

LA INTERDICCION DE LA ARBITRARIEDAD EN LA POTESTAD REGLAMENTARIA

SUMARIO: I. Introducción: el control de fondo de la potestad reglamentaria.—II. La Sentencia de 20 de febrero de 1959.—III. Análisis de la doctrina de la Sentencia.—IV. La Sentencia de 6 de julio de 1959; cuestiones de legitimación y cuestiones de fondo.—V. Análisis de la doctrina sobre el fondo de la Sentencia. Efectos de la anulación judicial del Reglamento.—VI. La significación general de las Sentencias estudiadas en cuanto a los límites de la potestad reglamentaria. El Reglamento como norma materialmente subordinada y su exigencia de justificación. Importancia de un control de fondo sobre los Reglamentos.—VII. Síntesis de los criterios jurisprudenciales. El sentido de los principios generales del derecho. Control jurídico y control político de Reglamentos. El principio de interdicción de la arbitrariedad en la creación normativa (artículo 17 del Fuero de los Españoles) como criterio resuntivo. Las posibilidades del principio y su significación actual.

I

En dos trabajos publicados en el número anterior de esta Revista observé ya, aunque sólo fuese incidentalmente, dados los temas respectivos de que directamente estaba tratando (1), que el mayor interés del recurso directo contra Reglamentos abierto por la Ley de jurisdicción contencioso-administrativa de 27 de diciembre de 1956, estaba en posibilitar un control sobre la actividad reglamentaria de la Administración en su significación precisamente material, de respeto a los principios generales del derecho que informan sustancialmente el ordenamiento, y no sólo del principio formal de subordinación a la Ley. Dos recientes Sentencias de la Sala 5.^a del Tribunal Supremo, las dos por cierto producidas con anterioridad a la publicación de esos trabajos, aunque yo las haya conocido después, las de 20 de febrero y 6 de julio de 1959, entran por vez primera con resolución y seguridad en esa vía, lo cual merece la pena ser destacado y comentado. El suceso que estas

(1) GARCÍA DE ENTERRÍA: *Recurso contencioso-directo contra disposiciones reglamentarias y recurso previo de reposición*, en especial páginas 166 y sigs. y reseña crítica del libro LEIBHOLZ: *Die Gleichheit vor dem Gesetz*, en particular pág. 451-52, ambos lugares referidos al número 29 de esta REVISTA.

sentencias representan debe, en efecto, ser celebrado como uno de los más significados en la historia de nuestra justicia administrativa, sobre todo si, como es de esperar, llegan a marcar el comienzo de una actitud que el Tribunal Supremo se disponga a seguir sin desfallecimientos, y no paran en fallos ocasionales y aislados.

Comencemos por un análisis pormenorizado de las dos decisiones.

II

La sentencia de 20 de febrero de 1959 estimó un recurso directo contra una disposición reglamentaria. La Orden del Ministerio de Educación Nacional de 27 de marzo de 1958 (*Boletín Oficial* del 24 de abril), que estableció determinadas obligaciones docentes de los catedráticos de Enseñanza Media (y especialmente la de profesar en enseñanzas «afines» a los que con su sola asignatura no llegasen a cubrir un horario semanal señalado como mínimo) como condición para poder percibir la remuneración especial procedente de los ingresos por «derechos obvencionales» o tasas académicas. He aquí lo más relevante de sus «Considerandos», de los que fué Ponente el Magistrado don Francisco CAMPRUBI Y PADER:

3^{er} CONSIDERANDO: «Prescindiendo del primero de los extremos a que se refiere la Orden recurrida [señalar un horario semanal de trabajo para el profesorado de Enseñanza Media], y que no es objeto de impugnación por aceptar los recurrentes como propio de la competencia ministerial la regulación del horario de trabajo en los Institutos de Enseñanza Media, surge la discrepancia en cuanto pretende la mencionada Orden, sin sólida base legal en que apoyarse, imponer con carácter obligatorio a los catedráticos numerarios, profesores especiales y adjuntos numerarios, titulares de las cátedras de asignaturas concretas, para las enseñanzas de cuyas disciplinas obtuvieron el título base de sus derechos y deberes como funcionarios, con perfecta e individualizada determinación, la extensión de sus actividades docentes a materias científicas, distintas de la propia de su profesorado, extensión inadmisibles, ya que no existe precepto legal alguno que la autorice, y, por el contrario, se opone a la naturaleza del cargo que desempeñan estos funcionarios, cuya adscripción concreta a la enseñanza de una determinada disciplina se presupone en toda la legislación relacionada con los Institutos de Enseñanza Media, y así la Ley de Ordenación de la Enseñanza Media de 26 de febrero de 1953 enuncia en su artículo 44 como derecho, que a la vez es deber, del catedrático «el desempeño de las funciones de su

cátedra titular», y no de otras más o menos afines de la misma; y en su artículo 51 al regular las pruebas de aptitud para ser nombrado catedrático numerario de Instituto, se circunscribe a las pruebas teóricas de la especialidad científica de la asignatura o asignaturas objeto de la oposición..., es decir, que concreta la oposición a unas pruebas de aptitud teórica especializada en la rama científica que constituye la asignatura, sin relación alguna con otras afines; y, por último, el título administrativo que se les expide configura también la misma idea de especialización, ya que no se les otorga con carácter genérico título de catedrático de Instituto de Enseñanza Media, sino concretamente «título de catedrático» de determinada asignatura de Institutos Nacionales de Enseñanza Media.»

4.º CONSIDERANDO: «Frente a la clara conclusión que se deriva de la naturaleza del cargo, y que está patente o presupuesta en cuantas disposiciones legales hacen relación al mismo, no cabe tratar de desvirtuarla con apoyo en el mismo artículo 44 de la Ley de Enseñanza Media al consignar en último lugar entre los deberes de los catedráticos las comisiones que la superioridad les confie, ya que no puede estimarse como comisión de servicio la imposición con carácter general a todos los profesores que constituyen los Cuerpos de Catedráticos numerarios, profesores especiales y Adjuntos numerarios, de un profesorado constante sobre materias distintas a las de su especialidad, pues la comisión de servicio tiene carácter excepcional, contingente, para llenar accidentalmente una necesidad administrativa, no de obligación con carácter ordinario y permanente, y por eso aquélla va normalmente acompañada de dietas cuando obliga al funcionario a desplazarse de su residencia o de asignación de alguna gratificación, remuneradora de la carga accidentalmente impuesta al funcionario, nunca de disminución del sueldo o sanción económica para el funcionario que no desempeñe comisión o lo haga con rendimiento insuficiente.»

5.º CONSIDERANDO: «Aun menos puede apoyarse tan insólita extensión o ampliación de los deberes propios del cargo en circunstancias de excepcionalidad con las que trata de justificarla el minucioso informe emitido por la Sección de Institutos, y en el cual, después de reconocer que «parece necesario concluir que el Ministerio de Educación Nacional no puede con carácter de norma permanente obligar a los profesores numerarios de una asignatura a dar clases en otras distintas, aunque sean afines», llega a la conclusión de que excepcionalmente puede hacerlo, como puede la Administración llegar también ex-

cepcionalmente a imponer la limitación o el sacrificio de los derechos de los particulares, la transferencia coactiva del uso de sus bienes, la requisa y la expropiación, enumeración que es en sí suficiente para demostrar la falta de paridad con la carga que es objeto del presente recurso, por el carácter que a ésta se da de generalidad y permanencia, por faltar las circunstancias de absoluta necesidad que las determine, por poder subvenir a ella la Administración por otros medios más adecuados, cuales son las comisiones de servicio convenientemente recompensadas, y porque en último término nunca se justificaría su imposición por una Orden en disconformidad con la naturaleza del cargo configurada por una Ley, en pugna con lo preceptuado en los artículos 26, 27 y 28 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado.»

6.º CONSIDERANDO: «Respecto al último y más importante extremo de la disposición recurrida que priva de la participación en los derechos obvencionales a los profesores que por su condición pudieran percibirlos y no cumplieren el horario de trabajo semanal en sus propias asignaturas o en las afines a que se refieren los preceptos anteriores, privación que alcanza también en la disposición recurrida a los catedráticos que renuncien a completar las doce unidades con asignaturas distintas de la propia, así como a aquellos que sean descargados por el claustro previa propuesta del director de las unidades didácticas en asignatura distinta de la propia por entender que las desempeña con un rendimiento pedagógico evidentemente escaso, privación que, aunque no se le dé tal denominación, implica una sanción económica de extraordinaria gravedad, llegando a condenar a precaria situación económica a los profesores por ella afectados, siendo preciso para discriminar su legalidad, ya que no es posible partir de una definición legal del vocablo obvención, por no existir, ni poder deducirse de las características que rodean a su percepción en los diferentes cuerpos en que se hallan establecidas, partir de la naturaleza de las establecidas en los Institutos de Enseñanza Media, creadas como un complemento de la remuneración del personal docente, dada la reconocida insuficiencia del sueldo y su inadecuación no sólo a la importancia de la función pedagógica, al nivel cultura que su desempeño requiere, al esfuerzo intelectual a que obliga una preparación adecuada y a la dignidad con que deben ser dotados los órganos de tan indispensables funciones para el progreso y elevación moral de los pueblos como la justicia, la cultura y el Ejército, sino a las más imprescindibles y modestas necesidades del funcionario en el coste y nivel de vida im-

puesta por la contingente situación económica en los tiempos presentes; y siendo esto así, ni constituyen las obvenciones una gratificación por determinados servicios, como la que otorga el artículo 1.º de la Orden de 16 de mayo de 1957 para los profesores que tengan cuatro o más clases diarias; ni son remuneración de un servicio, como las permanencias; ni se perciben sólo por los catedráticos, sino también por los inspectores de Enseñanza Media del Estado; ni dejan de percibirse por el catedrático que no desempeña las funciones de su cátedra titular por permiso oficial para acudir a oposiciones; ni reconocidas por las Ordenes ministeriales de 5 de octubre y 30 de diciembre de 1953, hallan causa alguna en el nuevo servicio que en la Orden impugnada trata de establecerse; por todo lo que es evidente su carácter de remuneración permanente, complemento del sueldo, impuesta ineludiblemente por la notoria insuficiencia de éste para subvenir a las necesidades del funcionario, concepto coincidente con el que la Jurisdicción especial de Agravios les reconoce en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 20 de mayo de 1958.»

7.º CONSIDERANDO: «Dado este carácter de los derechos obvencionales a percibir por el profesorado de Enseñanza Media, no se halla precepto legal alguno que autorice al Departamento ministerial a privar a determinado catedrático del derecho a su percepción, pues no puede exigirse en soporte legal de esta disposición el artículo 31 de la Ley de Enseñanza Media, ya que ésta se limita a declarar que todos los ingresos que por tasas y por servicios complementarios se obtengan en los Institutos habrán de ser destinados íntegramente a los fines de los Centros, y que disposiciones complementarias señalarán los tantos por ciento que hayan de corresponder a gastos generales, material pedagógico, extensión escolar y gratificaciones al personal docente y administrativo de Enseñanza Media y los que hayan de dedicarse a fines benéfico-docentes y de previsión, precepto que abre bien limitado campo a la potestad reglamentaria de la Administración en la materia y que en manera alguna parece que pueda amparar la privación como sanción al personal que, como dice la Orden recurrida, pudiera por su condición percibir derechos obvencionales; y si no se halla precepto legal que ampare la privación como sanción de unos derechos que forman permanentemente parte integrante de la remuneración del funcionario, al estimarse, por otra parte, contraria a derecho la obligación de prestar los catedráticos permanentemente su actividad docente a disciplinas distintas de las de su propia asignatura, mal podía sostenerse el precepto

que, además de privar al funcionario de un ingreso legítimo, actúa de elemento coactivo y sancionador para forzar al acatamiento de aquella obligación que se trata de imponer.»

El fallo declara «nula y sin ningún valor ni efecto, por ser contraria a derecho, la Orden del Ministerio de Educación Nacional de 27 de marzo de 1958, en sus apartados 1.º, 2.º, 9.º y 10.º».

III

Podemos resaltar fácilmente el nervio doctrinal de esta magnífica Sentencia en unos cuantos puntos:

1.º De una norma reglamentaria se afirma reiteradamente (considerandos 3.º y 6.º) que «no existe precepto legal alguno (se entiende superior) que la autorice», no ya que contradiga propiamente ese precepto superior (luego insistiremos sobre esto), invirtiendo, pues, los términos tradicionales con que académicamente vienen exponiéndose entre nosotros los límites del poder reglamentario, que suele afirmarse ilimitado fuera de los casos de contradicción con precepto superior o de invasión de materia reservada a la Ley (art. 26 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado); la significación de este importante giro conceptual es construir sobre todo un límite material a la potestad reglamentaria (2) con independencia de esos límites puramente formales, el límite que genéricamente llamaremos más adelante de interdicción de la arbitrariedad; pues, en efecto, la inversión dialéctica sirve para que la Sentencia exija al Reglamento impugnado justificaciones objetivas, entrando en el fondo del mismo resueltamente para dilucidarlas, sin contentarse con un análisis puramente formal y mecánico de las competencias.

