

# LA LARGA MARCHA DESDE LA CONSTITUCION AL CIUDADANO MEDIO: VIGENCIAS FORMALES Y VIGENCIAS REALES

POR

MANUEL ARIAS SENOSEAÍN

*SUMARIO: I. Advertencia preliminar.—II. La confianza puesta en la Constitución.—III. Significado jurídico de la Constitución: A) La Constitución como conjunto de normas: conjuntos «ordenados» y conjuntos «caóticos». B) La Constitución como forma fundamental: a) La pluralidad de entes legislativos; b) El significado «medidor» de la norma jurídica.—IV. Las disposiciones normativas con fuerza de Ley formal y la inmunidad de su control por los Tribunales de Justicia; una cuestión de «protocolo».—V. Las disposiciones generales de categoría inferior a la Ley.—VI. Las actuaciones concretas de la Administración.—VII. Intento de formulación de una heterodoxa regla sobre la vigencia efectiva de las normas: la Ley de «Keeper».*

## I. ADVERTENCIA PRELIMINAR

Si el tema de este trabajo quizá no haya sido afrontado directamente por la doctrina —cosa que dudo—, el contenido del mismo responde en su mayor parte a una serie de ideas de múltiples y prestigiosos pensadores, juristas y no juristas, que se han ido incorporando a mi modesta formación. En la imposibilidad de citar a todos ellos —cuestión que, por otro lado, me resultaría imposible, pues muchas de tales ideas son el sedimento de lecturas en parte olvidadas— deseo proclamar mi carencia de pretensiones de originalidad personal. Por ello, al no poder presentar como anónimo este estudio o trabajo —al modo como lo hacían los artifices medievales—, prefiero que se me considere más bien como un mero recopilador de inconexas ideas o intuiciones ajenas, con las que, con mejor o peor fortuna, he pretendido hacer el entretejido o urdir el cañamazo de esta labor más bien artesanal.

El tema que pretendo abordar es ciertamente delicado y se presta a ajenos juicios de intención que pueden no corresponder a lo que realmente siento. No he de ocultar, sin embargo, que las ideas que pretendo plasmar posiblemente estén cargadas de un cierto pesimismo, pero me consuela recordar la repetida frase de que «un

pesimista es generalmente una persona bien informada». Permítame, no obstante, que ese pesimismo trate de rebajarle con algunas gotas de humor en la medida que lo permita la seriedad de la publicación a la que va dirigida este trabajo, realizado por la amable invitación del profesor GARCÍA DE ENTERRÍA.

## II. LA CONFIANZA PUESTA EN LA CONSTITUCIÓN

Y sin más preámbulos, voy a pasar, como punto de partida, a hacer algunas consideraciones sobre la vigente Constitución de 1978 y de la fe que, en general y mayoritariamente, en la misma se ha puesto. Ello requiere, con carácter previo, hacer tres afirmaciones: la *primera* es que el concepto de fe supone no sólo creer en lo que no hemos visto, sino creer a pesar de lo que vemos, lo cual suele ser más difícil; la *segunda*, que gran parte de lo que se diga aquí es aplicable también a las anteriores Constituciones que España ha tenido, y la *tercera* —hasta donde llegan mis noticias, siempre escasas y no muy seguras— es que quizá ningún pueblo ha mitificado tanto, por impulso oficial o por sentimiento natural, a las Constituciones que jalonan su historia: «Avenida de la Constitución», «Plaza de la Constitución», «Monumento a la Constitución», «Día de la Constitución», «Marchemos todos juntos, y yo el primero, por la senda de la Constitución», y así hasta cien ejemplos que podrían ponerse.

## III. SIGNIFICADO JURÍDICO DE LA CONSTITUCIÓN

¿Y qué es una Constitución, en sentido jurídico estricto, que es el que, por la índole de este estudio, aquí pueda interesar? Mucho y muy interesante es lo que sobre tal concepto se ha escrito, pero con toda modestia y desde mi poquedad —como diría un ilustre catedrático de Medicina ya jubilado— quisiera hacer sobre tal tema dos pequeñas observaciones (poco importa, insisto, que originales o no).

A) *La Constitución como conjunto de normas: conjuntos «ordenados», conjuntos «caóticos»*

La primera es la que se trata de un conjunto de preceptos encerrados en un texto, del máximo rango jurídico, al que, por tal mo-

tivo, se le califica de fundamental. La idea de «conjunto» implica, o debería implicar, que sus componentes no están disgregados entre sí, sino que mantienen una indiscutible conexión de la que se puede predicar su reductibilidad a una determinada esencia unitaria.

Sin embargo, esto no es suficiente. Se ha hablado, con rigor, de la existencia de dos tipos de conjuntos completamente diferentes entre sí. Por un lado, los que podrían llamarse «*conjuntos caóticos*», en los cuales no se descubre el significado último del criterio de unificación a que responden. Por otro lado, los que pueden denominarse «*conjuntos ordenados*», en los cuales no sólo se encuentra el ingrediente unificador, que acota los componentes del conjunto, sino que además se sabe —o cree saberse— cuál es la pauta directiva, ordenadora, a la que obedecen tanto la presencia de los elementos que están incluidos en el conjunto como la ausencia de los que no lo están.

Un ejemplo de «conjunto caótico», fuera del mundo jurídico —y en todo esto sigo casi al pie de la letra a Jaime GUASP en su magna obra titulada *Derecho*, Madrid, 1971—, puede ser lo que un visitante observa por primera vez en una ciudad: árboles, casas, desperdicios, polución, niños, lluvia, etc. Un ejemplo de «conjunto ordenado» podrían ser las personas que componen una comunidad religiosa o los números que figuran alineados y en columna en una tabla de multiplicar.

En el primer caso, el único grado de unidad quizá se reduzca a que se trata de personas o cosas que son descubiertas por el visitante, lo que conduce a un mero grado de unidad elemental y primario que se agota en la estricta descripción o narración de la realidad observada, pero desentendiéndose de la comprensión íntima de la misma, como algo más de esa simple descripción. En el segundo caso hay un «orden», una vinculación interior entre los componentes del conjunto, ya que cada uno no puede actuar por su cuenta y como quiera, sino de conformidad con unos criterios rectores, capaces de hacer inteligible, de someter a una racionalización lo que se tiene delante; es, sin duda, un grado de unidad indiscutiblemente superior y más profundo que el primero.

En el ámbito jurídico, la aportación de VILLAR PALASÍ, con su original teoría de los grupos normativos y la utilización de los conceptos de conjuntos y subconjuntos (véase *Derecho Administrativo*:

*Introducción y teoría de las normas*, Madrid, 1968, y, especial, *La interpretación y los apotegmas jurídico-lógicos a la luz del nuevo título preliminar del Código civil desde una perspectiva teórica*, Editorial Tecnos, Madrid, 1975), ha resultado de una fecundidad realmente extraordinaria, que no es preciso poner de relieve aquí, en la modesta línea de este trabajo.

Pues bien, en mi opinión, cuando abordamos el estudio de una Constitución, podemos encontrarnos con una de estas dos cosas: o un «conjunto caótico», una simple colección de preceptos que, ciertamente, se definen unitariamente por su encuadramiento en un texto legal fundamental, pero sin ningún propósito ni pretensión vislumbrable de pasar más allá de ese simple encuadramiento, o un «conjunto ordenado», una agregación de preceptos que responde, a su vez, a una armonía descubrible y comprobable, esto es, a un sistema.

Con independencia de cualquier criterio valorativo desde otras perspectivas ajenas a lo jurídico, o de cualquier deseo individual, ya dije en un opúsculo mío titulado *Constitución y Administración local* (vid. tomo I, *Lecturas sobre la Constitución*, UNED, 1978, páginas 377 a 389), en cual de los dos grupos citados encuadro a la vigente Constitución de 1978, dicho sea con los debidos respetos y acatamiento obligado a nuestro máximo texto legal. Por cierto que en la «Revista Vasca de Administración Pública» (núm. 1, septiembre-diciembre de 1981), en un interesante trabajo titulado *El ámbito relacional de las Corporaciones locales*, de José Manuel CASTELLS ARTECHE, al aludir al modelo español y al juicio global sobre el tratamiento constitucional de la Administración local, me hace el honor de citarme diciendo que «para ARIAS SENOSEAIN, el contenido de los tres artículos mencionados, y en especial el 140, referente a los municipios, puede calificarse de impreciso, vacilante, insuficiente y, en lo que no tiene de erróneo, parece que está sacado de un epitome de lo obvio, de lo superfluo...» Ciertamente se me fue algo la pluma en aquella ocasión, al menos en la forma, al parecer airada, ya que no en el fondo pues sigo pensando lo mismo cinco años después. Pero quisiera aprovechar este inciso para hacer una aclaración antes de seguir adelante.

Para mí, la vigente Constitución, *en un orden racional*, en un orden que afecta al pensamiento intelectual que persigue una unidad racionalizadora, especulativa, que satisfaga a aquel que «piensa»

y que se esfuerza en «comprender», en definitiva, al cultivador de la ciencia jurídica, es pésima en la mayoría de sus partes. Dejo fuera, naturalmente, lo que tiene de positivización de puros principios generales del Derecho.

