

LAS MEDIDAS DE POLICIA: SU EXTERIORIZACION E IMPUGNACION

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA SENTENCIA "CAPUCHINOS DE SARRIÁ" DE 14 DE NOVIEMBRE DE 1969: 1. *Los hechos*. 2. *La cuestión debatida*. 3. *El defecto del poder y el artículo 129 de la Ley Jurisdiccional*. 4. *El problema de la inexistencia de acto recurrible*.—III. EL PRINCIPIO DEL ACTO PREVIO Y LA PROTECCIÓN JURISDICCIONAL ANTE LA VÍA DE HECHO.—IV. LA ESTRUCTURA SINGULAR DE LAS MEDIDAS DE POLICÍA.—V. CONCLUSIONES.

I

INTRODUCCIÓN.

Si hubiera que reunir en una sola palabra una crítica general de la dogmática jurídico-administrativa en el estado en que hoy se encuentra en nuestro país, esa palabra podría ser la de «rigidez». Unos cuantos moldes —sorprendentemente pocos— marcan los caminos por los que discurre la aplicativa diaria de nuestro Derecho Administrativo. Estos moldes, convertidos en tópicos, gracias a una aplicación rutinaria y excesivamente mecanizada, se presentan, además, con pretensiones absolutistas, descalificando de antemano cualquier situación que no se adapte primariamente a ellos. Todo administrativista ha notado más de una vez una cierta sensación de asfixia al moverse en esa tupida malla del acto consentido, el carácter revisor, los vicios de orden público, la cláusula de precario, etc., etc., que dificultan, cuando no impiden totalmente, el discurso técnico sobre problemas cambiantes que la realidad plantea a diario en un ámbito, como es el de lo administrativo, esencialmente contingente y variable.

Esta rigidez a que aludo es particularmente grave en aquellos casos en que la actividad administrativa se desenvuelve a través de cauces inhabituales, en razón de sus peculiares características, y lo es más todavía si se tiene en cuenta que las exigencias motivadoras de nuevas y crecientes intervenciones administrativas marcan una irrefrenable tendencia a la singularidad de los procedimientos de actuación y a la huída del racionalismo heredado. Quiere esto decir que, si bien

hasta fechas recientes toda la actuación administrativa podía reconducirse y explicarse mediante un único molde o esquema general —con la única salvedad, quizá, de la policía del orden público que va a ser objeto específico de las reflexiones posteriores—, a partir de ahora puede ya advertirse que las excepciones a ese esquema general comienzan a crecer tanto en número, que amenazan con convertirse en regla. El confuso mundo de las intervenciones económicas proporciona ejemplos abundantes y bien conocidos.

Todo ello obliga a cambiar de actitud mental, a soltar el lastre de la excesiva rigidez de los esquemas al uso, a sensibilizarse respecto a las estructuras singulares del comportamiento administrativo, a prestar más atención, por lo pronto, a todo ese bagaje instrumental, hasta ahora marginado y reducido prácticamente a la anécdota, de «lo no escrito».

Con estas reflexiones previas quiere subrayarse el interés excepcional de la Sentencia de 14 de noviembre de 1969, interés que va más allá de su estricto contenido inmediato, en cuanto sirve de advertencia frente a los peligros que de cara a un próximo futuro deriven de una actitud metódica demasiado rígida y apegada a las simplificaciones.

II

LA SENTENCIA «CAPUCHINOS DE SARRIÀ» DE 14 DE NOVIEMBRE DE 1969.

1. *Los hechos.*

Los hechos que dieron lugar a la *litis* son bien conocidos, a través de la Prensa nacional y extranjera (1) y de las declaraciones oficiales. No interesa reseñar aquí, sin embargo, la totalidad de los mismos, sino sólo aquellos que constituyen el soporte básico de la contienda. En este sentido, basta señalar, siguiendo el relato que se contiene en los Resultandos de la Sentencia, que el 9 de marzo de 1966, se reunieron en el Salón de Actos del Convento de los Frailes Menores Capuchinos de Sarrià, existente en la calle Cardenal Vives y Tutó, número 16, de Barcelona, «unas cuatrocientas personas, entre las que se encontraba algún Catedrático» (2) para celebrar una Asamblea «de un de-

(1) Las primeras noticias aparecieron en la Prensa nacional del día 12 de marzo de 1966, que incluyeron una nota del Gobierno Civil de Barcelona al respecto. En días posteriores al indicado el incidente siguió teniendo acogida en la Prensa diaria y en las revistas semanales de actualidad. El semanario "S. P.", en su número 288 de 3 de abril de 1966, da cuenta del eco exterior de la noticia, con referencia a "Le Monde" y "New York Times".

(2) La participación en la citada reunión y los hechos posteriores, que tuvieron lugar en la misma Universidad de Barcelona en los meses de marzo y abril de 1966, dieron lugar a la incoación de un expediente disciplinario y a la imposición de una sanción de separación por dos años a 68 profesores subalternos —encargados de curso, ad-

nominado Sindicato Democrático de Estudiantes de la Universidad de Barcelona».

«Como la reunión se celebraba sin autorización de la autoridad gubernativa, se procedió por ésta a rodear con Agentes de la autoridad el recinto del local, así como todas las posibles salidas del convento, notificándose por los Agentes de la policía gubernativa al Padre Salvador de les Borges, la orden de suspensión de la reunión» (Resultando 2.º).

«En esta situación transcurrió toda la noche del día 9 de marzo, el día 10 completo, y en la mañana del día 11, el Gobernador civil de Barcelona, *ejecutando órdenes recibidas del Ministro de la Gobernación, ordenó* a las Fuerzas de su mando *que se procediera al desalojo* de quienes se habían reunido. Y, *ejecutando estas órdenes*, la Fuerza pública *irrumpió en el interior del Convento* e invitó a todos los congregados al desalojo, lo que así hicieron éstos, tras de haber sido convenientemente identificados por la autoridad» (Resultando 3.º).