2.º Pues ha de notarse que no llega a constatarse una infracción de Ley o de Reglamento superior que sirviera de base a la declaración de nulidad del Reglamento impugnado; de los dos extremos que de éste atacaba el recurso, la imposición del deber de profesar en asignaturas afines a catedráticos y profesores que no pudieren cubrir el horario semanal mínimo con su propia disciplina, y la privación de derechos obvencionales en determinados casos, del primero se intenta

(2) No se trata, pues, de imponer como un nuevo límite formal la necesidad de una habilitación legal específica; esto, en efecto, hubiese sido contrario a nuestro Derecho administrativo, sin perjuicio de lo que luego se indicará, sobre las materias reservadas a la Ley; la Sentencia, por ello, no razona la invalidez del Reglamento por este motivo, sino por razones de fondo, como veremos. Si podría, sin embargo, observarse en el ánimo de este argumento una suerte de exigencia de justificación más fuerte en el Reglamento independiente que en el Reglamento ejecutivo dictado en virtud de la remisión de una Ley, lo cual parece sanamente fundado, por todo lo que luego veremos.

aislar un motivo de infracción formal de la Ley de Enseñanza Media, pero, como se habrá notado, la infracción no pasa de ser, tal como la construye la Sentencia, puramente indirecta, puesto que en definitiva lo que se opone al Reglamento impugnado es «la naturaleza del cargo», que se acepta que está meramente «supuesta» y no expresa en esa norma superior, así como en todas las disposiciones legales que la regulan; el motivo segundo de impugnación, el referente a la privación de derechos obvencionales, se estima sin intentar siquiera construir una infracción de Ley, aun tan lejana e hipotética como la anterior, acudiendo al terreno de una valoración directa del fondo de la regulación y de la estimación en base al mismo de una «naturaleza» institucional, que vendría a oponerse a la innovación reglamentaria de que se trata; es aquí especialmente fuerte el mantenimiento de este criterio porque la Sentencia (Considerando 7.º) es perfectamente consciente de que existe una remisión expresa de la Ley de Enseñanza Media a «disposiciones complementarias» para señalar «los tantos por ciento que hayan de corresponder [de los ingresos por tasas y servicios complementarios] a gastos generales, material pedagógico, extensión escolar y gratificaciones al personal docente y administrativo de Enseñanza Media, y los que hayan de derivarse a fines benéfico-docentes o de previsión» (artículo 31), precepto que la Sentencia interpreta restrictivamente en el tenor literal de «señalar los tantos por ciento», pero negándose a ver en él la consagración de una facultad omnimoda de distribución de estos ingresos por la potestad reglamentaria; la última parte de este Considerando conecta esta cuestión de la privación de obvencionales con la anterior de la extensión de la función docente a materias afines, para concluir que siendo esta última contraria a derecho, según había quedado establecido, lo será también la privación de los obvencionales a quienes no aceptasen tal extensión; el argumento es plausible en un orden formal, pero insuficiente, ya que como el encabezamiento del Considerando 6.º recuerda, la Orden recurrida privaba también de obvencionales no sólo a quienes no aceptasen profesar en materias afines, sino a los que «no cumpliesen el horario semanal de sus propias asignaturas», lo que prueba que la *ratio decidendi* no es ese argumento de la conexión con una obligación ilegal, sino directamente las valoraciones de fondo; en fin, es sumamente expresivo que las normas que han configurado, según la Sentencia, la naturaleza de los derechos obvencionales son sobre todo dos Ordenes ministeriales, las de 5 de octubre y 30 de diciembre de 1953, que con la aplicación de criterios puramente formales habría que aceptar que habrían podido derogarse por la Orden de 1958 que se recurrió, en cuanto dotada del mismo rango normativo, y sin embargo la Sentencia las cita para extraer el argumento de que la configuración institucional de los derechos obvencionales que ellas han realizado está al margen de lo que la Orden de 1958 preten-

de; de nuevo, pues, y concluyentemente, los criterios decisivos serán los de fondo.

3.º Se condena la extensión de las obligaciones docentes a materias afines, calificándola de «insólita» e «inadmisible», por oponerse, ya que no a leyes formales, según hemos visto, «a la naturaleza del cargo»: estamos en presencia, prototípicamente, de esos «principios y normatividad inmanente en la naturaleza de las instituciones» que invoca la Exposición de motivos de la Ley de la Jurisdicción para no «incurrir en un positivismo superado y olvidar que lo jurídico no se encierra y circunscribe a las disposiciones escritas», pero con independencia del valor general que esto pueda tener, lo más significativo es la utilización de los mismos para oponerlos como un límite a la potestad reglamentaria y no a meros actos administrativos, lo cual es, en cuanto nos consta, la vez primera que se hace en nuestro Derecho; de la misma manera se condena la privación de derechos obvencionales que el Reglamento impugnado pretendía por opuesto, ya que tampoco a Leyes formales, a la «naturaleza» (Considerando 6.º), al «carácter de los derechos obvencionales» (principio del Considerando 7.º), naturaleza y carácter que, como hemos visto, habían sido positivamente configurados por normas del mismo rango que la impugnada, pero que se deducen sobre todo de consideraciones materiales que directamente asume la Sala.

4.º Es, en efecto, de primera importancia el que la Sala acuda a una valoración directa de los respectivos supuestos de hecho para determinar la justificación de las medidas reglamentarias que se están enjuiciando; así, en cuanto a la extensión de las obligaciones docentes a materias afines, la Sala niega las razones en que la Sección trata de justificar o «apoyar» la oportunidad de la norma «por faltar las circunstancias» reales que se invocan, llegándose incluso hasta apuntar en la propia Sentencia la superior idoneidad de otra solución hipotética frente a la escogida por la Administración: «por poder subvenir a ella (la necesidad) por otros medios *más adecuados*», frase ésta de una extraordinaria importancia en el orden de los principios, por cuanto que supone un auténtico juicio sobre la proporcionalidad de medios afines, proporcionalidad que se hace jugar como un límite verdadero de la potestad reglamentaria; en fin, en cuanto al tema de los derechos obvencionales, la Sentencia califica a éstos «como un complemento de la remuneración del personal», partiendo para ello de un juicio sin reservas sobre «la reconocida insuficiencia del sueldo y su *inadecuación* no sólo a la importancia de la función..., al esfuerzo intelectual a que obliga una preparación adecuada y a la dignidad con que *deben* ser dotados los órganos..., sino a las más imprescindibles y modestas necesidades del funcionario», valoración que implica un auténtico juicio de fondo sobre el contenido material de una determinada situación normativa, juicio que además es determinante de la calificación insti-

tucional que se obtiene para los derechos obvencionales, o sea «su carácter de remuneración permanente, complemento del sueldo».

5.º Pero, aunque menos destacado en el énfasis de los Considerandos, lo que viene a condenar la Sentencia no es propiamente cualquier medida que reglamentariamente pudiese adoptar la Administración para acordar criterios de distribución de esos fondos especiales entre sus funcionarios (3), es decir, no cabría decir que esta Sentencia consagra un criterio igualitario a ultranza como principio de esa distribución, sino que lo que expresamente se condena es en concreto la privación de obvencionales como sanción, precisamente esto y nada más; la Sentencia insiste en ello más de una vez: la privación de obvencionales, «aunque no se le dé tal denominación, implica una sanción económica de extraordinaria gravedad, llegando a condenar a precaria situación económica a los... por ella afectados»; «no se halla precepto legal alguno que autorice al Departamento ministerial a privar a un determinado catedrático del derecho a su percepción»; «en manera alguna parece que [el artículo 31 de la Ley de Enseñanza Media] pueda amparar la privación como sanción»; «no se halla precepto legal que ampare la privación como sanción»; «actúa de elemento coactivo y sancionador»; es, pues, concretamente la conversión del sistema retributivo en un sistema disciplinario, «aunque no se le dé tal denominación», lo que la Sentencia descalifica, y aunque no llega a explicitar las razones concretas de este juicio no parecen difíciles de adivinar: se trataría de medidas disciplinarias acordadas al margen de procedimiento formal, sin que las normas que rigen esta materia disciplinaria hayan previsto una sanción de tal carácter (tipicidad legal de las sanciones o principio de *nulla poena sine lege*: «no se halla precepto legal alguno que autorice la medida»—dice la Sala expresamente—), que consagraria, por otra parte, una suerte de paternalismo administrativo en pugna con el régimen objetivo de la función pública, y, en fin y sobre todo, que la sanción tiene tal «extraordinaria gravedad» por implicar «condenar a precaria situación económica a los... por ella afectados», sin posibilidad de atender «las más imprescindibles y modestas necesidades del funcionario», que parece que excede de la regla de la proporcionalidad material que las sanciones deben de guardar y aun de la ética general de la vida pública. En este último sentido permítaseme que recuerde dos juicios doctrinales de extraordinaria significación: el de Maurice HAURIU, que veía como uno de los peligros del poder político la utilización de medios económicos de coacción que

(3) Esta precisión tiene importancia general en un momento en que la política de retribución de funcionarios parece orientada (criticablemente, a mi modesto juicio), sobre los fondos de esta naturaleza no presupuestaria, tras la Ley de tasas y exacciones parafiscales de 1958; es de un gran interés por ello concretar el auténtico alcance de la posición del Tribunal Supremo sobre la materia.

uniese a las sanciones penales «la amenaza de reducirlos (a los hombres) a condición de hambrientos» (4), y el de FORSTHOFF, que cita expresamente al lado del principio de igualdad, como uno de los principios generales del Derecho básicos que han de informar el moderno orden social si pretende pasar como un orden justo, el de que el hombre en cuanto ser natural que come, bebe y duerme es titular de una pretensión absoluta a la protección estatal respecto a estas necesidades elementales de alimentación, bebida y habitación, «lo cual excluye que las intervenciones en estas esferas elementales puedan convertirse en objeto de coacción estatal», condenando en concreto dentro de este criterio medidas como la retirada de las cartillas de racionamiento como medio de coacción administrativa, que califica de «retorno a las más rudas formas de Estado administrativo» (5). Parece que es siguiendo este orden estimativo por donde finalmente ha concluido la Sala la condenación de la medida reglamentaria de que se trataba, aunque naturalmente no llegase a significar una gravedad tan intensa como la tipificada abstractamente por esos autores.

IV

Estudiemos ahora la Sentencia de 6 de julio de 1959. En ella, siendo ponente el Magistrado don Manuel CERVIA CABRERA, se estima un recurso contencioso dirigido contra una disposición reglamentaria, la Orden de la Presidencia de 17 de junio de 1958 de rectificación de la Orden de 15 de enero de 1958 sobre clasificación de plantillas y partidos veterinarios (6). Esta Sentencia tiene un interés de primer orden

(4) *Principios de Derecho público y constitucional*, trad. RUIZ DEL CASTILLO. Madrid, 1927, pág. 165. Cfr. la glosa de SÁNCHEZ AGESTA: *Planificación económica y régimen político*, en esta REVISTA, número 3, página 37.

(5) *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, I, 3.^a ed., pág. 62 (trad. española, 1958, página 112).

(6) Esta misma Orden de 15 de enero de 1958, específicamente, fué calificada de disposición de carácter general o reglamentaria por la Sentencia de 19 de enero de 1959, y otras. Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA: *Recurso contencioso directo contra disposiciones reglamentarias*, cit., y en concreto, pág. 171, nota. La Orden de 17 de junio de 1958, objeto del recurso, fué de rectificación de la anterior por haberse sufrido, se dice «algunos errores de hecho que es oportuno rectificar»; en concreto asigna al partido de Santisteban del Puerto (Jaén) una plaza, en tanto que la anterior la había asignado dos. Aunque la Sentencia no se hace cuestión de este tema de las llamadas «rectificaciones de errores materiales» en el *Boletín Oficial*, y aunque la propia Orden de rectificación abrió expresamente un nuevo plazo de recurso «para reclamar expresamente sobre las rectificaciones precedentes», puede ya aducirse este fallo para dar por sentada la doctrina de la recurribilidad de estas «rectificaciones». (Vid. sobre el tema el agudo estudio de PÉREZ SERRANO en «Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid», 1958.)

en varios puntos, y por de pronto en cuanto al tema de la legitimación, tanto en general, al definir explícitamente lo que debe de entenderse por «interés directo» para recurrir, con un criterio extraordinariamente progresivo (7), como en concreto respecto a la legitimación específica