Sin embargo, no soy tan ciego que desconozca que hay en la vida humana otros órdenes distintos del puramente racional. El hombre —y en esto sigo también múltiples saberes ajenos al mío— no es sólo pensamiento racional. Hay, por de pronto, pautas a órdenes de tipo *moral* o de tipo *estético*, que persiguen la bondad o la belleza y no tienen por qué aludir a la simple racionalidad e incluso resultar incomprensibles desde esta pura perspectiva.

A lo mejor, el tan ridiculizado, en pasados tiempos, artículo 6.º de la Constitución de 19 de marzo de 1812, cuando preceptuaba que el amor a la Patria es una de las principales obligaciones de todos los españoles, «y asimismo el ser justos y benéficos», es un magnífico precepto de una Constitución y con él sobra todo lo demás. No le faltan tampoco a la Constitución de 1978 pautas de tipo moral (verbigracia: «Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo», artículo 35; o: «Todos los españoles tienen derecho a ocupar una vivienda digna y adecuada», artículo 47). Dudo mucho de que tenga valores de tipo estético, al menos en su redacción literaria, pero de esto, no entiendo mucho.

Lo que sí mantengo —y también en esto creo que voy en buena compañía— es que la labor científica del Derecho, del jurista en sentido estricto, no puede aspirar a otra cosa que a comprender el Derecho, esto es, que se sale de su propio ámbito —el de la comprensión inteligible— si postula enmarcamientos en la moral o encuadramientos en el orden estético, por seguir con las perspectivas anteriormente señaladas. El mal, creo yo, viene del inconsciente afán de adivinar el oficio y el menester que cumplimos en la tierra y que nos ocurra, como cuenta ORTEGA (en *El espectador*, 1916), lo que le ocurrió a ARISTÓTELES, que «quiso hacer de Dios un profesor de filosofía en superlativo». Con ello no se descalifica, por supuesto, a quien busca que el Derecho sea estético (creo que Camilo José CELA lo intentó, sin éxito, cuando era senador, por designación real,

respecto a la Constitución) o, ni mucho menos, al que luche por su moralización.

Es más, pienso también, como muchos ilustres autores, que en este orden de valores, el del Bien, el de la moral, es el que debe primar sobre el racional o sobre el estético. Pero ello exige no olvidar nunca la dirección en que se trabaja, y no es propósito de este autor el de buscar el lado moral o ético, ni mucho menos el estético, que pueda tener nuestra Constitución. No se olvida con esto la certera frase de CALAMANDREI al señalar que «las leyes son la cristalización y el precipitado químico de las fuerzas políticas, lo que se deposita en el fondo del alambique en que bullen y chocan las corrientes políticas», o dicho con otras palabras —concretamente de Georges RIPERT—, que «un verdadero enfoque jurídico debe estudiar bajo la influencia de qué fuerzas, el Poder crea la norma del Derecho y por fuerzas creadoras del Derecho se ha de entender no sólo la fuerza del Poder, sino todas las causas morales, políticas, económicas e ideológicas que concurren al advenimiento de una norma».

Pero todo esto es una cosa bien distinta. Al final —como sabe todo jurista— queda la «fórmula» y ésta, según una conocida frase, «sabe mucho más que el formulador» o, al menos, se independiza del mismo y sigue su propio camino. Y, sobre todo, como se decía anteriormente, puede constituir un «conjunto caótico» o un «conjunto ordenado». Hechas las anteriores advertencias, o aclaraciones, sobre mi sentir acerca de la Constitución, destinadas a mi compañero José Manuel CASTELLS ARTECHE, parece oportuno pasar a la segunda observación sobre el concepto de Constitución.

#### B) *La Constitución como norma fundamental suprema*

Según una opinión bastante extendida, la Constitución es la «norma de las normas», «la norma fundamental suprema», «la constitución del propio Estado». Luego vienen las leyes emanadas de los Parlamentos y las normas de carácter paralegislativo; después los reglamentos dictados por la Administración en sus diversas esferas, y así sucesivamente, al cabo de descensos más o menos reiterados, se llega a la capa o estrato más inferior que comprende, también con fuerza de obligar, los actos puramente individuales, como pueden serlo los actos de las autoridades o sus agentes —acuerdos o resoluciones administrativas—, los del llamado Poder Judicial —pro-

videncias, autos y sentencias— e incluso los emanados de los particulares —contratos, testamentos, etc.—. Resulta así una pirámide del Derecho perfectamente unificada y homogeneizada, en la que cada uno de los eslabones funciona como condicionado por el precedente y condicionante del que le sigue, esto es, cada uno «legisla» respecto al ulterior y «ejecuta» respecto al precedente.

Ahora bien, ¿esto se corresponde con la realidad? Parece que precisamente esa «realidad» no está eliminada, sino escondida, que ha sido tapada por un mero juego de palabras. Como se ve, todo el edificio descansa sobre la piedra angular de esa norma jurídica suprema a la que se llama Constitución.

Sin embargo, conviene no olvidar que una Constitución es, *por un lado*, un recipiente, en el que son susceptibles de volcarse todas las declaraciones a las que una cierta comunidad política pretende dotar de especial fuerza o garantía, sea cualquiera su naturaleza y, *por otro lado*, que la propia Constitución deja fuera de su contenido —o puede dejarlas— cuestiones jurídicas capitales, bien por su carácter polémico en el momento de redactarse o bien porque los formuladores constituyentes las consideraron de poca importancia. Así, en nuestra Constitución de 1978, como ha puesto de relieve Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, junto a declaraciones más bien anodinas (v. gr., la referencia que el artículo 132 hace al régimen de dominio público, bienes comunales o patrimonio del Estado), el tratamiento que da a algo tan fundamental como la jurisdicción contencioso-administrativa es verdaderamente poco satisfactorio, mediante una fórmula pobre y vaporosa como la contenida en el único artículo que dedica al tema, el 106-1 («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»), que parece confirmar el carácter revisor de la jurisdicción y la consiguiente exigencia de una decisión previa, dejando además de lado el problema de la inactividad material de la Administración, su pasividad, la omisión de su deber legal de actuar en ciertos casos, que queda sin la adecuada cobertura. Y otro tanto podría decirse, de acuerdo con el citado autor, de la regresión que supone, por ejemplo, en materia de expropiación forzosa, el artículo 33-3, que omite subrayar el carácter previo que debía tener la indemnización correspondiente, como lo hacía por cierto el artículo 32 del Fuero de los Españoles, aunque tal exigencia se volatilizó luego a

través de la práctica abusiva de las expropiaciones urgentes, que de excepción pasaron a convertirse en regla, con lo que el distanciamiento temporal, entre la ocupación efectiva de los bienes expropiados y su pago, puede adquirir unos matices confiscatorios enmascarados por un buen chorro de «ácido cínico».

Creo, por tanto, que no es demasiado exagerado afirmar que la Constitución —y no sólo la de 1978, sino todas— no es en el fondo otra cosa que una simple etiqueta formal, puesta en un tarro con los contenidos más heterogéneos, al modo de lo que ocurrió con el movimiento de la codificación y concretamente con nuestro Código civil, que, junto a regulaciones realmente básicas para la comunidad, encierra, asimismo, auténticos fósiles que nadie usa, como puede ser, por ejemplo, la anticresis, a la que dedica nada menos que un capítulo, el IV del título XV del libro IV, con cinco artículos, concretamente del 1.881 al 1.885, ambos inclusive.

Naturalmente que esa etiqueta formal que representa toda Constitución tiene un valor jurídico que la diferencia netamente del significado que tuvo el movimiento de la codificación y es, como es obvio, su fuerza supernormativa y más concretamente, en los países como el nuestro con Constitución escrita y Tribunal Constitucional, el que supone un freno, una verja, a las veleidades legislativas que pueda tener determinado Parlamento, aunque quien ostente el poder disponga no ya de doscientos escaños en el Congreso, sino, en teoría, aunque copara los trescientos cincuenta de que se compone en nuestro Estado. En estos regímenes no es predicable la conocidísima frase expresiva del constitucionalismo inglés de que: «La ley lo puede todo, menos cambiar un hombre en mujer», sino que, además de no poder hacer esa tan pintoresca metamorfosis, tampoco puede hacer nada que vaya contra la Constitución.

