

LOS PROCEDIMIENTOS ESPECIALES EN LA NUEVA LEY REGULADORA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

Jaime RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona.* III. *La cuestión de ilegalidad.* IV. *Procedimiento en los casos de suspensión administrativa previa de acuerdos.* V. *Reflexión conclusiva.*

I. INTRODUCCIÓN

La ley reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa del 13 de julio de 1998 dedica, como es sabido, el título V, bajo la rúbrica de “Procedimientos especiales”, al estudio del procedimiento de protección de derechos fundamentales, inspirado obviamente en la Ley 62/1978, en el capítulo I; en el capítulo II, encontramos las singularidades del procedimiento que han de seguir las cuestiones de ilegalidad, materia novedosa que viene a colmar una laguna, no fácil de resolver, pero necesaria de solución; finalmente, el capítulo tercero se refiere al procedimiento en los casos de suspensiones administrativas de acuerdos de corporaciones o entidades públicas.

Como señala la exposición de motivos de la ley, se ha suprimido la especialidad del procedimiento en materia de personal, regulada anteriormente en el título V de la vieja ley de 1956, aunque ahora, aún siendo objeto del procedimiento contencioso común, se mantienen determinadas singularidades en el articulado; se da nueva regulación al procedimiento de protección de los derechos fundamentales de la persona, teniendo en cuenta la experiencia de veinte años de vigencia de la Ley 62/1978, una de las normas de mayor trascendencia jurídica de los últimos años, pues vino a reconocer en el ámbito jurídico la primacía y centralidad de los derechos fundamentales.

Afortunadamente, la funcionalidad y significación jurídica de los derechos fundamentales ha venido a alterar la esencia de un derecho adminis-

trativo quizá demasiado apegado a una perspectiva estática de la autotutela que requería de una nueva explicación, de una justificación a la luz de los parámetros y criterios constitucionales. Puede decirse, sin exageración, que el tratamiento de los derechos fundamentales de la persona y el modelo territorial del poder público han venido a ser la piedra de toque de un nuevo derecho administrativo, al que hay que acercarse, desde la Constitución, para proyectar su luz sobre el conjunto de las instituciones, conceptos y categorías de nuestra área de conocimiento.

Lógicamente, el legislador de 1998 ha tratado de corregir las deficiencias de la Ley de Protección de los Derechos Fundamentales de 1978, incorporando sugerencias y comentarios, que tanto la jurisprudencia como la doctrina han venido planteando desde entonces; sin embargo, como en toda realidad humana, sigue habiendo luces y sombras, pues lo perfecto no es propio de este mundo, y no siempre se puede acertar íntegramente, ni siempre se regulan las instituciones a gusto de todos los operadores jurídicos. En este sentido, como más adelante habrá ocasión de subrayar, nos parece que se da un paso atrás en la remisión de las medidas cautelares del procedimiento especial al régimen general, cuando la suspensión automática de la resolución administrativa que afectaba a un derecho fundamental venía, salvo que se acreditara lesión grave al interés general, a certificar la singular trascendencia de los derechos fundamentales de la persona en la materia. Por otra parte, como registra la exposición de motivos de la ley de 1998, se intenta poner coto al carácter en exceso restrictivo que caracterizó este procedimiento en la regulación de 1978; para ello, como comentaremos posteriormente, se analiza la lesión del derecho fundamental, desde una perspectiva integral del ordenamiento jurídico, superando esa rígida separación entre derecho fundamental de la persona y legalidad ordinaria cuando, como es obvio, la lesión de un derecho fundamental es sobre todo una violación evidente del ordenamiento jurídico, de la Legalidad Ordinaria, con mayúsculas.

El procedimiento diseñado para el tratamiento de la cuestión de ilegalidad está en función de su construcción teórica, pues trata de evitar que pululen, que circulen por el ordenamiento, normas presuntamente ilegales, que por no haber sido combatidas directamente siguen desplegando efectos jurídicos; en este procedimiento, como también analizaremos en breve, el desafío consiste en hacer compatible la garantía de defensa de las partes con la celeridad que se predica de estos procedimientos.

Finalmente, el procedimiento especial para los casos de suspensión administrativa previa de acuerdos y actos de entidades y corporaciones públicas, ahora, tras su anterior circunscripción a los actos y acuerdos de los

entes locales, se amplía a todos los actos y acuerdos de cualquier entidad y corporación pública, en las que una ley establece que la suspensión previa de los mismos vaya acompañada de su ulterior impugnación ante el órgano jurisdiccional contencioso administrativo competente, o sea, su consecuencia automática.

II. EL PROCEDIMIENTO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA

La aprobación en 1978, de forma paralela a la Constitución, de la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales, constituyó un hito en nuestro derecho administrativo en particular, y en el derecho en general; es verdad que esta ley nació con una vocación lógica de provisionalidad, pero, como suele ocurrir en estos casos, cuando las leyes están bien redactadas y responden a las demandas de justicia en el espacio y tiempo en que se promulgan, suelen permanecer en el ordenamiento más tiempo del previsto inicialmente. Obviamente, una ley que se elabora al tiempo de la Constitución, ha de evaluarse tiempo después para comprobar si ciertamente sus expectativas se han cumplido, o si por el contrario, es necesaria su reforma o sustitución por otra nueva ley. Haciendo un paréntesis, si nos permiten, tenemos que decir que la evaluación normativa, siendo una de las fases más relevantes de la técnica normativa, no siempre se efectúa con el rigor necesario.

Vaya por delante que, en efecto, la calidad de la democracia de un país depende del grado de protección reinante en materia de derechos fundamentales de la persona; por eso, disponer de un sistema de protección judicial de los derechos fundamentales bien articulado es una exigencia de nuestro tiempo.

Para la protección contencioso administrativa, ahora se opta por regular un procedimiento especial en la Ley Jurisdiccional Contencioso Administrativa, que no es incompatible con el general, y que responde, insistimos, a la necesidad de proteger las violaciones de los derechos fundamentales por los poderes públicos, sean por acción, omisión o vía de hecho, dando así cobertura completa a la panoplia de posibilidades en que la actuación de las administraciones pueden lesionar los derechos fundamentales de las personas. Tras la Constitución, los poderes públicos también están vinculados por la Constitución, y los derechos fundamentales de la persona se configuran como auténticos derechos subjetivos.

Como sabemos, el artículo 53.2 de la propia Constitución dispone:

Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la sección primera del capítulo 2o. ante los tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad, y en su caso, a través del recurso de amparo ante el tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30.

Es decir, la Constitución establece un sistema de protección judicial en dos vías, una ordinaria, y otra constitucional; tendríamos el amparo ordinario, ante los tribunales de tal nombre, y el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional; pues bien, el amparo ordinario ante la jurisdicción contencioso administrativa es el que se regula en el procedimiento especial que ahora vamos a estudiar.

Es sabido que la doctrina se ha planteado si era imprescindible el establecimiento de un procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales; en nuestra opinión, a pesar de las dificultades procesales que pueda suponer acomodarse a plazos y trámites distintos a los ordinarios, y a pesar de que se puede producir un cierto desgajamiento de los derechos fundamentales del conjunto del ordenamiento jurídico y del posible uso fraudulento de la vía especial, que es más beneficiosa para el recurrente, lo cierto es que la Constitución está reclamando un procedimiento “basado en los principios de preferencia y sumariedad”, para la protección de estos derechos, por lo que hay que articular un procedimiento especial, como se ha hecho; además, de esta manera, se puede decir que la efectividad de los derechos fundamentales de la persona está incrustada en la realidad normativa.

En este sentido, no está de más recordar que el Consejo General del Poder Judicial, en su informe al anteproyecto de la ley de 1995, de la jurisdicción contencioso administrativa, señaló que la ley de 1978 no puede ser considerada como un desarrollo normativo del artículo 53.2, tal y como ha tenido ocasión de sentar el Tribunal Constitucional; además, a juicio del órgano de gobierno de los jueces, era menester regular ese procedimiento sumario y preferente de protección judicial de los derechos fundamentales. En el mismo sentido, la disposición adicional 5a. de la Ley Orgánica 16/1994, del 8 de noviembre, que reforma la Ley Orgánica del Poder Judicial, había previsto que el gobierno, en el plazo de seis meses, enviaría a las cortes un proyecto de ley de desarrollo del artículo 53.2 de la Constitución. Tuvimos que esperar a 1998 para que la nueva ley reguladora de la jurisdicción contenciosa administrativa estableciera ese procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de las personas, frente a las acciones, omisiones o vías de hecho de los poderes públicos.

En todo caso, la Ley de 1978 ha rendido grandes servicios a la justicia, pues aseguró un ambiente jurídico propicio a la entrada en vigor de la Constitución, para la protección efectiva de los derechos fundamentales de la persona; como tantas consecuencias de aquellos memorables Pactos de La Moncloa, que hoy echamos de menos, la Ley 62/1978 fue fruto del acuerdo y la voluntad de entendimiento de las fuerzas políticas. Quizá por eso ha estado inexplicablemente veinte años en vigor.

La centralidad de los derechos fundamentales es tal en nuestro ordenamiento jurídico, que su protección y efectividad, en sede contencioso administrativa, se puede sustanciar a través del recurso ordinario, del recurso especial o amparo contencioso, o como veremos, de uno y otro simultáneamente; en este sentido se pronunció, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Constitucional del 20 de febrero de 1989, al señalar que

...no cabe duda de que si el ciudadano opta por acudir a la vía de la Ley 62/1978 para obtener la tutela de los derechos fundamentales, ello no obsta para que pretenda la nulidad del acto por vicios de legalidad en la vía judicial correspondiente, previo agotamiento, en su caso, de los recursos que procedan.

Ahora bien, la pregunta que a la luz de esta doctrina podemos hacer es si esa simultaneidad o compatibilidad temporal tiene algún límite; la respuesta a esta cuestión la da el propio Tribunal Constitucional, en su sentencia del 16 de febrero de 1989, al entender que

...si interpuestos los dos recursos en tiempo y forma, aún fundamentados, en todo o en parte, en la infracción de los derechos constitucionales alegados en el recurso preferente y urgente de la Ley 62/1978, y este último ha sido desestimado en cuanto al fondo, no podrán los órganos judiciales competentes revisar válidamente dicha desestimación, por lo que el recurso ordinario habrá de considerarse ceñido a las resoluciones de pura legalidad.