(7) Los dos primeros «considerandos» se refieren a este importante tema suscitado por una excepción del Abogado del Estado; la Sentencia recuerda la situación legal anterior a la Ley jurisdiccional de 1956, en que se exigía titularidad de un derecho en tanto que la nueva Ley pide sólo un interés, lo que se califica de «amplio criterio y profunda innovación», que ha ampliado considerablemente el recurso, «así como las garantías de los administrados», y expone así el sentido de ese requisito de legitimación: «no cabe restringir el concepto de lo que deba entenderse por dicho «interés personal y directo», constriñéndolo sólo a cuando se trate de un «interés nacido de un derecho perfecto», como se pretende en la contestación a la demanda, pues ello implicaría volver a confundir los términos «interés» y «derecho» gramatical y jurídicamente diferenciados, pues si por el primero debemos entender, conforme se ha establecido en sentencia de este Tribunal del 28 de abril del año en curso que es «aquél que de prosperar la acción entablada originaría un beneficio jurídico en favor del accionante», no cabe duda alguna que el Sr. L. (recurrente), de tener éxito en sus pedimentos obtendría dicha mejora jurídica, ya que estando legalmente capacitado para concursar las plazas de veterinarios titulares podría verificarlo en cuanto a la nueva que se creara en Santisteban del Puerto, posibilidad jurídica de ejercitar un derecho que ostenta en cuanto a determinado puesto o localidad por el que es tan manifiesto el interés directo, que resulta no sólo de la posible satisfacción jurídica de lograrlo, sino de todas las actuaciones administrativas y jurisdiccionales que ha seguido y sin el cual no hubieran tenido razón de ser». La liberalidad de este criterio es de primer orden y no merece más que elogios. Es de notar que queda notablemente ampliada la extensión que al principio del interés como criterio de legitimación había definido la antigua Jurisdicción de Agravios, definición que ya había supuesto un formidable paso adelante de nuestros principios de justicia administrativa y que por eso estuvo perfectamente justificado que se administrase con la cautela de lo novedoso. (Vid., sobre esto, en general, PÉREZ HERNÁNDEZ: *El recurso de agravios*. Pamplona, 1954, págs. 65 y sigs. GARRIDO: *El interés para recurrir en agravios*, en esta REVISTA, número 9, págs. 157 y sigs.) A través del requisito de que el interés había de ser «directo», entendido como «inmediato», y esto a su vez en el sentido de que pudiese satisfacerse, sin necesidad de que medie otro acto administrativo, por la simple revocación del acto impugnado (vid., sobre todo, Acuerdos de 13 de julio de 1951 (*B. O.* de 13 de noviembre); 9 de abril de 1954 (*B. O.* de 10 de junio); 13 de enero de 1956 (*Boletín Oficial* de 22 de enero, y 23 de marzo de 1956 (*B. O.* de 6 de mayo), la Jurisdicción de Agravios posiblemente no hubiese aceptado la legitimación en el caso de la Sentencia que comentamos. Se aproximan, sin embargo, a la posición de esta Sentencia, incluso en supuestos sensiblemente análogos, los Acuerdos de Agravios de 25 de abril de 1953 (*B. O.* de 8 de junio), 14 de noviembre de 1952 (*B. O.* de 23 de junio de 1953), 27 de febrero de 1953 (*B. O.* de 9 de marzo de 1954), que pasan sobre el requisito de que—según la fórmula consagrada—«de la sola estimación del recurso obtendrían los recurrentes un beneficio jurídico inmediato» para justificar el carácter directo del interés. No es aventurado imaginar que en el momento de su desaparición la Jurisdicción de Agravios estaba a punto de dar resueltamente el paso hacia adelante que ahora acaba de dar el Tribunal Supremo. Obsérvese que la propia Ley

para la impugnación directa de Reglamentos, ya que supone una extensión de fundamental importancia para el caso de legitimación individual o no corporativa, supuesto para el cual es interpretado con una gran liberalidad el requisito formal de que el Reglamento impugnado hubiese de ser cumplido directamente por los administrados «sin necesidad de un previo acto de requerimiento o sujeción individual» (artículos 28, 1, 6 y 39 de la Ley Jurisdiccional), en línea, a mi juicio, con el mejor criterio sobre la materia (8). Pero lo que en este momento

de la Jurisdicción (artículo 28, 1, a), califica el interés legitimador expresamente de «directo», sin embargo de lo cual nos parece excelente la no limitación de este último concepto en el sentido que artificiosamente la Jurisdicción de Agravios había sostenido, y la extensión con ello de la legitimación que ha operado el Tribunal Supremo, que supone una notable ampliación de garantías, sin llegar a romper el carácter subjetivo y personalista del sistema de la justicia administrativa, es decir, sin caer en absoluto en la técnica de la acción popular.

(8) Aunque la Sentencia no se hace cuestión explícita de este tema lo resuelve implícitamente al aceptar, como hemos visto en las declaraciones transcritas en la nota anterior, que bastaba en el caso como condición de legitimación la «posibilidad jurídica de ejercitar un derecho» si la impugnación fuese estimada, lo que me parece una excelente fórmula general sobre la cuestión, sin restringir la exigencia del cumplimiento directo e inmediato del Reglamento a un sentido formal y estricto. Puede decirse que en la Sentencia que hemos estudiado más atrás, de 20 de febrero último, está implícita también una extensión de la legitimación individual en el mismo sentido, en concreto en cuanto al tema de la privación de derechos obvencionales, que es evidente que no iba a alcanzar a los recurrentes sino a través de actos de aplicación individual y no directamente. Hay que tener en cuenta a este respecto que el interés público y el de la seguridad jurídica del ordenamiento militan en favor de la extensión de las impugnaciones directas de los Reglamentos en beneficio de las indirectas, como creo haber justificado en mi anterior trabajo, *Recurso contencioso directo contra disposiciones reglamentarias*, cit., págs. 170, nota 180 y *passim*; en la nota de la página 170 se contienen referencias de Derecho comparado que apoyan totalmente este criterio de extensión de la legitimación para la impugnación directa en el sentido propuesto ahora por nuestro Tribunal Supremo, que lo ha hecho por cierto con una sencillez que no hace sino revelar las razones obvias que intuitivamente, en cuanto a los principios de derecho, apoyan la solución. En el mismo sentido había operado ya el propio Tribunal bajo el imperio de la Ley jurisdiccional anterior, no obstante que ésta no aceptase la técnica de las impugnaciones directas de Reglamentos; así, por ejemplo, las Sentencias de 24 de enero de 1957 (por argumento *a contrario*) y 27 de enero de 1958 (directamente), en que se acepta la legitimación de contratistas individuales de obras públicas para impugnar los índices de revisión de precios aprobados con carácter general para determinados meses por el Ministerio de Obras Públicas, sin esperar, pues, a la aplicación concreta de esos índices a las operaciones revisoras de sus contratos particulares respectivos. Es absolutamente evidente que la impugnación directa de Reglamentos posibilita materialmente un control jurisdiccional más extenso de la potestad reglamentaria y de sus aplicaciones que la que permite la técnica de las impugnaciones llamadas indirectas o de los actos de aplicación; por de pronto, en esta última procesalmente la Administración demandada no tiene por qué

nos interesa sobre todo resaltar es la técnica de fiscalización de Reglamentos que esta Sentencia inaugura con un criterio decidido y resuelto y no meramente incidental u ocasional. Precisamente sobre esta específica materia de las disposiciones regulando los partidos veterinarios la jurisprudencia de Agravios, que había blasonado hasta ahora de la más avanzada, había sentado reiteradas veces el criterio de qué se trataba de medidas organizatorias de los servicios públicos, que en cuanto tales no podían discutirse desde situaciones jurídicas individuales y en interés de las mismas, ni tampoco ponerse en duda la libre discreción de la Administración para valorar las necesidades públicas de las que en cada caso cabía deducir la oportunidad de las soluciones adoptadas. Nada más expresivo del actual momento creador del Tribunal Supremo, y de las virtualidades que está obteniendo de la Ley jurisdiccional de 1956, que contrastar ese ponderado precedente que le ofrecía una jurisprudencia tenida como progresiva con la resolución con que en el caso de la Sentencia ha entrado decididamente en el fondo de la disposición impugnada y ha concluido declarando su nulidad. La Sentencia sigue aquí una técnica que subraya aún más el decidido criterio del Tribunal de entrar en una valoración de fondo de las potestades discrecionales y en concreto en este caso de la potestad reglamentaria. Comienza, en efecto, por afirmar que existen en esta materia límites reglados:

remitir el expediente seguido en su día para dictar el Reglamento cuestionado, sino sólo el del acto de aplicación que se recurre; sólo este dato elimina ya la posibilidad material de un control sobre los motivos o sobre los hechos de que se parte, o sobre la objetividad de los pronunciamientos reglamentarios, que es precisamente la vía de fiscalización que han seguido las dos Sentencias que estamos comentando, o aun sobre la regularidad del procedimiento seguido para emitir los Reglamentos, tema que hoy juega un papel importante desde los artículos 129 y siguientes de la Ley de Procedimiento administrativo. Cfr. ya la observación en este sentido con que concluía mi reseña crítica a la obra de LEIBHOLZ cit., pág. 452. En concreto, y para verificar la realidad de estos asertos, no parece dudoso que los mismos dos Reglamentos que han sido anulados por las Sentencias que estamos comentando lo hubiesen podido ser mucho más difícilmente (en el caso de la segunda sentencia hubiese sido virtualmente imposible) si se hubiesen atacado a través de una excepción de ilegalidad al impugnar actos concretos de aplicación de los mismos. De aquí la formidable importancia que en el sistema de justicia administrativa, y en concreto en la técnica de impugnación de Reglamentos, representa la extensión de la legitimación para recurrir directamente estos que acaba de operar sin vacilaciones el Tribunal Supremo en las Sentencias que estamos comentando. Por otra parte es evidente que, como tantas veces se ha notado (vid. últimamente BERGMANN: *Zwischenbilanz zur Verwaltungsgerichtlichen abstrakten Normenkontrolle*, en «*Verwaltungssarchiv*», 51 Band, Heft 1, pág. 40) a favor de la extensión de recurso directo, además de esos motivos de fondo, militan verdaderas razones de economía procesal, por cuanto la resolución de un recurso de esa naturaleza evitará una repetición de recursos contra la serie innumerable de actos de aplicación del Reglamento de que se trate.

3^{er} CONSIDERANDO: «Son básicos, en lo que afecta al fondo del asunto, los preceptos contenidos en el Reglamento de Personal de los Servicios Sanitarios Locales, aprobado por Decreto de 27 de noviembre de 1953, en cuyos artículos 70 al 77 se consignan las normas generales a seguir para la fijación de plantillas y clasificación de plazas de los distintos Cuerpos a que aquél se refiere, y en especial merecen consideración sus artículos 94 al 96, que se contraen a las normas específicas relativas a los veterinarios titulares; y de su examen no cabe género de duda alguna sobre el número de plazas de dicha índole que corresponden a Santisteban del Puerto, pues en el último de los citados artículos se indica literalmente que «el número de veterinarios titulares en cada Municipio o Agrupación deberá estar comprendido dentro de los límites que a continuación se expresan, según el censo de población: Municipios hasta ocho mil habitantes, un veterinario titular; de ocho mil uno a veinte mil habitantes, dos o tres...», con lo que estando reconocido... que el censo de población de aquella localidad es de ocho mil ciento veintiuna personas, es evidente que al estar situada entre ocho mil uno y veinte mil habitantes, deben existir en Santisteban del Puerto dos o tres veterinarios titulares, pero nunca uno solo.»

4.º CONSIDERANDO: «Siendo evidente la transgresión de dicho precepto causada por la Orden (recurrida)... y por la resolución del recurso de reposición..., se impone la anulación de ambos acuerdos por no ser ajustados a Derecho..., pues si es incomprensible que frente a un claro y terminante precepto reglamentario de obligada observancia se deduzcan peticiones encaminadas a solicitar que no se cumpla lo ordenado en normas jurídicas en vigor—como hicieron el Jefe Provincial de Sanidad, el Jefe Provincial del Servicio de Ganadería y el Presidente del Colegio Oficial de Veterinarios de la provincia, todos ellos de Jaén—, menos tolerable es que los organismos de la Administración central accedan a tales pretensiones cometiendo ellos la ilegalidad que aquéllos sólo proponían...»

Ha sido quizá la seguridad en este juicio de la existencia de una verdadera vinculación legal la que ha permitido a la Sala razonar a continuación por un argumento *a fortiori* que es justamente el que más interés tiene para nosotros. La argumentación *a fortiori*, «a mayor abundamiento», es muy frecuentemente la fuente de formulación de principios dotados de una especial fuerza, porque llama por sí misma a planteamientos abstractos y generales, y aun a un vigor expresivo peculiar derivado de la operación dialéctica que intenta concluirse, que consis-

te en una eliminación total de las razones del contrario especialmente en cuanto al fondo material del asunto (9). En este caso la Sala ha recorrido hasta el final este proceso no limitándose a una vaga formulación de que la hipotética discrecionalidad no podría en cualquier caso resolverse en un libre arbitrio, sino abordando en concreto el uso que de esa supuesta discrecionalidad ha hecho la Administración para acreditar, en un ejemplar análisis pormenorizado, cómo, aun al margen de los límites reglados ya establecidos, habría existido una arbitrariedad en la valoración de la situación concreta, y, por tanto, un mal uso de la hipotética discrecionalidad. Al tema se dedican íntegros dos largos «Considerandos», los siguientes, que constituyen hoy por hoy uno de los puntos más avanzados logrados por nuestra jurisprudencia contencioso-administrativa:

6.º CONSIDERANDO: «Incluso aun en el supuesto hipotético de que las expresadas Direcciones Generales tuvieran dicha facultad discrecional que se atribuyen graciosamente—y que sólo tienen para fijar las categorías de las plazas y que en el caso actual fueron señalados correctamente como de segunda, por lo que dicho extremo no es objeto de este recurso—, son completamente inoperantes las alegaciones hechas sobre insignificante exceso del censo humano sobre el mínimo legal, emigración local, escasos ingresos, existencia de un veterinario libre y reducido censo ganadero; pues aparte de no ser admisible que se den por buenas todas estas afirmaciones, contenidas en los oficios que proponían la ilegalidad, sin hacer constatación alguna sobre su realidad o certeza, es más que censurable el que se omita toda estimación en orden a los documentos acompañados con el recurso de reposición y que no constituyen simples opiniones personales del Jefe Provincial de Sanidad, del Jefe del Servicio Provincial de Ganadería o del Presidente del Colegio Oficial de Veterinarios de la provincia, sino certificaciones de acuerdos de este último organismo, del Ayuntamiento y de la Hermandad Sindical de Labradores y Ganaderos, en los que se consignan datos suficientes para entender desvirtuados casi todos aquellos alegatos, llegándose incluso con notable ligereza a informar, tanto la Dirección General de Sanidad

(9) En el magnífico estudio de LATOURNERIE: *Essai sur les méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat*, en *Livre Jubilaire du Conseil d'Etat*, 1952, se subraya cómo ocurre en el Derecho administrativo «que ciertos principios generales—y no entre los menos importantes—no tengan otra base que una afirmación que, desdeñando deliberadamente los elementos elaborados del Derecho, va directamente, en lo profundo, al encuentro de las exigencias latentes que postulan los datos brutos» (pág. 203, subrayado mío). Es justamente el caso de la Sentencia que estudiamos.

en doce de septiembre pasado, como la Dirección General de Ganadería en veintisiete del mismo mes, respectivamente, que los recurrentes «no se apoyan en hechos, datos y pruebas documentales» y que «no existe suficiente argumentación... que obligue a modificar el criterio sustentado», lo que induce a suponer que ni siquiera fueron examinados los documentos de referencia.»