A los efectos que aquí importan, interesa subrayar que el Resultado que acaba de transcribirse precisa con toda claridad dos extremos fundamentales: En primer lugar, que la operación de desalojo se produjo «*ejecutando órdenes*» del Gobernador civil de Barcelona, «*recibidas del Ministro de la Gobernación*». En segundo lugar, que «*la fuerza pública irrumpió en el interior del convento*» (3). Este último extremo aparece igualmente precisado en el Resultado 1.º de la Sentencia: «*el recinto conventual de los Frailes Menores Capuchinos de Cataluña, sito en la barriada de Sarriá, de Barcelona, vino siendo utilizado para reuniones...*».

La entrada de la fuerza pública «*en el interior del convento*» se produjo sin exhibición de mandamiento judicial, ni de las órdenes gubernativas previas antes aludidas. No medió tampoco autorización eclesiástica ni consentimiento del Ordinario del Convento, ni del Arzobispo de Barcelona, que así lo hizo constar en autos.

2. La cuestión debatida.

Sobre estos hechos concretos se produce el litigio. Como es sabido, el artículo XXII del Concordato vigente de 27 de agosto de 1953 prescribe que:

juntos y ayudantes— de distintas Facultades y Escuelas Técnicas del distrito universitario de Barcelona. El recurso interpuesto por los profesores sancionados fue resuelto por la Sentencia de la Sala 5.ª del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 1967 en sentido desestimatorio. Posteriormente a esta Sentencia, los citados profesores fueron readmitidos, como es sabido.

(3) Este dato es interesante o, quizá mejor, pudo haberlo sido, ya que sobre él existía una cierta polémica en torno a la cuestión de si el Salón de Actos en que la reunión se celebró formaba o no parte del recinto conventual. Un certificado del Arzobispado de Barcelona precisó que, en efecto, el Convento aludido «comprende, como partes de todo el mismo Convento, la Iglesia, la Residencia, el atrio de entrada, la Sala de Actos y la huerta».

«2. Queda igualmente garantizada la inviolabilidad de los palacios y Curias episcopales, de los Seminarios, de las casas y despachos parroquiales y rectorales, y de las casas religiosas canónicamente establecidas.»

«3. Salvo en caso de urgente necesidad, la fuerza pública no podrá entrar en los citados edificios, para el ejercicio de sus funciones, sin el consentimiento de la competente Autoridad eclesiástica» (4).

En base a tal precepto, y habida cuenta de la falta de consentimiento de la Autoridad eclesiástica, el Padre Salvador de les Borges (en el siglo, D. Juan BOTAM CASALS), «actuando en su calidad de Ministro Provincial de F. F. M. M. Capuchinos de Cataluña y Ordinario del Convento de los Padres Capuchinos de Sarriá» (5) (ese es, precisamente, el encabezamiento del escrito) interpuso, con fecha 24 de marzo de 1966, recurso de súplica-alzada, solicitando de la autoridad competente «dicte la ilegalidad del acto de entrada en el Convento de los Padres Capuchinos de Sarriá, llevado a cabo el día 11 de marzo de 1966».

Contra la desestimación, primero presunta y luego expresa (resolución del Ministerio de la Gobernación de 26 de abril de 1967), de dicho recurso se interpuso el que resuelve la Sentencia que comenta.

Como ésta misma advierte con acierto en su Considerando 1.º, «la cuestión litigiosa que constituye el tema de este proceso es muy simple en su planteamiento jurisdiccional: determinar si la entrada de los Agentes de la Autoridad en la Casa canónica de Sarriá, de la Congregación de los Frailes Menores Capuchinos, en 11 de marzo de 1966, fue o no ilegal». En esos términos quedó, pues, centrado el litigio.

3. *El defecto del poder y el artículo 129 de la Ley Jurisdiccional.*

El haberse detenido en centrar la cuestión litigiosa y en relatar el supuesto fáctico que la sirve de soporte no es, en modo alguno, ocioso,

(4) El Concordato vigente ha modificado en este punto la legalidad anterior, según la cual bastaba la simple notificación. Sobre el tema, GUASP: *El Concordato y el Derecho Procesal del Estado*, en la obra colectiva, "El Concordato de 1953", Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, Madrid, 1953, pág. 259.

(5) El reconocimiento estatal de la personalidad jurídica de las instituciones y asociaciones religiosas viene garantizado por el artículo IV del Concordato en los siguientes términos, que cubren doblemente el supuesto aquí examinado: "El Estado español reconoce la personalidad jurídica y la plena capacidad de adquirir, poseer y administrar toda clase de bienes a todas las instituciones y asociaciones religiosas existentes en España a la entrada en vigor del presente Concordato, constituidas según el Derecho Canónico; en particular, a las diócesis con sus instituciones anejas, a las parroquias, a las Ordenes y Congregaciones religiosas, las Sociedades de vida común y los institutos seculares de perfección cristiana canónicamente reconocidos, sean de derecho pontificio o de derecho diocesano, a sus provincias y a sus casas." Sobre el tema, D. PEÑA JORDÁN: *Los entes públicos eclesiásticos en España*, tesis doctoral, Madrid, 1961 (inédita).

como se verá más adelante, a pesar de que la Sentencia de 15 de noviembre de 1969 no llegue a entrar en el examen de la misma por apreciar la existencia de dos causas determinantes de la inadmisibilidad del recurso.

Tampoco lo es, en absoluto, el referirse brevemente a la primera de ellas, única alegada por el Abogado del Estado y debatida por las partes a lo largo del proceso. Desde la perspectiva apuntada al comienzo de este comentario, tanto la consideración de los antecedentes de la *litis* como la de la argumentación primera de la Sentencia, en orden a la inadmisibilidad del recurso por insuficiencia del poder del compareciente, son imprescindibles para valorar adecuadamente la doctrina contenida en el Considerando 3.º de la misma, que plantea un problema cuya trascendencia teórica y práctica reclama una reflexión detenida.

La insuficiencia del poder, alegada por el Abogado del Estado, que constituye la primera causa de inadmisibilidad del recurso, se funda en el hecho cierto de que el aportado inicialmente con el escrito de interposición no hace constar que el Padre Salvador de les Borges, Superior Provincial de los Frailes Menores Capuchinos de Cataluña y Ordinario de la Casa canónica de Sarriá «lo otorgue en nombre de la Orden religiosa, en cuya representación aparece actuando en el recurso». El defecto, estrictamente formal, fue subsanado más tarde, dentro de los diez días siguientes a aquel en que fue alegado por el Abogado del Estado, aportando a los autos, al amparo del artículo 129 de la Ley Jurisdiccional, una nueva escritura de poder, en la que el citado religioso, afirmando, expresamente esta vez, que actuaba en su calidad de Superior Provincial y en representación de la Provincia de Frailes Menores Capuchinos de Cataluña, se ratificaba en el otorgado inicialmente.