Nos encontramos ante una doctrina que intenta diferenciar netamente la lesión del derecho fundamental, de la infracción de preceptos legales, como si la lesión del primero no fuera una de las más palmarias y clamorosas infracciones de la ley; por ello, se pueden resumir las diferentes posibilidades de acción del demandante de la siguiente manera:

1. Se puede seguir el camino del procedimiento especial de preferencia y sumariedad planteando al órgano judicial competente la lesión del

derecho fundamental, renunciando al procedimiento ordinario del recurso contencioso por infracción de la legalidad.

2. También es posible, ahora ya más claramente, plantear el recurso contencioso administrativo del régimen común, por entender que la acción, omisión o vía de hecho de los poderes incurre en vicios de legalidad ordinaria como en aquellos otros que han producido lesión de los derechos fundamentales.
3. Es posible también presentar simultáneamente ambos recursos: el general, con fundamento en infracción de la legalidad ordinaria, y el especial a partir de la vulneración de preceptos constitucionales.

En todo caso, hay que tener en cuenta que no se suspenden los plazos del recurso ordinario mientras se tramita el especial, y que no se puede plantear uno y otro recurso de forma sucesiva sobre el mismo objeto (comentarios a la Ley 29/1998 del 13 de julio de 1998, reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa concordada, comentada y con jurisprudencia dirigida por el profesor Eduardo Roca, Madrid, 2005, pp. 460 y 461).

En esta materia no me parece baladí comentar que, dada la literatura de los preceptos constitucionales, los derechos fundamentales tienen esa posición central en el ordenamiento jurídico, porque son derechos que corresponden a la persona en cuanto tal; cuando la Constitución dice que se reconoce que se garantiza tal o cual derecho fundamental, está implícitamente, al menos, señalando que su función no es la de creación de dichos derechos, sino de reconocimiento de realidades previas, realidades que son metajurídicas.

En cualquier caso, no corresponde ahora una disertación sobre la naturaleza jurídica de los derechos fundamentales de la persona, sino analizar el régimen jurídico del procedimiento especial diseñado para su protección en la vía contencioso administrativa.

Los artículos que la ley de 1998 dedica al tema que nos ocupa los encontramos en el capítulo I del título V, es decir, los artículos 114 a 122 son los que van a centrar a partir de ahora nuestra atención.

El artículo 114 dispone:

1. El procedimiento de amparo judicial de las libertades y derechos, previsto en el artículo 53.2 de la Constitución española, se regirá en el orden contencioso administrativo, por lo dispuesto en este capítulo, y en lo no previsto en él, por las normas generales de la presente ley.
2. Podrán hacerse valer en este proceso las pretensiones a que se refieren los artículos 31 y 32, siempre que tengan como finalidad la de restablecer o

preservar los derechos o libertades por razón de los cuales el recurso hubiere sido formulado.

3. A todos los efectos, la tramitación de estos recursos tendrá carácter preferente.

La primera cuestión que debemos plantear es la relativa al objeto material a que se refiere este procedimiento especial; o lo que es lo mismo, cuáles son los derechos fundamentales de la persona, objeto de esta singular protección. La lectura del artículo 53.2 de la Constitución, enseguida nos facilita la tarea, puesto que señala con claridad cuáles son esos derechos fundamentales; es decir, el derecho a la igualdad del artículo 14, más todos los derechos de la sección primera del capítulo segundo, que es lo mismo que decir los artículos 14 a 29; pero además, nos dice que el recurso de amparo será aplicable a la objeción de conciencia del artículo 30. Lo que nos plantea la cuestión de si es posible o no el amparo contencioso de la objeción de conciencia; el artículo 114.1 de la ley de 1998 se limita a reproducir la Constitución en este punto, por lo que no aclara el tema.

Es verdad que la ley de 1978 tampoco incluyó expresamente la objeción de conciencia, pero no es menos cierto que la legislación específica en la materia (artículo 4.1 de la Ley 22/1998, del 6 de julio) permite interponer un recurso contencioso administrativo frente a las resoluciones del Consejo Nacional de Objeción de Conciencia. Al permitir la Constitución el amparo de la objeción de conciencia, no alcanzamos a encontrar en virtud de qué poderosa razón no se podría, si así se estima, por la vía del procedimiento especial, puesto que siendo la doctrina general del artículo 43 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, el agotamiento de la vía judicial, previa para interponer el recurso contencioso administrativo, podría pensarse que algunas decisiones administrativas que lesionan el artículo 30 de la Constitución lograrían canalizarse a través del procedimiento que estamos analizando. En todo caso, no parece que en una materia tan singular como la de los derechos fundamentales se pueda impedir o cerrar esta vía procesal.

En la materia que tratamos, debe tenerse presente que ordinariamente los derechos fundamentales, respetando su contenido esencial, han sido regulados por leyes orgánicas; y obviamente, en el marco del desarrollo legal de dichos derechos se pueden producir, en su aplicación por los poderes públicos, determinadas lesiones, que también pueden contemplarse desde la perspectiva de la legalidad ordinaria, porque, insistimos, la violación de un derecho fundamental normalmente entraña infracción de la legislación ordinaria. Esta consideración, no siempre comprendida y atendida por la jurisprudencia, se ha intentado aclarar en la exposición de motivos de la ley de 1998, en los siguientes términos:

...el tratamiento del objeto del recurso, y por tanto, de la sentencia, de acuerdo con el fundamento común de los procesos contenciosos administrativos, esto es, contemplando la lesión de los derechos susceptibles de amparo desde la perspectiva de la conformidad de la actuación administrativa con el Ordenamiento jurídico. La ley pretende superar, por tanto, la rígida distinción entre legalidad ordinaria y derechos fundamentales, por entender que la protección del derecho fundamental o libertad pública no será factible, en muchos casos, si no se tiene en cuenta el desarrollo legal de los mismos.

Es decir, cuando se infringe un precepto, que desarrolla un derecho fundamental —que será lo normal en estos casos—, estaremos ante una supuesta conculcación, también de la legalidad ordinaria.

En alguna ocasión, el propio tribunal supremo, por ejemplo, en su sentencia del 21 de febrero de 1994, entendió que la perspectiva atendible en el proceso de protección de los derechos fundamentales de la persona de la ley de 1978 era

...la relación entre los actos administrativos impugnados y los derechos fundamentales, y no los problemas referentes a la legalidad ordinaria, bien que estas cuestiones de simple legalidad deben entrar en consideración cuando la mera infracción legal pueda ser el medio de una posible violación de derechos fundamentales.

En esta dirección, el párrafo segundo del artículo 114 de la Ley de 1998 establece que la finalidad del procedimiento especial que ahora examinamos es preservar o restablecer los derechos fundamentales; es por ello que el párrafo cuarto de este mismo precepto disponga que la sentencia estimará el recurso cuando la disposición, la actuación o el acto incurran en cualquier infracción del ordenamiento, incluso la desviación de poder, y como consecuencia de la misma vulneren un derecho de los susceptibles de amparo; esto es, la lesión del derecho fundamental puede incorporar, según los casos, como consecuencia del desarrollo legal de los derechos fundamentales, lesiones de dichos derechos, que pueden residir en el procedimiento especial. Por otra parte, quisiéramos llamar la atención sobre una cuestión que ha pasado inadvertida en la doctrina, y que en nuestra opinión avala la tesis de que el derecho a la objeción de conciencia puede ser objeto del amparo ordinario. De otra manera, pensamos que no ha de interpretarse la referencia que hace el parágrafo, anteriormente expuesto, cuando se refiere a la vulneración de un derecho, de los susceptibles de amparo.

¿Tienen los ciudadanos, los particulares o administrados un derecho ilimitado e incondicionado al procedimiento especial? Esta pregunta se po-

dría responder aludiendo a la condición esencialmente limitada que tiene, en un Estado social y democrático de derecho, tanto el interés general como los propios derechos fundamentales de la persona; sin embargo, si nos hallamos ante un procedimiento que tiene evidentes beneficios procesales para quien a él acude, es lógico que se requiera su ejercicio en el contexto de un determinado régimen que evite un uso fraudulento del mismo. En este sentido, ya desde la interpretación de la ley de 1978 el tribunal supremo entendió, por ejemplo, en un auto del 1o. de marzo de 1995, que

...los particulares no tienen un derecho incondicionado y absoluto para disponer del cauce especial, sumario y privilegiado de la Ley de 1978, sino que los Tribunales tienen la potestad de examinar la viabilidad de la pretensión que se plantea por dicho cauce procesal, no ya sólo por la facultad que les corresponde en orden a la apreciación de los presupuestos procesales exigidos para cada proceso, que son de orden público, sino también para garantizar la concurrencia del uso de los motivos que posibilitan el uso del citado proceso especial, según el artículo 53 CE. De modo que el proceso puede declararse desde la iniciación inadmisibles si no se justifica mínimamente la razonabilidad de una vulneración de los derechos fundamentales que derive del acto que se impugna.

Esta doctrina, aplicable al procedimiento especial que examinamos, de acuerdo con la ley de 1998, constituye el corolario necesario del ejercicio razonable de un proceso privilegiado como el que nos ocupa; por tanto, como ha señalado la jurisprudencia del tribunal supremo con reiteración (6 de mayo de 1994 ó 20 de enero de 1995, entre otras), la sola invocación o cita de un precepto constitucional de los susceptibles de amparo no es suficiente para admitir el recurso; más bien, en estos casos se estaría produciendo un fraude procesal, tal y como ha señalado la jurisprudencia en más de una ocasión.