7.º CONSIDERANDO: «Partiendo de esta supuesta facultad discrecional, la misma habría sido manifestamente mal aplicada, como resulta claramente del estudio de los documentos aportados con el recurso de reposición y de las certificaciones acompañadas al escrito de demanda—del Jefe del Servicio Provincial de Ganadería en Jaén, expresiva del centro ganadero de diversas localidades, del alcalde de Santisteban del Puerto sobre celebración anual de Feria de Ganados, del mismo relativa a existencia de una parada particular de sementales y del secretario del Colegio Oficial de Veterinarios, en la que se detallan las localidades de la provincia en que ejercen facultativos libres además de los titulares, puesto que mientras a los pueblos de Marmolejo y Huelma se les asignan dos titulares en la determinación de plazas, a Santisteban del Puerto sólo se le atribuye uno, siendo muy similares las condiciones de dichas tres localidades, si es que no ligeramente superiores las de esta última, ya que no puede ser motivo para tal distinguo: ni el hecho de rebasar el mínimo censo humano de ocho mil habitantes sólo en ciento veintiuno, ya que Marmolejo y Huelma lo efectúan únicamente en quinientos treinta y cinco y en ochocientos cincuenta y dos, cifras también exiguas, pero todas ellas legales para comprender dichas tres localidades en el grupo que debe tener dos o tres veterinarios titulares, o sean las que tengan desde ocho mil un habitantes a veinte mil, con lo que la existencia de ese solo vecino que rebase de los ocho mil ya es determinante del derecho al número de plazas indicado; ni la emigración local, numerosa no sólo en el pueblo que nos ocupa, sino en términos muy semejantes en casi todos los de la provincia de Jaén, como es sobrada y notoriamente conocido; ni la existencia de un veterinario libre, pues el mismo puede coexistir no sólo con un titular, sino con dos, como ocurre en Arjona, Huelma y Jódar, en la propia provincia; ni el supuesto reducido censo ganadero, ya que, sobre el de cinco mil diecisiete cabezas de Marmolejo y cinco mil novecientas nueve de Huelma, la villa que nos ocupa tiene cinco mil novecientas diecinueve, es decir, más que aquellas localidades a las que se reconoció dos titulares, y siendo significativo que mientras Huel-

ma casi no tiene ganado de trashumancia, Santisteban del Puerto rebasa de las veinte mil quinientas cabezas anuales. Por lo que subsistiendo la identidad de circunstancias entre dichas localidades en lo que afecta a la celebración de la feria de ganados todos los años, y teniendo en cuenta aquellos extremos en que Santisteban del Puerto rebasa ligeramente, desde el punto de vista ganadero, a Huelma y Marmolejo, así como su parada de sementales, y sobre todo la gran extensión de su término municipal y pastizales, nunca debió efectuarse una supresión de la segunda plaza de veterinario titular en aquella localidad, haciendo un distingo en orden a las otras citadas, ya que la similitud de circunstancias obligaba a una igualdad en la resolución, incluso en el ejercicio de las supuestas facultades discrecionales, pues de emplearlas en otra forma, aparte de no ser justo, entrañaría la existencia de una causa torpe en la resolución, cual sería en este caso el impedir la merma de los ingresos del actual único titular de Santisteban del Puerto y del veterinario libre de dicha localidad, extremo implícitamente confesado en los oficios en que se proponía la eliminación de aquella segunda titular, con absoluto desprecio y abandono del interés general frente al particular, así como con olvido de las normas y principios objetivos en que debía basarse la resolución, lo que constituiría una evidente desviación de poder en el ejercicio de las inexistentes facultades discrecionales, que, por lo tanto, tendría que subsanarse mediante la nulidad del acto administrativo por el cual se cometió.»

V

Destacaremos sistemáticamente las enseñanzas concretas que se desprenden de esos dos últimos Considerandos en cuanto contienen un magnífico análisis crítico en orden a una valoración material de la regularidad del uso de potestades discrecionales, y en particular, por ser éste el caso, de la potestad reglamentaria.

1.º Comienza por establecer que las facultades discrecionales no suponen una libre estimación de los hechos de que se parte para su ejercicio, que esta estimación de los hechos debe ser rigurosamente objetiva, sometida a la exigencia de una rigurosa «constatación sobre su realidad o certeza» por parte de la propia Administración, a la que no se acepta que «dé por buenas» meras «afirmaciones» no comprobadas y que juegan, sin embargo, como determinantes del criterio adoptado.

2.º Especialmente se declara que es «más que censurable» y que constituye «notable ligereza» el que se omita por la Administración

una toma en consideración de datos suministrados por los interesados en el momento de fijar los supuestos de hecho de que parte el ejercicio del poder discrecional; se presupone así como uno de los contenidos del «deber de buena Administración» (*abitrium boni administrationis*) (10), el de tomar positivamente en consideración, haciéndose expresa cuestión de los mismos, las alegaciones de hecho formuladas por los interesados en los expedientes, dando así un contenido concreto, aunque sin nombrarlos, a los preceptos de los artículos 81 («la Administración desarrollará de oficio... los actos de instrucción adecuados para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse resolución, y en todo caso deberán efectuarse de oficio tales diligencias cuando el contenido de la resolución tenga relevancia inmediata para el interés público»), 88, párrafo 2.º («Cuando la Administración no tenga por ciertos los hechos alegados por los interesados..., el instructor del expediente acordará la apertura de un período de prueba»), y 129 de la Ley de Procedimiento administrativo, en concreto ya para el supuesto de disposiciones reglamentarias («la elaboración de las disposiciones de carácter general..., se iniciará por el Centro directivo correspondiente con los estudios e informes previos que garanticen la legalidad, acierto y oportunidad de aquéllas»), principio importante, afirmado además con un especial énfasis.

3.º El Tribunal entra en una apreciación directa de los hechos, reconociendo la superior objetividad de los datos aportados por los interesados frente a las «simples opiniones personales» de los funcionarios proponentes e informantes, que tratan de encubrir bajo la autoridad administrativa meras hipótesis de hecho no justificadas en su realidad concreta y particular, y opera para ello una valoración inmediata de los hechos y de su significación a los fines de la ordenación reglamentaria, de una manera precisa y minuciosa, siendo digno de resaltar también que en esta valoración de los hechos el Tribunal acepte, de acuerdo con la dogmática procesal (11), la estimación directa de los «hechos notorios» («la emigración local numerosa no sólo en el pueblo que nos ocupa, sino en términos muy semejantes en casi todos los de la provincia de Jaén, como es sobrada y notoriamente conocido», consideración que se opone a la apreciación efectuada por la Administración); la técnica del control directo de los hechos por el Tribunal es llevada hasta sus últimas consecuencias, siendo, en cuanto nos consta,

(10) Cfr. RESTA: *L'onore di buona amministrazioni*, en «Scritti giuridici in onore di S. Romano», II. Padova, 1937, págs. 103 y sigs. FALZONE: *Il dovere di buona amministrazione*. Milano, 1953. Vid. *infra* nota 54.

(11) *Notoria non eget probatione*. Cfr. GUASP: *Derecho procesal civil*. 1956, páginas 354-55.

la vez primera en que se aplica a la fiscalización de la regularidad de una disposición reglamentaria.

4.º Se afirma categóricamente que una tergiversación por la Administración de los hechos de que parte para sus determinaciones reglamentarias implica un proceder injusto («aparte de no ser justo») y en concreto una «manifiesta mala aplicación» de facultades discrecionales (comienzo del 7.º Considerando), declaración de una excepcional importancia de principio, como veremos.

5.º De una manera explícita se declara que el ejercicio de la potestad discrecional «debe basarse» en «normas y principios objetivos», lo que en concreto se aplica a la necesidad de una recta consideración del «interés general», que no debe ser «despreciado» y «abandonado» frente a los intereses particulares, supuesto genérico razonado *a contrario* como hipótesis dialéctica («de emplear—las facultades discrecionales—en otra forma... *entrañaría* la existencia de una causa torpe en la resolución cual *seria*»), sin prueba concreta, aunque con una alusión a su carácter «implícito» en determinadas actuaciones administrativas; es también de primera importancia que esta transgresión al principio de la objetividad se califique sin vacilaciones como «una evidente desviación de poder», dando a este concepto una significación extensiva en relación con su definición legal del párrafo 3.º del artículo 83 de la Ley jurisdiccional, y que permite, como es obvio, un control más extenso del ejercicio de facultades discrecionales; en concreto, la prevalencia del interés particular sobre el general se deduce de la circunstancia de que la medida reglamentaria parece pensada para proporcionar determinadas ventajas patrimoniales a algún ciudadano privativamente, lo que se califica de «causa torpe»; digno de notar también el que se resuelva en el sentido más progresivo, dado lo que acabamos de observar, el importante problema de la prueba de la desviación de poder en el caso concreto (12); por último, hay que resaltar fundamentalmente que estamos en presencia de la primera aplicación que en nuestro derecho se conoce de la desviación de poder a una disposición reglamentaria, aplicación que presenta ya por sí misma un extraordinario interés de principio.

6.º Con especial énfasis se induce la existencia de una «mala aplicación» del poder discrecional del dato de haberse discriminado entre supuestos similares, dando a unos y a otros, no obstante su esencial

(12) Vid. últimamente LEMASURIER: *La preuve dans le détournement de pouvoir*, en «Revue de Droit Public», 1959, págs. 36 y sigs. Una tendencia análoga se nota en las recientes sentencias de la misma Sala 5.ª, de 24 de octubre y 1 de diciembre de 1959, que comenta CLAVERO ARÉVALO, en esta misma REVISTA, más arriba.

identidad, tratamientos distintos («haciendo un distingo... la similitud de circunstancia *obligaba* a una igualdad en la resolución, incluso en el ejercicio de las supuestas facultades discrecionales»), fundamental aplicación del principio de igualdad que lleva en su seno riquísimas posibilidades de aplicación como técnica genérica de control de la discrecionalidad (incluyendo el tema de la vinculación del precedente), pero que tiene aún una especial fuerza al aplicarla, como se hace al ejercicio de la potestad reglamentaria.

El fallo declara la nulidad de las Ordenes recurridas «por no ser ajustadas a derecho», y «reconoce» en su lugar «la plena validez y eficacia de la Orden de la Presidencia del Gobierno de 15 de enero de 1958», en cuanto a la creación de una segunda plaza de veterinario titular en Santisteban del Puerto. Este fallo presenta también un positivo interés respecto a la técnica del recurso directo contra Reglamentos. Queda establecido que al anularse un Reglamento se restablece la situación legal anterior al mismo. Esto, que en el supuesto de la Sentencia puede parecer obvio, dista de serlo como doctrina general, porque podría suponerse que la derogación de los Reglamentos anteriores operada por el Reglamento jurisdiccionalmente anulado quedaba en pie, ya que la anulación de éste no se hará normalmente en consideración a su cláusula o efecto derogatorios, sino por su contenido preceptivo directo; es decir, cabría entender que la anulación del contenido preceptivo de un Reglamento no arrastraba o se comunicaba a sus efectos derogatorios, sin perjuicio de que se produjese una laguna legal que habría que integrar con fuentes subsidiarias, en tanto no proveyese la Administración con un nuevo Reglamento (13). Me parece la técnica de la Sentencia la más razonable, sin perjuicio de que en virtud del principio dispositivo de que se beneficia el Tribunal para configurar su fallo, pueda éste respetar expresamente el efecto derogatorio del Reglamento que se anule, siguiendo la técnica de las nulidades parciales, en aquellos casos especialmente calificados en que los contenidos preceptivo y derogatorio de tal Reglamento no estén recíprocamente determinados y ligados.

(13) Vid. sobre el problema HANS BRUNNER: *Die Überprüfung der Rechtsverordnungen des Bundes auf ihre Verfassungs und Gesetzmässigkeit*, Bern, 1954, págs. 151 y siguientes, especialmente págs. 156-57. SPANNER: *Die richterliche Prüfung von Gesetzen und Verordnungen. Eine rechtsvergleichende Untersuchung über die Hauptgabe der Verfassungsgerichtsbarkeit*, Wien, 1951, págs. 74 y sgs.