Lo anteriormente dicho, que podría constituir un principio tranquilizador de seguridad jurídica, sin embargo se complica y desdibuja bastante por dos tipos de consideraciones:

a) *La pluralidad de entes legislativos*

La primera es que en España, la potestad de hacer leyes formales no radica sólo en las Cortes generales, sino nada menos que en otras diecisiete cámaras legislativas, correspondientes a otras tantas Comunidades Autónomas, leyes formales que, como es notorio, están excluidas del control de la jurisdicción contencioso-adminis-

trativa. Asusta pensar —dicho sea con todos los respetos hacia las personas que vayan a resultar elegidas— la cantidad de leyes que la Asamblea de la Comunidad de Madrid (*vid.* Ley Orgánica 4/1983, artículo 23 y concordantes) o la de Castilla-León (*vid.* Ley Orgánica 4/1983, artículo 26 y otros) o la de Extremadura (*vid.* Ley Orgánica 1/1983, artículo 26 y conexos), por citar sólo las más recientes, van a producir en cuanto se pongan a «trabajar frenéticamente» y tal vez, si la prudencia no se impone, con el entusiasmo propio de los neoconvertos, todas ellas, se insiste, inmunes al control de los Tribunales contencioso-administrativos, sin otra posibilidad de impugnación —con las lógicas restricciones en cuanto a la legitimación activa para recurrir— que la de acudir al Tribunal Constitucional. Con ello se va a dar la sorprendente paradoja de que mientras se cierra considerablemente el objetivo del diafragma de la jurisdicción contencioso-administrativa (la más cercana y accesible al ciudadano medio) se abre hasta límites insospechados el del Tribunal Constitucional, con el riesgo de convertirlo, por el número de asuntos, en una especie de extraño Juzgado de Guardia o en un mero Tribunal de Primera y única Instancia. Nada más y nada menos que esto es lo que se avecina, y no hace falta tener especiales dones de profetas para vaticinarlo, salvo que yo esté completamente equivocado, cosa que siempre admito humildemente.

b) *El significado «medidor» de la norma jurídica*

La *segunda* consideración consiste en algo tan elemental como en tener en cuenta lo que significa una norma jurídica, aunque sea la «norma de las normas», la «norma fundamental», esto es, la Constitución. La esencia de la misma es la de ser una «medida» que encierra dentro de sí los criterios positivos de lo jurídico. Es, pues, un «elemento medidor», que califica o determina lo que en cada caso se configura como Derecho, la medida formal de lo jurídico.

Cuando una norma dice, por ejemplo, que «el Senado es elegido por cuatro años», o que «el Rey sancionará en el plazo de quince días las leyes aprobadas por las Cortes generales y las promulgará y ordenará su inmediata publicación», lo que hace es implantar, en ambos supuestos, una pauta o guía general a la que cada caso de la vida, cada caso concreto, tiene que ajustarse, de modo que si sucede de otra manera se descalifica jurídicamente. La eficacia jurídica de las actuaciones concretas descansa precisamente en el

hecho de su inclusión en el molde general donde más o menos ampliamente está previsto, conforme señala J. GUASP. La norma es, pues, se insiste en ello, una verdadera medida, que supone obviamente un «dato medido» y un «elemento medidor o midiente» que proyecta, sobre el anterior, la luz de su eficacia. Hasta aquí todo muy claro.

El problema surge cuando nos encontramos con un «conjunto caótico» de preceptos, en lugar de con un «conjunto ordenado». Adquiere toda su gravedad no sólo cuando existen anomias o antinomias, sino también —y esto es más preocupante— cuando el precepto es consciente o inconscientemente ambiguo, evanescente, glutinoso, o como quiera llamársele, ya que entonces no cumple su específica función, no sirve para medir.

El fenómeno es jurídicamente tan delirante como si un metro pudiera tener, al mismo tiempo, diez, veinte o trescientos centímetros. El «medidor», o en nuestro caso el operador jurídico, al que precisamente se le obliga a dar el resultado de su medición, se encontrará con una norma que, en el fondo, no dice otra cosa que «ahí te las compongas como puedas». La inveterada regla de prohibición *non liquet* recogida en el artículo 1-7 del Código Civil («los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido») que ha venido a sustituir al antiguo artículo 6 de dicho texto legal (que afirmaba, con ingenua fe en la pericia del legislador que «el Tribunal que rehúse fallar a pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las Leyes incurrirá en responsabilidad») dará por supuesto una respuesta, cumpliendo su citada obligación, pero la dará, en muchos casos, con un criterio que no tiene nada que ver con la presunta *normatividad* —en realidad inexistente—, esto es, tendrá que acogerse a la otra forma jurídica positiva, la de la *equidad*, entendiendo por tal el sistema jurídico de formulación casuística, a la fórmula aislada, personalísima, «que vale aquí y no quiere ni puede valer más acá o más allá del tema contemplado», «como el derecho del caso concreto», o la «justicia del cadí».

Con ello, como decía CARNELUTTI, se produce el conocido fenómeno de que «la más pequeña ganancia en dirección de la justicia, se paga en moneda de certeza y viceversa». La *equidad* por el elevado precio que tiene que pagar su más alta justicia —(si es que ésta realmente se produce, cosa no siempre segura)— es más propia del comienzo de toda evolución jurídica realmente originaria, aunque

luego vaya, insensible, pero fatalmente, cediendo terreno al otro tipo de configuración que con ella comparte el dominio lógico de las formas jurídicas positivas: el de la *normatividad*. Aquí, en nuestro sistema constitucional, parece que, en muchos aspectos importantes, hemos ido al revés.

A este respecto, quiero citar unas certeras ideas de Alejandro NIETO al escribir sobre la construcción teórica del Estado de las Autonomías (con motivo de reseñar la obra de Santiago Muñoz MACHADO: *Derecho de las Comunidades Autónomas*, t. I, ed. Cívitas, Madrid, 1982), publicadas en el diario «El País» el 6 de marzo de 1983. Las cito casi literalmente, con el regusto que encuentra uno al descubrir, en lecturas ajenas, un reflejo de su propia verdad solamente que mejor y más brillantemente expresadas. Tales ideas son las siguientes: «... este nuevo libro es un ejemplo vivo del valor de la doctrina jurídica, de su enorme poder y de sus no menos tremendas limitaciones» ... «cuando se publicó la Constitución de 1978 casi únicamente los vendedores callejeros de mercancías políticas de saldo fueron capaces de afirmar que su texto, en punto a autonomías, era satisfactorio ... «fuera de ellos, los teóricos del Derecho y los prácticos del constitucionalismo estaban convencidos de que con el famoso título VIII en la mano era imposible actuar legalmente, como ha podido comprobarse luego, puesto que con posterioridad se ha venido prescindiendo de él de la forma más escandalosa, según se ha denunciado mil veces» ... «pero el caso es que al cabo de cuatro años entre el Tribunal Constitucional y la doctrina jurídica han logrado lo que inicialmente nadie podía imaginar, a saber: una interpretación coherente de la Constitución en términos tales que *puede* ser viable a pesar de su propio texto» —(esto, añadido por mi cuenta, me recuerda la conocida frase de GOETHE, puesta en boca de Fausto: «Va a seguir la vida y ¿va a pararme a mí un contrato?»)— ... «tal es el poder de una doctrina y de una Jurisprudencia mucho más inteligente (o al menos no tan condicionadas) que el legislador (también me recuerda las luminosas palabras de VILLAR PALASÍ acerca del "espaladinamiento de las Leyes")... «hay un *arte mágico* para componer los textos más contradictorios, encajando sin estridencias las piezas de un rompecabezas que bien podría calificarse de diabólico» ... «Santiago Muñoz MACHADO —apremiado por la incomodísima situación constitucional en que nos encontramos— deja en ocasiones la *modesta pluma del jurista* para empuñar la lanza del político

o la maza del Juez y se dedica a exponer lo que *él quisiera* que fuera la Constitución» ... «pero, deseos aparte, el libro, por estupendo que resulte, no tiene el valor del "Boletín Oficial del Estado"» ... «Este pecado metodológico del *wish-thinking* (incompatible con el razonamiento jurídico puro) es casi inevitable entre nosotros» ... «porque a la vista del texto constitucional no cabe al intérprete modesto y honesto otra actitud que la de rendirse ante el *muro de las contradicciones*» ... «de aquí que, quien tenga un sentido más alto de su responsabilidad social, haya de romper el nudo gordiano del texto y lanzarse a *crear Derecho*» ... «así se explica concretamente la formidable labor que está realizando el Tribunal Constitucional y el sentido racionalizado que ha dado MUÑOZ MACHADO al Estado de las Autonomías: dos ejemplos igualmente característicos de un "*derecho voluntarista*" dispuesto a tirar adelante de la Constitución por encima de la nube de conflictos que cada una de sus partes y cada uno de sus silencios va levantando» ... «el Derecho constitucional del mundo civilizado es una interpretación de la Constitución, mientras que en España es un sistema montado a pesar de la Constitución»... «los autores extranjeros nos exponen lo que se deduce de la Constitución, mientras que los españoles procuran demostrarnos que lo que nos dicen no es frontalmente incompatible con ella...»

Hasta aquí la larga cita de Alejandro NIETO, a quien pido perdón, basado en su buena amistad, por invocarle como medio de prueba pericial, de extraordinario valor, para casi todo cuanto llevo dicho hasta ahora, y también —por qué no decirlo— para enriquecer con profundidad y belleza la modestia de este trabajo mío.