En la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, en el recurso de amparo, se establece la regla (artículo 43.1), de que será requisito previo para acudir al amparo constitucional, el agotamiento de la vía judicial procedente, de acuerdo con el artículo 53.2 de la Constitución; este precepto, bien relevante, ha supuesto la ley orgánica del tribunal constitucional, en su conjunto, como un sobresaliente avance en la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona. Claramente, la Ley Orgánica atribuye al Tribunal Constitucional, el control de la salvaguarda de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios; doctrina que el propio tribunal se encargaría de confirmar en muchas de sus resoluciones (8 de marzo de 1987 o 7 de marzo de 1984), al entender que

...la utilización de la vía especial y sumaria de la Ley 62/1978 deja expedito el camino del recurso de amparo cuando la protección pretendida no se ha conseguido, siendo indiferente que la frustración de esta venga fundada en estimaciones procesales o en pronunciamientos de fondo, pues la vía judicial previa ha cumplido la finalidad en ambos casos, incluido el supuesto de que la jurisdicción la haya declarado inadecuada, pues también en este la decisión judicial está proclamando que estima inexistente la vulneración de los derechos fundamentales invocados, y tal declaración es, precisamente, la que abre el cauce procesal subsidiario del recurso de amparo.

El artículo 53.2 de la Constitución dispone que el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales habrá de estar basado en los principios de preferencia y sumariedad, lo que da idea, como ya se apuntó, de la relevancia que la propia Constitución confiere a los derechos fundamentales, especialmente por lo que a su protección judicial se refiere; en su vigencia, la Ley de 1978, el Tribunal Constitucional explicó el sentido de estos principios en la materia que nos ocupa; por ejemplo, puede citarse en este sentido la sentencia del 28 de mayo de 1992, cuando señala:

...preferencia implica prioridad absoluta por parte de las normas que regulan la competencia funcional o despacho de los asuntos; por sumariedad, como ha puesto de relieve la doctrina, no cabe acudir a su sentido técnico (pues los procesos de protección judicial no son “sumarios”, sino especiales), sino a su significación vulgar equivalente a “rapidez”. En definitiva, por proceso “sumario” tan sólo cabe entender la exigencia constitucional de que los procesos de protección jurisdiccional sean sustancialmente rápidos o acelerados.

Es decir, la centralidad del objeto de protección judicial implica que este procedimiento se tramite pasando por encima de otras acciones procesales, y de manera rápida; por tanto, el uso del procedimiento confiere una posición procesal ventajosa al demandante, que ha de ser modulada con un exhaustivo análisis sobre los mínimos procesales exigidos para su admisión.

Se trata, pues, de un procedimiento contencioso administrativo rápido, breve y de carácter pleno. La propia exposición de motivos de la Ley de 1998 ratifica, y no podía ser de otra manera, la caracterización constitucional, al subrayar “el carácter preferente y urgente que ya tiene”, acogiendo, por tanto, una de las recomendaciones formuladas por el Tribunal Constitucional, en orden a un mejor entendimiento de la operatividad y práctica de dicho procedimiento especial; sin embargo, hay que decir que quizá desde una posición demasiado apegada a la letra de la ley, el consejo de Estado, en su informe al anteproyecto de la actual Ley de 1998, enmien-

da la plana al gobierno, al entender que si bien la preferencia se deduce del artículo 114.3, del anteproyecto, habría desaparecido la expresa declaración de urgencia que proclamaba entonces el propio artículo 10.1 de la ley de 1978; por tanto, concluye el consejo de Estado, “la urgencia queda sustituida por la mera brevedad de los plazos”.

Ya señalamos que es posible llevar a cabo la vía ordinaria y la especial; la jurisprudencia, al interpretar la ley de 1978, mantuvo al principio una línea progresiva, en virtud de la cual, si el tribunal no admite el amparo ordinario, continuaba el procedimiento según el régimen del contencioso ordinario, para lo cual se entendía que la interposición del contencioso especial de protección de los derechos fundamentales suspendía los plazos del ordinario. Esta jurisprudencia nos parece razonable siempre que, a juicio del tribunal, se alcance la convicción de encontrar un caso de infracción en el ordenamiento jurídico; sin embargo, la misma jurisprudencia entendió más adelante (sentencia del tribunal supremo, del 24 de noviembre de 1994) que existió la posibilidad de llevar ambos recursos, “en la actualidad está perfectamente consolidada la doctrina de que la garantía regulada en la Ley de 1978, no suspende el transcurso del plazo para interponer el recurso ordinario, ni implica una reserva del derecho al ejercicio de la acción por esta vía”.

Hoy, tras la Ley de 1998, parece que puede mantenerse esta tesis, pues el artículo 117 de la ley permite interponer el contencioso ordinario si es que se inadmite el contencioso de protección de los derechos fundamentales.

De acuerdo con el parágrafo segundo del artículo 114 de la Ley de 1998: “podrán hacerse valer en este proceso las pretensiones a que se refieren los artículos 31 y 32, siempre que tengan como finalidad restablecer o preservar los derechos o libertades por razón de los cuales el recurso hubiere sido formulado”.

La protección del derecho fundamental presuntamente lesionado es plena, pues alcanza actos y disposiciones, vías de hecho y supuestos de inactividad administrativa; su finalidad, en coherencia con la propia naturaleza de este proceso especial, no solo se extiende a la anulación de los actos o disposiciones, ahora vías de hecho o inactividad, sino también, como la jurisprudencia señaló, desde el principio de la aplicación de la Ley 62/1978, al reconocimiento de una situación jurídica individualizada, y a la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma, como la indemnización de daños y perjuicios cuando proceda, entre otros; es más, como también señala la sentencia del tribunal supremo, del 18 de diciembre de 1990, como consecuencia de la tutela judicial efectiva, que es completa y plena tras la Constitución, debe facilitarse el ejercicio y satisfacción de

aquellas pretensiones cuya función consiste precisamente en restaurar la realidad perturbada por la acción administrativa; hoy tendríamos que decir omisión o vía de hecho, contraria a la Constitución; desde esta perspectiva, el propio tribunal supremo señala, en la citada sentencia, que

...no tendría sentido convertir un instrumento procesal configurado con la máxima contundencia en un cauce para obtener declaraciones platónicas desprovistas de eficacia práctica, que habría de ser obtenida en un segundo procedimiento con la consiguiente dilación, rechazada también constitucionalmente por indebida y la ruptura artificial de la continencia de la causa.

Por tanto, si antes no tenía sentido reducir el contencioso especial, de protección de los derechos fundamentales, a la anulación del acto, desde la interpretación jurisprudencial y el análisis de los antecedentes parlamentarios de la Ley de 1978, el artículo 114.2 viene ahora a zanjar cualquier duda que hubiera al respecto.

Siguiendo los comentarios dirigidos por el profesor Roca a la ley de 1998 en este punto, se podría afirmar que podrán deducirse todas las pretensiones frente a actos definitivos o de trámite, frente a normas o disposiciones de carácter general, vías de hecho y pretensiones indemnizatorias, tal y como reconoce la última sentencia del tribunal supremo, a que hemos hecho referencia.

Por lo que se refiere a los actos definitivos y de trámite, es una doctrina reiterada del tribunal supremo donde la Ley 62/1978 no exige que los actos sean definitivos, bastando que se trate de actos de la administración pública, sujetos al derecho administrativo, que afecten al ejercicio de los derechos fundamentales de la persona; es decir, es necesario que esos actos causen una lesión al derecho fundamental, siendo irrelevante la calificación del acto, porque lo determinante serán los efectos del acto sobre el derecho fundamental; en cualquier caso, como señala la sentencia del tribunal supremo, del 29 de julio de 1983, debe tenerse en cuenta que

...los actos no pueden ser definitivos según la calificación que les atribuya una de las partes, porque lo que para la administración puede ser un acto de trámite, para el administrado puede ser definitivo, en cuanto que al negarle o disminuirle un derecho fundamental pueden causarle un perjuicio o una lesión de mayor intensidad que el acto que finalice el procedimiento.

Recientemente, podemos encontrar esta misma doctrina en otra resolución del tribunal supremo del 24 de junio de 1998, que afirma categóricamente que es doctrina jurisprudencial consolidada en el recurso de la Ley

de 1978, y cabe contra los actos de trámite, pues estos también son susceptibles de vulnerar derechos fundamentales y libertades públicas.

Igualmente, es posible interponer el llamado amparo ordinario frente a normas o disposiciones administrativas de carácter general; doctrina que en 1997 fue atendida por el tribunal supremo desde la perspectiva ya señalada, y que se mantiene en la actual Ley de 1998, siempre que la norma vulnere o lesione un derecho fundamental. Argumento que también se aplica a las vías de hecho de acuerdo con lo señalado por el Tribunal Constitucional cuando, por ejemplo, dispone que el objeto del recurso contencioso administrativo comprenda, también en el marco de la Ley 62/1978, los actos administrativos expresos, tácitos y presuntos, además de las actuaciones de la administración, que constituyen simples vías de hecho.

Por lo que se refiere a las pretensiones indemnizatorias en el marco de la Ley 62/1978, hay que reconocer que la jurisprudencia del tribunal supremo, inicialmente entendió que desborda la esencia y función del procedimiento judicial de protección de los derechos fundamentales de la persona la extensión de la pretensión de tutela a petición de indemnización de daños y perjuicios, derivados de la lesión del derecho fundamental invocado, porque la única cuestión a dilucidar, en palabras de la sentencia del tribunal supremo del 29 de septiembre de 1984, es si en la aplicación de los actos administrativos, objeto del recurso y de la prueba practicada en el mismo, se deduce que se ha producido lesión a los derechos fundamentales. Ciertamente, esta doctrina, influida quizá en exceso por la doctrina del Tribunal Constitucional, en cuya virtud en el amparo constitucional solo pueden hacerse valer pretensiones orientadas a restablecer y preservar los derechos y libertades que motivaron el recurso dio paso, como era lógico, a la admisión de la petición de indemnización, como pretensión complementaria de la principal, siempre que la indemnización, por vía sustitutoria o complementaria, constituya el medio más adecuado y razonable para el pleno restablecimiento del orden jurídico conculcado por la violación del derecho fundamental. El tribunal supremo así parece asumirlo en el auto del 20 de noviembre de 1989, cuando señala que ante la eventualidad de una imposible ejecución *in natura* del restablecimiento en el disfrute de un derecho fundamental vulnerado,

...la sentencia obtenida por el recurrente carecería de eficacia alguna real, con lo que el acto recurrido, pese a su anulación por la sentencia, habría consumado toda su eficacia lesiva contra el actor, para quien de este modo su derecho constitucional a una tutela judicial efectiva habría quedado burlado en este caso, en el que la sentencia obtenida no tendría más que una eficacia simbólica.

