superintendente y Vicesuperintendente y miembros del Consejo Directivo de la Superintendencia de Pensiones (Arto. 14, Ley No. 388). 1.2.9. Fiscal General de la República y Fiscal General Adjunto (Arto. 138, numeral 9 Cn., Arto. 24 Ley No. 346). 2. Los Funcionarios Públicos Principales nombrados por la Junta Directiva de la Asamblea Nacional de conformidad con lo establecido en el Estatuto General de la Asamblea Nacional. 3. Los Funcionarios Públicos Principales que integran la Dirección Superior de las Instituciones del Poder Ejecutivo y cuyo nombramiento y cese son atribuciones constitucionales o por ley, de la Presidencia de la República. Los Funcionarios Públicos Principales del Poder Ejecutivo a que se refiere la Constitución Política en el Artículo 130, párrafo 6to; son: 3.1. Ministros, Viceministros de Estado (Arto. 150, inciso 6, Cn) y Secretarios Generales (Arto. 11, Ley 290). 3.2. Secretarios de la Presidencia de la República (Arto. 11, Ley 290). 3.3. Secretarios Departamentales (Arto. 11, Ley 290) y Coordinadores Regionales (Ley 28, Arto. 19). 3.4. Los puestos de dirección nombrados que por ley le corresponden al Presidente de la República en los Entes gubernamentales descentralizados (Arto. 150,

inciso 6, Cn.). 1 3.5. El Director General de la Policía Nacional (Arto. 80, Ley 228). 3.6. El Comandante en Jefe del Ejército de Nicaragua (Ley 181, Artículo 6, inciso 4 y Artículo 8, párrafo 10). 3.7. Presidentes y Directores Ejecutivos de las empresas públicas del Estado. 3.8. Embajadores de Nicaragua en el exterior (Arto. 150, inciso 6, Cn.). 4. Los Funcionarios Públicos Principales que integran los órganos jurisdiccionales y auxiliares del Poder Judicial y cuyo nombramiento y cese son atribuciones de la Corte de Justicia en Pleno. Los Funcionarios Públicos Principales del Poder Judicial a los que se refiere la Constitución Política en el Artículo 130, párrafo 6to; son: 4.1. Magistrados de los Tribunales de Apelaciones (Arto. 164, inciso 5o , Cn y Arto. 64, inciso 4o Ley 260). 4.2. Jueces de Distrito y Locales, propietarios y suplentes (Arto. 164, inciso 7o, Cn y Arto. 64, inciso 4to, Ley 260). 4.3. Médicos Forenses (Arto. 164, inciso 7o , Cn y Arto. 64, inciso 4to, Ley 260). 4.4. Registradores Públicos de la Propiedad Inmueble y Mercantil (Arto. 164, inciso 7o, Cn y Arto. 64, inciso 4to, Ley 260). 4.5. Magistrados y Jueces de la jurisdicción militar (Arto. 64, inciso 5to, Ley 260). 4.6. Directores de los Órganos Auxiliares (Arto. 64, inciso 6to, y Arto. 73, Ley 260) Secretario General Administrativo, Director Inspectoría Judicial Disciplinaria y Director y Sub Director Escuela Judicial. 5. Los Funcionarios Públicos Principales que integran los órganos auxiliares del Poder Electoral y cuyo nombramiento y cese son atribuciones del Consejo Supremo Electoral.

Los Funcionarios Públicos Principales del Poder Electoral a los que se refiere la Constitución Política en el Artículo 130, párrafo 6o ; son el Presidente, dos (2) miembros y sus respectivos suplentes de los Consejos Electorales Departamentales y los Consejos Electorales de las Regiones Autónomas (Arto. 16, Ley 211).

5. Órganos del Servicio Civil

5.1 Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

La Ley en su Arto. 20 establece que el MHCP es el Órgano Rector del Régimen de Servicio Civil ejerciendo este rol a través de la Dirección General de Función Pública (DIGEFUP), sin embargo, éste artículo fue modificado por el Arto.153 de la Ley 550, "Ley de Administración Financiera y del Régimen Presupuestario"(La Gaceta, 2005), el que establece que la rectoría del Sistema de Servicio Civil y de la Carrera Administrativa corresponderá a la Dirección General de Función Pública quien tendrá, en tal carácter, las atribuciones que le otorga la Ley No. 476, Ley del Servicio Civil y de la Carrera Administrativa y su Reglamento; y supletoriamente, las atribuciones que le

otorga la Ley 290, Ley de Organización, Competencia y Procedimientos del Poder Ejecutivo, sus reformas y reglamento (La Gaceta, 1998).

5.2 Comisión de Apelación del Servicio Civil.

De acuerdo al artículo 16 de la ley, Comisión de Apelación del Servicio Civil, es un órgano de segunda instancia, encargado de conocer y resolver sobre los recursos administrativos presentados contra las resoluciones emitidas por las instituciones, dentro del ámbito de la Ley.

Este órganos está integrado por tres miembros electos por la Asamblea Nacional de ternas propuestas para cada cargo, por el Presidente de la República y por diputados de la Asamblea Nacional, en consulta con universidades, organizaciones sindicales del sector público y asociaciones de abogados, los cuales serán electos con el voto favorable de la mitad más uno del total de diputados que integran la Asamblea Nacional. El período de los miembros de esta Comisión será de cuatro años, contados a partir de su toma de posesión ante la Asamblea Nacional.

Entre las atribuciones que tiene la Comisión, de acuerdo al artículo 17, se encuentran: Conocer y resolver en segunda instancia recursos de apelación interpuestos por los servidores públicos en: a) Despidos en contravención a los derechos establecidos en la Constitución Política, en la ley de Carrera Civil y Carrera Administrativa, Código del Trabajo y Convención Colectiva, si corresponde.

La Comisión de Apelación del Servicio Civil goza de autonomía administrativa y financiera, sus gastos de funcionamiento están incluidos

Por su parte la Comisión Nacional del Servicio Civil, está adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, como un órgano colegiado de carácter consultivo, cuya función principal será la de asesorar al Ministerio de Hacienda y Crédito Público sobre las políticas y las normas en materia del Servicio Civil.

5.3 Comisión Nacional del Servicio Civil

La Comisión Nacional del Servicio Civil estará integrada de acuerdo al artículo 18 de la Ley del Servicio Civil y de Carrera Administrativa por: a) Un Delegado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, quién la presidirá. b) Un Delegado de la Asamblea Nacional. c) Un Delegado de la Corte Suprema de Justicia. d) Un Delegado del Consejo Supremo Electoral. e) Un

Delegado de la Asociación de Municipios, nombrado por AMUNIC. f) Un Delegado de cada una de las Regiones Autónomas, nombrado de su seno. g) Dos Delegados de las organizaciones sindicales del sector público designados por ellos mismos.