La Sentencia no acepta esta subsanación posterior en aplicación de la rigurosa y bien conocida doctrina jurisprudencial que ha interpretado el precepto legal citado y que invoca explícitamente con profusión de citas (6).

(6) El Considerando 2.º de la Sentencia recuerda “la doctrina repetidamente sentada por la Sala a través de ya plurales Sentencias, en el sentido procesal de que la aplicación del artículo 129, número 1, no puede redimir la falta de legitimación existente al tiempo de la interposición del recurso, *si no es dentro del plazo para hacerlo*, y que, por tanto, la corrección o enmienda de la falta de legitimación *sólo puede producir efecto dentro del plazo de dos meses que, para la interposición del recurso, tasa estrictamente la Ley en su artículo 58...*, en cuya misma tesis abundan las resoluciones de la Sala en casos similares de defecto en la capacidad al tiempo y durante el tiempo en que debió o pudo ejercitar la interposición del recurso contencioso-administrativo; entre otras, las de la Sala 3.ª de este Tribunal Supremo de 4 de julio de 1966, expresiva de que, “al amparo del artículo 129 de la Ley Jurisdiccional, número 2, no pueden considerarse actuaciones practicadas con fecha anterior a la del otorgamiento del poder, ni utilizarlo pretendiendo validez o efecto retroactivo”, ya que el alcance de la subsanación se refiere a la “no presentación del poder” en el momento en que debía producir el efecto procesal de su presencia, pero que “no permite confiar el mandato a virtud de escritura de fecha posterior a la iniciación”, en cuyo mismo sentido abunda la Sentencia de esta Sala de 29 de septiembre de 1966, diciendo que el plazo para recurrir es improrrogable y, por tanto, el otorgamiento de un poder posterior a la iniciación del recurso no puede

No parece necesario detenerse aquí en examinar dicha doctrina jurisprudencial, que ha hecho del inicialmente prometedor artículo 129 uno de los menos afortunados de la vigente Ley Jurisdiccional (7). El

convalidar los efectos del poder insuficiente; o las de 22 de diciembre de 1966 y 21 de diciembre de 1967, indicativas de que la comparecencia de los recurrentes ha de ir acompañada del poder de postulación, de tal suerte que la norma legal ordena de manera inequívoca que el apoderamiento tiene que ser anterior al día de la presentación del escrito promotor del recurso, hasta el punto que de comparecer el interesado sin estar debidamente representado se produce un defecto procesal incluido en la causa de inadmisibilidad del apartado b) del artículo 82, "y en estas condiciones sólo cabe subsanación si intervienen en el litigio aquellas personas en la forma relatada, a tenor de los artículos, 33, 1, y 57, 2, a), formulando nueva pretensión inicial, siempre que esta personación se haga dentro de plazo"...; a lo que cabe añadir, el sentido paralelo de la doctrina a través de las Sentencias de 17 de mayo de 1961, 23 de junio de 1962, 13 de diciembre de 1963, 6 de abril de 1963, 30 de mayo de 1963, 18 de enero de 1964, 21 de septiembre de 1964 y 11 de junio de 1965, y como muy concreta y reciente, la de 21 de diciembre de 1967, expositiva de la doctrina de que "comparecer el interesado sin estar debidamente representado produce un defecto procesal sometido al régimen general de la disposición legal citada, incluido en causa de inadmisibilidad si intervienen en el litigio aquellas personas en la forma relatada, a tenor de los referidos artículos 33, 1, y 57, 2, a), formulando nueva pretensión inicial, siempre que esta personación se haga efectiva dentro del plazo del artículo 58, números 1 y 2", con lo que queda fijada la doctrina de la insuficiencia de subsanación del poder presentado con el escrito de personación, si no efectúa dentro del plazo tasado de la interposición del recurso, así como la imposibilidad de corrección *ad posteriorem* de este defecto presente y permanente durante el plazo de comparecencia y que afecta sustancialmente a ésta."

(7) Existen, no obstante, Sentencias contrarias a las recogidas en la nota anterior, que sí admiten la subsanación sin aquellas trabas. Concretamente, sobre el mismo caso de poder defectuoso, la *Sentencia de 8 de mayo de 1962*, cuyos términos son irreprochables: "Apoyado el alegato previo del representante de la Administración en los apartados b) y e) del artículo 82 de la Ley rectora de esta jurisdicción, que hacen referencia a la interposición del recurso contencioso-administrativo por persona no representada debidamente y a la omisión del previo de reposición cuando fuere preceptivo, ha de tenerse en cuenta, al aplicarlos al caso litigioso, que tales irregularidades procesales fueron advertidas antes del trámite de admisión por la Sala, que, a virtud de providencia de 9 de diciembre de 1960, ajustada a lo dispuesto en los artículos 57 y 129, ambos en su párrafo 3.º, de la propia Ley, *concedió a la parte actora un plazo de diez días para que pudiera subsanarlas, aportando a los autos poder suficiente y acreditando haber pedido reposición, como lo efectuó en tiempo hábil, y por ello es forzoso tener por subsanados tales defectos de procedimiento, sin que pueda exigirse al efecto que el nuevo apoderamiento estuviese otorgado en fecha comprendida dentro del término normal para acudir a la vía contenciosa ni que la reposición se pidiera antes de vencer el correspondiente a la misma, pues tal interpretación, excesivamente rigorista, a más de frustrar en la mayor parte de los casos el sistema de sanación liminar de los vicios del proceso, pugna con el espíritu del nuevo ordenamiento legal, según la cual el rito ha de servir a la Justicia, en vez de obstaculizarla, impidiendo el acceso a la cuestión de fondo que es la razón misma de ser de la jurisdicción, según consigna expresivamente el preámbulo.*"

En el mismo sentido, y en relación a la insuficiencia del poder, la *Sentencia de 2 de junio de 1962*. En la misma línea, y respecto a la no interposición del recurso de reposición, las Sentencias de 1 de marzo, 12 y 22 de mayo de 1962, 30 de enero de 1963, 11 de noviembre de 1965 ("es doctrina reiterada de esta Sala..."), 28 de abril de 1966, 23 de febrero y 10 de marzo de 1967, etc.

análisis crítico de esa doctrina ha sido realizado autorizadamente, y a él me remito ahora (8).