En otras palabras, lo relevante es la preservación y restablecimiento del derecho fundamental, y si la indemnización es esencial para ello, el juez o tribunal no tendrá más remedio que atenderla; en estos casos suele aducirse en los conflictos jurídicos, que la pretensión indemnizatoria parece más razonable que se sustancie a través del procedimiento *ad hoc* para estos supuestos, pero lo cierto es, como ha reconocido el tribunal supremo en algún caso, que la indemnización de daños o perjuicios puede ser “una de las medidas encaminadas a restablecer al perjudicado en el pleno disfrute del derecho fundamental” (sentencia del 13 de marzo de 1991).

El artículo 115.1 y 2 trata sobre el plazo y características del escrito de interposición del recurso de procedimiento especial que estamos glosando; dicho precepto señala:

1. El plazo para interponer este recurso será de diez días, que se computarán, según los casos, desde el día siguiente al de notificación del acto, publicación de la disposición impugnada, requerimiento para el cese de la vía de hecho, o transcurso del plazo fijado para su resolución, sin más trámites. Cuando la lesión del derecho fundamental tuviera su origen en la inactividad administrativa, o se hubiera interpuesto potestativamente un recurso administrativo, o tratándose de una actuación, no se hubiere formulado requerimiento, el plazo de diez días se iniciará transcurridos veinte días desde la reclamación, la presentación del recurso o el inicio de la actuación administrativa en vía de hecho respectivamente.

2. En el escrito de interposición se expresará con precisión y claridad el derecho o derechos cuya tutela se pretende, y de manera concisa, los argumentos sustanciales que den fundamento al recurso.

En esta materia hay que comenzar afirmando que se aplica el régimen general del plazo para la interposición del recurso contencioso administrativo ordinario, de manera que su incumplimiento es causa de inadmisión; el plazo para interponer el recurso es de diez días, plazo más reducido que el general, sin que se comprenda bien su acortamiento, puesto que ni reduce el plazo de iniciación del procedimiento especial ni el del restablecimiento del derecho vulnerado; el cómputo del plazo se rige por el régimen general.

El párrafo primero del precepto contempla varios casos: acto expreso, disposición de carácter general, vía de hecho, silencio administrativo e inactividad administrativa; también se prevé el caso de que se hubiera interpuesto un recurso administrativo potestativo. En el caso del acto expreso, el plazo se cuenta a partir del día siguiente al de notificación, aplicándose el régimen general de la notificación de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. En el caso de

las normas, el plazo empieza a contar a partir del día siguiente de su publicación en el diario oficial correspondiente; si se trata de una vía de hecho, hay que distinguir si se ha requerido a la administración, para que cese en su actuación (diez días a partir del día siguiente al transcurso del plazo de diez días que establece el artículo 30 de la Ley Jurisdiccional de 1998) o, si no media requerimiento, en cuyo caso el plazo será de veinte días, desde el inicio de la actuación administrativa, en vía de hecho.

Si se ha producido silencio administrativo, hay que atender al plazo establecido para la resolución del procedimiento administrativo; si se sobrepasa dicho plazo, o el común de la Ley 30/1992, se podrá interponer un recurso contencioso administrativo, computándose los diez días que alude el artículo 114.2, a partir del día siguiente a aquel en que termine el plazo establecido, o el general de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. El tribunal supremo ha tenido ocasión de establecer, en relación con esta cuestión, que para que sea admisible un recurso contencioso administrativo contra la desestimación presunta de un recurso interpuesto con carácter potestativo es necesario que este formalice el plazo (sentencia del tribunal supremo, del 9 de octubre de 1997).

En los casos de inactividad administrativa, debemos tener presente lo que señala el artículo 29 de la Ley Jurisdiccional Contencioso Administrativa, en vigor; según este precepto, es necesario presentar la reclamación a la administración, requisito que también es exigible para la incoación del procedimiento especial que estamos estudiando. El cómputo del plazo de diez días se iniciará, a tenor de lo dispuesto en el artículo 115.2, a partir del día siguiente al del transcurso de los veinte días, desde la reclamación a que se ha hecho referencia. Es, como se señala en los comentarios a la ley de 1998, dirigidos por Eduardo Roca, un plazo de reacción de caducidad, que, si no se cumple, el recurso será declarado inadmisibles por extemporáneo, salvo que la lesión continúe, o se produzca la impugnación indirecta por vía de la solicitud de declaración de nulidad, a través del procedimiento del artículo 102 de la Ley 30/1992, tal y como puso de manifiesto el propio Tribunal Constitucional, en su sentencia 59/1993, al señalar que

...los derechos fundamentales que establecen una relación jurídica entre cada ciudadano y el Estado desde el reconocimiento de aquellos en la Constitución, son permanentes e imprescriptibles, y por ende también lo es el derecho a no sentirse discriminados por razón de sexo que tienen las aquí recurrentes. Ello es compatible, sin embargo, con que para reaccionar ante cada lesión concreta que cada ciudadano entienda haber recibido contra ese o cualquier otro derecho fundamental, el ordenamiento limite temporalmente la vida de

la correspondiente acción (cuya prescripción en modo alguno puede extinguir el derecho fundamental de que se trate, que el ciudadano podrá continuar ejerciendo y que podrá hacer valer en relación con cualquier otra lesión futura), sino que significará tan solo que ha transcurrido el plazo dentro del cual el ordenamiento le permite reclamar jurisdiccionalmente ante una presunta y determinada violación.

Finalmente, si se hubiera interpuesto un recurso administrativo, con carácter potestativo, el *dies a quo* comienza al día siguiente, una vez transcurridos los veinte días desde la interposición de dicho recurso. Como es sabido, la Ley Jurisdiccional de 1998 recupera la naturaleza potestativa de los recursos administrativos, por lo que no es necesario, si así se determina, el agotamiento de la vía administrativa; es por ello, como se señala en los comentarios del profesor Roca, una facultad atribuida al actor, quien debe valorar qué es lo más conveniente para la mejor defensa de sus intereses: si iniciar directamente el proceso especial ante el correspondiente órgano judicial, o interponer, en su caso, el recurso administrativo que agota la vía administrativa, propiciando así que la administración reconozca y establezca el derecho fundamental vulnerado, o al menos proporcione, en virtud de una resolución motivada, nuevos argumentos para la demanda judicial.

Por lo que se refiere a la caracterización del escrito de interposición, la principal cuestión se circunscribe a que se expresen de manera concisa, según el párrafo segundo del artículo 115 de la Ley de 1998, “los argumentos sustanciales que den fundamento al recurso”; la razón ya la hemos adelantado, si se trata de un procedimiento que tiene evidentes ventajas procesales para quien lo utiliza, es razonable que se asegure que la vía elegida sea la adecuada, reclamando del recurrente que justifique su petición, adelantando los argumentos sobre los cuales va a plantear la demanda contencioso administrativa. Así lo ha entendido también el tribunal supremo cuando ha sentenciado que con este recurso “se busca precisamente evitar que el mero cumplimiento de unos requisitos formales permita abrir injustificadamente una vía procesal restringida, cuando no cabe apreciar razonablemente que existan las lesiones constitucionales que se invocan” (sentencia del 11 de junio de 1984).

Esta argumentación tenía, con la ley de 1978 en la mano, mayor fuerza, puesto que el artículo 7o. establecía la suspensión del acto, como consecuencia casi automática de esta demanda de protección de los derechos fundamentales.

El propio Tribunal Constitucional, en la sentencia 31/1984, exige que se definan con precisión suficiente los efectos de la primera constatación de la viabilidad del proceso a que ha acudido el demandante, los elementos

que, con la identificación del acto que se reputa lesivo y la administración pública de la que procede, constituyen el núcleo esencial de la *causa petendi*, constatando que la pretensión se hace valer en razón a actos que se reptan e infringen el derecho fundamental.

Como es lógico, en el escrito de interposición deberán acompañarse los documentos a que hace referencia el artículo 45.2 de la ley respecto al procedimiento ordinario.

El artículo 116 establece algunas cuestiones procedimentales que vale la pena comentar brevemente:

1. En el mismo día de la presentación del recurso o en el siguiente se requerirá con carácter urgente al órgano administrativo correspondiente, acompañando copia del escrito de interposición, para que en el plazo máximo de cinco días, a contar desde la recepción del requerimiento, remita el expediente acompañado de los informes y datos que estime procedentes, con apercibimiento de cuánto se establece en el artículo 48.
2. Al remitir el expediente, el órgano administrativo lo comunicará a todos los que aparezcan como interesados en el mismo, acompañando copia del escrito de interposición y emplazándoles para que puedan comparecer como demandados ante el Juzgado o Sala en el plazo de cinco días.
3. La administración, con el envío del expediente, y los demás demandados, al comparecer, podrán solicitar razonablemente la inadmisión del recurso y la celebración de la comparecencia a que se refiere el artículo 117.2.
4. La falta de envío del expediente dentro del plazo previsto en el apartado anterior no suspenderá el curso de los autos.
5. Cuando el expediente administrativo se recibiese en el juzgado o sala una vez transcurrido el plazo señalado en el apartado 1, de este artículo, se pondrá de manifiesto a las partes por plazo de cuarenta y ocho horas, en el que podrán hacer alegaciones, y sin alteración del curso del procedimiento.

En el precepto se regula el envío del expediente, por parte del órgano administrativo que desencadena la lesión del derecho fundamental, y se establece un emplazamiento a las partes, en el que se permite alegar sobre la procedencia o no del recurso; es decir, sobre la admisión, en cuyo caso, como veremos en el artículo 117.2, si existen posibles motivos para la inadmisión, podrá celebrarse una comparecencia especial con tal motivo.

Es verdad que el artículo 116 no exige, como quiere el artículo 47, para el proceso ordinario, el anuncio de la interposición en el diario oficial correspondiente, pero sí configura la reclamación del expediente, como un trámite especial, que se deberá hacer con carácter urgente, en un plazo de cinco días; se trata de un plazo bien breve, pero de cumplimiento posible para la administración demandada, se entiende que rigen los principios

generales de la notificación de la Ley 30/1992, y el incumplimiento de la obligación de la remisión del expediente determina la conculcación de una norma imperativa que puede dar lugar nada menos que a la nulidad de las actuaciones procesales, desde que conste el momento de la falta u omisión procesal.