El problema no es baladí, sino que tiene tintes verdaderamente dramáticos o, al menos, tragicómicos. Hace unos días, concretamente el 11 de marzo de 1983, leía en el diario «ABC» una noticia firmada por Victoria V. M. N., de la agencia Efe, que bajo el título: *Indignada reacción de Garaicoechea contra el Gobierno socialista*, decía cosas como éstas: «el lendakari ha expresado su consternación, "por no decir indignación", ante la decisión del Gobierno de presentar recurso de inconstitucionalidad contra la Ley de normalización del euskera; "ha sido la gota que ha colmado el vaso, ya suficientemente repleto"; "es posible que la indignación estalle en forma de manifestaciones o actos diversos"...» Por su parte, el consejero de Educación, Pedro M.<sup>a</sup> Echenique, lo calificaba de «un hecho realmente preocupante y un grave error político, que supone cerrar las puertas

al diálogo». Asimismo, el partido Euskadiko Eskerra lo adjetivaba de «algo absolutamente escandaloso». También el consejero anteriormente citado afirmaba: «Por eso mismo, ya el solo hecho de presentar este recurso, y digo presentarlo porque la posibilidad de que el Tribunal Constitucional lo acepte nos parece imposible, significa que nuestra actitud conciliadora, que acabo de exponer, no tiene valor para el Gobierno de Madrid»; este hecho supone «cerrar las puertas al diálogo por su parte —insiste— y llevar a cabo una política de acoso y hostigamiento a la voluntad política mayoritaria de este país» ... «lo que implica —continuó— cerrar las puertas a la esperanza». Por su parte, miembros de la Ejecutiva regional del PSE-PSOE hicieron también patente el descontento de este partido en el País Vasco por la actitud adoptada por el Gobierno de Madrid: «Estamos realmente descontentos y enfadados por este tema. Nunca pensamos que se pudiese llegar a hacer la impugnación de la Ley, ya que en Madrid, en diversas ocasiones, hemos defendido que no se presentase el recurso» ... «aquí estamos dando la cara y tragando bilis y luego la “plana mayor” nos cambia nuestra labor». Igualmente, José Luis Lizundía, portavoz de Euskadiko Eskerra y miembro de Euskalezaindía, subrayó que la actitud del Gobierno «pone en evidencia la no aceptación de la plurinacionalidad del Estado y la persistencia de viejos hábitos de un nacionalismo chauvinista español».

A las anteriores manifestaciones recogidas por la prensa quiero hacer *dos puntualizaciones*: 1) *La primera*, que lo que aparentemente puede resultar desmesurado, ante el uso del derecho que otorga la Constitución, en su artículo 162, para interponer recurso de inconstitucionalidad, creo que en el fondo está explicado —no quiero llegar a decir que justificado— por la falta de seguridad jurídica que ofrecen unas normas flácidas como las de la Constitución que no «midan», que no ofrecen seguridad alguna acerca de si se ajustan o no a ellas unas determinadas conductas y, por consiguiente, que, una vez más, el Tribunal Constitucional se vea en la ingrata tarea de «crear Derecho», de consagrar un «Derecho voluntarista», en definitiva, de juzgar en «equidad» en el sentido que anteriormente he expuesto. Estoy seguro que si la Ley versa, por ejemplo, sobre la posibilidad de que en Euskadi pudiera imponerse la pena de muerte en tiempos de paz, o la mayoría de edad a los treinta y dos años, no se habría producido tal alboroto —fruto de la incertidumbre, de la inse-

guridad—, ya que en tales supuestos están bien claros los artículos 15 ó 12 de la Constitución, pero de estos hay pocos. Por cierto que, en el «Boletín Oficial del Estado», núm. 84, de 8 de abril de 1983, se publica la providencia del Tribunal Constitucional por la que se admite a trámite el recurso de inconstitucionalidad número 169/83, interpuesto por el Presidente del Gobierno contra los artículos 5.º, 6.º, 8.º-3, 9.º, 12, 13 y 14 de la Ley 10/1982, de 24 de noviembre, del Parlamento Vasco, básica de normalización del uso del euskera, publicada en el «Boletín Oficial» del País Vasco, núm. 160, de 16 de diciembre de 1982. (Permitaseme decir, a modo de inciso, que personalmente nada de lo entrañablemente vasco me es ajeno o indiferente y cito, a modo de ejemplo, aunque tenga un simple valor emotivo, mi larga lista de apellidos por vía materna: Senoseaín, Corcuera, Echazu y un largo etc.).

2) La *segunda* puntualización es que tal vez pueda desentonar del tono de esta REVISTA las prolongadas citas de la prensa diaria que estoy realizando, pero obedece a un deseo de entroncarme con la vida real y no quedar aislado en discusiones de seminario o laboratorio, con lo que me viene a la memoria —salvadas muchísimas distancias— aquellas patéticas palabras de Bertold BRECHT: «¡Qué tiempos en que hablar sobre los árboles es casi un crimen porque supone callar sobre tanto sufrimiento!», o las parecidas de Gabriel CELAYA —salvadas también muchísimas distancias—: «nuestros cantares no pueden ser sin pecado un adorno».

#### IV. LAS DISPOSICIONES NORMATIVAS CON FUERZA DE LEY FORMAL Y LA INMUNIDAD DE SU CONTROL POR LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA: UNA CUESTIÓN DE «PROTOCOLO»

Por debajo de la Constitución están las Leyes formales y las disposiciones normativas con fuerza de Ley, en sus diversas manifestaciones, como de todos es sabido. Un criterio unificador, desde la perspectiva de la defensa del ciudadano medio, es el que contra las mismas no se puede recurrir ante la Jurisdicción contencioso-administrativa. Tampoco puede, por sí, interponer recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. Le cabe únicamente, en los términos ya conocidos, acudir, como mucho, al recurso

de amparo regulado en los artículos 161 y 162 de la Constitución y disposiciones que los desarrollan «cuando se violen los derechos y libertades referidos en el artículo 53-2» de dicho texto legal. A este respecto me remito al interesante trabajo de Ignacio BORRAJO INIESTA titulado *Amparo frente a Leyes* (publicado en el núm. 98, de esta REVISTA, mayo-agosto de 1982) en el que, por cierto, se dice literalmente: «El primer paso ha de referirse al parámetro constitucional, aunque sin mucho resultado. La Constitución *no da ninguna solución* plenamente perfilada al recurso de amparo. Tanto el «en su caso» del artículo 53-2 como la remisión del 161-1-b) a los «casos y formas que la Ley establezca» *abren un amplio abanico* de interpretaciones posibles. Los subrayados son míos, pero creo que el párrafo es bien significativo para cuanto llevamos dicho hasta ahora.

Una pregunta que sé que ha sido tratada por la doctrina alemana, pero que desconozco tanto la misma como el posible eco que haya podido tener aquí, en España: ¿puede defenderse el ciudadano medio contra algún precepto de la Constitución que pueda resultar «anticonstitucional» con relación al contexto general de la misma y por vulneración de sus principios ordenadores? Difícil lo veo, incluso en el terreno de las meras hipótesis, dada la ausencia de tales principios ordenadores en nuestra Constitución, a la que en términos lógico-matemáticos (y sin ninguna intención peyorativa) la he calificado como «conjunto caótico». El tema sería distinto si se tratara de un «conjunto ordenado», como ocurre con la Ley Fundamental de Bonn y, tal vez, por eso, es allí donde ha podido suscitarse tan interesante problema. Dejémoslo, pues.

Únicamente, antes de pasar adelante, quiero dejar constancia de un hecho que no por sumamente repetido deja de ser verdaderamente estremecedor: la proliferación de las normas con fuerza de Ley, no sólo de las Cortes Generales, sino de las ya producidas por los Parlamentos autónomos de las llamadas Comunidades históricas —(y las que se avecinan, de todas las demás, hasta llegar a un total de 17 si no cuento mal)— me hace recordar —cito de memoria— la amenaza que hizo Dios a la tribu de Efraim anunciándoles el envío de un diluvio de Leyes.

Por otro lado, hay un punto en el que conviene meditar. La inmundidad de la Ley formal al control de los Tribunales de Justicia tiene un origen histórico muy claro, en la teoría de la división de

poderes que, en mi opinión, ha perdido gran parte de su justificación real para convertirse en una especie de justificación formal, revestidas de caracteres en gran parte ficticios, que la convierten en *una cuestión más bien de «protocolo»* que en cualquier otra cosa. Para nadie es un secreto que las Leyes formales o las disposiciones normativas con fuerza de Ley, en sus diversas manifestaciones, las hace realmente el Gobierno, el Ejecutivo, a través principalmente de las denominadas «proposiciones de Ley» que, posteriormente, serán bañadas en el Jordán purificador del Parlamento mediante la votación mayoritaria de sus dóciles miembros sometidos a la disciplina del partido político triunfante que es, obviamente, el que dirige el Gobierno.