VI

Siguiendo e ilustrando una aguda y famosa observación de Summer MAINE (14), el gran jurista MAITLAND, en una obra magistral, *The forms of action in Common Law*, hacía notar cómo «en un grado muy considerable el derecho sustantivo aplicado a través de una forma determinada de acción ha crecido independientemente del mismo derecho aplicado a través de otra forma de acción distinta» (15). Exactamente este fenómeno está ocurriendo en nuestro Derecho administrativo actual, que está viendo renovar espectacularmente buena parte de sus estructuras como resultado visible del cambio radical del «sistema de acciones» que ha supuesto la nueva Ley Jurisdiccional de 17 de diciembre de 1956 (16). Este aserto tiene especial aplicación en el caso de los Reglamentos y de la potestad reglamentaria.

La potestad reglamentaria fué considerada en ocasiones por la antigua jurisprudencia como perteneciente a la función política o de gobierno (por ejemplo, Sentencias de 2 de diciembre de 1905, 10 de junio de 1921, 10 de diciembre de 1921, 16 de junio de 1922, 12 de marzo de 1948, 16 de diciembre de 1948, 14 de marzo de 1953, Auto de 2 de julio de 1907) y, por ende, como jurisdiccionalmente invulnerable. La técnica construída por la antigua Ley jurisdiccional del recurso llamado indirecto contra Reglamentos, es decir, contra los actos singulares de aplicación de los mismos basándose en la ilegalidad de éstos, no aportó grandes seguridades frente al uso por la Administración de este formidable poder de crear derecho objetivo, porque expresamente se redujo el concepto de ilegalidad de Reglamentos al supuesto tópico de directa y flagrante contradicción con una ley formal, siempre que además ésta hubiese reconocido derechos subjetivos perfectos al recurrente, como expresamente el artículo 3.º de la Ley Jurisdiccional establecía al tipificar la hipótesis legal como aquella en que la Administración «lesione derechos particulares establecidos o reconocidos por la Ley».

(14) La frase de MAINE: dice así: «Tan grande es la importancia del sistema de acciones en la infancia de los Tribunales de Justicia que el derecho sustancial aparece a primera vista como un producto gradualmente segregado por los intersticios del procedimiento», *Early Law and Custom*, pág. 389 (cita de MAITLAND, loc. cit. en nota siguiente).

(15) MAITLAND: *The forms of action in Common Law*, ed. by CHAYTOR y WHITTAKER, Cambridge, 1954, pág. 4 y *passim*.

(16) Sobre la consideración del Derecho administrativo como un «sistema de acciones», lo que justifica el paralelo tópico entre el pretor romano y el juez administrativo moderno, la referencia de mi libro *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, 1956, pág. 110, nota. Es bastante obvio, por otra parte, que la evolución del Derecho administrativo está en todos los países marcada decisivamente por la obra del juez.

El sistema, pues, venía a sancionar por vía indirecta el carácter incondicional y absoluto del poder administrativo de emanar normas, y con ello la equiparación sustancial entre Ley y Reglamento, a la que la doctrina de la «ley material», dominante a la sazón monárquicamente, venía a prestar un substracto teórico completamente tranquilizador de las conciencias. Es lo que en los orígenes de la doctrina de la «ley material», elaborada, como se sabe, al servicio del sistema político del imperio bismarckiano, se llamó por uno de sus teóricos la equivalencia *legis imperii vicem* de los Reglamentos (17). El resultado es fácil de seguir en la práctica legislativa de los últimos lustros en la que nuestra Administración ha venido utilizando en forma creciente su poder reglamentario como un verdadero poder soberano.

Pues bien, acabamos de ver que con la mera introducción de una acción nueva, el recurso directo contra Reglamentos comienza a hacerse visible que el Reglamento es algo sustancialmente distinto de la Ley, y no sólo por el motivo de su inferioridad jerárquica, que esto nunca había llegado a olvidarse, sino, y sobre todo, por razón de su distinta fuente de legitimidad. La Ley es una emanación del más alto poder de la comunidad, es en rigor una disposición de la propia comunidad—a través de sus órganos representativos—sobre sí misma (18), es el fruto por eso de un auténtico poder soberano (19). Por el contrario, el Reglamento es un producto de la voluntad administrativa, es por

(17) ARNDT: *Das Verordnungsrecht des Deutschen Reichs*, Berlin und Leipzig, 1884, pág. 185. Sobre cómo la doctrina de la «ley material» se elaboró al servicio de la concepción dualista del Estado bismarckiano, para justificar la incondicionalidad e independencia del poder reglamentario regio y su equivalencia con la ley parlamentaria, vid. DE CASTRO: *Derecho Civil de España*, I, 2.ª ed., 1949, pág. 356. SCHEUNER: *Der Bereich der Regierung, en Rechtsprobleme in Staat und Kirche. Festschrift für R. Smend*, Göttingen, 1952, págs. 263 y sgs. ELLWEIN: *Das Erbe der Monarchie in der deutschen Staatskrise*, München, 1954, págs. 152 y sgs. BÖCKENFERDE: *Gesetz und gesetzgebende Gewalt. Von den Anfängen der deutschen Staatsrechtslehre bis zur Höhe des staatsrechtlichen Positivismus*, Berlin, 1958, págs. 226 y sgs.

(18) Vid., por todos, HELLER: *Der Begriff des Gesetzbes in der Reichsverfassung*, en el volumen 4 de las «Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer», Berlin und Leipzig, 1928, págs. 116 y sgs. BERTHELEMY: *Défense de quelques vieux principes. La loi et le règlement*, en *Mélanges M. Hauriou*, Paris, 1929, págs. 821 y sgs. CARRE DE MALBERG: *La loi, expression de la volonté générale*, Paris, 1931.

(19) DE CASTRO: *Derecho civil de España*, cit., pág. 350: la Ley es «norma emanada directamente del poder soberano, reveladora de su mandato respecto a la organización jurídica de la nación». SCHEUNER: *Der Bereich der Regierung*, cit. pág. 278: «So ist das Gesetz zugleich Ausdruck des souveränen Willens wie... Rechtsetzung» (subrayados míos). SCHNEIDER: *Kabinettsfrage und Gesetzgebungsnotstand nach dem Bonner Grundgesetz*, en el volumen 8 de las «Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer», Berlin, 1950, pág. 42. HELLER: *Der Begriff des Gesetzes*, cit. pág. 116. WENZEL, comunicación con el mismo título en el mismo volumen de las VVDSRL, páginas 160 y sgs. Etc.

eso un *acte de puissance subalterne*, en la expresión de CARRÉ DE MALBERG (20), un acto del ente singular que es la Administración, que no sólo no es la comunidad, sino que está en disposición esencialmente servicial de la comunidad misma, sometida a la necesidad de una constante justificación, y que por ello es completamente obvio que no es titular de un poder soberano (21). De la Ley por eso mismo, ha podido decirse en el constitucionalismo anglosajón que «lo puede todo menos convertir un hombre en mujer» (22), del Reglamento no podría decirse en modo alguno (aun supuesta su sumisión a la Ley) sin entregar a los despachos administrativos un auténtico poder tiránico. El Reglamento es en resolución una norma, no sólo formal, también materialmente subordinada.

Hacer de este aserto una aplicación sistemática, patentizarlo por el camino pragmático de las aplicaciones, he aquí, sobre todo, la importancia de las dos Sentencias que hemos analizado. Desde la antigua posición de considerar a los Reglamentos como actos políticos exentos de todo control judicial a esta otra que acabamos de ver, en que se desmenuza el proceso de formación de la voluntad reglamentaria, se ve lo que hay en ella de «simples opiniones personales» de los funcionarios intervinientes, se controla la certeza de los hechos de cuya consideración se parte, la diligencia y la «buena Administración» que los despachos han manifestado, la motivación interna que ha podido determinarlos, y si cabe apreciar en ella o no un abandono del interés público, se sopesa cuidadosamente la idoneidad de los medios jurídicos que se escogen, la proporcionalidad de una medida con una determinada situación económica de los destinatarios, la ética pública de utilizar ciertos medios coercitivos para apoyar una directiva concreta, la congruencia de ésta con la naturaleza de la institución que se afecta, el respeto al principio básico de la igualdad..., desde una a otra posición el paso es verdaderamente gigantesco. Por vez primera han ras-

(20) *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, I, París, 1920, pág. 578.

(21) He de remitir sobre esto a mi conferencia en la Universidad de Roma *Hacia un concepto del Derecho Administrativo como derecho estamental*, de próxima publicación en «Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico». Vid., por de pronto, la referencia final de mi trabajo *Observaciones sobre el fundamento de la inderogabilidad singular de los Reglamentos*, en el núm. 27 de esta REVISTA, págs. 85-86.

(22) Sin embargo, la idea de un «fundamental law» superlegal, que desde los comunes orígenes jusnaturalistas se perdería en el absolutismo europeo, se mantiene viva a lo largo de la evolución constitucional inglesa, aun en el seno del dogma de la «parliamentary sovereignty», idea que es la que revive en la técnica de la «judicial review» americana. Vid. el espléndido libro de J. W. GOUGH: *Fundamental Law in English Constitutional History*. Oxford, 1955. Para su expresión en el control judicial de las leyes norteamericanas, CORWIN: *The «Higher Law» Background of American Constitutional Law*, en «Harvard Law Review», 42, págs. 365 y sigs. (hay edición separada reciente).

gado nuestros jueces el imponente velo de la *auctoritas* de un Reglamento que se expresa materialmente en sus fórmulas promulgatorias, pabellón que había venido cubriendo toda clase de mercancías, y han pasado tras él al terreno material de las justificaciones y los valores de fondo para concluir negando al Reglamento toda validez.

Una vez vencida la resistencia mental que nuestros hábitos pueden ofrecer a una operación de ese carácter, repasando con mente fría los términos elementales del problema, es fácil concluir que, en efecto, dejando por de pronto en suspenso el dogma de la «ley material», no existe la menor razón que pueda beneficiar a un Reglamento respecto de un acto administrativo genuinamente tal en cuanto a las exigencias de un control judicial plenario. En otros términos: el que la voluntad administrativa se exprese en Reglamentos y no en actos no la agrega ningún *plus* de inmunidad. Pero aún hay más: no sólo no se efectúa en la voluntad reglamentaria, en efecto, esa adición de legitimidades, sino que, antes bien, es obligado pensar que cabe exigirla una justificación mucho más estricta que cuando la misma voluntad se manifiesta en meros actos aplicativos, porque es totalmente evidente que es entonces cuando reviste más enérgicos caracteres de peligrosidad desde el punto de vista de la integridad de la justicia. Por de pronto una virtud esencial del Reglamento es crear poderes administrativos donde antes no existían (23); otra, extenderse, potencialmente al menos, a todos los habitantes del país; todavía otra alcanzar en principio (bien por sí mismo, bien previas cláusulas legislativas de habilitación) (24) a cualquier extremo del orden jurídico, lo que es decir a cualquier aspecto de la vida humana de los que son susceptibles de ser afectados por dicho orden; otra, en fin, que su efectividad se repite a través de aplicaciones sucesivas. Por todo ello se comprende que una tacha de origen en un Reglamento desde el punto de vista de la justicia, multiplicará y amplificará sus efectos injustos en el tiempo, en la extensión, en la intensidad, como una galería de espejos multiplica las imágenes, llegando, pues, a un grado extremo de injusticia incomparablemente superior que el que quepa esperar de la ilegalidad de un solo acto. Frente al sentido en que nos ha educado nuestra tradición, parece claro que la exigencia de garantía, no ya el beneficio de la indemnidad, se acrecienta respecto de los Reglamentos si los comparamos con los meros actos administrativos.

Tocamos aquí, nos surge al paso, en rigor, un tema de primera importancia que nada más que de pasada podemos tratar, el tema de la crisis de la legalidad formal. La reducción del problema de la legiti-

(23) Vid. mi trabajo citado *Observaciones sobre el fundamento de la inderogabilidad singular de los Reglamentos*, págs. 82-83.

(24) Vid. en mi artículo anterior *Recurso contencioso directo contra disposiciones reglamentarias*, cit. págs. 164-65.

midad a una pura cuestión mecánica de legalidad (25), expresada en un simple enlace de conexiones formales, como concluyó formulando el kelsenismo, ha sido el gran dogma del positivismo y la técnica alrededor de la cual se entendió consumado el sistema de garantías propio del Estado de Derecho. Nuestra estimativa actual ha cambiado, sin embargo, y, por una parte, todas las doctrinas y jurisprudencias nacionales están determinando en estos mismos días el destacamiento sistemático de la técnica de los principios generales del derecho, que remite a un plano material y no formal de los valores jurídicos (26), actuable allí precisamente donde la legalidad nada precisa (poderes discrecionales, poderes inherentes, lagunas legislativas, directivas interpretativas), y, de otra parte, y esto es fundamental, ha dirigido directamente sus exigencias de justificación hacia la propia legalidad formal, a través de las técnicas, con más o menos amplitud desarrolladas en cada sistema positivo, de control judicial de las normas. Frente a la antigua confianza absoluta en la legalidad puramente formal, que hunde sus raíces en el dogma de la voluntad general y en las concepciones idealistas de corte hegeliano que posteriormente a su formulación le han prestado nuevas energías, así como en el ideario histórico de la Ilustración, con su equiparación radical entre legalidad y racionalidad y su condenación de los poderes arbitrarios del Antiguo Régimen como poderes sin ley, causticos e indeterminados, frente a esa antigua confianza hoy, en que hemos visto la posibilidad de que la ley se convierta en una simple medida técnica de la organización burocrática, sin conexión con la justicia (27), y aún más, en un ver-

(25) Sobre ello, el brillante estudio de Carl SCHMITT: *Legalität und Legitimität*, ahora en los *Verfassungsrechtliche Aufsätze* del autor, Berlín, 1958, págs. 263 y sgs.