Sí conviene, sin embargo, recordar que, en la vía administrativa previa, el Padre Salvador de les Borges había comparecido, «actuando en su calidad de Ministro Provincial de los F. F. M. Capuchinos de Cataluña y Ordinario del Convento de Padres Capuchinos de Sarriá», personalidad reconocida sin protesta por la Administración al resolver expresamente el recurso de súplica-alzada interpuesto. La vinculación a los propios actos parecía ser bastante para superar el defecto en cuestión. Así, al menos, resulta de una determinada línea jurisprudencial, de la que son muestra, por ejemplo, las Sentencias de 7 de junio de 1962 («reconocida por la Administración la personalidad del que actúa con una determinada representación, no puede, después, en etapas sucesivas de la tramitación administrativa o en la vía contenciosa, negar o desconocer la cualidad del representante que anteriormente admitió»), 10 de julio, 25 de octubre y 10 de noviembre del mismo año, 26 de septiembre y 5 de octubre de 1964 («no es aceptable, porque tal representación había sido reconocida por la Administración en el expediente administrativo»), 15 de mayo de 1967 («en forma reiterada y uniforme se ha venido declarando por esta Sala, que no puede desconocerse en vía contencioso-administrativa una personalidad y una legitimación procesal activa que haya sido admitida o reconocida en el expediente gubernativo»), 24 de octubre de 1968 («sin contar que, aunque no estuviere en las actuaciones, la jurisprudencia viene regulando en armonía con todo lo aquí expuesto que el reconocimiento de la personalidad por la Administración en vía administrativa impide el que pueda impugnarse en esta jurisdicción») y 25 de noviembre de 1968 («aunque se estimara que este apoderamiento era defectuoso..., hoy ya no es válido ir contra sus propios actos e impugnar una representación que tácitamente la tiene reconocida»).

De lo expuesto se desprende que la declaración de la inadmisibilidad del recurso por este motivo, aun siendo posible sobre la base de una doctrina jurisprudencial, quizá predominante, distaba un tanto de ser absolutamente satisfactoria y definitivamente convincente, habida cuenta de la existencia de otras líneas jurisprudenciales de sentido contrario y del peso específico que en el ambiente normativo, doctrinal e incluso, jurisprudencial del momento ha ganado ya el principio *pro actione* (9), que, al facilitar el acceso al examen de los problemas de fondo por encima de los obstáculos formales que con frecuencia suscitan ciertas sutilezas interpretativas, asegura, en todo caso, la certeza respecto a la corrección o incorrección de las conductas incriminadas, bien purgán-

(8) Por todos, GARCÍA DE ENTERRÍA: *Recurso contencioso directo contra disposiciones reglamentarias y recurso previo de reposición*, en el número 29 de esta REVISTA, páginas 161 y sigs. y, especialmente, *El principio de la interpretación más favorable al derecho del administrado al enjuiciamiento jurisdiccional de los actos administrativos*, en el número 42 de esta REVISTA, págs. 267 y sigs.

(9) *Idem*.

dolas o bien confirmándolas, casos ambos en que, por quedar eliminada la interrogación que inevitablemente dejan pendientes las declaraciones de inadmisibilidad, salen siempre fortalecidas la Justicia, las libertades y la propia Administración llamada a tutelarlas.

4. *El problema de la inexistencia de acto recurrible.*

Las especiales circunstancias relatadas y la existencia de líneas jurisprudenciales discrepantes en torno a la trascendencia procesal del defecto y de su subsanación posterior, dejaba el campo abonado para los argumentos *a fortiori*, que, cuando menos, son siempre de muy delicado manejo, en la medida en que su utilización no va acompañada de la cautela que impone la responsabilidad propia de la formulación de la *ratio decidendi* y pueden por ello conducir más allá de los límites realmente queridos.

En mi opinión, algo tiene que ver con esto el Considerando 3.º de la Sentencia, cuya transcripción literal es como sigue:

«Que, independientemente de cuanto anteriormente queda expuesto, y en el ánimo de examinar el total planteamiento procesal de la *litis* a los efectos de su más explícita resolución jurisdiccional, se ofrece el examen de la naturaleza jurídica del acto administrativo recurrido, como elemento objetivo del proceso, en el que se pretende, textualmente, una decisión jurisdiccional de ilegalidad del acto de entrada en el Convento de los Padres Capuchinos de Sarriá, el 11 de marzo de 1966, según dice el escrito de interposición, o como, con perfecta coherencia procesal con la interposición, se dice en la súplica de la demanda 'se declare que el acto de entrada de los Agentes de la Autoridad fue un acto ilegal y no conforme a Derecho', de cuyo análisis se deduce que, en términos propios del recurso contencioso-administrativo, *falta una de las características fundamentales, puesto que la acción ejercida no tiene por término un acto de la Administración sujeto al Derecho administrativo respecto al cual se pida la declaración de no ser conforme a Derecho*, con la consiguiente anulación en su caso, ni tampoco el reconocimiento de una situación jurídica individualizada, con arreglo al artículo 28, números 1 y 2, *sino que la pretensión se encamina a un acto extraño completamente a la naturaleza del proceso contencioso-administrativo al dirigirse en una solicitud de declaración de principio o doctrina extraños al ámbito conciso de la naturaleza jurisdiccional correspondiente*, puesto que inciden respecto a un *acto administrativo inexistente*, dado que toda pretensión en este proceso de esta naturaleza jurisdiccional ha de impugnar un acto concreto de la Administración pública, que, además, esté sujeto al Derecho administrativo, y *no puede confundirse el acto administrativo, que constituye un complejo de actividad jurídica de la Administración con el acto o actuación, o actos, que, en*