Esto ocurre, por supuesto, no sólo en España, sino en Francia y en cualquier Estado con régimen parlamentario que tenga instalado un Gobierno fuertemente asentado en el poder mayoritario de las Cámaras legislativas. Y si no lo está, si necesita precarios apoyos de otras fuerzas políticas, de otros partidos, para ocupar el Poder, la necesidad de pactos y consensos previos le serán tan igualmente necesarios para formular una Ley como para dictar una norma de carácter reglamentario.

Por consiguiente —y perdónese me la herejía jurídica—, para mí el mismo respaldo democrático tiene una norma reglamentaria aprobada por el Consejo de Ministros que una Ley aprobada por las Cámaras en donde el Gobierno está ampliamente respaldado. En definitiva, ficciones teatrales aparte —de las que el Derecho positivo en general está plagado—, la autoría es la misma: el Gobierno, a quien no en balde se le encomienda la dirección de la política interior y exterior, la de la Administración civil y militar y la defensa del Estado, de la misma manera que al capitán de una nave se le asigna el cometido de dirigir el rumbo de la misma. Ni que decir tiene que en los regímenes autoritarios el problema es el mismo, sólo que más agudizado, porque, por definición, no tiene que detenerse en exquisiteces democráticas o representativas que lógicamente le tienen en el fondo sin cuidado, al tener una concepción política radicalmente distinta.

Por consiguiente, para mí, para el ciudadano medio, las disposiciones normativas con fuerza de Ley, cualquiera que sea su clase, son más peligrosas que las de carácter reglamentario por el simple

motivo de su casi absoluta impunidad al control de los Tribunales de Justicia. Nada menos que eso, que no es poco. Su origen gubernamental —y aún más, me atrevería a decir—, su origen burocrático o funcional, producen preceptos tan propios de esta naturaleza como el artículo 459-3 de la Ley de Régimen Local («las anualidades se fijarán de modo que la suma de sus valores actuales en la fecha en que comiencen las obras o los trabajos de instalación sea igual al importe de las cuotas respectivas, entendiéndose por valor actual, a tal efecto, la diferencia entre el valor absoluto y su descuento matemático») o el artículo 12 de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana (cuando prescribe que «los Planes Generales Municipales de Ordenación contendrán las siguientes determinaciones de carácter general... en el suelo urbanizado programado... la fijación del aprovechamiento medio de la superficie total y, en su caso, por sectores, en función de las intensidades y usos globales señalados a los terrenos no destinados a viales, parques y jardines públicos y demás servicios y dotaciones de interés general, homogeneizados según sus valores respectivos») y así hasta ciento.

El problema es macabro porque ante tal lenguaje esotérico —no exotérico—, que se asemeja al que utilizaban los pitagóricos en la época presocrática de la filosofía griega, o al del mismo Heráclito el Oscuro, el ciudadano medio está tan desprotegido como ante un rayo láser, como ante un cataclismo cósmico. No se olvide que en el mundo del Derecho, por otra de esas ficciones que le caracterizan, las normas se imponen —o pretenden imponerse— con el mismo rigor, fatal, rígido y necesario que las leyes físicas, ya que —como es sabido— no pueden evitarse, ni por la simple ignorancia (cuestión que afecta a la inteligencia), ni por la simple disconformidad (cuestión que afecta a la voluntad). Claro que para que esto no resulte una especie de broma pesada, y pudieran realmente ser cumplidas, sería preciso, como decía Georges RIPERT, que tuvieran claridad en el mandato y eficacia y nitidez en la sanción. También creo conveniente recordar en este momento unas certeras palabras de Francesco CARNELUTTI —(los viejos maestros nunca mueren)— cuando afirmaba: «la publicación de las Leyes, como condición de su imperatividad, ha cambiado el carácter de presunción, convirtiéndose en ficción; el hombre de la calle, entre el farrago de Leyes, anda cada vez más desorientado, al igual que el conductor de un vehículo cuan-

do demasiados faros se entrecruzan a lo largo de su ruta». A ello puede añadirse la conocida frase de que «cuanto más crece el número de las normas jurídicas más disminuye la posibilidad de su cuidada y equilibrada formación» y que «los efectos de la inflación legislativa son análogos a los de la inflación monetaria», con la nociva consecuencia de que «la pérdida de prestigio de la Ley favorece o engendra la desobediencia que es el bacilo, tanto del pleito como del delito», expresiones, todas ellas, del maestro anteriormente citado, como puede observarse por su belleza.

El problema es una especie de cuadratura del círculo aun para los juristas mejor preparados; parece que la enfermedad es constitucional y no adquirida y que no consiente ningún pronóstico favorable. ¿Va a caer el ídolo de su pedestal?

Surge, como señalaba Piero CALAMANDREI, la desconfianza; «la desconfianza del Fisco respecto del contribuyente, retribuida lisa y llanamente por la desconfianza del contribuyente hacia el Fisco» ... «todo el ordenamiento burocrático, recargado por cien controles, se halla basado sobre la desconfianza del superior respecto del inferior, a lo que corresponde el esfuerzo del inferior por inducir a engaño al superior» ... «es la desconfianza la que ha impuesto la más minuciosa y formal documentación de cada caso la que hace que cargos superiores repitan paso a paso el proceder de cargos inferiores» ... «la que ha multiplicado los controles directos, transversales y oblicuos»... «la que sofoca a la Administración central y humilla y exagera a la Administración local y a la misma burocracia en general, la cual, en la selva de disposiciones, llega a perder la orientación y ya no sabe qué camino seguir» ... «mayor, naturalmente, es la desorientación y exasperación de los administrados» ... «así para obtener de una oficina de la Administración pública la aceptación de una solicitud, por muy modesta que sea, hace falta la ayuda de los expertos para los que no sean desconocidas las vías para acelerar el éxito de aquéllas» ... «todo está presidido por la inveterada costumbre de presumir siempre la mala fe, de descubrir siempre al tramposo en potencia» ... «ello recuerda la historieta de los dos polacos desconfiados: —“¿A' dón vas? —A Varsovia. (Y el otro, consigo mismo: —¡Qué falso! ¡Dice que va a Varsovia para que yo crea que va a Leopoldi, y en realidad va a Varsovia!”)».

## V. LAS DISPOSICIONES GENERALES DE CATEGORÍA INFERIOR A LA LEY

Gran parte de lo que se lleva escrito en el apartado anterior puede decirse —y multiplicado por mil— cuando se trata del escalón inferior, esto es, el de las «disposiciones generales de categoría inferior a la Ley», de los Reglamentos, bien emanados de la Administración del Estado, en toda su cascada normativa de carácter jerárquico (Decretos, Ordenes acordadas por las Comisiones delegadas del Gobierno, Ordenes ministeriales y disposiciones de autoridades y órganos inferiores, según el orden de su respectiva jerarquía, conforme señala el artículo 23 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado), bien del resto de las Administraciones públicas, institucionales, corporativas o territoriales, en especial las ordenanzas, reglamentos, y bandos de los Ayuntamientos.

El «índice de productividad» en la fabricación de este tipo de normas supera todas las cotas imaginables, a velocidad de vértigo y abarcando los más insospechados temas, desde la Reglamentación técnico-sanitaria para la elaboración, circulación y comercio de helados (Real Decreto 670/1983, de 2 de marzo) hasta el tratamiento de las diferencias de cambio por operaciones en divisas (Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 22 de marzo de 1983). Conocerlas —no digo ya entenderlas— es prácticamente imposible para el ciudadano medio e incluso para el especialista. Como han tenido la honestidad de decir E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (*Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, Editorial Cívitas, Madrid, 1980, p. 69): «Ningún jurista científico o meramente técnico tiene aliento físico —simplemente físico— para seguir la inacabable carrera de la innovación normativa, y, aun si lo tuviera, ese seguimiento sería más bien vano, tanto porque de la adición meramente mecánica de todos los preceptos no resultaría prácticamente en ningún momento un sistema coherente (tal es la ocasionalidad, el casuismo y la imperfección de las normas escritas en nuestro campo) como porque, aun si este sistema se hiciese manifiesto por sí sólo, siempre resultaría aplicable la clásica objeción de Von KIRCHMANN: "Tres palabras rectificadoras del legislador convierten biblioteca enteras en basura".»

Quizá no se ha meditado suficientemente lo que significan estas estremecedoras palabras. Es sencillamente propio de KAFKA, que para mí —y perdónese me la «boutade»— era un profundo administrati-

vista que escribía muy bien. La cultura, los créditos, los sueldos, los favores, los permisos, la educación, el tiempo libre, las recompensas, todo depende del Estado y, mejor aún, del Gobierno que lo administra. La sociedad en que se encuentran los ciudadanos medios no se atreve, o no quiere, quizá por comodidad, crear sus propios resortes y vive del Gobierno como la tribu de Judá vivió del maná.

## VI. LAS ACTUACIONES CONCRETAS DE LA ADMINISTRACIÓN

De las normas de rango más inferior pasamos a los actos, a las resoluciones, en especial a las de la Administración pública que son las que por la índole de esta REVISTA aquí más nos interesan.