(26) Sobre la significación general del pensamiento principalista y no normativista del derecho, vid. en nuestra literatura especialmente el espléndido libro de DE CASTRO: *Derecho Civil de España*, cit., *passim*. También muy importante, ESSER: *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tübingen, 1956 (y los comentarios del propio DE CASTRO, en «Anuario de Derecho Civil», XI, 1, págs. 235 y sgs. y 283 y sgs.). Sobre la prevalencia actual de esta concepción en el Derecho Administrativo, donde es hoy mucho más importante en el terreno práctico que lo que lo es en los cerrados sistemas civiles de la codificación, vid. para Francia RIVERO, en el núm. 6 de esta REVISTA, JEANNEAU: *Les principes généraux de droit dans la jurisprudence administrative*, París, 1954, así como el citado trabajo de LATOURNERIE, entre las exposiciones más significadas. Para Alemania, por todos, el libro de FORSTHOFF, cit. págs. 108 y sgs. de la trad. esp. En general, FRIEDMANN: *Law in a Changing Society*, London, 1959, páginas 360-61. En nuestra literatura, el trabajo de CLAVERO en el núm. 7 de esta REVISTA, aunque limitado en principio al tema de las lagunas.

(27) Es la significación que al concepto de legalidad se reconoce en la sociología de Max WEBER, como es sabido (vid. *Economía y Sociedad*, trad. I, México, 1944, págs. 225 y siguientes), y a lo que de hecho se alude cuando se habla tras el telón de acero de «legalidad socialista»: Vid. STUDENIKIN, WLIASSOW y JEWTLICHIJEW: *Sowjetisches Verwaltungsrecht. Allgemeiner Teil*, Berlín (oriental), 1954, págs. 97 y sgs.

dadero instrumento positivo de opresión y de «perversión de los ordenamientos jurídicos» (28), estamos tomando más y más conciencia de que el más peligroso de los poderes arbitrarios es precisamente el del legislador mismo. «Die Bedrohung der Freiheit durch die Macht des Gesetzgebers», la amenaza de la libertad por el poder del legislador, es el expresivo título de un reciente trabajo de LEIBHOLZ (29). Respecto a ese peligro en el plano de la técnica jurídica—aparte, pues, el problema de las formas e idearios políticos—no disponemos de otra arma que la técnica del control judicial de las normas, control operante sobre todo, mucho más que para defender el sistema de la jerarquía puramente formal, para defender precisamente, como acaba de exponernos OTTO BACHOF en un iluminador estudio (30) un «Wertordnung», un orden de valores materiales, expreso o no en la parte dogmática de las Constituciones, pero que tiene en todo caso su verdadero fundamento en el sentido general de la justicia propio de la comunidad de que el Tribunal armado con esa competencia es órgano primario. Nuestras técnicas positivas de impugnación de Reglamentos deben ser primariamente orientadas en esta dirección, y las dos Sentencias que dan ocasión a estas notas constituyen precisamente los primeros hitos de lo que hemos de hacer fervientes votos para que constituya un largo y fecundo camino. Estamos, pues, ante verdaderos «leading cases» (31).

VII

El «orden material de valores a defender frente al legislador no puede expresarse, naturalmente, en un puro sentimiento subjetivo del juez. No se trata de romper otra caña, extemporáneamente, en favor

(28) Aludo al conocido libro de Fritz von HIPPEL: *Die Perversion des Rechtsordnungen*, Tübingen, 1955.

(29) LEIBHOLZ: *Die Bedrohung der Freiheit durch die Macht des Gesetzgebers*, en la revista «Universitas», 1959, págs. 459 y sgs. Aun sobre la base de su conocida posición política, es importante en el mismo sentido el trabajo de HAYEK: *Entstehung und Verfall des Rechtsstaatsideales*, en el volumen colectivo *Wirtschaft ohne Wunder*, Volkswirtschaftliche Studien herausgegeben von Albert HUNOLD, Zürich, 1953, págs. 33 y siguientes. Con cierta similitud al conocido libro de RIPERT, aunque con mayor agudeza, HAYEK afirma, no sin razón, que «el Estado de derecho ante todo significa una limitación del legislador» (pág. 56).

(30) *Grundgesetz und Richtermacht*, Tübingen, 1959. Es el discurso rectoral para el curso 1959-60; de él publico una extensa reseña en el núm. 105 de la «Revista de Estudios Políticos». También JAHREIS: *Demokratischer Rechts-Staat und Rechtsprechung*, en el volumen del autor *Mensch und Staat. Rechtsphilosophische staatsrechtliche und völkerrechtliche Grundfragen in unserer Zeit*, Köln-Berlin, 1957, págs. 113 y sgs.

(31) Sobre la significación de los «leading cases» o decisiones judiciales fundamentales para la evolución del Derecho en función de su «invención» o descubrimiento de nuevos principios, ESSER: *Grundsatz und Norm*, cit. págs. 108 y 277 y sgs.

de la libre jurisprudencia, Escuela libre del Derecho, «legal realism» o cualquier otro romanticismo disolvente de la compleja y hermosa objetividad del Derecho. Como expresó formulariamente el gran jurista inglés COKE, al resistir la pretensión absolutista de su rey que intentaba avocar un litigio para decidirlo por la «razón natural», las «causas concernientes a la vida, patrimonio, bienes o fortuna de los súbditos, no han de decidirse por la razón natural, sino por la razón artificial y el juicio del derecho, derecho que es un arte que requiere un largo estudio y experiencia antes que ningún hombre pueda pretender conocerlo» (32). No, pues, el mero sentimiento subjetivo de la justicia (*iudex rex*), sino la técnica jurídica más objetiva y objetivable, aunque precisamente en cuanto técnica depurada utilice valores materiales y no sólo los criterios mecanicistas de las puras conexiones formales, que implicaría de nuevo el resultado de la inmunidad de fondo de los Reglamentos. Es aquí, justamente, donde radica toda la significación de los principios generales del derecho. En su más escueta significación no son meras máximas empíricas o sacramentales, sino justamente principios ontológicos (y no sólo lógicos) que informan la totalidad del ordenamiento (33); al decir que han de ser generales se salva justamente el riesgo de caer con su utilización en la «justicia del caso concreto» (34) mediante valoraciones individuales no reconducibles a un orden estimativo objetivo y comunitario, y, en fin, al precisar su pertenencia al derecho no sólo se precisa su validez jurídica, sino que también se salva su sentido de «razón artificial», en la expresión referida, fruto de la experiencia de la vida jurídica y expresable en una técnica concreta de este carácter, sólo técnicamente precisable, lo que es otra expresión de su carácter objetivo.

Las anteriores precisiones, aun siendo elementales, tienen una especial relevancia respecto del tema del control judicial de la validez de las normas y en concreto de nuestro recurso directo contra Reglamentos,

(32) *Case of Prohibitions del Roy o Fuller's case*, 1612. Transcribo el texto literal: «Then the King said that he thought the law was founded upon reason, and that he and others had reason as well as the judges; to which it was answered by me that true it was, that God had endowed his Majesty with excellent science, and great endowments of nature; but his Majesty was not learned in the laws of his realm of England, and causes which concern the life, or inheritance, or goods or fortunes of his subjects, are not to be decided by natural reason, but by artificial reason and judgment of law, which law is an art which requires long study and experience before that a man can attain to the cognizance of it» (apud POUND: *The development of constitutional guarantees of liberty*, New Haven, 1957, pág. 165). Cfr. sobre las circunstancias de este famoso caso, DRINKER BOWEN: *The Lion and the Throne. The life and times of sir Edward Coke, 1552-1634*, London, 1957, págs. 251 y sgs.

(33) DE CASTRO: *Derecho Civil*, cit. págs. 410 y sgs.

(34) Esta es la posición del llamado existencialismo jurídico. Cfr. COHN: *Existentialismus und Rechtswissenschaft*, Basel, 1955.

pues es absolutamente evidente que este control tiene que ser hecho desde criterios objetivos de derecho, que respete íntegra la responsabilidad de los juicios políticos que toda elaboración normativa implica necesariamente, juicios en los cuales el Tribunal no tiene competencia para penetrar. Es éste el límite infranqueable que no puede ser traspasado por los jueces, no ya sólo por razón de prudencia (35), ni porque sobre todo constituya un verdadero límite material de los poderes jurisdiccionales, sino también porque en cualquier caso merece siempre mucho más crédito la estimativa política de la Administración que la que a la misma pueda oponer directamente el Tribunal, porque aquélla está específicamente montada para esa función y dispone para su ejercicio de medios informativos y técnicos infinitamente superiores (36).

(35) Es en buena parte por este motivo por lo que el Tribunal Supremo norteamericano adoptó, tras la crítica experiencia de su pugna con el «New Deal» rooseveltiano, la doctrina de la «self restraint» de sus poderes de control de las leyes, doctrina lanzada por el Juez FRANKFURTER, en la que fundamentalmente continúa. Sin embargo, esta posición ha supuesto un afinamiento de sus técnicas jurídicas de control y por ende un robustecimiento en profundidad de su verdadero papel. Vid. por todos, B. SCHWARTZ: *The Supreme Court. Constitutional Revolution in retrospect*, New York, 1957, págs. 368 y siguientes y *passim*. La «self restraint», sin embargo, se aplica mucho menos respecto de la Administración, porque como dijo el propio Tribunal Supremo en 1933, «there is an obvious difference between legislative determination and the finding of an administrative official... the legislature acts upon adequate knowledge after full consideration and through members who represent the entire public» (*ibidem*, pág. 139), recapitulando así la observación esencial que más atrás ha quedado expuesta sobre la imposibilidad de equiparar las determinaciones administrativas, reglamentarias o no, con las leyes formales. Vid. también sobre el problema general del riesgo de «politización de la Justicia» de control de normas, BACHOF: *Grundgesetz*, cit., págs. 35 y sgs. SPANNER: *Die richterliche Prüfung*, cit. págs. 39 y sgs.

(36) Son pertinentes las palabras de R. M. JACKSON: *The Struggle for Judicial Supremacy*, New York, 1941, pág. 81, de que «the fundamental tenet of judicial review» es «that not the wisdom of policy of legislation, but only the power of legislature, is a fit subject for consideration by the courts». En su pugna con el Tribunal Supremo el presidente ROOSEVELT recordó en uno de sus discursos: «We want a Supreme Court which will do justice under constitution, not over it. In our Courts we want a government of laws not of men» (cit. por JACKSON, pág. 345), devolviendo muy agudamente al Tribunal el cargo central contra la idea de Estado de Derecho. La observación de que lo que la Jurisdicción debe enjuiciar no es directa y primariamente la situación material en vista de una valoración política sino el proceder concreto de la Administración (en nuestro caso) a quien ha correspondido esa directa y primaria valoración es en verdad fundamental, y ha sido hecha más de una vez por las jurisprudencias de otros países para precisar la significación de sus poderes fiscalizadores y llevarlos al máximo sin llegar a transgredir por esto la regla del respeto a la libertad de apreciación política de la Administración. En una decisión famosa (*Robert v. Hopwood*, 1925) de la Cámara de los Lores (actuando como Tribunal Supremo), se dice por ejemplo: «El verificador de distrito no podría pretender ejercer un control sobre los problemas de *policy*, pero está en condiciones de controlar a la Administración», en vista de lo cual se justifica el

No constituiría por eso una verdadera garantía el que los Tribunales pudiesen sustituir con sus criterios políticos propios los criterios políticos de la Administración, aparte de que tal competencia no sería en modo alguno una competencia jurisdiccional.

En las Sentencias que hemos estudiado el Tribunal Supremo se ha movido exactamente dentro de estos límites. Su razonamiento ha sido un razonamiento estrictamente de derecho, expresado precisamente a través de principios materiales, que aunque, naturalmente, se erigen en límites de la voluntad política de la Administración, puesto que de esto se trata, no suponen en modo alguno una sustitución de su propio juicio político por una distinta apreciación de la oportunidad de las medidas.

Esos principios generales del derecho que el Tribunal Supremo ha utilizado de manera resuelta y sistemática, y que han quedado pormenorizados en nuestro análisis anterior de la doctrina de las Sentencias, sin perjuicio de su validez general, en cuanto tales principios, sobre todo como técnicas de control de la discrecionalidad administrativa en cualquiera de sus manifestaciones (37), pueden centrarse, en cuanto a su

criterio de «reasonableness» para anular un acto administrativo, porque puede apreciarse que la Administración no ha obrado «razonablemente» (cit. por TIXIER: *Le contrôle judiciaire de l'Administration anglaise*, París, 1954, pág. 144). Es decir, la regla de la «reasonableness» (*infra*, nota 52), que es sin duda el punto más alto, teóricamente, del control judicial sobre los poderes normativos, no es sino un juicio sobre el uso de estos poderes, en virtud del principio de derecho de que ningún poder público puede ser ejercido irrazonablemente, arbitrariamente, aunque su fundamentación particular exija, naturalmente, una apreciación de los hechos básicos por el propio Tribunal, pero no es en modo alguno una simple sustitución de un criterio político por otro. También en la jurisprudencia francesa encontramos la misma precisión, en las conclusiones de un Comisario de Gobierno: «Reconocemos que la anulación fundada sobre un motivo erróneo [en el acto impugnado] es la mejor garantía de los administrados. Vosotros juzgais el motivo y no la decisión... El juez del exceso de poder no podrá sustituirlo por otro motivo cualquiera, puesto que esto sería sustituir el poder de apreciación de la Administración» (en el «*arrêt Augier*», 1934, cit., por DUBISSON: *La distinction entre la légalité et l'opportunité dans la théorie du recours pour excès de pouvoir*, París, 1958, pág. 140). De nuevo se subraya que el control sobre los motivos, aunque ha de partir de la objetividad de los hechos, no es un juicio político sobre éstos, sino un juicio de derecho sobre el comportamiento administrativo, en virtud de la presuposición del principio general de derecho de que el poder discrecional no puede alcanzar a tergiversar la realidad objetiva de los hechos, ni apoyarse por eso en una apreciación errónea de los mismos. Estamos en el punto más alto quizá del control judicial sobre las normas, y, sin embargo, se trata de un inequívoco control de derecho y no político sobre el fondo sustancial de la medida.