En caso de producirse empate en las sesiones al momento de la votación, el Presidente tendrá doble voto. Su funcionamiento se establecerá en el Reglamento de la presente Ley.

Las atribuciones de la Comisión Nacional del Servicio Civil es a) Monitorear y evaluar la aplicación de la Ley del Servicio Civil y de la Carrera Administrativa y su Reglamento.

b) Proponer medidas para cumplir con lo establecido en la presente Ley, su Reglamento y normas de desarrollo. c) Proponer a las instancias correspondientes, políticas y normas en materia del Servicio Civil. d) Solicitar al Ministerio de Hacienda y Crédito Público el análisis y la emisión de informes sobre los proyectos normativos y reglamentarios en materia de Servicio Civil, previo a la presentación a la autoridad competente para su aprobación. e) Invitar a funcionarios o empleados y/o asociaciones de funcionarios o empleados de la Administración del Estado y/o representantes de sectores de interés del Servicio Civil, para realizar procesos de consulta.

5.4 Instancias de Recursos Humanos

De conformidad con el Arto. 21 de la Ley 476, en cada institución de la administración del Estado existe una Instancia de Recursos Humanos responsable de aplicar las políticas en materia de recursos humanos e implantar el Sistema de Clasificación de Puestos, los Sistemas de Gestión de Recursos Humanos y la Carrera Administrativa en coordinación con el órgano Rector del Servicio Civil, es decir con la DIGEFUP. Dichas Instancias dependerán orgánicas, jerárquica y funcionalmente de la Autoridad Superior de cada institución.

Es importante señalar que la gestión de recursos humanos en el sector público tiene diferentes momentos, en el tiempo y el espacio, vinculados a las condiciones económicas, políticas y sociales prevalecientes en un determinado país.

5.5 Sistema de clasificación de puestos

La ley de Carrera Civil y Carrera Administrativa, en el capítulo II, artículo 22, establece la creación de un sistema de puesto, como un instrumento organizativo básico y de aplicación obligatoria para las instituciones de la Ad-

ministración del Estado, el cual servirá de base en la definición y aplicación de los Sistemas de Gestión de Recursos Humanos.

El Sistema de Clasificación está integrado por tres grandes procesos:

1. Análisis y Descripción de Puestos.

2. Análisis y Valoración de Puestos.

3. Clasificación de Puestos.

Uno de los primeros pasos para la implementación del servicio civil, era el proceso de clasificación de puestos en la Administración Pública, la cual tiene por objetivo homogenizar los puestos o denominaciones en todas las instituciones de la Administración Pública; Ministerios, instituciones, entes descentralizados, desconcentrados, en todas en la que la Ley sea aplicable.

Además, de lograr la homogenización de los nombres, descripción de funciones de cada uno de ellos y ubicación por rangos (tomando en cuenta salarios y estudios realizados): Operativos, Ejecutivos y Directivos. Se tiene como fin primordial, homogenizar el sistema de retribución de los servidores públicos por el trabajo que realizan, es decir lograr la uniformidad de los salarios, a través de una política salarial equitativa y acorde a las capacidades, trabajo que desempeñan, experiencia y especialidades técnicas o científicas que posean los servidores públicos.

El Reglamento de la Ley 476 (Decreto 87-2004), determina claramente el procedimiento para la implementación del sistema de clasificación de puestos:

-El Sistema de Clasificación de Puestos de las Instituciones de la Administración tiene como objetivo el ordenamiento de los puestos, con base a su contenido organizativo, entendiéndose como tal: funciones, responsabilidad, complejidad e importancia relativa que cada uno de los puestos posee dentro de la institución de conformidad a la que establece el Manual de Procedimientos del Sistema.

El Sistema de Clasificación de Puestos de la Administración del Estado del ámbito de la Ley, se fundamenta en los siguientes principios:

-Los procesos del sistema de clasificación de puestos se realizan de igual manera para todos los puestos que conforman la Administración del Estado, garantizando con ello un mismo tratamiento (fundamentado en el arto. 27 de la Constitución Política).

-Equidad: Para garantizar este principio, se aplican criterios técnicos objetivos a fin de evitar sesgos en el análisis, redacción y elaboración de la descripción y del perfil requerido para el puesto.

-Legalidad: Es el carácter formal que mediante los procesos del Sistema define competencias, funciones, responsabilidades y deberes.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a través de la Instancia Rectora del Servicio Civil, dirige, supervisa y administra el Sistema de Clasificación de Puestos y los Procesos Técnicos que lo conforman, y es responsable de implantarlo en coordinación con las Instancias de Recursos Humanos de las Instituciones de la Administración del Estado.

Los puestos en las instituciones de la Administración del Estado del ámbito de la Ley, se clasifican a través de un conjunto de procesos técnicos articulados, que permiten la estructuración, descripción, análisis y ordenamiento de los mismos en base a sus funciones y atribuciones asignadas su importancia organizativa y posición que ocupan en la organización.

5.5.1 Proceso de Análisis y Descripción de Puestos

Proceso de Análisis y Descripción de Puestos, es el conjunto de actividades a través de las cuales se identifica, recolecta, analiza y registra información relativa a la misión funciones, actividades, relaciones y requisitos necesarios para el desempeño de un puesto.

Las Instancias de Recursos Humanos de las instituciones, en coordinación y bajo la conducción técnica de la Instancia Rectora del Servicio Civil, son las responsables de realizar el proceso de Análisis y Descripción de Puestos e implantar sus resultados.

Las instancias de Recursos Humanos de las instituciones para realizar el proceso de análisis y descripción de puestos, deben conformar un Equipo Técnico institucional con amplios conocimientos del que hacer de la institución.

La Instancia Rectora del Servicio Civil es responsable de capacitar a los miembros del Equipo Técnico institucional sobre la metodología y procedimientos relativos al Análisis y Descripción de Puestos, para la efectiva realización del proceso en la institución y su posterior actualización.

Las descripciones de puestos deben ser validadas y firmadas por el servidor público que ocupa el puesto objeto del estudio y por el superior inmediato de éste, posteriormente deben ser remitidas a la Instancia Rectora del Servicio

Civil, para su valoración, clasificación y codificación de acuerdo a los procedimientos técnicos establecidos.

El Manual de Descripciones de Puestos, es la recopilación de las descripciones de puestos de cada unidad administrativa de la institución, y debe ser aprobado por la Instancia Rectora del Servicio Civil. El Manual de cada institución, debe ser actualizado por las instancias de Recursos Humanos y remitir actualización a las instancias Rectora del Servicio Civil.