el sentido material de hechos, llevaron a cabo Agentes de la autoridad, pero que no son actos sujetos al Derecho administrativo, ni tienen su condición normativa, ni siquiera como hecho determinante o como mecánica objetiva de apreciación, porque únicamente las pretensiones fundadas en preceptos de carácter administrativo y deducidos con ocasión de las relaciones jurídicas entre la Administración y otros sujetos pueden ser planteados ante la jurisdicción, cuya naturaleza esencialmente revisora precisa del acto previo sujeto al derecho específico como una cuestión precisa de delimitación de normas, porque, como dice la Sentencia de 16 de marzo de 1965, la jurisdicción carece de facultades para formular declaraciones, lo que constituye doctrina sine qua non y necesita una previa resolución de la Administración, en cuyo sentido coinciden las Sentencias anteriores de 14 de noviembre y 20 de diciembre de 1964, de modo que es exigible en absoluto que la pretensión se refiera a un acto de la Administración sujeto al Derecho administrativo y que no esté incurrido en la excepción concreta que determina el apartado a) del artículo 2.º de la Ley Jurisdiccional, tema, el expuesto, que viene a completar el cuadro de inadmisibilidad de modo rotundo y por lo que afecta al planteamiento sustancial en el que se penetra más allá del tema más simple del defecto de legitimación que por sí solo constituye motivo pleno de apreciación positiva de la alegación de inadmisibilidad ejercitada.»

La simple lectura del Considerando transcrito revela la trascendencia de la doctrina que contiene. De ella resulta la inviabilidad de la valoración jurisdiccional de un comportamiento de la Administración, cuya legalidad se había puesto en cuestión por el sujeto pasivo del mismo. Se trata, además, de un comportamiento de estructura y caracteres muy singulares con respecto a los que constituyen la regla general en la actividad cotidiana de la Administración, singularidad que, en principio, no tiene por qué traducirse en una disminución o desaparición de la garantía jurisdiccional. Esta singular estructura del comportamiento administrativo en materia de policía de seguridad o de orden público requiere ser debidamente analizada, con el fin de precisar sus contornos y sus límites, sin perder de vista los antecedentes fácticos del supuesto, cuya transcripción anterior resultaba por ello inevitable. Este análisis es el que pretende abordarse aquí.

III

EL PRINCIPIO DEL ACTO PREVIO Y LA PROTECCIÓN JURISDICCIONAL ANTE LA VÍA DE HECHO.

1. El Considerando 3.º de la Sentencia comentada se apoya en dos afirmaciones centrales: inexistencia de acto administrativo susceptible de impugnación y confusión entre acto administrativo y actuación

material. Ambas afirmaciones, una vez puestas en relación con el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa, producen la declaración de inadmisibilidad del recurso.

Pues bien, antes de seguir adelante es preciso recordar que el proceso había quedado trabado mediante un recurso administrativo previo sobre el que recayó una resolución expresa del Ministerio de la Gobernación.

En principio, esto bastaba para vincular la instancia y satisfacer las exigencias derivadas del carácter revisor de la jurisdicción.

Por otra parte, la Sentencia constata, en su Resultando 3.º, que la entrada de la Fuerza pública en el interior del Convento se produjo «ejecutando órdenes recibidas del Ministerio de la Gobernación», en virtud de las cuales el Gobernador civil, a su vez, «ordenó a las Fuerzas de su mando que se procediera al desalojo de quienes se habían reunido». Existían, pues, actos administrativos (órdenes del Ministro y del Gobernador civil), previos a la actividad material de desalojo, cuya valoración era absolutamente obligada, sin que pudiera impedir la puro dato formal de no haber sido citados al interponer el recurso, ya que, como no fueron notificados por la Administración, no eran conocidos por el recurrente en aquel momento.

2. En el plano estricto de los hechos, la primera de las afirmaciones básicas del Considerando 3.º de la Sentencia sobre la inexistencia de acto administrativo no resulta confirmada por aquéllos, tal como la propia Sentencia los refleja.

Prescindiendo de esto, es obligado convenir en que la afirmación de la inexistencia de acto administrativo plantea un problema más grave que el que con ello se pretende resolver, ya que, en presencia de una actuación material determinada, la alternativa es muy simple; o existe una decisión previa que la avale, en cuyo caso nada hay que oponer por este motivo a la admisibilidad del recurso, o existe una vía de hecho, supuesto de gravedad máxima, ante el que la jurisdicción no puede quedar indiferente.

En punto a la exigencia de acto previo, el artículo 100 de la Ley de Procedimiento Administrativo es absolutamente categórico: «La Administración pública no iniciará ninguna actuación material que limite derechos de los particulares, sin que previamente haya sido adoptada la decisión que le sirva de fundamento jurídico.»

Si esta decisión previa falta (10), la actuación material de la Admi-

(10) El concepto de vía de hecho no comprende solamente, según es sabido, los casos en que falta absolutamente un acto previo, sino también todos aquellos en que la Administración, en el cumplimiento de una actividad material de ejecución, *comete una irregularidad grosera* en perjuicio del derecho de propiedad o de una libertad pública. Esta irregularidad grosera puede localizarse, tanto en la decisión previa como en la ausencia de ella o, incluso, en la propia operación material *excesiva*, y su carácter de tal hay que decidirlo en cada caso en función de las circunstancias materiales y de los presupuestos jurídicos de las mismas. Vid., en general, DE LAUBADÈRE: *Traité élémentaire de Droit Administratif*, I. 4.ª ed., París, pág. 415. En extenso, M. DEBARY: *La voie*

nistración constituye una actividad de puro hecho insusceptible de protección jurídica.

Aunque no es el caso aquí, ya que, en el supuesto que contempla la Sentencia, si existían, aunque no hubieran sido notificadas a los interesados, órdenes de desalojo, interesa precisar si la jurisdicción contencioso-administrativa es o no competente para conocer y enjuiciar los comportamientos constitutivos de vías de hecho. Responder a esta cuestión es importante por dos razones: en primer lugar, porque la inexistencia de acto administrativo es el presupuesto de que parte la Sentencia para declarar la inadmisibilidad del recurso, renunciando así a conocer del fondo del mismo; en segundo lugar, porque la pretensión del recurrente, que desconocía por falta de notificación la existencia de las órdenes gubernativas previas, era justamente la de obtener la declaración jurisdiccional de que la entrada de la Fuerza en el Convento fue ilegal y antijurídica.