(37) Las declaraciones que se hacen en ambas Sentencias sobre la tergiversación de los hechos, la ruptura de la congruencia o proporcionalidad y el atentado a la igualdad como vicios de fondo de los actos discrecionales cuentan sin duda entre las más netas y categóricas de toda nuestra jurisprudencia. Tienen, además, un especial valor para

aplicación específica a los Reglamentos, alrededor de un principio matriz que puede ser útil destacar, el principio de la interdicción de la arbitrariedad. Este principio es fácilmente deducible, como ya he indicado en el número anterior de esta Revista (38), del texto del artículo 17 del Fuero de los Españoles, que prohíbe de una manera expresa en la estructura del sistema jerárquico de normas la interpretación o *alteración arbitrarias*; así como la «interpretación arbitraria» se refiere con toda evidencia al plano de la aplicación legal, la «alteración arbitraria» no puede entenderse más que como un límite a la modificación del orden normativo existente, es decir, como un límite a la emanación de nuevas normas (lo que se justifica sistemáticamente además por la definición del principio como un predicado del de seguridad jurídica). Según nuestros principios constitucionales, pues, existe una expresa prohibición de la arbitrariedad en la creación normativa, principio que si carece de efectividad práctica en el caso de las leyes formales, dada su invulnerabilidad judicial, no así en el supuesto de los Reglamentos, respecto de los cuales los jueces tienen poderes incondicionados de fiscalización jurisdiccional.

La formulación como principio de una interdicción de la arbitrariedad en el ejercicio de la potestad reglamentaria parece cumplir los requisitos que para la determinación de principios ha señalado LATOURNERIE (39): el criterio de la adherencia o fidelidad a los datos que expresa, el criterio de la fecundidad, en cuanto que instrumentos no sólo de coordinar los resultados adquiridos, sino también de obtener resultados nuevos, el criterio de la simplicidad y el de la precisión. La idea de la interdicción de la arbitrariedad es una evidente idea matriz del ordenamiento, remite inmediatamente, por ello mismo, al plano de valor de la justicia material, expresa con acierto que se trata de un auténtico control de fondo, que se contrapone sistemáticamente al control formal del respeto a la competencia, al procedimiento y al mero orden jerárquico de las normas (40), y tiene a la vez la misteriosa

evitar la falsa impresión que podría obtenerse del art. 83, 2, de la Ley de lo contencioso, en el sentido de que el único vicio apreciable en cuanto al ejercicio de la discrecionalidad fuese la desviación de poder. Cfr. S. MARTÍN-RETORTILLO: *La desviación de poder en el derecho español* en el núm. 22 de esta REVISTA.

(38) *Recurso contencioso directo contra disposiciones reglamentarias*, cit. pág. 168 y nota bibliográfica sobre LEIBTOLZ, cit., págs. 451-52. El texto completo del artículo 17 del Fuero de los Españoles dice: «Los españoles tienen derecho a la seguridad jurídica. Todos los órganos del Estado actuarán conforme a un orden jerárquico de normas preestablecidas que no podrán arbitrariamente ser interpretadas ni alteradas.»

(39) Op. cit., págs. 216 y sgs. No hace falta precisar la notoria influencia de GENY, que el autor declara sin equívocos.

(40) Se corresponde en cierto modo a la bipartición que la doctrina alemana formula para tipificar los vicios de la discrecionalidad: «Ermessensüberschreitung» y «Ermessensmissbrauch», transgresión de los límites de la discrecionalidad, y abuso de fondo

mezcla de precisión (que evita su disolución nebulosa) e indeterminación (que permite su dinamicidad y su superioridad de grado para dominar supuestos muy varios) que es peculiar de los auténticos principios de derecho.

Acaso convenga precisar, sin embargo, que la expresión arbitrariedad no expresa un juicio sobre la ética personal del autor del Reglamento, que ordinariamente estará a cubierto de toda duda, sino sobre el uso de los poderes administrativos objetivamente considerados (41). LEIBHOLZ lo ha formulado muy expresivamente: es «la eliminación del elemento culpa del supuesto de hecho de la arbitrariedad» (42).

Bajo el concepto de arbitrariedad reglamentaria se comprenden por de pronto todos los supuestos que el Tribunal Supremo acaba de alumbrar: Reglamentos que partan de una apreciación falsa de los hechos

de la discrecionalidad actuando ya dentro de esos límites. También en la doctrina inglesa se encuentra la distinción entre «excess» y «abuse of discretionary power», con idéntica significación, correspondiente también a la de «procedural» y «substantive *ultra vires*» (últimamente DE SMITH: *Judicial review of administrative action*, London, 1959, páginas 60 y sgs. y 188 y sgs.). La distinción es importante, porque es sustancial y no sólo fruto de la simetría clasificatoria, de tal modo que como en todo «par de conceptos» dialécticos cada término sustenta y precisa al contrario. En cierta manera los términos utilizados por nuestra vieja doctrina «exceso de poder» y «abuso de poder» (si bien en el derecho francés, de donde estos términos proceden, hayan concluido por tener otro contenido) responden a idéntico criterio, aunque no llegase a precisarse su vigor técnico. El concepto de «mala aplicación» de las facultades discrecionales, que emplea expresamente la Sentencia de 6 de julio de 1959, según hemos visto, apunta con toda claridad a estas ideas. La equiparación entre arbitrariedad legislativa y abuso de discrecionalidad está en toda la doctrina germana. Especialmente, LEIBHOLZ: *Die Gleichheit von dem Gesetz*, 2.ª ed., München, und Berlin, 1959, págs. 88 y sgs. SPANNER: *Die richterliche Prüfung*, cit., pág. 65. BRUNNER: *Die Überprüfung der Rechtsverordnungen*, cit., páginas 115-16. En nuestra literatura hay que contar los trabajos de MARTÍNEZ USEBOS: *La doctrina del abuso de derecho y el orden jurídico administrativo*, Madrid, 1947, y S. MARTÍN-RETORTILLO: *El exceso de Poder como vicio del acto administrativo*, en el núm. 23 de esta REVISTA, como quizás los únicos intentos de justificación dogmática de un control de fondo sobre el ejercicio de las facultades discrecionales, más allá de la técnica de la desviación de poder.

(41) La cuestión se plantea en idénticos términos con otros términos como «exceso», «abuso», «desviación» de poder. Conocemos el caso de un abogado que fué procesado por desacato por emplear en un pleito contencioso-administrativo la expresión reiterada «abuso de poder»; naturalmente se concluyó con una absolución. Claro es que no es imposible tipificar un *animus injuriandi* en el uso insidioso de expresiones técnicas que de suyo no tengan ese significado, utilizando su doble sentido. La distinción entre «arbitrariedad» administrativa y «prevaricación» personal del funcionario es la que corresponde a un ilícito administrativo (que se predica de la Administración y no de quienes son titulares de sus órganos) y a un ilícito penal (que sólo se predica de personas físicas).

(42) *Die Gleichheit*, cit. pág. 95.

en virtud de los cuales se determinen (43), que impliquen una ruptura del principio de igualdad (44), que pretendan transgredir los principios inmanentes a la naturaleza de instituciones cuya configuración trasciende de los poderes reglamentarios (45), que intenten establecer un régimen restrictivo que no guarde proporción o congruencia con las fina-

(43) *Idem* en todos los derechos. SCHWARTZ: *The Supreme Court*, cit., págs. 131 y sgs. (regla de la «substantial evidence», de especial relieve justamente respecto de las normas administrativas sobre las que también es competente el Tribunal: «The question whether the administrative finding of fact rests on evidence is really a question of law, for a finding not so supported is arbitrary, capricious and obviously unauthorized», pág. 132, subrayado mío). BRUNNER: *Die Überprüfung der Rechtsverordnungen des Bundes*, cit. pág. 115. («Der unsachliche Beweggrund ist denn auch ein Indiz für das objektive Fehlen eines sachlichen Grundes. Nur die Beachtung eines objektiv falschen Gesichtspunkts kann eine Verordnung nichtig machen»). LEIBHOLZ: *Die Gleichheit*, cit. págs. 94 y sgs. En Francia y en Italia se aplica sin vacilaciones a los Reglamentos a la misma técnica de control judicial de los hechos que a los actos discrecionales, sobre la cual vid. en los núms. 7 y 23 de esta REVISTA los trabajos de LETOURNEUR (*El control de los hechos por el Consejo de Estado francés*) y S. MARTÍN-RETORTILLO (*El exceso de poder como vicio del acto administrativo*, cit.). Cfr. también *supra* nota 36, sobre los términos generales de la cuestión en cuanto a los límites de los poderes jurisdiccionales.

(44) Temáticamente, LEIBHOLZ identifica toda ruptura del principio de igualdad con la genérica arbitrariedad legislativa *Die Gleichheit*, cit., págs. 88 y sgs. La aplicación del principio de igualdad que hace la Sentencia de 6 de julio de 1959, es mucho más concreta y puede extenderse al tema de la vinculación de los precedentes reglamentarios. (Cfr. ORTIZ, en el núm. 24 de esta REVISTA.) Por este motivo, que encierra grandes potencialidades en otros muchos aspectos (vid. JEANNEAU: *Les principes*, sobre el desarrollo por el *Conseil d'Etat*, págs. 7 y sgs.; FRIEDMANN: *Law in a changing Society*, cit., pág. 367, dice del principio de igualdad que es el «cornerstone of administrative justice»; *idem*, FORSTHOFF: *Lehrbuch*, cit., pág. 112 de la trad. esp.), habría que condenar, por ejemplo, los frecuentes Reglamentos que atentan frontalmente contra el principio de la igualdad de acceso a los cargos y funciones públicas, reservando a determinados individuos, ordinariamente a los que vienen desempeñando interinamente las plazas, el acceso a las pruebas para ganar en propiedad determinados puestos. Cfr. más adelante en el texto y nota 49 sobre la virtualidad general de los principios constitucionalmente consagrados.

(45) Sobre este tipo de principios, que no son naturalmente los únicos, aunque sólo a ellos se haya referido el Preámbulo de la Ley de lo Contencioso, ESSER: *Grundsatz und Norm*, cit., págs. 104 y sgs. y 171 y sgs. JEANNEAU: *Les principes*, cit., págs. 133 y sgs. También puede colocarse aquí, y aun podía inducirse con facilidad de la argumentación de la Sentencia de 20 de febrero de 1959, la técnica principal llamada de «la naturaleza de las cosas» que, con raíces en el jusnaturalismo racionalista, está siendo revalorizada en la actual doctrina alemana: vid. ESSER, *ibidem*, págs. 101 y sgs.; RADBRUCH: *Die Natur der Sache als juristische Denkform*, en *Festschrift für Laun*, Hamburgo, 1948, págs. 157 y sgs.; STRATENWERTH: *Das rechtstheoretische Problem der «Natur der Sache»*, Tübingen, 1957. La elevación de este principio a límite de la potestad reglamentaria, como acaba de hacer nuestra jurisprudencia, es verdaderamente de primera importancia práctica para recortar el ámbito lícito del Reglamento independiente de la Ley.

lidades positivas perseguidas (46), que suponga una manipulación de los medios elementales de vida de los destinatarios como instrumentos coercitivos (47), que aparezcan motivados en una finalidad de protección de simples intereses particulares, para cuya elevación al rango de intereses públicos no se reconoce un poder soberano a la calificación reglamentaria (48).

Pero se comprende que el principio de la interdicción de la arbitrariedad reglamentaria no queda agotado en esas particulares formulaciones ya concretadas por la jurisprudencia. La fecundidad del principio, que es uno de los rasgos fundamentales de todo auténtico principio general, como ya observamos, encierra virtualidades y potencialidades que no dudamos que el Tribunal Supremo seguirá obteniendo y proclamando. Precisamos únicamente algunas de las más claras, y quizá también de las más atractivas: vulneración por un Reglamento de los derechos fundamentales, concepciones esenciales y «principios del Movimiento Nacional» declarados en las llamadas Leyes fundamentales o constitucionales (49), sin que sea aquí necesario precisar uno

(46) Sobre la existencia de un principio general de proporcionalidad o congruencia (que hoy puede inducirse del art. 40, 2, de la Ley de Procedimiento) como límite de las facultades discrecionales, MERIKOSKI: *Le pouvoir discretionnaire de l'Administration*, Bruxelles, 1958, págs. 44 y sgs. W. JELLINEK: *Gesetz, Gesetzanwendung und Zweckmässigkeitserwägung*, Tübingen, 1913, págs. 289 y sgs., etc.