La actualización de los Manuales de Descripciones de Puestos debe realizarse en función de los cambios estructurales, organizativos y/o tecnológicos que se produzcan como consecuencia de la reforma y modernización de la Administración del Estado, lo que puede generar:

-Creación a eliminación de puestos.

-Modificación en los contenidos organizativos y denominaciones de los puestos.

El Proceso de Análisis y Valoración de Puestos, es el conjunto de actividades que de forma centralizada desarrolla la Instancia Rectora del Servicio Civil para valorar los puestos de las instituciones de la Administración del Estado del ámbito de la Ley.

En esta valoración se toman en cuenta los factores técnicos requeridos para el desempeño de los puestos, siendo éstos: conocimientos, experiencia, habilidades, y nivel responsabilidad. Los resultados se expresan de forma cuantitativa e implican la asignación de un nivel de complejidad.

El Comité Técnico de Valoración, está integrado por un equipo de técnicos especialistas de la Instancia Rectora del Servicio Civil, quienes son los responsables de analizar y valorar el contenido de trabajo de los puestos conforme a la metodología y procedimientos establecidos por el órgano Rector del Servicio Civil.

6. Formas de ingreso al Servicio Civil en la Administración Pública según la DIGEFUP

6.1 Sistema de Provisión de Puestos

La Ley 476 y su Reglamento definen la Provisión de Puestos, como el conjunto de actividades mediante las cuales las instituciones de la Adminis-

tración del Estado, comprendidas en el ámbito de la Ley, captan y evalúan a los aspirantes a plazas vacantes de puestos determinados.

Está conformado por los procesos de reclutamiento, selección y contratación, que garantiza la captación, evaluación, escogencia y nombramiento del personal, para ocupar puestos en las instituciones del ámbito de aplicación de la Ley.

En el proceso de provisión, puede participar toda persona sin distinción de raza, sexo, color, credo político o religioso o cualquier otra circunstancia que no sea el mérito y la capacidad.

Para que la Instancia de Recursos Humanos planifique y desarrolle un proceso de provisión, se deben cumplir las siguientes condiciones:

-Conocer el Plan Estratégico Institucional y el Plan Operativo Anual.

-Que la plaza esté debidamente presupuestada.

-Que la máxima autoridad del área manifieste expresamente la necesidad de cobertura de la plaza.

Los procesos de provisión de puestos que se desarrollen en las instituciones de la Administración del Estado del ámbito de la Ley, deben cumplir con los siguientes principios:

Mérito: Es el conjunto de conocimientos, experiencia y características individuales necesarias que debe tener el aspirante para optar a una plaza, conforme los requisitos del puesto.

Igualdad: Es la participación de todas las personas que aplican para optar a una plaza, sin discriminación por sexo, raza, edad, credo político, religión, origen, posición económica o condición social u otra razón.

Capacidad: Es la garantía de que las elección entre los aspirantes a una plaza, recae en la persona con mayor preparación y mérito para desempeñar el puesto.

Equidad: Es la igualdad de trato y condiciones que se da a las personas que participan en el proceso de provisión.

Además, define el término reclutamiento, como el proceso de búsqueda y captación amplia de personas que se realiza por diversos medios, con el propósito de disponer del mayor número de candidatos que reúnan los requisitos para optar a plazas vacantes de los puestos en las Instituciones de la Administración del Estado del ámbito de la Ley.

La Selección, es el proceso mediante el cual se elige entre los candidatos a la persona más idónea para desempeñar el puesto. Además, es el resultado de la verificación y análisis de adecuación de los candidatos a los requisitos establecidos, mediante la revisión documental, entrevistas, aplicación de pruebas técnicas y psicotécnicas que se estimen convenientes, de acuerdo a la tipología del puesto a ocupar.

Se puede ingresar también, de forma extraordinaria.

6.2 Convocatoria para optar a puestos de trabajo dentro de la función pública

La Convocatoria para Procesos de Provisión, se define como la comunicación a través de la cual se dan a conocer las plazas vacantes de los puestos de Carrera Administrativa objeto de un proceso de provisión, así como los pasos a seguir y requisitos a cumplimiento para participar en el mismo.

La convocatoria debe ser abierta y tener la mayor difusión posible, con el fin de facilitar el conocimiento del proceso de provisión y estimular la participación de todas las personas interesadas que reúnan los requisitos del puesto, ya sean estas internas o externas a la Administración del Estado.

La convocatoria para la provisión de plazas vacantes, deberá tener publicidad tanto a lo interno de las Instituciones en la Administración del Estado como en el ámbito externo; utilizando los medios de comunicación que permitan maximizar su difusión.

La convocatoria para la provisión de una o más plazas vacantes de un determinado puesto, deberá contener:

a) Número y características de los cargos convocados (Número de plazas a llenar y ubicación geográfica de las mismas).

b) Descripción de los méritos y experiencias evaluadas.

c) Programa de materiales sobre los que versarán los ejercicios de carácter teórico práctico.

d) Descripción de las pruebas y sistemas de evaluación.

e) Plazos y lugares de presentación de la solicitud, así como el modelo de las mismas y autoridad u organismo al que debe dirigirse.

f) Requisitos que deben reunir las personas aspirantes.

g) Características del puesto que debe contener entre otras: denominación, tipología, nivel de responsabilidad, misión, funciones y área organizativa en la que se ubica.

h) Formación académica, experiencia laboral previa y conocimientos específicos requeridos para el desempeño del Puesto.

i) Contenido y documentación soporte que debe acompañar a las solicitudes.

j) Lugar y fecha establecidos para la presentación de solicitudes, realización de pruebas y entrega de los resultados del proceso.

k) Requisitos de ingreso a la Carrera Administrativa, de conformidad a lo establecido en la Ley y el presente Reglamento.

Los órganos competentes para la Gestión de convocatoria y procesos selectivos, son las instancias de Recursos Humanos de cada Institución, quienes gestionarán las convocatorias y proceso selectivos para la cobertura de plazas vacantes.

La instancia de Recursos Humanos de cada Institución, será la responsable de informar a las personas interesadas en participar en los proceso de provisión; elaborar las convocatorias; definir criterios y puntuaciones para la selección, diseñar y aplicar las pruebas en coordinación con la máxima autoridad del área en que se ubica la plaza a cubrir; recibir y analizar la evaluación técnica de las mismas, en base a los criterios y puntuaciones previamente establecidas en la convocatoria.