Pues bien, la cuestión ha sido ya planteada y resuelta en nuestra doctrina en términos precisos, cuyo simple recordatorio parece suficiente aquí.

Comentando el artículo 125 de la Ley de Expropiación Forzosa («siempre que, sin haberse cumplido los requisitos sustanciales de declaración de utilidad pública o interés social, necesidad de ocupación y previo pago o depósito, según proceda, en los términos establecidos en esta Ley, la Administración ocupare o intentase ocupar la cosa objeto de la expropiación, el interesado podrá utilizar, *aparte de los demás medios legales procedentes*, los interdictos de retener y recobrar para que los Jueces le amparen y, en su caso, le reintegren en su posesión amenazada o perdida»), ha señalado con todo acierto GARCÍA DE ENTERRÍA (11) que la alusión a «los demás medios legales procedentes» (con referencia a los interdictos de retener y recobrar) que dicho artículo contiene, «comprende, sin duda, tanto los medios del Derecho civil como los del Derecho administrativo, a arbitrio del interesado». En cuanto a los primeros, porque la mención expresa de los interdictos de retener y recobrar, remedios enérgicos y absolutamente excepcionales en lo que a la Administración se refiere, prueba (argumento *maiore ad minus*) que todos los demás se encuentran comprendidos en la expresión legal. En lo que se refiere a los segundos, porque «la disposición por el adminis-

de fait en Droit Administratif, París, L. G. D. J., 1960. En materia de policía, J. CASTAGNE: *Le contrôle juridictionnel de la légalité des actes de police administrative*, París, L. G. D. J., 1964, págs. 71 y 72. Los límites y la extensión de la vía de hecho en nuestro ordenamiento están perfectamente marcados dentro de la misma línea por el artículo 125 de la Ley de Expropiación Forzosa vigente, operando una acertada disección de la potestad expropiatoria para aislar sus requisitos básicos definidores de aquellos límites (vid. GARCÍA DE ENTERRÍA: *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, Madrid, I. E. P., 1956, págs. 10 y sigs.). El precepto citado marca así la pauta interpretativa de los artículos 38 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y 103 de la de Procedimiento Administrativo, normas de ámbito general

(11) *Los principios...*, cit., págs. 185 y 186.

rado de los medios civiles juega como un *plus* de protección, pero en manera alguna como una carga y porque, en definitiva, no existe una exclusión legal que autorice a entender cerrado el sistema de justicia administrativa, cuyos principios comprenden el supuesto con perfecta normalidad, e incluso prototípicamente, considerado el grado de irregularidad de que se trata».

Los mismos argumentos valen, naturalmente, fuera del ámbito expropiatorio, a la vista de los artículos 38 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y 103 de la de Procedimiento Administrativo.

Aun en el supuesto de falta de acto previo a la «irrupción de la Fuerza pública en el interior del Convento», el enjuiciamiento de la legalidad de la misma en la vía contencioso-administrativa hubiera sido, pues, perfectamente posible sobre la base de la petición de declaración de dicha ilegalidad formulada en la vía gubernativa previa por el recurrente y de la respuesta negativa expresa de la Administración, suficiente para satisfacer las exigencias del carácter revisor de esta jurisdicción. El acto previo no es una exigencia ontológica, ni mucho menos. En muchos casos es sólo un rodeo, un arbitrio destinado a fijar las controversias de forma concreta, pero no impide el enjuiciamiento de conductas administrativas materiales. El instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración es, en este sentido, un ejemplo paradigmático. Lo que se somete al Juez no es, precisamente, el acto superpuesto que deniega la indemnización pedida, sino el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos productor de un daño.

El mito del carácter revisor y el absolutismo del acto previo no pueden ser nunca obstáculos insuperables a una valoración jurisdiccional de las conductas y operaciones administrativas.

En este sentido, el camino de depuración metodológica ya iniciado (12) es todavía muy largo, y por esa razón es imprescindible la insistencia.

IV

LA ESTRUCTURA SINGULAR DE LAS MEDIDAS DE POLICÍA.

1. La segunda de las afirmaciones en que apoya la declaración de inadmisibilidad el Considerando 3.º de la Sentencia alude a la confusión entre «el acto administrativo, que constituye un complejo de actividad jurídica de la Administración, con el acto o actuación, o actos, que, en el sentido material de hechos, llevaron a cabo Agentes de la autoridad, pero que no son actos sujetos al Derecho administrativo».

(12) En este sentido es capital la reciente aportación de PARADA: *Privilegio de decisión ejecutoria y proceso contencioso*, en el número 55 de esta REVISTA, que marca el camino a seguir para un replanteamiento de los presupuestos tradicionales de nuestro sistema contencioso-administrativo.

El análisis de esta afirmación tiene, en este caso, una importancia excepcional, supuesto que la confusión aludida surge a partir de una actividad administrativa, en la que, por sus especiales características, no es siempre ostensible en la realidad la separación de los distintos momentos y operaciones en que idealmente se descompone.

La policía del orden público, y más concretamente la policía de la calle, no se actúa normalmente en los despachos, sino que se ve inmersa en una realidad cambiante a la que tiene que hacer frente de inmediato, emitiendo en cada momento las respuestas adecuadas. Ello comporta singularidades que, sin afectar, por supuesto, a los principios dogmáticos básicos que regulan la actividad administrativa en general (necesidad de acto previo a la ejecución, vinculación del mismo a la Ley, control jurisdiccional plenario), suponen excepciones importantes en el aspecto instrumental, en relación a lo que constituye en este plano la regla general. Por lo pronto, el reposo, la reflexión, la observancia de trámites procedimentales sucesivos, la constancia documental y las formas escritas tienen aquí escaso ámbito. Es el mundo de las órdenes verbales, de las intimaciones, de los hechos y de las «operaciones» administrativas. El teléfono (13), el telégrafo, el megáfono, la radio y otros aparatos semejantes se erigen aquí en protagonistas principales; mientras que la escritura, los oficios y las notificaciones escritas quedan relegadas a un oscuro papel secundario.