(47) Vid. *supra*, los textos de HAURIU y FORSTHOFF, sobre el particular, ref. notas 4 y 5.

(48) Aludo aquí a la utilización del argumento de la desviación de poder en el Reglamento por la Sentencia de 6 de julio de 1959, que hemos analizado más atrás. Como se comprende, toda la posibilidad de utilizar la técnica estricta de la desviación de poder en el caso de los Reglamentos, fuera quizá de los supuestos de prevaricación o dolo penal, reside en la negación de que el poder reglamentario pueda por sí mismo elevar al rango de interés público el interés particular en virtud del cual se determina, lo cual, como se comprende, constituye una aplicación de la negación de virtud soberana a la potestad reglamentaria a que ya nos hemos referido, y supone una formidable limitación de principio del poder reglamentario. La posibilidad genérica de aplicar a los Reglamentos la doctrina de la desviación de poder estaba ya, por lo demás, aceptada por la antigua jurisprudencia en materia de ordenanzas locales (S. MARTÍN-RETORTILLO: *La desviación*, cit., págs. 165 y sgs. y allí referido), aunque la hipótesis era la de una finalidad señalada por la ley, que permite la calificación sin plantear la cuestión notada.

(49) La concepción de estos principios constitucionales como límites rigurosos del poder reglamentario—e incluso legislativo, allí donde existe un recurso de inconstitucionalidad de las leyes—es completamente común en todos los derechos, desde el norteamericano, donde es la idea matriz del control de constitucionalidad desde el *Marbury v. Madison*, al alemán, en el que se está hoy subrayando sobre todo esta vertiente de la parte dogmática de su Constitución (por todos, los trabajos de BACHOF y JAHRREIS, cit.), pasando por el francés (JEANNEAU: *Les principes généraux*, cit., págs. 40 y siguientes y *passim*) y el inglés (GRIFFITH y STREET: *Principles of Administrative Law*, London, 1952, pág. 112). En general, SPANNER: *Die richterliche Prüfung*, cit., págs. 62 y siguientes. En nuestro derecho el propio artículo 17 del Fuero de los Españoles, donde

por uno estos puntos básicos y su posible alcance a este respecto; Reglamentos que pretendan tener un efecto retroactivo (50); Reglamentos que aboquen a resultados «manifestamente injustos» o «iniquidad manifiesta», o atenten a la «justicia natural» (51); Reglamentos intrínseca u objetivamente irrazonables (52), o que notoriamente fal-

está formulado el principio de la interdicción de la arbitrariedad en la creación normativa, declara también explícitamente la sumisión de las normas inferiores a las superiores, y por ende de los Reglamentos a las Leyes fundamentales. En el derecho suizo la misma expresión legal habla de «legalidad y constitucionalidad» de los Reglamentos como objeto de la determinación del recurso directo, como reza el título de la obra de BRUNNER ya citada (*Die Überprüfung der Rechtsverordnungen des Bundes auf ihre Verfassungs- und Gesetzmässigkeit*). En resolución, el rebajamiento normativo en el plano de la aplicación que en ocasiones el Tribunal Supremo (especialmente quizás la Sala 6.^a) ha hecho de los principios de las leyes fundamentales como puros «principios programáticos», lo que técnicamente parece justificado en cuanto a las leyes formales por no existir medio positivo de imponer sobre éstas los principios constitucionales como normas materialmente superlegales, este rebajamiento no puede en modo alguno extenderse respecto a los Reglamentos, debiendo, pues, los jueces, juzgar además de su legalidad formal su constitucionalidad, especialmente en cuanto a los derechos y principios concretos declarados por las leyes fundamentales.

(50) Vid. la nota de pág. 166 de mi anterior artículo *Recurso contencioso directo contra disposiciones reglamentarias*, cit. y allí citados. ADDE, FORSTHOFF: *Lehrbuch*, trad. esp. cit., págs. 22-23, con jurisprudencia de su país: «El Tribunal sólo reconoce a la ley [formal], pero no a las formas derivadas de producción del derecho, la facultad de atribuirse eficacia retroactiva.» En idéntico sentido, como ya he aducido en el lugar citado, nuestra vieja Sentencia de 17 de abril de 1900.

(51) Sobre el criterio de la iniquidad manifiesta resultante, MERIKOSKI, op. cit., págs. 43-44. M. RETORTILLO: *El exceso de poder* cit., págs. 148 y siguientes. El principio de la «natural justice» es típico de la jurisprudencia anglosajona; su utilización en Inglaterra contra la «delegated legislation» y normas regias de prerrogativa, en H. M. MARSHALL: *Natural justice*, London, 1959, páginas 119 y siguientes; ALLEN: *Law and Orders*, 2.^a ed., London, 1956, págs. 276 y sgs.; DE SMITH: *Judicial review*, cit., págs. 101 y sgs. Los motivos en que en concreto los Tribunales ingleses estiman este principio, suelen ser sobre todo dos: infracción de los principios *nemo iudex in causa sua* y *audi alteram partem* (de este último nuestro propio Tribunal Supremo, lo ha calificado alguna vez «de derecho natural»: Sentencia de 9 de noviembre de 1932). Más ampliamente, el Tribunal Supremo americano, SCHWARTZ: *The Supreme Court*, cit., págs. 167 y ss. En general, SPANNER, op. cit., págs. 63 y sgs.

(52) El criterio de «reasonableness» es también típicamente anglosajón, tanto inglés (DE SMITH: *Judicial review*, cit., págs. 214 y sgs.; como vicio de «statutory instruments», específicamente, págs. 219 y sgs., y GRIFFITH y STREET: *Principles*, cit., págs. 111 y sgs.), como americano (en general, como «test of reasonable man», SCHWARTZ: *The Supreme Court*, cit., págs. 24, 310 y sgs., etc.; en una de las aplicaciones más características, como control de la justicia de las tarifas señaladas por Comisiones legislativas a las «public utilities» o empresas de servicios públicos, FAINSOD y GORDON: *Government and the American Economy*, New York, 1948, págs. 312 y sgs.; ANSHEN y WORMUTH: *Private enterprise and public policy*, New York, 1954, págs. 176 y sgs.; GLAESER: *Public utilities in american Capitalism*, New York, 1957, págs. 300 y sgs.). El criterio de «reasona-

ten a la buena fe exigible en la relación poder público-súbditos (53), o a los criterios o *standards* de buena Administración (54), o que por la magnitud e importancia de sus efectos haya que reservar al dominio de la ley formal (55), requiriendo al menos una habilitación legal específica, etc., etc.

bleness» o razonabilidad juega en general como uno de los fundamentales del «commonlaw, sin duda como una herencia más del jusnaturalismo: GOUGH: *Fundamental Law*, cit., págs. 18 y sgs., 33 y sgs., etc. POLLOCK: *The expansion of the Common Law*, London, 1904, páginas 104 y siguientes, 123 y siguientes. El influjo sobre el sistema continental de control de normas, en BRUNNER: *Die Überprüfung*, cit., págs. 120 y sgs.; LEIBHOLZ: *Die Gleichheit*, cit., págs. 104 y sgs. En general, M. RETORTILLO: *El exceso de poder*, citado, págs. 145 y siguientes. Para poner un ejemplo concreto de las posibilidades de este criterio: parece claro que el Decreto de 23 de julio de 1959 al fijar las cuotas empresariales de seguridad social para sostenimiento de la Mutualidad Nacional de Previsión Agraria en un 60 por 100 anual del líquido imponible de la contribución rústica llega a resultados claramente irrazonables, tanto en sí mismo (que haya de detraer el 60 por 100 de la renta líquida total de la tierra, tal como el fisco la valora, sólo para una prestación de seguridad social de los operarios), como en relación con las cargas fiscales y parafiscales que ya soporta ese mismo líquido imponible, que al exceder del 50 por 100 haría subir el total de las detracciones de la renta más allá del 100 por 100, lo cual sería ya confiscatorio.

(53) Sobre el criterio de la falta de buena fe, DE SMITH: *Judicial review*, cit., páginas 199 y sgs.; GRIFFITH y STREET: *Principles*, cit., pág. 114; HAMSON: *Executive discretion and judicial control* (sobre la jurisprudencia francesa, con comparaciones de derecho inglés), London, 1954, págs. 181 y sgs.; LEIBHOLZ: *Die Gleichheit*, cit., pág. 68; PETERS: *Lehrbuch der Verwaltung*, Berlin, 1949, págs. 163 y sgs. y allí citados.

(54) Sobre esta medida, las referencias de la nota 10 *supra*, y específicamente como límites de potestades discrecionales, HAMSON: *Executive discretion*, cit., pág. 172, donde llega a decir: «A mi juicio la marca de un sistema de Derecho administrativo es que exista un Tribunal para formular e imponer tales reglas de buena administración. Justamente porque no hay tal Tribunal en Inglaterra considero profundamente equívoco [highly misleading] sugerir, al menos a un francés, como algunos autores hacen, que exista en Inglaterra un sistema de Derecho administrativo.»

(55) En una situación idéntica a la nuestra, de imprecisión constitucional de las materias reservadas a la ley (vid. mi libro citado: *Los principios de la nueva Ley de Expropiación*, págs. 83-84, y para la situación posterior a la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, ENTRENA CUESTA, en el núm. 24 de esta REVISTA, págs. 281-82), el Consejo de Estado francés penetró con resolución en esta vía, desde dos *arrêts* famosos debidos ambos al Comisario ROMIEU, el «Chambre syndicale des fabricants constructeurs de matériel pour chemin de fer», 1904, y el «Babin», 1906; en el primero se declara «qu'en raison de leur importance, de leur influence économique, de leur ingérence dans les rapports entre la capital et le travail, des pareils organismes ne pouvaient être institués que par le législateur»; en el segundo se declara, mucho más avanzadamente, que a la Administración pertenece «un véritable pouvoir propre dans le domaine de l'organisation intérieure des services publics, alors que relèveraient par leur nature du pouvoir législatif toutes les questions relatives directement ou indirectement aux obligations à imposer aux citoyens par voie d'autorité». Esta doctrina queda establecida a partir de esas fechas y de ella hace constante aplicación el Conseil d'Etat

En una época en que, como ha dicho agudamente JAHREIS, a la histórica pregunta de SAVIGNY «¿vocación de nuestro tiempo para la legislación?», habría que contestar: más bien «condenación de nuestro tiempo a la legislación, a una legislación masificada» (56), la posibilidad de afirmar el imperio del Derecho sobre la ley (57), de imponer al mortífero y penetrante (mucho más que cualquier otro) poder de hacer normas, el respeto a los valores materiales del Derecho es posiblemente la más alta de las misiones que quepa imaginar para un jurista. El Tribunal Supremo la ha asumido con una resolución, una sensibilidad para las exigencias del tiempo, una finura técnica, que hay que contabilizar ya como una ganancia definitiva de nuestro régimen administrativo, que queda así abocado desde ahora a una de las más emocionantes empresas que puede ofrecer la perenne lucha por la Justicia.

EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA.

Catedrático de la Universidad de Valladolid

hasta que la Constitución gaullista ha cambiado radicalmente la tradición de la materia al constituir una «materia reservada» al Reglamento. Vid. JEANNEAU: *Les principes*, cit., págs. 61 y sgs. Se trata, obviamente, de una aplicación del *criterium* central de que el Reglamento no es una norma soberana, como ha quedado establecido, y que hay materias que sólo pueden ser decididas desde la soberanía, por las «obersten Rechtsnormen», en la expresión de HELLER: *Der Begriff des Gesetzes*, cit., pág. 118. La tradición del Estado de Derecho reserva a la Ley la disposición sobre la libertad y la propiedad de los súbditos. Sigue siendo clásica la exposición de THOMA: *Der Vorbehalt des Gesetzes im preussischen Verfassungsrecht*, en el *Festgabe für Otto Mayer*, Tübingen, 1916, páginas 165 y sgs. Es evidente que es quizás aquí donde la labor del Tribunal Supremo puede tener una importancia más destacada.

(56) JAHREIS: *Grösse und Not der Gesetzgebung*, en el libro *Mensch und Staat*, cit., pág. 61: «Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung? Das war des grossen Savigny berühmt gewordene und vielumstrittene Frage. Zwang unserer Zeit zur Gesetzgebung, zur massierten Gesetzgebung! Das ist unsere bittere Unausweichlichkeit» (subrayados del original).

(57) Del propio JAHREIS es otra afirmación que puede expresar la magnitud de la transformación mental que se nos exige por relación a la tradición en que hemos sido educados: se trata de un retorno desde el pensamiento de «la Ley como previa al Derecho» a la idea de «el Derecho como previo a la Ley» (*Die Rechtspflege in Bonner Grundgesetz*, en *Verhandlungen des 37. Juristentages*, pág. 44, cit. por BACHOF: *Grundgesetz*, págs. 23-24). Sin embargo, como indico en mi reseña al libro de BACHOF (número 105 de «Revista de Estudios Políticos», pág. 383) «conviene recordar que el servicio de la justicia no se cumple con declamatorias y retóricas invocaciones, sino precisamente con técnicas jurídicas concretas». Nuestro jusnaturalismo actual, que con raras excepciones no ha pasado de ser verbalista, tiene aquí el más importante de sus caminos de redención.