Los modelos de convocatorias y pruebas, serán proporcionada por el ente rector, la DIGEFUP, los criterios generales sobre los cuales las instancias de RRHH, diseñarán e implementarán los modelos.

Para la selección de aspirante a ocupar plazas de puestos vacantes en la Administración Pública, se debe constituir el Comité de Selección, el cual debe de garantizar el cumplimiento de los principios y objetivos de la provisión de puestos. En cada proceso se constituye un Comité de Selección distinto.

Dicho Comité estará integrado por un representante de la Instancia de RRHH, un representante del área donde se ubica la plaza a proveer y un funcionario o empleado del área con suficiente calificación técnica, conocimiento amplio de las funciones y particularidades del puesto, y nivel de responsabilidad igual o superior al de la vacante a cubrir y un delegado del sindicato o representante de los funcionarios y empleados para garantizar la

objetividad y aplicación de criterios técnicos en la evaluación de los requerimientos exigidos para el desempeño del puesto.

Concluido el Proceso de Provisión, toda la información y resultados obtenidos deben quedar bajo la custodia de la Instancia de Recursos Humanos de cada Institución, la cual es responsable de notificar a los participantes los resultados finales del proceso.

Los resultados del referido proceso de selección, estará bajo absoluta confidencialidad por parte del comité, quienes por ningún motivo podrán divulgar en medios de comunicación información o resultados sobre el proceso, sin embargo, la Ley prevé que a solicitud del participante se otorgue copia de resolución motivada y fundamentada en las reglas contenidas en la convocatoria, a fin de que puedan hacer uso de los recursos administrativos que la Ley 476 y su Reglamento establecen en caso de no estar de acuerdo con los resultados del proceso.

Una vez escogido el o la candidata aspirante a ocupar el puesto vacante, más idóneo y con mejores calificaciones de las pruebas realizadas, según lo establecido en el Manual de Procedimiento y descripción de Puesto de cada Institución, se notifica a través de RRHH la resolución y se orienta la contratación del nuevo servidor público.

Especificando, en el contrato el período de prueba según la normativa interna de la Institución, a fin de ingresar a la carrera administrativa. Durante éste período de prueba, la instancia de RRHH se encargara del proceso de inducción, a fin de que el nuevo recurso se adapte al trabajo y conozca la naturaleza y desarrollo de las funciones del puesto para el cual fue contratado.

Una vez finalizado el período de prueba e inducción, el área de RRHH procederá a informar al ente rector del servicio civil (DIGEFUP), que proceda a acreditar al nuevo funcionario o empleado, con el propósito de que éste goce de los derechos y prerrogativas que su estatus de servidor público de carrera le concede, de conformidad a la Ley.

6.3 La contratación

La Contratación, es el acto administrativo que la Instancia de Recursos Humanos realiza previa aprobación de la autoridad competente, para formalizar el ingreso del personal a la institución. Siendo este:

1) Personal transitorio, de proyecto y de confianza.

2) Personal seleccionado a través de un proceso de provisión para ingresar a la carrera administrativa. En este caso, el contrato debe establecer el período de prueba, de conformidad a lo dispuesto en el Arto. 94 de la Ley.

Los servidores públicos podrán también ingresar a la función pública mediante nombramiento efectuado por la autoridad competente.

7. Creación del Expediente:

Una vez que el servidor público ha sido contratado o nombrado mediante acto administrativo realizado por la autoridad competente, la Instancia de Recursos Humanos será responsable de abrir, alimentar y mantener actualizado el expediente, incorporando la documentación soporte de su vida laboral, antecedentes, información de su ingreso, desarrollo y retiro, así como del resguardo y custodia.

El Expediente de los servidores públicos tiene como objetivo recopilar información personal, académica y laboral que evidencie su formación, experiencia y desarrollo profesional, a fin de facilitar la gestión y desarrollo de los recursos humanos al servicio de la Administración del Estado, para lo cual debe contener:

Datos personales.

Datos laborales (incluye experiencia en el sector privado y público).

Datos académicos. Publicaciones. Reconocimientos y sanciones.

Toda la información señalada anteriormente, debe ser verificada por las Instancias de Recursos Humanos. Además, el o la aspirante debe llenar la solicitud de ingreso, presentando la documentación, que avale la preparación académica, experiencia laboral y datos requeridos para optar al puesto.

IX. SISTEMA DE GESTIÓN DEL DESEMPEÑO DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS

El Sistema de Gestión del Desempeño, en su artículo 29 de la Ley No. 476, es un "...sistema de gestión del personal de las Instituciones de la Administración del Estado, es un proceso directivo y sistemático que permite analizar y evaluar el desempeño de los funcionarios y empleados, en sus respectivos puestos, durante un período determinado, con base a los principios de mérito, igualdad y equidad..."

Al mismo tiempo es el instrumento de dirección, que permite gestionar y evaluar de forma sistemática el desempeño de los funcionarios y empleados en sus respectivos puestos durante un período determinado.

Los procesos de Gestión del Desempeño que se desarrollen en las instituciones de la Administración del Estado del ámbito de la Ley deben cumplir con los siguientes principios:

Mérito: Es el conjunto de cualidades y habilidades del Servicio Público que se obtienen como resultado del proceso de Evaluación al Desempeño, que le permite hacer carrera en la Administración del Estado.

Igualdad: Los procesos del Sistema de Gestión del Desempeño se realizarán a todos los funcionarios y empleados de la Administración del Estado, acorde al nivel de responsabilidad, garantizando el tratamiento correspondiente al cargo sin distingos de sexo, raza, edad. Credo político, religión, origen, posición económica o condición social u otra razón.

Equidad: Para garantizar este principio se aplican los criterios técnicos necesarios a fin de evitar sesgos en la redacción, análisis y evaluación del Servidor Público.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, atendiendo propuesta de la Instancia Rectora del Servicio Civil, de acuerdo a las funciones y atribu-

ciones que le confiere la Ley, debe establecer la normativa, procedimientos y metodologías que definan los criterios generales que rigen el Sistema de Gestión del Desempeño, sin perjuicio de que las Instituciones puedan incorporar elementos propios, conforme a la naturaleza de su actividad.

Los funcionarios del Servicio Directivo y en general todos aquellos servidores públicos que tengan personal bajo su responsabilidad, en cada una de las instituciones del ámbito del Servicio Civil, contando con el apoyo técnico de la Instancia de Recursos Humanos de la institución, deberán cumplir con lo establecido en el Arto. 29 de la Ley.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a través de la Instancia Rectora del Servicio Civil, es la instancia responsable de normar, y supervisar el Sistema de Gestión del Desempeño.