La regla general de la forma escrita de los actos administrativos rige también, como es lógico, en materia de órdenes de policía. Sin embargo, es, precisamente, en este ámbito donde la vía de excepción que consagra el artículo 41 de la Ley de Procedimiento Administrativo («cuando su naturaleza o circunstancias no exijan o permitan otra forma más adecuada de expresión») encuentra su campo más propio. Cuando se habla de actos verbales, la ejemplificación se hace siempre acudiendo a esta clase especial de órdenes (14), cuya validez inicial, lejos de ponerse en duda, se justifica con gran énfasis (15).

Junto a la expresión verbal suele aludirse a la exteriorización de la voluntad administrativa por signos o acciones y también los ejemplos

(13) Vid. HAURIUO: *Précis de Droit Administratif*, 12.^a ed., 1933, pág. 377, donde alude a la "práctica generalizada y recomendada por circular ministerial, de la administración por teléfono", que en nada afecta, ni al carácter ejecutorio de la decisión, ni, por supuesto, a su impugnación ulterior. Sobre las órdenes verbales de policía, "cuando un servicio de orden es organizado en la calle", la necesidad de obediencia inmediata de las mismas y la reclamación posterior, pág. 364.

(14) SANDULLI: *Manuale di Diritto Amministrativo*, 9.^a ed., Napoli, 1966, pág. 372, y *Sulla impugnabilità giurisdizionale di atti amministrativi non scritti*, Módena, 1941, página 65; FRACOLA: *Gli atti amministrativi*, Torino, 1952, pág. 38; STASSINOPOULOS: *Traité des actes administratifs*, Athènes, 1954, pág. 123; ZANABONI: *Corso di Diritto Amministrativo*, 8.^a ed., 1958, pág. 284; GONZÁLEZ PÉREZ: *El procedimiento administrativo*, Madrid, 1964, pág. 339.

(15) VIRGA: *La potestà di polizia*, Milano, Giuffrè, 1954, pág. 123.

se buscan, precisamente, en este mismo campo de la policía de seguridad, sin que se susciten mayores dificultades (16).

Todas estas formas no escritas de exteriorización de las decisiones administrativas constituyen en este ámbito la regla general y, por supuesto, no llevan consigo ningún *plus* de inmunidad jurisdiccional. El legislador de 27 de diciembre de 1956 ha sido rigurosamente explícito en este punto, al afirmar en la Exposición de Motivos de la vigente Ley de la jurisdicción (17) que «el acceso a la jurisdicción contenciosa, en efecto, no ha de ser posible únicamente cuando la Administración produce actos expresos y escritos, sino también cuando revisten cualquier otra forma de manifestación regulada por el Derecho, o son tácitos o presuntos, porque todos ellos, y no solamente los primeros, pueden incurrir en infracciones jurídicas que requieran la asistencia jurisdiccional».

Supuesto que las órdenes previas de desalojo existían en este caso, parece elemental convenir que, en la alternativa de declarar la inadmisibilidad del recurso y renunciar a la valoración de las mismas o admitir como correcta su cita implícita en la petición de declaración de ilegalidad de sus efectos, la Sentencia, que constató expresamente la existencia de aquéllas, tenía que haber optado por esta última solución, puesto que de no hacerlo así venía a privarse la falta de notificación regular contra el criterio explícito del legislador y la lógica misma de las instituciones.

2. Esto no es todo, sin embargo. La estructura singular de las medidas de policía, que deriva necesariamente de las características y circunstancias especiales en que se desarrolla esta actividad administrativa, no se traduce sólo en formas más o menos anómalas de exteriorización de los actos administrativos.

En el ámbito de la policía del orden público, la singularidad más importante radica en el apoderamiento legal a los simples agentes de ejecución para la adopción regular de las decisiones que ellos mismos han de ejecutar. La urgencia con que la respuesta de la Administración ha de producirse en muchos casos determina que la Ley sitúe las potestades deliberativa y ejecutiva en unos mismos agentes, que, en los supuestos normales, son simplemente agentes de ejecución.

La Ley de Orden Público de 30 de julio de 1959 contiene preceptos en los que con toda claridad se habilita a la «Autoridad gubernativa o sus Agentes», alternativamente, para adoptar las decisiones necesarias

(16) VIRGA, loc. cit. en nota, explica el supuesto aludiendo a los actos concluyentes. GONZÁLEZ PÉREZ, op. cit., pág. 339, lo incluye entre los actos expresos, como una variedad de los mismos junto a los actos escritos y a los verbales. En la misma línea de VIRGA, FRAGOLA: *Gli atti amministrativi*, cit., pág. 38, y *La dichiarazione tacita di volontà nella pubblica amministrazione*, Napoli, 1938. La diversidad de clasificación —acto expreso o acto tácito— es en este caso indiferente. Como señala FRAGOLA, es sólo cuestión de entenderse.

(17) IV, 1, párrafo 2.º

y llevarlas a la práctica por sí mismos. Así, en el artículo 12 se dice que:

«La Autoridad gubernativa o sus Agentes podrán detener [ejecución] a quienes cometan o intenten cometer cualquiera de los actos contrarios al orden público y a quienes desobedecieran las órdenes [decisión previa] que les diera directamente la Autoridad o sus Agentes en relación con dichos actos.»

Del mismo modo, el artículo 13 establece que:

«Si en lugar público grupos de personas perturbaren el orden, se les intimará a disolverse [orden, decisión previa]. Cuando las órdenes no fueren obedecidas, la Autoridad o sus Agentes harán hasta una tercera advertencia conminatoria, y, de ser incumplida, los dispersará [ejecución] por los procedimientos más adecuados a las circunstancias, según su prudente arbitrio.»

Igualmente, el artículo 14 señala que:

«Cualquier reunión ilegal o manifestación no autorizada o que se desarrolle fuera de los límites o condiciones permitidos por la Autoridad, podrá ser disuelta [ejecución] por las fuerzas encargadas del mantenimiento del orden. Antes de proceder a ello, deberán intimar [orden de disolución] por tres veces consecutivas a los reunidos o manifestantes.»

Los preceptos transcritos son muy expresivos en orden a la concentración que en supuestos extremos se produce de las fases de deliberación, exteriorización de la voluntad, y ejecución de la misma en que idealmente se descompone toda actividad administrativa. Esta concentración presenta, además, dos vertientes: por una parte, la ya apuntada de la coincidencia en unos mismos órganos o agentes de las potestades deliberativa y ejecutiva, normalmente situadas en órganos distintos; por otra, la relativa a la simultaneidad de las tres fases indicadas, dado que la urgencia impuesta por las circunstancias reduce prácticamente a la nada los intervalos que normalmente median entre ellas.