Obviamente, el conocimiento del escrito de interposición del recurso por la administración autora del acto, por vía de hecho, o responsable de la inactividad o silencio, que es el órgano administrativo correspondiente que refiere el precepto, le permite conocer, en este momento, no solo el derecho fundamental presuntamente lesionado sino también la argumentación del recurrente, en que justifica la vulneración del derecho fundamental. No es frecuente que en un determinado procedimiento intervengan diversas administraciones, y que incorporen informes y dictámenes de órganos distintos al autor de la actuación, por lo que para evitar que estas circunstancias provoquen demoras no queridas se aplicará lo dispuesto en el artículo 48.1 de la Ley Jurisdiccional en vigor, según la cual “se hará siempre una copia autenticada de los expedientes tramitados en grados o fases anteriores, antes de devolverlos a su oficina de procedencia”.

Tiene gran importancia que se determine adecuadamente la identidad del órgano administrativo a quien se reclama el expediente, porque dicho requerimiento, como señala el artículo 50 de la ley, implica el emplazamiento de la propia administración; es más, si el requerimiento no es adecuado, no se emplaza a la administración pública concernida. La realidad en este sentido nos dice que en pocas ocasiones no se acierta con el requerimiento, de manera que en estos casos, más frecuentes de lo que deberían ser, es menester recomponer la relación jurídica procesal, con un posterior emplazamiento, una vez de que se haya determinado correctamente su concreta identidad.

El artículo 116 se refiere a que con la reclamación del expediente pueden también solicitarse los documentos o informes que se estimen necesarios para que se pueda valorar integralmente y en plenitud el contenido de las alegaciones de ambas partes, tanto por lo que atiende a la admisión como a ulteriores decisiones que deban adoptarse; es imprescindible que se remita el expediente completo; si se envía una parte, no parece que nos encontremos en el supuesto previsto en el artículo 55 de la ley, pues la falta de envío del expediente no suspenderá el curso de las actuaciones.

En este trámite de remisión del expediente, y simultáneo emplazamiento de la administración, el párrafo segundo del artículo 116 manda a la administración demandada que comunique dicha remisión a todos los interesados, acompañando la copia del escrito de interposición y emplazándolos para que puedan comparecer como demandados ante el juzgado o sala en

un plazo de cinco días. El Tribunal Constitucional ha llamado la atención sobre los requisitos que deben tenerse presentes para que la falta de emplazamiento personal tenga relevancia constitucional; efectivamente, la sentencia 100/1994 establece que

...en primer lugar es necesario que el sujeto que no ha sido emplazado tenga un derecho subjetivo o un interés legítimo que pueda verse afectado por la resolución que se adopte en este proceso (ATC 377/1990, STC 97/1991). De ahí que se haya exigido que para que los interesados en un proceso tengan derecho a ser emplazados personalmente sea preciso que puedan verse afectados por los ulteriores efectos materiales de la cosa juzgada (STC 192/1997). En segundo lugar, es preciso que el ciudadano, pese haber mantenido una actitud diligente, se vea colocado en una situación de indefensión (STC 97/1991). Por esta razón se ha afirmado que cuando quede acreditado de manera fehaciente que el afectado tuvo conocimiento extraprocesal de la existencia del proceso, la falta de emplazamiento personal no determina la invalidez del mismo (SSTC 119/1984, 56/1985, 181/1985, 141/1987, 155/1988, 163/1988, 97/1991, y 70/1994). Y en tercer y último lugar, se exige que el interesado pueda ser identificado por el órgano judicial a través de los datos que obran en el escrito de interposición, en la demanda, o en el expediente administrativo (SSTC 9/1981, 63/1982, 182/1987, 97/1991, entre otras muchas).

El Tribunal Constitucional, por tanto, entiende que la falta de emplazamiento supone una vulneración de la tutela judicial efectiva; ahora bien, cuando se invoca este precepto por falta de emplazamiento, el tribunal ha señalado en su sentencia 100/1994, que en estos supuestos

es preciso delimitar, en primer término si los demandantes de amparo debían haber sido emplazados y si se encontraban suficientemente identificados para que llegara a conocimiento del destinatario; y, por último, si el recurrente en amparo marginado tuvo conocimiento de la existencia del proceso en forma bastante para ejercer su derecho de comparecencia y defensa.

Evidentemente, el emplazamiento, consecuencia de la remisión del expediente, no puede quedar en manos de la administración demandada, sino que, de acuerdo con el artículo 49.3 de la ley, debe ser verificada por el órgano judicial competente; de lo contrario, podríamos encontrarnos ante una situación de desequilibrio procesal injustificada, que precisamente la ley vigente intenta eliminar, desde la consideración de la centralidad de los derechos fundamentales de la persona, cuando hayan sido vulnerados por los poderes públicos.

En el párrafo tercero del artículo 116 se encuentra una importante novedad del procedimiento especial según la Ley de 1998; en efecto, en dicho párrafo se prevé la posibilidad de que la administración, al enviar el expediente, y los demandados al comparecer, soliciten razonadamente la inadmisión del recurso y la celebración de la comparecencia a que se refiere el artículo 117.2. Ahora interesa examinar esta innovación referida a la admisión del recurso; al no determinarse los motivos para fundamentar la inadmisión, habrá de estarse al régimen general. Pero no puede olvidarse que, por un lado, al exigir al demandante que exponga en el escrito de interposición (artículo 115) los argumentos que justifiquen su pretensión, seguramente la estrategia procesal de los demandados irá en esa dirección; y por otra parte, ha de tenerse presente que en el artículo 117.3 se cita un motivo de inadmisión expresamente: la inadecuación del procedimiento, razón por la cual se puede pensar razonablemente que los dos elementos serán seguramente los que acapararán las solicitudes motivadas de inadmisión del recurso por parte de los demandados.

En el párrafo quinto del precepto que estamos glosando se dice que cuando el expediente administrativo se hubiera recibido en el juzgado o sala, una vez transcurrido el plazo previsto en el párrafo primero, se pondrá de manifiesto a las partes en un plazo de cuarenta y ocho horas, en el que podrán hacer cuantas alegaciones tengan por conveniente; la razón de este trámite reside en que en ocasiones el demandante, por las razones que fuera, no conoce bien el expediente; entonces, este es el momento de examinarlo bien, en el entendido de plantear la demanda en las mejores condiciones de defensa.

En el artículo 117 nos encontramos con otra novedad importante, pues se incorpora al procedimiento un trámite de admisión del recurso que formalmente no existía con arreglo a la vieja Ley de 1978, puesto que el régimen entonces vigente exigía que una vez remitido el expediente y emplazados los interesados, se ponía de manifiesto para la formalización de la demanda. Ahora dicho precepto establece que

1. Recibido el expediente o transcurrido el plazo para su remisión, y en su caso, el de emplazamiento para los demás interesados, el órgano jurisdiccional, dentro del siguiente día, dictará auto mandando seguir las actuaciones o comunicará a las partes el motivo en que pudiera fundarse la inadmisión del procedimiento.

2. En el supuesto de posibles motivos de inadmisión del procedimiento se convocará a las partes y al ministerio fiscal a una comparecencia, que habrá de tener lugar cinco días, en el que se les oír sobre la procedencia de dar al recurso la tramitación prevista en este capítulo.

3. En el siguiente día, el órgano jurisdiccional dictará auto mandando proseguir las actuaciones por este trámite o acordando su inadmisión por inadecuación del procedimiento.

Aunque la ley de 1978 no previó expresamente este trámite, la realidad, poco a poco, a través de los usos judiciales y la práctica forense, dieron vida al trámite, en los supuestos en los que había dudas razonables sobre el contenido y alcance del recurso especial para la protección de los derechos fundamentales. Entonces, a imagen y semejanza del recurso de amparo constitucional, en que es preceptivo un pronunciamiento judicial sobre la admisión, fue cobrando vida en el amparo ordinario.

El artículo 116, como sabemos, posibilita la solicitud de inadmisión del recurso; en este caso, cumplidas las exigencias procesales del párrafo primero del artículo 117, el órgano judicial dictará un auto en el que, o bien mandará seguir las actuaciones, o comunicará a las partes el motivo en que pudiera fundarse la inadmisión del procedimiento; el párrafo segundo prevé este supuesto, que el juez o tribunal convoque a las partes, y al fiscal a una comparecencia, en la que se les oirá sobre la procedencia o no del recurso, y la tramitación del procedimiento especial. Dada la redacción del precepto, podemos colegir fácilmente que las alegaciones de las partes y del ministerio fiscal pueden versar sobre la admisión, pero también sobre el propio objeto del proceso, incluso sobre la solidez de las argumentaciones esgrimidas como fundamentos de la posible lesión de un derecho fundamental. Si el juez o tribunal entendieran que el recurso no está fundamentado, o que no existen indicios de vulneración de un derecho fundamental, la comparecencia permite que el recurrente alegue lo que tenga por conveniente, en orden a justificar la lesión del derecho fundamental.

Tras las pertinentes alegaciones de los comparecientes, el juez o tribunal, en un día, dictarán auto, mandando proseguir las actuaciones por este trámite, o acordando su inadmisión por inadecuación del procedimiento; ciertamente, en esta comparecencia es muy posible que se traten asuntos de fondo, puesto que el escrito de interposición debe contener las argumentaciones del recurrente, que justifican la lesión del derecho fundamental. Si el órgano judicial así lo entiende, la pregunta que podemos hacernos, como tantas veces ocurre en materia de medidas cautelares, es hasta qué punto el auto que se dicte no estará en alguna medida anticipando el fondo del asunto; como sabemos, teóricamente es imposible, porque nos hallamos ante el examen de los requisitos de admisibilidad de un recurso, o ante la apreciación de daños irreversibles, que pudieran hacer perder al recurso su finalidad legítima. Pero en la realidad las cosas a veces son afortunadas,

otras no; en este sentido, el tribunal constitucional señaló en su sentencia 212/1993, que

...los órganos constitucionales pueden, de modo constitucionalmente legítimo, haciendo uso de las facultades que al efecto le corresponden, velar por el cumplimiento de los presupuestos exigidos para el tipo especial de proceso, y cuándo *prima facie* pueda afirmarse, sin duda alguna, que el acto impugnado no ha repercutido en el ámbito de los derechos fundamentales alegados, la consecuencia puede ser lícitamente la inadmisión del recurso (SSTC 24/1998, 83/1988 y 74/1988).