Sin embargo, el personal dirigente y todos aquellos servidores públicos que tienen personal bajo su responsabilidad en las Instituciones de la Administración del Estado del ámbito de la Ley, son responsables directos de gestionar el desempeño del personal subordinado y elaborar los planes de desarrollo con base a los resultados obtenidos por el mismo.

La Instancia de Recursos Humanos debe brindarles el apoyo necesario para ejecutar los Procesos Técnicos del Sistema de Gestión del Desempeño, de acuerdo a la metodología y procedimientos establecidos por la Instancia Rectora del Servicio Civil.

La Evaluación del Desempeño se basa en la valoración de dos parámetros fundamentales, cuya evaluación global constituye la calificación final de la persona:

Objetivos cuantitativos: Son los resultados concretos que la Institución establece a cada funcionario o empleado, derivados del ejercicio de las funciones asignadas al puesto que ocupa y/o en función de los objetivos del área, para un periodo determinado. Deben ser medibles y alcanzables.

Objetivos cualitativos: Son las competencias o características y comportamientos personales requeridos para el desempeño efectivo de un puesto, en función de las particularidades del que hacer de la Institución y que ésta define a cada funcionario o empleado para ser desarrollados en un período determinado.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a través de la Instancia Rectora del Servicio Civil debe coordinar con las autoridades superiores y las Instancias de Recursos Humanos de las Instituciones de la Administración del

Estado del ámbito de la Ley, el desarrollo de las acciones pertinentes para la implantación del Sistema de Gestión del Desempeño, de acuerdo a la estrategia y prioridades de implantación que se definan.

El Procesos del Sistema de Gestión del Desempeño, comprende tres procesos que se llevan a cabo en un ciclo anual, siendo éstos:

1. Planificación: Se establecen los objetivos por cuya consecución será evaluado el desempeño de los funcionarios y empleados.

2. Apoyo y Seguimiento: Se revisa parcialmente la consecución de objetivos, identificada, previa a la evaluación final, posibles obstáculos, estableciendo los planes de acción necesarios para superarlos. Es, por tanto, una fase de retroalimentación permanente entre el personal directivo y el personal subordinado que tiene como propósito facilitar el cumplimiento final de las metas establecidas.

3. Evaluación: Es la valoración del desempeño individual de los funcionarios y empleados con base a los objetivos definidos en el proceso de planificación, cuyos resultados se expresan en una calificación que representa el nivel del desempeño alcanzado por cada persona evaluada.

    1) Para realizar cursos o estudios profesionales sin goce de salario, de interés personal cuya duración no exceda del periodo establecido en el Plan de Estudio de éstos. En este caso, el servidor público estará obligado a presentar la documentación que soporte su aceptación o inscripción en el centro de estudió correspondientes y los reportes del rendimiento obtenido.

        En este supuesto, el otorgamiento de la excedencia, quedará a la discrecionalidad de la autoridad administrativa competente. Por razones de estudio, la excedencia no podrá ser solicitada dentro de un plazo inmediato posterior que sea inferior a dos veces el plazo de la excedencia otorgada previamente.

    2) Cuando el funcionario o empleado es seleccionado para desempeñar un puesto de confianza dentro de la Administración del Estado.

    3) Cuando participa como candidato para optar y/o desempeñar un cargo de elección popular, en el caso que resulte electo, sin perjuicio de lo que establecen las leyes propias de la materia.

        En estos casos, la autorización del permiso se otorgará considerando el tiempo máximo del desempeño en el cargo a ocupar, debiendo presentar los documentos probatorios extendidos por la autoridad competente.

4) Cuando el funcionario o empleado necesite brindar acompañamiento o atención por enfermedad grave, debidamente comprobada, de su cónyuge o familiares dentro del segundo grado de consanguinidad o primero de afinidad por un período mayor a los seis días.

   Salvo que no hubiere provisión de puestos disponibles correspondientes al nivel del servidor público, la situación de excedencia no podrá extenderse por un plazo superior a tres años, Se exceptúan de esta disposición los casos de servidores públicos que desempeñen cargos de elección popular.

5) Siempre que obtenga permiso sin goce de salario y se establezca su regreso al mismo puesto.

1. Derechos de los Funcionarios y Empleados

La Ley del Servicio Civil y de la Carrera Administrativa en su artículo 37 nos plantea diversos Derechos, entre los cuales es pertinente mencionar:

Los Funcionarios y Empleados tienen derecho a estabilidad en el puesto de trabajo, a un trato justo y respetuoso de parte de todo el personal de la institución, así como de sus superiores como de sus compañeros. Además recibir una remuneración de acuerdo al cargo que ejerce y la norma salarial de las Instituciones de la Administración del Estado, poseer condiciones de higiene y de seguridad ocupacional, conocer manuales, normas o cualquier reglamento de gestión.

Así también, derecho a la libre organización sindical, fuero sindical, negociación colectiva etc., todas las garantías sindicales, derecho a realizar huelgas, de lo cual podemos decir que es un gran avance de nuestra legislación ya que en la Ley anterior no se tenía dicho derecho y el derecho a tener acceso de su expediente laboral y el poder realizar reclamos, ajustes o complementar información, así como obtener copias o certificación incluidos en dicho expediente.

2. Deberes de los Funcionarios y Empleados

Al Igual que los derechos que poseen los funcionarios y Empleados de la Administración, sus deberes también encuentran asidero legal en la Constitución, el Código del Trabajo y en La Ley Del Servicio Civil y de la Carrera Administrativa, específicamente en el artículo 38 de dicha ley.

Este articulo menciona el respeto y la lealtad a las normas correspondientes, cumplir con el horario establecido, las obligaciones propias de su cargo, reguardar una conducta diligente, atender los reclamos de la población, inhibirse en asuntos q sean de su carácter personal y haya interés personal de por medio.

Al mismo tiempo evitar cualquier acción u omisión que contravengan las leyes o causen perjuicios a la administración y a los ciudadanos, lo que cómo consecuencia podría desencadenar un procedimiento disciplinario para determinar su responsabilidad y si esta acarrea responsabilidad Civil o hasta Penal.

3. Jornadas de Trabajo

En Nicaragua, existen 3 tipos de jornadas, las cuales se encuentra debidamente reguladas en el Código del Trabajo, Ley del Servicio Civil y de la Carrera Administrativa de las cuales el servidor público ha de someterse a una de éstas.

Tipos de Jornadas: Ordinaria: Diurna: 8 h por día, no más de 48 h sem. Nocturna: 7h por día, no más de 42 h sem. Mixta: 7 ½ por día, no más de 45 h sem.

Reducida: Si la Administración del Estado reduce la jornada, se continúa pagando el salario completo a la Servidores Públicos.