El poder jurídico de las normas transforma así la posibilidad inicial de su influencia en una influencia actualizada; pasa de una abstracción primaria a una concreción última. Es el momento de la acción y el de obedecer a esa acción lo que significa el doblegamiento de la voluntad del ciudadano medio a esa acción administrativa, tanto por un estímulo positivo —por ejemplo, el respeto a la norma y a su necesidad— como por un estímulo negativo —por ejemplo, el temor a las consecuencias desfavorables que llevaría consigo el desatendimiento de la decisión administrativa—; en definitiva, se produce una específica ausencia de libertad, o una constricción de la misma, mediante la cual se le indica al ciudadano medio el «camino de su pasividad» o la «ruta de la servidumbre».

Aquí no caben abstracciones; «un hombre», «una situación» o «una ciudad» son aún abstracciones. Para alcanzar lo concreto hay que pasar de «un hombre» a «este hombre», a este ciudadano medio con nombres y apellidos concretos, identificado con números de identidad y de registros profesionales exactos, que habita en una casa determinada (calle, número, piso), bien solo o con un entorno familiar de carne y hueso, mayores o menores de edad, y también plenamente identificados, registrados, notificados, requeridos, emplazados, conminados, o sancionados, como él.

Lo más grave, tal vez, cuando se piensa o cuando se escribe sobre esto, es el distanciamiento entre la apariencia y la realidad. La vida humana, en especial la vida del ciudadano medio, es primaria y básicamente vida cotidiana, es una serie de «enormes minucias», como diría CHESTERTON. En ella reside su auténtico y efectivo «metro

cuadrado» de libertad, parafraseando a HAURIOU en su conocidísima alusión a las aguas de los mares o de los ríos. Se producen algunas paradojas: para la madre que va a un parque público con su hijo pequeño, la presencia de la policía, la actuación de la misma, no restringe su esfera personal de libertad, su «metro cuadrado» de tan valioso bien —tal y como era usual calificarla por la doctrina clásica del Derecho administrativo—, sino que, como oí decir a VILLAR PALASÍ en una conversación —de quien he aprendido escuchándole tanto o más que leyéndole, con ser esto mucho—, por el contrario, se le amplía. A quien se le restringe es al gamberro o al desaprensivo delincuente.

Lo cierto —insisto una vez más— es que el ciudadano medio vive hoy pendiente de un precio que sube, de una amenaza fiscal que se materializa, una ventaja que se le ofrece, una incompatibilidad que se le avecina, un puesto de trabajo o una empresa que se cierra. Además, la Administración se le manifiesta con hosquedad, con arrogancia, a veces con intimidación. Le da la impresión que hay dos clases de ciudadanos: los que no son ciudadanos medios como él, esto es, los que reparten cargos, prebendas, reputaciones y honores, y los que pertenecen a la categoría en que él mismo se encuentra sumergido, la que madruga más, trabaja menos, paga más, recibe menos y termina no entendiendo nada de nada.

Le surgen, inevitablemente, dos ideas como coordenadas de su vivir cotidiano: incertidumbre y desconfianza. La *primera*, la incertidumbre, porque sin saber exactamente en qué y por qué, tiene la casi absoluta seguridad de que ha infringido o está infringiendo una de cualquiera de las decenas de miles de Reglamentaciones dictadas por la Administración. La *segunda*, la desconfianza porque no se fía demasiado de los remedios jurídicos que le dicen que tiene a su alcance para defenderse.

¿Si recurre contra un acto de la Administración, se puede empeorar aún más su situación por tal atrevimiento, esto es, puede haber *reformatio in peius?*; posiblemente quien le asesore en Derecho le dirá que no, que le amparan los artículos 24 y 106 de la Constitución, pero tal vez no haya tenido en cuenta que, en alguna ocasión, concretamente en la *Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de abril de 1981*, ha dado una respuesta afirmativa a tal cuestión «dado que la Jurisprudencia reiterada que el propio demandante cita en sus escritos procesales claramente establece que el principio prohibitivo

de la *reformatio in peius* tiene excepción cuando un precepto de rango de Ley formal —¡ay las Leyes formales!— la autoriza expresamente y este supuesto es el que concurre en el campo de la actividad de la Administración Local, al disponer el artículo 369 de su Ley reguladora que “las autoridades y Corporaciones locales no podrán revocar sus propios actos o acuerdos declarativos de derechos subjetivos o que hubieran servido de base a una resolución judicial, salvo al resolver recursos de reposición», términos inequívocos que no dejan margen alguno a criterios interpretativos conducentes a negar dicha facultad, aunque éstos sean tan respetables como son los empleados por la Sentencia apelada en cuanto su fuerza de convicción tiene que limitarse al terreno puramente doctrinal y de *lege ferenda* ante un precepto tan claro y terminante como el citado artículo 369”.

Repárese en la cronología: fecha de la Ley de Régimen Local, 16 de diciembre de 1950 (Texto Refundido de 24 de junio de 1955); fecha de la Sentencia, 21 de abril de 1981; fecha de la Constitución, 27 de diciembre de 1978. Y ahora una pregunta: ¿para ese recurrente, para ese ciudadano medio, no le resultará nuestra «norma fundamental», nuestra «norma de las normas», es decir, la Constitución, algo tan lejano y tan extraño como si se tratara de un imaginario derecho planetario de Marte o de Venus, o como el saber cuántos satélites tiene la estrella de Aldebarán, pongamos por caso, y tan soterrada como las ruinas de Tartessos, con las cuales aún no ha dado nadie?

El ejemplo anterior no es un caso, aislado. Veamos más. Un ciudadano medio interpone ante la Administración un recurso de reposición imprescindible para poder impugnar posteriormente un acto de la misma ante la Jurisdicción contencioso-administrativa; la Administración no lo admite a trámite; la *Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de julio de 1981* señala: «... sin que las razones de economía procesal alegadas por el recurrente puedan, en el presente caso, aconsejar una resolución por esta Jurisdicción de lo que debió resolver la Administración, porque si en ocasiones así es pertinente por presumirse razonablemente lo que la Administración habría decidido, no lo es cuando no cabe tal presunción, pues entonces la Jurisdicción invadiría atribuciones que corresponden a la Administración... que debe limitarse, insistimos, a la función revisora que presupone la decisión administrativa». Total que cuanto peor lo haga

la Administración, mejor para ella; en el presente caso al declarar la Sentencia que la Administración debió admitir el recurso, el ciudadano medio debe empezar otra vez, partiendo de cero, el penoso camino para intentar que, si no surgen nuevas dificultades, se pronuncie por fin el Tribunal de Justicia sobre su pretensión.

Más casos. Sabido es que la Administración debe notificar a los interesados las resoluciones que afecten a sus derechos o intereses, en el plazo máximo de diez días, informándoles del texto íntegro del acto, con la indicación de si es o no definitivo en la vía administrativa y, en su caso, la expresión de los recursos que contra la misma procederá, órgano ante el que hubiera de presentarse y plazo para interponerlos, todo ello según dice claramente el artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo. Ello es imprescindible ya que la no necesidad de asistencia letrada, ante la misma, precisa de tan insustituible adoctrinamiento. Sin embargo, si la citada obligación de la Administración se hace en forma defectuosa, no siempre debe declararse nula, pues según la *Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 1981*: «... no es posible declarar con carácter absoluto la nulidad de todas las notificaciones defectuosas, pues también es de tener presente el interés público, la seguridad jurídica, y la del tráfico jurídico, cuyos principios demandan que no se demore la eficacia de los actos administrativos y se paralice su firmeza.»

No voy a citar más Sentencias de nuestro más alto Tribunal de Justicia por tres razones. La *primera*, porque valorar plenamente las mismas exigiría no sólo conocer los «considerandos», sino principalmente sus «resultandos» —que no se publican en las ediciones habituales—, con lo cual, posiblemente, aquéllos son meros *obiter dicta* que con mayor o menor rigor tratan de amparar una situación auténticamente justa, en el caso concreto y no intercambiable que están enjuiciando. La *segunda*, porque, igualmente que he citado unas Sentencias aparentemente desesperanzadoras, es notorio —y cualquier especialista lo sabe— que podía haber citado otras de signo contrario, es decir, de las que dan aliento a la esperanza. Y la *tercera* y última, porque considero que conviene dejar en paz a los Tribunales de la Jurisdicción contencioso-administrativa —y a todos en general— que bastante tienen con soportar las muchas estolideces de unas normas frecuentemente mal concebidas, provinientes tanto del Poder Legislativo, como las cicaterías y escasez de medios del Ejecutivo y, en especial, de la Administración.

Pongamos *unos ejemplos* emanados directamente de esta última. El Ayuntamiento de Madrid decide municipalizar con monopolio el servicio central de mercados de frutas y verduras, sito en Legazpi, y el de pescados, sito en la Puerta de Toledo. Como en el expediente se encuentran algunas anomalías jurídicas —(y por otras motivaciones que no son del caso citar aquí ahora)—, un sector de concejales, los pertenecientes al grupo político de la oposición, impiden que se obtengan el *quórum* de votación necesario para adoptar tal acuerdo. Es igual; con el mismo expediente y a toda prisa se decide la municipalización sin monopolio —para lo que no se exige el citado *quórum*—, ya que los efectos son los mismos en virtud de un precepto de carácter reglamentario: el artículo 19 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955 («por disposición de las Ordenanzas municipales podrán declararse obligatoria... b) la utilización, por los abastecedores mayoristas, de mercados *al por mayor*, con el fin de promover la concurrencia»).