En este caso, podría sostenerse que en el trámite de admisión del recurso se está realizando un enjuiciamiento de fondo, pues no cabe deducir del examen que el órgano judicial realiza, sobre si el acto, disposición, vía de hecho, silencio o inactividad, lesiona, aunque sea *prima facie*, un derecho fundamental.

¿Se puede recurrir el auto de inadmisión? Parece que la respuesta debe ser afirmativa; al menos es lo que se puede concluir de la doctrina expuesta por el tribunal supremo en la sentencia del 10 de mayo de 1995, que, aunque dictada con arreglo a la ley de 1978, puede entenderse de aplicación a la ley de 1998; en este caso, el tribunal supremo entendió que si bien el actor no citó en el recurso contencioso administrativo especial el precepto vulnerado, al haberlo invocado en el recurso de súplica interpuesto frente al auto de inadmisión, se subsana la omisión; claro, en este supuesto el tribunal supremo, señala que no hubo lugar a dicha subsanación en el trámite de audiencia, puesto que el motivo de inadmisión era el de extemporaneidad.

Para terminar el comentario del artículo 117, tenemos que plantear la cuestión de la posibilidad de utilizar sucesivamente el contencioso ordinario y el especial; es decir, si una vez que no prospera el especial, empiezan a contar desde cero los plazos para interponer el ordinario. El consejo general del Poder Judicial, en el informe que hizo al entonces anteproyecto, fue categórico al entender que los plazos para el recurso contencioso ordinario no quedan suspendidos por la presentación de una demanda de protección de los derechos fundamentales; es decir, los plazos corren también para el contencioso ordinario. Si los plazos del contencioso especial se cumplen, parece que el recurrente está a tiempo si le interesa, de interponer el recurso contencioso administrativo ordinario. El Tribunal Constitucional, en su sentencia 84/1987, planteó esta cuestión, señalando que

...los interesados deben optar entre acogerse a las ventajas de preferencia y celeridad propias del proceso sumario de la Ley 62/1978, renunciando a

plantear la nulidad del acto por vicios de legalidad o bien plantear cualquier posible motivo de nulidad a través del recurso ordinario, renunciando a aquellas ventajas procesales, o bien, por último, instar en tiempo y forma dos acciones paralelas con el mismo objeto y por motivos distintos. Lo que el ordenamiento procesal vigente no contempla, ni puede afirmarse que imponga el artículo 24.1 de la Constitución, es la facultad de utilizar sucesivamente una y otra vía de recurso, de manera que pueda formularse el ordinario una vez desestimado el especial, con independencia del transcurso de los plazos legales de caducidad de la acción. La admisión del recurso preferente y sumario no suspende el cómputo de dichos plazos ni se produce con reserva del derecho al ejercicio de la acción por la vía ordinaria. De manera que, si una vez desestimada la demanda deducida en aquel proceso especial han caducado los plazos para seguir la vía del proceso contencioso ordinario, la eventual ausencia de tutela no es imputable a la sentencia desestimatoria, sino directa y exclusivamente a la opción libremente adoptada por el recurrente.

El artículo 118 de la ley plantea la secuencia posterior al auto de prosecución del procedimiento: “Acordada la prosecución del procedimiento especial de este capítulo, se pondrán de manifiesto al recurrente el expediente y demás actuaciones para que en el plazo improrrogable de ocho días pueda formalizar la demanda y acompañar los documentos”.

El precepto es bien sencillo. Si en el plazo establecido no se recibe el expediente, se aplicará lo dispuesto en el artículo 53, y el demandante solicitará que se le concedan plazo para formalizar la demanda; el artículo utiliza el término para ponerse de manifiesto, y no entregar el expediente. No es lo mismo, en el primer caso, el demandante podrá consultar el expediente y demás informes o datos que envíe la administración, en la secretaría del órgano jurisdiccional competente; en el segundo, el demandante dispondrá de un juego completo del expediente y material complementario, si fuera el caso. El demandante tendrá, por tanto, que tener presente las horas de cada día hábil de que dispondrá para la tarea de elaborar la demanda; situación bien distinta de aquella en la que el demandante dispone del expediente en el despacho.

La demanda deberá presentarse de acuerdo con los requisitos generales que establece la ley de 1998; si el demandante no interpone la demanda en el plazo establecido, el juez o tribunal dictarán el correspondiente auto de caducidad, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 52.2 de la ley.

El comentario de este precepto debería terminar aquí; sin embargo, el hecho de que en el proyecto de ley se contemplaba la suspensión del acto en este procedimiento especial de forma similar a la establecida en 1978 obliga, al haberse suprimido alguna consideración, puesto que, ciertamen-

te, el régimen de suspensión automático del artículo 7.4 de la ley de 1978, salvo que el abogado del Estado razonara su improcedencia por razones de grave quebranto del interés público, fuera una de las principales novedades de aquella magnífica ley de 1978. En este punto, el proyecto, en su artículo 124.3 señalaba:

Quando las medidas cautelares se hubieran solicitado en el proceso especial para la protección de los derechos fundamentales, el juez o tribunal las acordará en todo caso, salvo que se justifique la existencia o posibilidad fundada de perjuicio grave para el interés público preponderante. En este procedimiento especial las medidas podrán acordarse con o sin afianzamiento.

Como es sabido, en el régimen especial de medidas cautelares desaparece del procedimiento la tramitación parlamentaria, donde tantas cosas aparecen y desaparecen, unas veces afortunadas y otras, quizá las más, no tanto. En cualquier caso, la realidad es que si se pretende plantear alguna medida cautelar habrá que acudir al régimen general diseñado en los artículos correspondientes de la ley. Ahora, lo que procede quizá es llamar la atención sobre una fecunda polémica entre el consejo de Estado y el consejo general del Poder Judicial, que en sus dictámenes al anteproyecto de la ley argumentaron en sentido bien contrario, como veremos a continuación.

El Consejo de Estado es contundente, por lo que se refiere a la desaparición de esta especialidad, puesto que “no respeta la orientación moderna de una mayor salvaguardia de los derechos fundamentales en su condición de resistentes al interés y ante los que cede todo derecho e interés de cualquier índole o procedencia”. En nuestra opinión, la centralidad de los derechos fundamentales de la persona queda un tanto desdibujada con la remisión de las medidas cautelares al régimen general; en cambio, mantener el criterio del proyecto hubiera sido adecuado y proporcionado a la dimensión que tiene un Estado social y democrático la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales. Es más, si en algo tiene de especial esta regulación, dada la trascendencia y funcionalidad de las medidas cautelares, es precisamente una configuración más moderna, en la que, efectivamente, salvo que se acredite un perjuicio grave al interés general, su adopción sea la consecuencia de la interposición del recurso especial.

Justo la línea que había iniciado la Ley 62/1978, y que pretendía continuar el proyecto; desde este punto de vista, se entiende esa atinada terminología utilizada por nuestro supremo órgano consultivo, al calificar los derechos fundamentales de la persona como resistentes al interés general, es decir, los derechos fundamentales de la persona resisten al interés general, salvo que se quiebre gravemente, porque son derechos innatos a la

persona, que preexisten al propio interés general, y que este debe respetar y promover.

Por su parte, el consejo general del Poder Judicial es partidario de aplicar el régimen general desde la perspectiva de las consecuencias prácticas de la aplicación de un sistema casi automático de medidas cautelares. En este sentido, señala que esta materia se presta a tener en cuenta las advertencias del Tribunal Constitucional sobre la necesidad de que los tribunales contencioso administrativos eviten, en el ejercicio de la potestad de ejecución de las sentencias y resoluciones, la asunción automática de una labor administrativa que no les compete; en lugar del reflexivo cuidado del cumplimiento de lo resuelto en este caso, de la garantía de la efectividad de lo que pueda resolverse con la vista puesta en la dispensa de la tutela judicial *inter partes*. El equilibrio de los intereses en juego, sigue diciendo el consejo, apreciado con cierto grado de discrecionalidad por el juez o tribunal, sería, según las apreciaciones doctrinales por tal postura, la solución preferible; por tanto, no puede extrañar que al sistema de la Ley 62/1978 se imputaran desde el primer momento efectos nocivos, principalmente el de haber provocado una trivialización del proceso de protección de los derechos fundamentales, en la búsqueda por los administrados de una paralización automática de las decisiones de la administración no siempre justificada.

La argumentación del consejo parte, sin embargo, de una consideración que puede ser matizada; la suspensión del acto combatido por la vía especial no era siempre y en todos los casos la consecuencia automática de la interposición del recurso. Para que ello fuera así, era menester que, en efecto, el representante del interés general, el abogado del Estado, no justificara que la ejecución del acto era necesaria para el interés general, o *a contrario sensu*, que de la suspensión se dedujera lesión grave al interés general. Si realmente estamos de acuerdo con que el fundamento de la ejecutividad de los actos administrativos reside en el interés general, no deberíamos escandalizarnos de que cuando este fundamento no sea relevante se pueda paralizar temporalmente la ejecución del acto; además, el auto de suspensión claro que requiere de discrecionalidad del juzgador, puesto que si el abogado del Estado razonaba sobre la afectación de la suspensión al interés general, la resolución judicial debe valorar y apreciar la suspensión, en relación precisamente del interés general. De ahí que nos parezca un tanto exagerado justificar la improcedencia de esta especialidad, en su naturaleza administrativa cuando, insistimos, en los autos de suspensión, de mediar el escrito razonado del abogado del Estado en punto al interés general, el juez o tribunal realicen una función típicamente jurisdiccional, y no administrativa.

Una vez presentada la demanda, el artículo 119 dispone el traslado de la misma al ministerio fiscal y a las partes demandadas para que, a la vista del expediente, presenten sus alegatos en un plazo común e improrrogable de ocho días, y acompañen los documentos que estimen oportunos.