Interrumpida: Causa de fuerza mayor o fortuito, el tiempo no laborado se computará como efectivamente trabajado.

Los Servidores Públicos también tienen Derecho a:

Descanso entre jornadas: el cual puede dividirse en dos periodos o ser continua, teniendo una hora de descanso en ambos casos, para la continua se computa como tiempo de efectivo trabajo, artículo 40, Ley de Servicio Civil y de la Carrera Administrativa.

Descanso Semanal: Por cada seis días de trabajo u horario equivalente, el Servidor tiene derecho a disfrutar de un día de descanso, art 43, Ley de Servicio Civil y de la Carrera Administrativa.

Vacaciones. Las vacaciones para los Servidores públicos, así como para cualquier trabajador son irrenunciables e imprescriptibles, artículo 45, y en caso de retiro por cualquier causa se le deberán pagar las no disfrutadas.

Así mismo los permisos, licencias y demás descansos se computarán para efectos del goce de vacaciones.

Salario. La Ley de Servicio Civil y de la Carrera Administrativa dispone lo siguiente en su artículo 46: "El salario del servidor público se pagará mensualmente en moneda de curso legal en día de trabajo en su centro de trabajo a través del medio de pago que disponga la Administración del Estado. El salario mínimo y las prestaciones sociales son inembargables excepto para protección de su familia. Del salario sólo se podrán hacer las deducciones legales y las retenciones ordenadas por los jueces en concepto de alimentos, o de cualquier otra circunstancia salvo los porcentajes establecidos anteriormente. Y además el salario es incompatible con el goce simultáneo de dos o más pensiones o el disfrute de una pensión simultánea con un sueldo o remuneración proveniente del ejercicio de un cargo público.

4. Causas para Perder la Condición de Funcionario o Empleado de Carrera

En cuanto a las causas para perder la condición ya sea de funcionario o empleado de la carrera, La Ley de Servicio Civil y de la Carrera Administrativa dispone:

- La renuncia del empleado o funcionario.
- Haber sido despedido por haber cometido una o alguna de las faltas muy graves establecidas en la Ley 476.
- Jubilación o invalidez.
- Fallecimiento o incapacidad permanente.
- Por reestructuración o reorganización institucional.
- Inhabilitación por despido.

En un mes prescribe el derecho del servidor público de reclamar el reintegro, término que empieza a contarse desde que le es notificada la resolución firme que ordena el cese de la relación laboral.

4.1 Renuncia

La renuncia, será considerada renuncia al puesto; la pérdida voluntaria de la relación de empleo interpuesta por el funcionario o empleado de forma escrita con quince días calendario de anticipación ante su superior in-

mediato, quien deberá remitirla a la Instancia de Recursos Humanos en un plazo de veinticuatro horas para que sea tramitada; siempre y cuando no sea interpuesta por un servidor público que esté sujeto a proceso disciplinario o suspendido.

De no ser interpuesta de la manera planteada en el párrafo anterior, será considerado abandono del servicio con efectos disciplinarios correspondientes. La renuncia no inhabilita para participar como aspirante en las pruebas selectivas de nuevo ingreso en las Instituciones de la Administración del Estado.

Cabe destacar, en los casos de renuncia del trabajador; según el arto. 73 del Reglamento de la Ley de Servicio Civil y de la Carrera Administrativa, el servidor público tendrá derecho al reconocimiento de su antigüedad, y dicho reconocimiento no afectará su futura participación en cualquier proceso de provisión para un puesto determinado.

4.2 Jubilación

De acuerdo con el artículo 64 de la Ley de carrera administrativa municipal en los casos de jubilación, el funcionario tiene derecho a los beneficios que se establezcan para ellos en la normativa correspondiente.

Lo cual nos remite a la Ley de seguridad social, los funcionarios públicos acceden a la pensión de jubilación de igual forma que los demás trabajadores. La ley determina que se puede acceder a la jubilación o pensión de vejez al cumplir los 60 años de edad y acredite 750 semanas cotizadas o 65 si se posterga

4.3 Incapacidad y fallecimiento

Lo que respecta a la incapacidad causada por accidente de trabajo o enfermedad profesional; en tal caso el trabajador en un término de tres años como máximo podrá reclamar y por lo tanto ejercer su derecho a ser indemnizado, puesto que pasado los años mencionados prescribe el derecho en cuestión.

Podrán reclamar la indemnización correspondiente, las personas que estén registradas como beneficiarias en el expediente laboral del fallecido y que dependiesen económicamente del mismo si éste falleciere por accidente de trabajo o enfermedad profesional. Dicho plazo prescribe en un término de tres años contados desde la fecha del fallecimiento.

4.4 Despido e Inhabilitación.

En lo referente a los despidos por causa justa, están supeditados a la Comisión por parte del servidor público de las faltas muy graves tipificadas en la Ley 476, la cual debe ser debidamente comprobada y tramitada de acuerdo al procedimiento disciplinario establecido en la misma.

La inhabilitación es cuando por la comisión de delitos contra la Administración pública, sea encontrado culpable y condenado a prisión el Servidor Público. Así mismo la inhabilitación se empleará cuando dicho Servidor habiendo cesado en un cargo público, se le encontrase culpable de este tipo de delito.

4.5 Reestructuración o Reorganización

El cese de funciones por procesos de reestructuración o reorganización, se produce a nivel del Estado o de una institución

En estos casos los funcionarios y empleados públicos que sean afectados serán indemnizados de acuerdo a lo establecido en la Ley y en el respectivo Convenio Colectivo.

La ley 476, establece que en concepto de indemnización se pagará un mes de salario por cada uno de los primeros tres años de servicio a partir del fin del período de prueba; veinte días de salario por cada año de servicio a partir del cuarto año; las fracciones entre los años de servicio se liquidarán proporcionalmente. En ningún caso la indemnización será menor de un mes ni mayor de cinco meses, todos calculados en base al salario de nivel más antigüedad. Lo anterior es sin perjuicio de lo que determine el convenio colectivo de cada institución.

Aquellos servidores públicos que al ser despedidos consideren que sus derechos están siendo violentados, ante la falta de la Comisión de Apelación del Servicio Civil, instancia que deberá conocer los recursos de apelación en segunda instancia para agotar la vía administrativa interna, de conformidad a lo establecido en el arto. 65 de la Ley no. 476, podrán recurrir de amparo en los casos de violación de las garantías constitucionales y a las autoridades laborales en los casos de contravención a las Leyes y/o Convención Colectiva; esto no perjudica el derecho de recurrir a la vía jurisdiccional.