La citada municipalización se hace para poder trasladar los antedichos mercados centrales a la Unidad Alimentaria construida por MERCASA y su filial MERCAMADRID, S. A., en unos terreno sitios en la carretera de Villaverde-Vallecas, en el Km. 3,500. Todas las edificaciones e instalaciones de dicha Unidad Alimentaria han sido hechas por MERCAMADRID, S. A., con el carácter de empresa mixta.

Se plantea el problema del traslado de los mayoristas de los antiguos mercados de Legazpi y de la Puerta de Toledo a las nuevas instalaciones. Para ello se hace preciso que concurren, para la adjudicación de puestos, al concurso convocado al efecto por MERCAMADRID, S. A., en su calidad de empresa concesionaria del servicio. Previamente, las asociaciones de mayoristas de los mencionados productos alimenticios han tenido que firmar —para poder concurrir con carácter restringido— un convenio con la citada empresa mixta municipal, de fecha 18 de junio de 1982, en una de cuyas estipulaciones, concretamente la decimoprimeras, se dice nada menos que lo siguiente:

«Autorizados los mayoristas a operar en el nuevo mercado, adjudicados los puestos y en funcionamiento el mercado de (pescados o frutas y verduras, es igual), éstos así como su Asociación *se comprometen a desis-*

*tir* en el plazo de siete días de cualquier reclamación o recurso que tengan entablados hasta el momento contra cualquier actuación o acuerdo municipal o de Mercamadrid, S. A., relacionado con el traslado de mayoristas a la Unidad Alimentaria. También renuncian expresamente a la exigencia de cualquier tipo de indemnización como consecuencia del traslado o de la privación de las autorizaciones actuales, siempre que se cumplan las previsiones de este convenio.»

El lector ingenuo pensará que, a cambio de tales estrepitosas renunciaciones, los mayoristas habrían obtenido un tipo de ventajas que antes no tenían. Nada más lejos de la verdad. Por de pronto, necesitan una nueva autorización, sin que les sirvieran para nada las antiguas; tienen que pagar por el uso del puesto 118.000 pesetas al mes; depositar en concepto de fianza a favor de Mercamadrid, S. A., 236.000 pesetas, precisamente en metálico, pues no se les permite hacerlo de otra manera, ya que la empresa mixta tenía una situación de caja o tesorería bajo mínimos. Además, algún sector de ellos, los antiguamente denominados «exportadores», tienen que abonar, en concepto de entrada, la cantidad de 3.000.000 de pesetas (estipulación decimosegunda). Por supuesto que las mencionadas 118.000 pesetas al mes «serán revisadas automáticamente el día 1 de junio de 1984 y sucesivos años, mediante la aplicación del índice de precios al consumo de los últimos doce meses, que hayan sido publicados por el Instituto Nacional de Estadística u Organismo que le sustituya, tomando como base igual a 100 para la primera revisión el 30 de junio de 1983» (estipulación novena).

Aún lograron algunas «ventajas» más. Por ejemplo, si un mayorista quiere vender su empresa a otra persona (con su patrimonio invisible o fondo comercial: razón social, clientela, etc.), la citada empresa mixta percibirá la participación, en el precio pactado, de los siguientes porcentajes (estipulación 3.<sup>a</sup> del Convenio y disposición transitoria 8.<sup>a</sup> del Reglamento de Prestación del Servicio aprobado por el Ayuntamiento el 29 de enero de 1982): hasta 5.000.000 millones de pesetas, el 30 por 100; de 5.000.001 hasta 10.000.000, el 35 por 100; de 10.000.001 hasta 15.000.000, el 40 por 100; de 15.000.001 hasta 20.000.000 en adelante, el 50 por 100.

Adviértase que tales porcentajes, carentes de toda cobertura legal, exceden con mucho a los amparados, por ejemplo, por la Ley de Arrendamientos Urbanos o la del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales. Se dirá que conforme al principio, *volenti non fit iniuria*, los citados comerciantes podían no haber renunciado a sus legítimos derechos adquiridos, ni haber firmado el convenio con Mercamadrid, S. A., sino que podían haber recurrido a los Tribunales de justicia, bien contencioso-administrativos o bien ordinarios —(porque éste es otro problema, el de las vías procesales para su hipotética impugnación)—. En teoría, sí, pero en la práctica tampoco.

Por de pronto, los antiguos Mercados Centrales de Legazpi y en la Puerta de Toledo iban a ser —como efectivamente lo fueron— clausurados el 30 de noviembre de 1982 por el Ayuntamiento de Madrid para destinarlos a otros usos. Asimismo, coincidiendo con la fecha de clausura citada, se procedió a la apertura de los nuevos, instalados en la Unidad Alimentaria de Mercamadrid. En estos últimos, sólo podían operar como mayoristas los que hubieren concursado para la adjudicación de los puestos correspondientes. Para tal concurso no era preciso tener la condición anterior de mayorista. Por tanto, si recurrían, los nuevos mercados serían ocupados por otras personas ajenas a ellos. Durante los tres o cuatro años que durara el correspondiente recurso hubieran tenido que despedir a sus empleados, perder a su clientela habitual y perder, asimismo, las relaciones comerciales con sus proveedores, que lógicamente las establecerían con los nuevos. En definitiva, que la posible victoria, mediante una Sentencia definitiva favorable, sería más bien una victoria moral, aun con las indemnizaciones por daños y perjuicios que pudieran obtenerse. Acudir a los Tribunales, invocar el artículo 24 de la Constitución, les hubiera supuesto, en la práctica, perder definitivamente su profesión, la que la mayoría heredaron de sus padres, a cambio de un hipotético montón de monedas de otro, aún más, hipotético cobro. Así de claro.

No es cosa de extenderse en este supuesto concreto, de hecho, de la vida real y cotidiana de unos ciudadanos medios para demostrar hasta la saciedad lo anteriormente expuesto. El tema merece —y quizá lo haga en otra ocasión— un tratamiento monográfico del mismo porque, al menos desde el punto de vista jurídico, es realmente sangriento y podría servir de base para elaborar una teoría general de la indefensión del ciudadano medio dentro de un Estado social y

democrático de Derecho, como proclama el artículo 1.º de nuestra Constitución. Y conste que no se trata de un hecho aislado, exclusivo de una Corporación Local, de aquí y de ahora, y de las autoridades que la rigen con más o menos acierto —aunque seguramente, en su fuero interno, con la mejor de sus intenciones—, sino que sucesos análogos, de la misma o parecida naturaleza, pueden encontrarse extendiendo más el tiempo y el espacio. ¿Empezamos a hablar de las liquidaciones por el arbitrio de Plusvalía, o Impuesto Municipal sobre el Incremento del Valor de los terrenos, que giran la mayoría de los Ayuntamientos? Y no se diga que ello no afecta a la vida cotidiana, al «metro cuadrado» de libertad del ciudadano medio. Pero ello nos llevaría muy lejos y desbordaría los límites de este trabajo. Únicamente quiero recordar, literalmente, las palabras siguientes de SANTAMARÍA PASTOR: «Es en verdad muy fuerte la tentación a practicar una política de hechos consumados, con un recurso normalmente no suspensivo y con la ejecutoriedad en su mano; es lógico y hasta humano que la Administración tienda a crear un estado de cosas irreversible, ejecutando sus actos impugnados con tal intensidad que prive prácticamente de contenido al ulterior recurso contencioso-administrativo por cuanto la eventual compensación económica del fallo favorable no puede sustituir, en muchos casos, el propio objeto del proceso» ... «He pasado muchas veces por la vergüenza ajena de tener que explicar esta incomprensible realidad a recurrentes no avezados, que no alcanzan a comprender cómo la Ley puede consagrar tal privilegio, y hay que poseer un temperamento de hierro y una voluntad rayana en la obstinación para no incurrir en desaliento y en lo que, a la larga, constituye el mejor aliado de la Administración recurrida: la tendencia a la resignación y al abandono.»

#### VII. INTENTO DE FORMULACIÓN DE UNA HETERODOXA REGLA SOBRE LA VIGENCIA EFECTIVA DE LAS NORMAS, LA LEY DE «KEEPER»

Quiero aclarar que cuanto voy a decir a continuación no significa una afirmación tajante o una especie de «descubrimiento», sino más bien de algo así como una sospecha que necesitará de una «exploración» o indagación rigurosa, que excede de los límites que me he propuesto para este trabajo. En principio, la regla, por supuesto,

cargada de heterodoxia y herejía, podría más o menos quedar formulada así: «la vigencia real de una norma y su potencialidad de actuación está en razón directa al mínimo de rango formal de la misma e inversamente proporcional al máximo grado que tenga en la jerarquía normativa». Pero tal formulación requiere una explicación más extensa.