La intervención del ministerio fiscal debemos entenderla, obviamente, en su condición de representante legal, por lo que su posición procesal habrá de estar vinculada a un juicio objetivo, sobre la lesión del derecho fundamental alegado en la demanda; consecuentemente, si el dictamen entiende que hay lesión del derecho fundamental, entonces solicitará las medidas de preservación o restablecimiento del mismo; por el contrario, si el fiscal no encuentra motivos jurídicos para la lesión, se pronunciará a favor de la desestimación del recurso especial.

Además del ministerio fiscal, las partes presentarán los alegatos que crean convenientes. Ordinariamente las partes serán el abogado de la administración demandada y las partes, apersonadas como codemandados. Obviamente, estos alegatos constituyen una especie de escrito de contestación a la demanda, por lo que han de aplicarse las determinaciones del artículo 56 de la Ley Jurisdiccional, consignando los hechos, los fundamentos de derecho y las peticiones que se deduzcan, con el sentido propio del escrito.

El plazo de ocho días a que refiere el artículo 119 es de caducidad, por lo que, si no se producen los alegatos previstos se establecerá la caducidad del trámite; pudiendo presentarlo, como señalan los comentarios del profesor Roca, el día que se notifique el correspondiente auto, sin perjuicio de que continúe el procedimiento.

En el artículo 120 se reproduce el trámite de recepción de pruebas en los mismos términos en que estaba regulado en la Ley 62/1978 (artículo 8.6):

Evacuado el trámite de alegaciones o transcurrido el plazo para efectuarlas, el órgano jurisdiccional decidirá en el siguiente día sobre el recibimiento a prueba, con arreglo a las normas generales establecidas en la presente ley, y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 57. El período probatorio no será en ningún caso superior a veinte días comunes para su proposición y práctica.

El plazo de este trámite es inferior al general; ahora bien, el periodo de propuesta y práctica no puede ser superior a veinte días, mientras que en el régimen general hay quince días para proponer, y treinta para la práctica de las pruebas; parece, como se entiende en los comentarios del profesor Roca, que en este procedimiento especial es posible aportar las pruebas fuera del plazo de los veinte días, cuando se acredite que no pudieron hacerse por circunstancias ajenas a la voluntad de las partes que las hubieran propuesto (artículo 60.4 de la ley). La remisión de este trámite al régimen general

permite, por ejemplo, que se pueda solicitar el recibimiento del pleito a prueba por cada petición en los escritos de demanda, o contestación a la misma, resolviendo el órgano jurisdiccional competente lo que proceda, de acuerdo con las estipulaciones generales de la ley (artículo 60). Igualmente, en aplicación de las reglas generales de la ley, si no se produce el recibimiento del pleito a prueba, el actor, si no se oponen las partes, puede solicitar sus pretensiones en la demanda, y que el recurso se falle sin necesidad de recibimiento a prueba ni de vista ni de conclusiones. Si la otra parte no se opone el procedimiento, se declarará concluido para sentencia una vez contestada la demanda, salvo que el juez haga uso de la facultad que le atribuye el artículo 61, de acordar de oficio el trámite de la prueba; es importante destacar que el proceso de comprobación de la lesión efectiva del derecho fundamental en cuestión no se centra en los hechos que deben probarse, sino en la calificación jurídica de que son objeto, o la que puede recibir la propia prueba en cuestión, tal y como parece deducirse, por ejemplo, de la sentencia del tribunal supremo del 11 de abril de 1997.

El artículo 121 se refiere a la sentencia, en los siguientes términos:

1. Concluidas las actuaciones, el órgano jurisdiccional dictará sentencia en el plazo de cinco días.
2. La sentencia estimará el recurso cuando la disposición, la actuación o el acto incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder, y como consecuencia de la misma vulneren un derecho de los susceptibles de amparo.
3. Contra las sentencias de los juzgados de lo contencioso administrativo procederá siempre la apelación en un solo efecto.

Con carácter general, podemos señalar que la sentencia estimará o no la pretensión del recurrente con el pronunciamiento que corresponda, en materia de costas; que caben otros modos de terminación del proceso, aunque no es fácil coonestar alguna de esas formas, con los derechos objeto de protección, y que es aplicable lo dispuesto en el artículo 32.2 de la ley. Ahora bien, se amplía de tres a cinco días el plazo para dictar sentencia, y el artículo 121 dispone que empieza a contar desde que hayan concluido las actuaciones, sin la mención a la citación de las partes que la ley de 1978 establecía en el artículo 8.7, y que el Tribunal Constitucional declaró, en su sentencia 992/1986, irrelevante, “dado que no aporta ningún elemento nuevo de juicio ni sobre la aplicabilidad de la norma cuestionada al proceso de origen, ni respecto del efecto determinante de dicha norma sobre el fallo que se haya de dictar, ni sobre la legitimidad constitucional de la norma cuestionada”.

Debe entenderse que la naturaleza preferente del procedimiento supone que a la hora de la determinación de las sesiones de votación y fallo, estos casos se antepongan a los ordinarios.

En el precepto se recoge lo dispuesto en la exposición de motivos, relativo a superar la rígida separación entre legalidad y derecho fundamental, que, como hemos comentado, es ajena a la realidad y a las consecuencias de la lesión de cualquiera de los derechos fundamentales susceptibles de amparo; por eso, la jurisprudencia anterior a la Ley de 1998 entendió en la sentencia del Tribunal Constitucional 7/1993, que el juzgador de estos procedimientos especiales “sólo puede relegar los aspectos de legalidad ordinaria, cuando estos aspectos no tengan relación alguna con la tutela de los derechos fundamentales comprendidos en los artículos 14 al 30 de la Constitución”.

El tribunal supremo entendió en su día, que las sentencias dictadas en el marco de la Ley 62/1978 siguen el régimen general en lo relativo al recurso de casación y doctrina, actualmente, de aplicación; ahora bien, el recurso de apelación no suspenderá la ejecución de la sentencia. Esta cuestión fue objeto de una sentencia del tribunal supremo del 30 de enero de 1998. Aunque la parte que citamos a continuación es un tanto larga, nos parece que por su trascendencia y claridad debe recogerse íntegra en este punto:

si la sentencia recaída en el procedimiento especial anula plenamente el acto o acuerdo impugnado, la sentencia producirá plenos efectos de cosa juzgada; pero si la sentencia es desestimatoria, o como ocurrió con la sentencia invocada el 4 de abril de 1977, recaída en el recurso 726/1996, es sólo parcialmente estimatoria, el efecto negativo o excluyente queda limitado a las partes y al objeto debatido en el proceso; esto es, a la pretensión basada en la infracción del ordenamiento jurídico constitutiva de la lesión de los derechos fundamentales invocada en el proceso seguido conforme a la Ley 62/1978. Por tanto, la referida sentencia dictada no impide una nueva impugnación del acto o acuerdo, en la parte que no ha sido anulada por la sentencia previa, basada en cualquier otra infracción del ordenamiento jurídico distinta de la contemplada en ella, de mera legalidad ordinaria, o incluso en la vulneración de otro derecho fundamental no considerado en el proceso especial resuelto. Pues, como han señalado tanto la jurisprudencia de esta sala como la doctrina del tribunal constitucional, la opción de acudir a la vía procesal de la Ley 62/1978 para obtener la tutela de los derechos fundamentales, no obsta para que se pretenda luego la nulidad del acuerdo, en la parte en que no hubiera sido anulada por la sentencia dictada en dicho proceso especial, por vicios distintos o de legalidad ordinaria. Ahora bien, cuando se interponen las dos clases de proceso, el especial y el ordinario, y ha sido aquel desestimado en cuanto al fondo, en todo o en parte, la nueva revisión jurisdiccional del acuer-

do o del parte de él que queda subsistente ha de quedar ceñida en el proceso ordinario a las cuestiones de mera legalidad ordinaria o a la eventual vulneración de los derechos fundamentales no contemplada en la sentencia recaída en el proceso especial, porque lo que sí queda vedado es un segundo pronunciamiento en el proceso ordinario sobre la lesión de derechos fundamentales que ya fue excluida en la vía procesal previamente utilizada y prevista en la Ley 62/1978.

Como establece el precepto, la apelación procede en un solo efecto; cuestión sobre la que se pronunció en su día el Consejo General del Poder Judicial en el informe realizado en relación con la ley que nos ocupa. A juicio del Consejo, es positiva esta prescripción, aunque

...quizá debiera reconsiderarse dicha opción legislativa y dejar en manos del juez, siquiera excepcionalmente, la posibilidad de admitirla en ambos efectos. Esta opción permitiría al órgano jurisdiccional paralizar la ejecución hasta la resolución del recurso cuando los perjuicios que pudieran derivarse de dicha ejecución para el recurrente fueran de escasísima consideración, y los públicos o de terceros fueran considerables.

Para nosotros, este razonamiento, que compartimos, resulta contradictorio con el esgrimido por el mismo consejo para oponerse a la eficacia semiautomática de las medidas cautelares en el proceso especial.

Con relación al procedimiento que ha de seguir la tramitación del recurso de apelación, hay que tener en cuenta, como señala el tribunal supremo en una sentencia del 29 de julio de 1983, el principio de unidad del procedimiento, “lo que significa que mientras que no se obtenga una sentencia que agote todas las instancias que permite la ley, el procedimiento que debe seguirse será el que más se ajuste a las características que indica el artículo 53 de la Constitución, es decir a la preferencia y a la sumariedad”.

La jurisprudencia también ha entendido que las apelaciones a los autos dictados con ocasión del procedimiento especial lo serán en un solo efecto, doctrina que hemos de considerar de aplicación al procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales de la ley de 1998; igualmente, el tribunal supremo es partidario de que el recurso de apelación sea razonado, pues “esta sala ha dicho, a veces, que la omisión del escrito razonado impide entrar a conocer las cuestiones controvertidas, criterio que con ese talante obstativo incondicional configura un presupuesto de admisibilidad de la impugnación” (sentencia del 13 de octubre de 1986).