5. Régimen disciplinario de los servidores públicos de carrera

La Ley No. 476, en sus Capítulos III y IV establece los derechos, deberes y régimen disciplinario de los servidores públicos, entre los que se destaca el Procedimiento Disciplinario de primera instancia.

En este sentido, la Ley No. 476, dispone el Procedimiento Laboral Especial en el caso de los Servidores Públicos, en los Artos 56 al 65, regulando los pasos que se deben de agotar a fin de dirimir los actos de indisciplina en que incurren los servidores públicos, los que se conocen en primera instancia ante la Comisión Tripartita, agotándose la vía administrativa en la Comisión de Apelación del Servicio Civil.

El artículo 47 de la Ley No.476, el Régimen Disciplinario establecido en la misma, se entiende sin perjuicio de la responsabilidad civil o de presunción de responsabilidad penal en que puedan incurrir los funcionarios y empleados públicos por los daños causados al patrimonio de la Institución o a terceros y por la comisión de delitos o faltas.

5.1 Responsabilidad Disciplinaria

Los funcionarios y empleados públicos incurrirán en responsabilidad disciplinaria por el incumplimiento de las atribuciones y deberes que le corresponde por razón de su puesto. Así mismo, incurrirán en falta disciplinaria cuando cometan acciones u omisiones que contravengan las normas de carácter disciplinario, preceptuadas en la Ley No.476, todo de conformidad a lo establecido en el Arto.49 de la misma.

En la Ley Orgánica de la Contraloría, en los artículos 9, 73, 77 y siguientes de dicha ley, definen las causas por las cuales se establece la responsabilidad y el tipo de sanción que se puede imponer al Servidor Público incurrente.

6. Recursos Administrativos:

La Ley 476 y su Reglamento, contemplan tres situaciones por las cuales las y los servidores públicos pueden hacer uso de los recursos administrativos de Revisión y Apelación, cuando están inconforme con las resoluciones emitidas por la Institución, a saber:

1) Resolución del Comité de Selección (Arto. 90 Ley 476 y 96 del Reglamento)

2) Resolución de Evaluación de Desempeño (Arto. 99 Ley 476 y 109, 110 del Reglamento).

3) Resolución de la Comisión Tripartita Disciplinaria, por la comisión de faltas graves y muy graves que amerite la cancelación del contrato de trabajo o la suspensión temporal sin goce de salario (Arto. 64 Ley 476).

En el primer caso, la Ley le concede a la persona que haya participado en el proceso de provisión de puestos vacantes y que no haya sido seleccionada por el Comité, podrá recurrir de revisión ante el Comité de selección y de apelación sobre dichos resultados ante la Comisión de Apelación del Servicio Civil.

Si la calificación obtenida no es satisfactoria para el evaluado, éste puede interponer recurso de revisión ante la Instancia de Recursos Humanos de la Institución, en un plazo máximo de 3 días hábiles a partir de que le fue comunicada la calificación resultante de la evaluación de su desempeño por su jefe inmediato o por la autoridad inmediata superior de éste.

La Instancia de recursos humanos resolverá el recurso, previa consulta con el evaluador y la autoridad inmediata superior del mismo, en un plazo máximo de 5 días hábiles, a partir de la admisión del recurso de revisión interpuesto por el servidor público afectado.

Los funcionarios y empleados que estén en desacuerdo con la resolución dictada por la Instancia de Recursos Humanos en el proceso de revisión, pueden interponer recurso de apelación, ante la Comisión de Apelación del Servicio Civil, que debe tramitarse de conformidad al procedimiento establecido en el Reglamento.

En la segunda situación, los servidores públicos, pueden hacer uso de los recursos que establece la Ley y su Reglamento, sí los resultados de la evaluación de desempeño resultan deficientes, procediendo conforme al procedimiento administrativo y judicial correspondiente. Éste proceso tiene su fundamento en el numeral 5 del artículo 55 de la Ley, que dice: "Se consideran faltas muy graves y serán sancionadas, conforme lo establecido en el artículo 51, numeral 3 de la Ley, … Evaluaciones de desempeño deficiente por dos períodos anuales consecutivos…". Faltas muy graves que tendrán como consecuencia la cancelación del contrato de trabajo o la suspensión temporal de entre uno a tres meses sin goce de salario, siempre que se realice el debido proceso administrativo disciplinario.

Tanto la Ley 476 y Reglamento como la Ley 290 "Ley de Organización, Competencia y Procedimiento del Poder Ejecutivo", determinan la definición de

Recurso de Revisión y Apelación, así como el procedimiento y los plazos para presentarlos ante las instancias competentes.

En el tercer caso, por la comisión de faltas graves y muy graves descritas en la Ley, en las que incurriera cualquier servidor público, se llevará a cabo el siguiente Procedimiento Disciplinario, en base al capítulo IV de la Ley 476, que dispone en el arto. 56 y en los sucesivos lo siguiente, así como lo dispuesto en el Reglamento Decreto 87-2004:

Comisión de Faltas: Cuando un servidor público incurre en una acción tipificada como falta grave o muy grave conforme lo establecido en los artículos precedentes, el jefe inmediato donde labore el servidor público afectado, deberá, dentro de los diez días hábiles siguientes de haber tenido conocimiento del hecho, enviar a la Instancia de Recursos Humanos de la institución, un informe escrito que denuncie los hechos acontecidos indicando los medios de prueba y el criterio de por qué el hecho constituye falta y por lo tanto solicita el Representación de la Institución en el Proceso Disciplinario (arto. 57 Ley 476): La Instancia de Recursos Humanos representada por su Director, será el órgano designado en las instituciones de la Administración del Estado para dirigir los procesos disciplinarios y estará facultada, si lo estima conveniente, a delegar mediante carta poder a otro funcionario de la institución, para que participe en el proceso de investigación, clasificación y sanción de las faltas.

Recepción del Informe (arto. 58 Ley 476): Una vez recibido el informe por la Instancia de Recursos Humanos, previo análisis y valoración del mismo, en un término de tres días hábiles, decidirá si existe mérito para iniciar el proceso de sanción administrativa o si el hecho denunciado constituye falta leve, en cuyo caso dicha instancia mandará archivar las diligencias e informará al jefe del servidor público.

Admisión de la queja e inicio del Proceso Disciplinario (Arto. 59 Ley 476): Si la Instancia de Recursos Humanos califica el hecho cometido por el servidor público como una falta grave o falta muy grave, dará inicio al proceso de investigación, en un término de tres días hábiles, convocando mediante notificación la integración de la Comisión Tripartita.