De todo esto resulta con toda naturalidad que en ciertos casos un simple agente de la autoridad puede producir una voluntad administrativa eficaz y ejecutarla inmediatamente por sí mismo, sin más trámites intermedios, de forma que la ejecución misma viene a ser la única exteriorización de la voluntad adoptada, jugando el papel de una notificación por actos concluyentes, que, en principio, no hay ninguna dificultad en admitir (18).

(18) Así, FORTSHOFF: *Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid, I. E. P., página 304: "Esta notificación puede no sujetarse a formas, puede inferirse —dado un hacer u omitir concluyentes— de las circunstancias que el destinatario es susceptible de percibir."

Por lo pronto, esto ocurre en todos los casos que Otto MAYER agrupó bajo la rúbrica de «coacción directa» (19), es decir, en todos aquellos supuestos en los que se emplea la fuerza para combatir y eliminar una perturbación del orden que emana de la existencia individual y no simplemente de la propia Naturaleza (20). Tal es el caso que contemplan los preceptos legales citados.

El supuesto, bien común por lo demás, ha sido perfectamente analizado por la doctrina. Así, SANDULLI ha hecho notar, al referirse a las relaciones entre la potestad deliberativa y la potestad ejecutiva, que ambas pueden llegar a confundirse en aquellos casos en que los agentes de ejecución tienen reconocido un poder deliberativo que están en condiciones de ejercitar en el momento mismo de la ejecución, de modo que, desde el punto de vista formal, la deliberación queda absorbida en la ejecución, y estando implícita en ella, no asume una forma autónoma (21).

La falta de autonomía formal de la decisión y el hecho de que ésta se manifieste al exterior a través del mismo comportamiento material destinado a darla ejecución (22), justifica, pues, en ciertos casos, la, en principio, sorprendente afirmación de que sea admisible el recurso no sólo contra los actos orales, sino también contra las «operaciones administrativas» (23).

Aun prescindiendo de las órdenes gubernativas previas antes citadas, la confusión entre acto administrativo y actividad material de ejecución, que denuncia la Sentencia comentada, no tiene por qué ser considerada necesariamente como un grosero error técnico determinante de la inadmisibilidad de un recurso, sino que en el ámbito de la policía de seguridad puede ser en ocasiones, y de hecho es, un supuesto, ciertamente excepcional, de producción y exteriorización anómala de decisiones administrativas, que en ningún caso puede traducirse en la eliminación de la garantía jurisdiccional. La singular estructura de las medidas de policía que antes se notaba proyecta aquí su influencia en términos cuyo

(19) *Derecho Administrativo Alemán*, ed. castellana, Buenos Aires, 1950.

(20) Tomo II, Parte especial, Poder de policía y poder tributario, págs. 141 y siguientes. El dato común del uso de la fuerza se justifica en necesidades de la "defensa administrativa", para impedir hechos punibles y para medidas de suprema necesidad. Su carácter jurídico no se pone en duda, cuando la perturbación del orden que se quiere hacer cesar por la fuerza deriva de la existencia individual. Si se trata de perturbaciones que emanan de las fuerzas de la Naturaleza —dice MAYER—, lo que la Administración hace para combatirla es simplemente un *trabajo*. La contraposición es explícita. Por lo demás, si se negara su carácter jurídico, se estaría sosteniendo la inmunidad de un sector cuantitativa y cualitativamente muy importante de la actividad administrativa, en contra de los principios más elementales.

(21) *Manuale*, cit., pág. 319.

(22) SANDULLI: *Manuale*, cit., pág. 373. En el mismo sentido, GIANNINI, voz *Atto amministrativo*, en "Enciclopedia del Diritto", IV, Giuffrè, 1959, pág. 178: "in taluni atti l'esternazione sta nella modificazione diretta della realtà".

(23) SANDULLI: *Sulla impugnabilità*, cit., págs. 65 y 87; FRAGOLA: *Gli atti amministrativi*, cit., pág. 39.

deslinde concreto ha sido efectuado ya agudamente por una autorizada doctrina, elaborada, además, sobre la base de un supuesto idéntico al que aquí se examina: la disolución de una reunión prohibida (24).

V

CONSIDERACIONES FINALES.

Las consideraciones precedentes han permitido probar, a través de distintos caminos técnicos, algo que intuitivamente se advierte desde el comienzo: la absoluta necesidad de entrar en el fondo del problema debatido.

En los términos en que éste estaba planteado, la alternativa era muy simple, como ya se ha notado: o bien no había nada detrás de la operación ejecutiva, en cuyo caso era obligado constatar la existencia de una vía de hecho, supuesto máximo de irregularidad; o bien tal operación había sido precedida de una decisión previa, que, independientemente de su exteriorización anómala y de la falta de conocimiento de la misma por el recurrente, a quien no se le notificó en forma regular, tenía que ser necesariamente valorada. *Tertium non datur*. En ambos casos, el enjuiciamiento del fondo resultaba obligado.

Las singularidades derivadas de la peculiar estructura de las medidas de policía, singularidades que, por lo demás, afectan sólo a los aspectos estrictamente instrumentales, no puede en ningún caso justificar una exención jurisdiccional en perjuicio del afectado por ellas, ni otorgan a la Administración un *plus* de inmunidad. La existencia y utilización de formas anómalas de exteriorización de la voluntad administrativa no está primada por la Ley en absoluto, ni podría estarlo en ningún caso, como es evidente. Ponerlo de relieve así parece necesario para evitar que una consideración apresurada de los razonamientos contenidos en la Sentencia de 15 de noviembre de 1969, formulados una vez obtenida la *ratio decidendi* del recurso por otros medios, pueda dar la impresión de lo contrario en perjuicio de los principios básicos que informan nuestro Ordenamiento jurídico-administrativo.

TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ,
 Profesor Adjunto de Derecho Administrativo
 de la Facultad de Derecho de Madrid.

(24) SANDULLI: *Manuale*, pág. 319.

SECRET