Para empezar voy a citar una frase (aunque sea sacándola de su contexto), ya que ello no es mal método para expresar algo que bulle dentro de uno, pero que tiene su dificultad en exteriorizarse. Se trata de la célebre frase de Kelsen, dirigida contra Jellinek, de que «las abstracciones no mandan».

En lo que a mi alcance está, parece suficientemente contrastado que a los hombres del siglo xx no les gustan demasiado las abstracciones románticas del pasado siglo y prefieren mirar cara a cara la realidad, sin velos que la cubran, por más brutal y desagradable que sea. Creo que en la trayectoria del pensamiento filosófico de los relativamente últimos tiempos (por ejemplo, Jaspers, Heidegger, Dilthey, Scheler, Ortega, etc.), ello se aprecia con singular claridad.

En el terreno concreto en que nos movemos en este trabajo, pienso que ocurre otro tanto. Del Estado surgido de la Revolución Francesa y teorizado por la gran dogmática de la Europa continental del siglo xix, del Estado racionalizado al máximo, los hombres habían esperado, sin duda, una especie de milagro. Así se explica la fe que en el mismo pusieron y en sus asepticas formulaciones jurídicas, empezando por la propia idea de la Constitución, como norma de las normas, y terminando, incluso, por el complicado tema de su propia configuración como persona jurídica. El tiempo ha transcurrido y, por múltiples causas al parecer, ese milagro no se ha producido, con lo que se dio comienzo a un cierto descrédito de esa configuración tan racionalizada. Como es lógico, un tema fundamental era el de la eficiencia. El juego y artificio de ese Estado surgido en el siglo xix no ha impedido las terribles crisis sociales que desde la llamada revolución industrial hasta la fecha se han ido produciendo.

El racionalismo legalista, llevado al extremo, constituía un grave impedimento para la rápida y eficaz acción del Gobierno que continuamente ha utilizado fórmulas de escapismo, de las que tan abundantemente hay muestras en el Derecho Administrativo, y lo para-

dójico es que la legalidad, aún convertida a menudo en legalismo, constituye la gloria indiscutible del Estado de Derecho.

Al intensificarse las normas jurídicas y los controles de tal naturaleza sobre las autoridades, sus agentes o, en general, sus funcionarios —y no digamos nada sobre los ciudadanos medios—, lógicamente había de darse cada vez más importancia a la conformidad de su actuación con la legalidad —cualquiera que fuera su rango—, lo que provocaba la necesidad de emitir cada vez más normas jurídicas, sumamente detalladas, numerosas y precisas, cuyo cumplimiento venía a considerarse como el único y prevalente criterio valorativo.

Esta tendencia habría de producir, no obstante, una notable falta de eficiencia. El cumplimiento de las Leyes o normas —máxime si éstas son precipitadas, o carecen de idoneidad—, tanto por los administradores como por los administrados, no basta para ser inteligente, audaz o eficaz cuando las circunstancias lo requieren, sino que, por el contrario, en ocasiones parece que favorece la tendencia humana a no hacer nada, a la inercia, a tratar de evitar responsabilidad, a no meterse en más.

Cuando al comienzo del Estado de Derecho se popularizó el episodio del molinero de Sans-Souci —como ha sido puesto de relieve— se quería patentizar la conciencia adquirida, hasta por parte de los humildes, de que el Estado no puede tocar la propiedad. Ninguno de nuestros ciudadanos —como también se ha dicho en numerosas ocasiones— hablaría ya con la seguridad del molinero de Sans-Souci, pese a las declaraciones constitucionales con fórmulas más o menos ambiguas, que quieren garantizar la propiedad y, no obstante, nos dejan a todos escépticos. También se ha hablado abundantemente que todo tipo de propiedad, especialmente la inmueble y la empresarial, se encuentra a merced de la expropiación, de la ocupación indispensable, de la requisición y que las razones del sacrificio pueden ir desde la ampliación de una empresa industrial hasta que un complejo hotelero pueda contar con una piscina o campo de golf para su clientela de lujo, que de todo se ha dado. Sabemos que sobra la distinta suerte que han corrido los propietarios, en las últimas décadas, según lo fueran de finca urbanas o agrícolas, de campos arrendados o en aparcería, de obligaciones o de acciones, según hubieran empleado su dinero en títulos de la deuda pú-

blica, en pagarés del Tesoro, en compra de terrenos urbanizables, o en joyas.

No hay industrial, comerciante de banco, que bien sea como individuo o como miembro de un grupo, no tenga necesidad del burócrata de turno, o que se atreva a ponérsele en contra; el «metro cuadrado» de su libertad puede saltar por los aires pulverizado. El ciudadano medio conoce de sobra la extrema dificultad de tener razón en contra del funcionario, si no es a través del largo, penoso y muchas veces inútil camino de los recursos contenciosos de carácter jurisdiccional. Tiene toda la razón SANTAMARÍA PASTOR cuando literalmente dice: «es incomprensible que, a estas alturas del siglo xx, haya aún políticos y administradores que contemplan con hostilidad la labor de los Tribunales contencioso-administrativos, considerándolos poco menos que sus enemigos naturales, y que reputen como una ofensa el hecho de que los administrados hagan uso de la vía de recurso contra sus actos y reglamentos» ... «Recurrir, lo que se dice recurrir, sólo lo hace el que no tiene otra soga en la que ahorcarse.»

Por otro lado, así como ha podido afirmarse que la gran beneficiada del liberalismo del siglo xix fue la burguesía, no sería aventurado afirmar que la gran beneficiada del moderno intervencionismo de nuestros días ha sido la burocracia, bien funcional o política, quien otorga o dispensa la licencia de turno, inspecciona, controla o sanciona al inerme ciudadano medio. Se ha dicho —y no recuerdo ahora por quién— que los citados burócratas han conquistado el más cómodo poder, el más efectivo, aquel que no aparece como tal, que se desenvuelve entre las bambalinas de la farsa, sin necesidad de salir a escena más que esporádicamente.

Actúan bajo el seudónimo de «Administración», parapetados bajo esa máscara de la «personalidad» de la misma, cuyos representantes visibles máximos —el Alcalde de una gran ciudad, el Ministro de un gigantesco departamento, o incluso el mismo Presidente del Gobierno de turno— ni se enteran de lo que ocurre con esas «enormes minucias» que afectan al ciudadano medio, dejándole su «metro cuadrado» de libertad reducido a milímetros y manteniéndole constantemente en viño, en incertidumbre y desesperanza permanente. La proliferación normativa y, sobre todo, la oscuridad de sus preceptos, muchas veces conscientemente producida, actúan a su servicio y legitiman su omnipresencia. Tal vez, incluso —y se dice

a título de mero ejemplo, citado creo por Giuseppe CAPOGRASSI—, el hecho de que no provenga de terratenientes, sino de una clase media audaz, trepadora e inteligente, tenga su reflejo en que se trate con dureza a aquellas formas de propiedad que el liberalismo defendía: la propiedad inmobiliaria. Favorece, en cambio, la especulación, la adquisición rápida de riqueza no heredada y mil manejos más. Así están las cosas y no hay que darle vueltas.

Decía al principio de este trabajo que el gusto amargo de cuanto estoy escribiendo, el pesimismo que, tal vez, rezuma, quisiera rebajarlo con algunas gotas de humor en la medida que lo consienta la seriedad de la publicación en la que va a ser incluido.

Permitaseme, por tanto —y de antemano pido perdón por ello—, que a imitación de algunos escritores anglosajones —por ejemplo, C. Northcote PARKINSON—, formule yo también, dentro de mi conocida poquedad, una Ley a la que, en homenaje a mi fiel perro bulldog, denominaré la Ley de KEEPER y que dice así: llamando «V» a la vigencia real de las normas (que están bien vivas, *quot vigens*), a su auténtica fuerza de actuación en la vida cotidiana del ciudadano medio, «N» al rango normativo superior, «n» al rango normativo inferior, «A» a los titulares de los órganos políticos y administrativos de carácter supremo, «a» a los de carácter inferior, «f» a la continuidad de su actuación, e «i» a la infrecuencia de la misma, tendremos la siguiente fórmula matemática.

$$V = \frac{(n + a) f}{(N + A) i}$$

Es decir, que la vigencia real afectante al ciudadano medio es directamente proporcional a la aparente mediocridad de la norma y agente que la aplica, e inversamente proporcional al mayor rango de la misma y al más alto nivel de titularidad de la autoridad u órgano competente, multiplicado por el grado de frecuencia o infrecuencia con que las mismas se manifiestan.

Y esto es todo. Deposito mi confianza en los más profundos juristas, en los más incansables luchadores por el Derecho y la Justicia, como es un ejemplo Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, a quien dedico este trabajo, conociendo su comprensión y buen sentido del humor. Ojalá que la Ley de KEEPER resulte falsa, que es lo que yo más desearía.