Comisión Tripartita (arto. 60 Ley 476): La Comisión Tripartita estará constituida por un representante del servidor público afectado el cual puede ser un directivo del sindicato al que pertenece el servidor público, o un representante que éste elija si no está sindicalizado: un representante de la Inspectoría del Ministerio del Trabajo y un delegado de la instancia de Recursos Humanos de la Institución.

Período de Pruebas (arto. 61 Ley 476): Constituida la Comisión está notificará al servidor público entregándole copia de la denuncia y del expediente formado, para que dentro del término de tres días hábiles exprese lo que tenga a bien. Una vez agotado este trámite la Comisión abrirá a pruebas el proceso por el término de ocho días hábiles, el cual se podrá prorrogar a solicitud de parte por cuatro días más; las partes, presentarán todas las pruebas que consideren pertinentes.

Resolución (arto. 62 Ley 476): Vencido el período de prueba, la Comisión Tripartita en el término de tres días hábiles deberá emitir su resolución por mayoría de sus miembros. La resolución deberá motivarse, indicando y razonando las pruebas que acreditan la existencia o inexistencia de la falta. La oscuridad, incoherencia o falta de la motivación acarrea la nulidad de la resolución.

Ejecución (arto. 63 Ley 476): De la resolución de la Comisión Tripartita, la Instancia de Recursos Humanos procederá a ejecutarla conforme los acuerdos tomados.

Notificación (arto. 64 Ley 476): La resolución de la Comisión Tripartita, deberá notificarse a las partes en el término de veinticuatro horas. En la notificación se incluirá íntegramente el texto de la resolución y deberá prevenir al servidor público del recurso a que tiene derecho a interponer ante la Comisión de Apelación del Servicio Civil dentro del término de tres días hábiles después de notificado. El recurso deberá expresar los agravios y las supuestas violaciones a la Constitución o ilegalidad que se hayan producido en la adopción de la resolución recurrida. Asimismo, tendrá derecho a pedir la suspensión de los efectos jurídicos de la resolución recurrida, hasta que haya resolución en segunda instancia.

Procedimiento (arto. 65 Ley 476): El procedimiento para tramitar el recurso de apelación será establecido en el Reglamento de la presente Ley.

La resolución de la Comisión de Apelación del Servicio Civil agota la vía administrativa interna. El interesado podrá recurrir de amparo en los casos de violación de las garantías constitucionales y a las autoridades laborales en los casos de violación a las leyes y/o convención colectiva, sin perjuicio del derecho de recurrir a la vía jurisdiccional.

Inhabilitación (Arto. 66 Ley 476): Cuando por la comisión de delitos contra la administración pública del Estado el servidor público sea encontrado culpable y consecuentemente condenado a pena privativa de libertad. La misma inhabilitación se aplicará cuando habiendo cesado en un cargo público se le demuestre la comisión de este tipo de delito.

Pero además, el Reglamento dispone que la separación temporal del Servidor Público (Arto. 75), se da una vez que la instancia de Recursos Humanos ha iniciado el procedimiento disciplinario contra un servidor público, el jefe inmediato de éste, dependiendo de la naturaleza de las funciones que desempeña y tomando en consideración las afectaciones o daños que su permanencia puede causar a la institución, tiene la opción de solicitar a la Instancia de Recursos Humanos la separación del servidor público de sus funciones con goce de salario, con el fin de proteger los intereses de la institución y asegurar las investigaciones y demás trámites pertinentes al caso.

La Instancia de Recursos Humanos debe pronunciarse sobre la solicitud de separación del servidor público, dentro de las veinticuatro horas siguientes a la presentación de la misma.

Que el Registro de la Resolución firme y ejecutoriada emitida por la Comisión Tripartita, sobre las causas imputadas al funcionario o empleado afectado por un proceso disciplinario, se registrará en el expediente laboral, indicando los hechos que la motivaron (Arto. 76).

En cualquier fase del proceso disciplinario, si la Comisión Tripartita valora que la falta imputada al servidor público puede ser presunta causal de responsabilidad civil, penal o administrativa, lo pondrá en conocimiento de Recursos Humanos para que ésta, de acuerdo a los procedimientos establecidos en la Institución y con autorización de la máxima autoridad administrativa de las misma, lo denuncie a la Procuraduría General de la República, la Contraloría General de la República o cualquier otra instancia competente, sin que ello interrumpa la tramitación del proceso disciplinario, salvo que así se dispusiera por resolución judicial. (Arto. 77 sobre el Traslado de Causa).

La responsabilidad disciplinaria, determinada mediante resolución firme y ejecutoriada, se extingue por el cumplimiento de la sanción, el fallecimiento del funcionario o empleado, o la prescripción de las acciones para imponer la sanción (Arto. 78).



JAIME RODRIGUEZ ARANA, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de A Coruña donde dirige el grupo de investigación de Derecho Público Global y el doctorado internacional de Derecho Administrativo Iberoamericano.

Preside el Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo y la Spin Off Ius Publicum Innovatio. Dirige la Universidad Internacional Menéndez Pelayo y es miembro de la Academia Internacional de Derecho Comparado de la Haya.

Ha sido miembro del Comité de Expertos en Administración Pública de Naciones Unidas (2005), diputado nacional en las Cortes Generales españolas por la provincia de A Coruña (1996), subsecretario de Administraciones Públicas del Reino de España (2000), presidente del Instituto Nacional de Administración Pública de España (2002), presidente de la Fundación Instituto Internacional de Administración Publica (2001), presidente y vicepresidente del Centro latinoamericano de Administración para el Desarrollo (2002). Está en posesión de la Gran Cruz de la Orden de Isabel la Católica (2003). Ha sido miembro del Jurado de Naciones Unidas para los Premios Mundiales de Administración Pública (2006) y actualmente es miembro del Observatorio Jurídico de Seguridad Marítima de la Universidad de La Coruña (2006).



KARLOS NAVARRO MEDAL, Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca, España. Master en Administración Pública, por la Universidad de Castilla la Mancha, Master en Contrataciones del Estado, por la Universidad de Castilla la Mancha, España. Master en Historia y Ciencias Políticas, y licenciado en Derecho por la Universidad Centroamericana. Managua, Nicaragua. Licenciado en Historia por la Universidad de San Petersburgo. Ha realizado una estancia post doctoral en la Universidad de Castilla-La Mancha, España; igualmente pasantías de investigación en la Universidad de Berkeley, San Francisco, California, y, en la Universidad de Heidelberg, Alemania.

Ha sido asesor externo de la Comisión de Justicia de la Asamblea Nacional, Corte Suprema de Justicia, PNUD y OIT.

ISBN 978-99924-21-30-7

"Universitas Granadensis"

EDITORIAL HISPANOAMERICANA