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 86 de la ley, la procedencia de la apelación no impide que con posterioridad se pueda interponer

el recurso de casación, que solo permite, en los supuestos tasados, revisar la interpretación del derecho, dejando intactos los hechos que dieron por sentados los jueces de la instancia, tal y como ha establecido la sentencia constitucional 188/1994.

El legislador, consciente de la relevancia del derecho de reunión, quiso dedicar un precepto especial en esta materia; a este derecho fundamental, tristemente de actualidad, precisamente, al coincidir estas líneas, con la convocatoria de un partido político ilegalizado en una asamblea de la formación. El artículo en cuestión es el 122, y señala:

1. En el caso de prohibición o de propuesta de modificación de reuniones previstas en la ley orgánica reguladora del derecho de reunión que no sean aceptadas por los promotores, estos podrán interponer recurso contencioso administrativo ante el tribunal competente. El recurso se interpondrá dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación de la prohibición o modificación, trasladándose por los promotores copia debidamente registrada del escrito del recurso a la autoridad gubernativa, con el objeto de que ésta remita inmediatamente el expediente.

2. El tribunal, en el plazo improrrogable de cuatro días, y poniendo de manifiesto el expediente si se hubiera recibido, convocará al representante legal de la administración, al ministerio fiscal, y a los recurrentes o a la persona que éstos designen como representante a una audiencia en la que, de manera contradictoria oír a todos los personados y resolverá sin ulterior recurso.

3. La decisión que se adopte únicamente podrá mantener o revocar la prohibición o las modificaciones propuestas.

Quizá la razón de que se haya dedicado un artículo monográfico en este procedimiento especial al derecho de reunión estriba en que, en efecto, existe un procedimiento previsto para su ejercicio en los lugares de tránsito público, tal y como dispone el artículo 21 de la Constitución; por ello, para evitar que el procedimiento pueda desnaturalizar el contenido del derecho, se prevé en la ley de 1998 alguna especialidad que pasamos brevemente a glosar.

El derecho de reunión, como todos los derechos fundamentales, y el mismo interés general, tienen límites; sin ir más lejos, la previsión del segundo párrafo del artículo 21 de la Constitución, en virtud del cual cuando se trate de reuniones y manifestaciones en lugares de tránsito público, estas deben comunicarse previamente a la autoridad, quien podrá prohibirlas si “existen razones fundadas de alteración del orden público, con peligro de las personas y bienes”, demuestra hasta qué punto la existencia de los límites es una condición para el ejercicio solidario de los derechos fundamenta-

les. La razón la ha explicado satisfactoriamente el Tribunal Constitucional en la sentencia 36/1982, al entender que el derecho de reunión es un

...derecho subjetivo de ejercicio colectivo, que al ser realizado incide en el derecho y en los intereses de otros ciudadanos y en la utilización exclusiva de bienes públicos, posibilitando, a veces, la alteración de la seguridad ciudadana y del orden general, que corresponde salvaguardar y garantizar al poder público. El carácter preeminente de esos valores afectados exige, en una sociedad democrática, que la Constitución conceda poderes a la autoridad para imponer al ciudadano el deber de comunicar con antelación razonable, como requisito indispensable de la proyectada reunión, para poder conocer su alcance y determinar la procedencia de previas averiguaciones, facilitar el uso del lugar o modificar su emplazamiento y tomar medidas de seguridad que fueran precisas, otorgándole, además, la facultad de prohibirla si concurren circunstancias que constitucionalmente así lo determinen.

En los casos del segundo párrafo del artículo 21 de la Constitución, la Ley Orgánica 9/1983, del 18 de julio, reguladora del derecho de reunión, determina que la comunicación por escrito de la celebración de la reunión o manifestación debe obrar en poder de la autoridad gubernativa, con una antelación de diez días naturales, como mínimo, y treinta como máximo. También esta ley prevé que cuando existan causas extraordinarias y graves que justifiquen la urgencia de la convocatoria, la comunicación podrá hacerse con una antelación mínima de veinticuatro horas. En el caso de que no se cumpla con el requisito de la comunicación, el tribunal ha entendido que la autoridad está habilitada para la prohibición de dicha reunión o manifestación en lugares de tránsito público.

Al tenor del artículo 21.2 de la Constitución, la autoridad gubernativa solo podrá prohibir estas manifestaciones o reuniones “cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas y bienes”; es decir, es menester que existan razones objetivas de que el orden público será alterado; en otras palabras, la resolución gubernativa que se adopte al efecto, si va en esta dirección, ha de motivar suficientemente la prohibición de la reunión o manifestación en razón de orden público, lo cual no es muy difícil, salvo que nos encontremos en situaciones próximas al Estado policía, en las que la restricción de los derechos fundamentales se hace sin la menor motivación. No vale, por tanto, la mera sospecha, sino que es necesario llegar razonablemente a la conclusión de que de no mediar la prohibición, se producirá un desorden público. Como señalan los comentarios del profesor Roca, el desorden público debe entenderse como el desorden material que impide el normal desarrollo de la convivencia ciudadana, en

aspectos que afectan a la integridad física o moral de personas, o a la integridad de bienes públicos o privados. La noción de orden, siguen diciendo los comentarios citados, se refiere a una situación de hecho; es decir, al mantenimiento del orden, en sentido material, en los lugares de tránsito público, y no al orden como sinónimo de respeto a los principios y valores jurídicos y metajurídicos que están en la base de la convivencia social, y son fundamento del orden social, económico y político.

En este contexto, hay que tener bien presente que la libertad ideológica, indisolublemente unida al pluralismo político, como valor esencial de nuestro ordenamiento jurídico, exige la máxima amplitud en el ejercicio de aquella; dice el tribunal constitucional, no solo en lo coincidente con la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico, sino también en lo que resulte contradictorio a los valores que en ellos se consagren, excluida siempre la violencia para imponer los propios criterios, pero permitiendo la libre exposición de los mismos, en los términos que impone una democracia avanzada (sentencia 20/1990).

La función que cabe esperar de la autoridad gubernativa cuando deba pronunciarse sobre la comunicación de estas reuniones y manifestaciones es ponderar si se dan los presupuestos del párrafo segundo del artículo 21.2 de la Constitución; es decir, debe valorar la potencial, pero razonable y fundada producción de alteraciones del orden público, y la consiguiente génesis del peligro para las personas o los bienes, tal y como sentó una sentencia de la entonces Audiencia Territorial de Madrid, del 20 de noviembre de 1987.

La regulación de la Ley Orgánica establece en su artículo 5o. los supuestos en que es posible la disolución de la reunión o manifestación: *a)* ilicitud de acuerdo con la ley penal; *b)* alteraciones de orden público con peligro para personas o bienes, y *c)* cuando se hiciera uso de uniformes paramilitares por los asistentes.

Como se puede deducir del artículo 122, la principal peculiaridad del procedimiento jurisdiccional de protección de este derecho fundamental es la oralidad, lo cual es lógico, debido a que en estos casos es necesario resolver con celeridad si se pretende que las decisiones tengan sentido y eficacia real. Están legitimados para instar este procedimiento los patrocinadores del evento de que se trate. El objeto del recurso será la contestación de la autoridad gubernativa, siempre que afecte alguno de los elementos determinantes de la reunión o manifestación (fecha, lugar, dirección o itinerario).

Desde la presentación de la comunicación, la autoridad gubernativa dispone de cuarenta y ocho horas para dictar la resolución, la cual, como establece el artículo 10 de la ley orgánica, si se dan los presupuestos del artículo 21.2 de la Constitución; es decir, razones fundadas de alteración del orden

público con peligro para personas o bienes, podrá prohibir la reunión o manifestación, o en su caso, proponer la modificación de la fecha, del lugar, de la duración o del itinerario de la reunión o manifestación; evidentemente, habrá de motivarse dicha resolución y notificarla en un plazo máximo de setenta y dos horas.

¿Qué ocurre si la autoridad gubernativa notifica la resolución una vez expirado el plazo previsto? Para el Tribunal Constitucional, la extemporaneidad de la resolución

...puede entrañar la conculcación del derecho fundamental. El cumplimiento del plazo no es ajeno al control jurisdiccional de la constitucionalidad de la medida prohibitiva y deberá aplicarse siempre que la resolución gubernativa sea extemporánea, como garantía del derecho fundamental. Concretamente, ese retraso puede vulnerar el derecho consagrado en el artículo 21 de la Constitución y tener, por tanto, trascendencia constitucional cuándo, por ejemplo, responda a un ánimo dilatorio de impedir o entorpecer el ejercicio del derecho o cuando impida que los órganos judiciales se pronuncien con anterioridad a la fecha de celebración de la concentración programada por los organizadores (sentencia 66/1995).

Por tanto, el plazo es susceptible de control judicial, sobre todo cuando sea administrado o utilizado por la autoridad gubernativa para evitar el ejercicio del derecho y la posibilidad de pronunciamiento judicial antes de la fecha de realización de la reunión o manifestación de que se trate.

Una vez notificada la resolución gubernativa, si los patrocinadores del evento consideran que la misma lesiona el derecho fundamental de reunión, de acuerdo con el artículo 122 de la Ley de 1998, podrán interponer el contencioso, por este procedimiento especial, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a dicha notificación. Los recurrentes deben trasladar una copia registrada del escrito del recurso a la autoridad gubernativa para que esta remita inmediatamente el expediente. Quizá se hace recaer la carga del traslado del recurso a la administración a los promotores del evento, para que se eviten retrasos, que en otro caso podrían producirse con mayor facilidad; posteriormente, el tribunal, en el plazo improrrogable de cuatro días, y poniendo de manifiesto el expediente, si se hubiera recibido, convocará a las partes y al fiscal a una audiencia, en la que escuchará los alegatos que efectúen el abogado de la autoridad gubernativa, el fiscal o los recurrentes, incluida la apreciación de las pruebas si se presentan. El legislador no establece el plazo de que dispone el órgano jurisdiccional para dictar sentencia que, en cualquier caso, siempre ha de ser antes de la celebración de la reunión o manifestación; la sentencia, o bien mantiene la prohibición, modifica, o revoca, sin que contra ella exista recurso alguno.

III. LA CUESTIÓN DE ILEGALIDAD

La denominada cuestión de ilegalidad viene a intentar resolver uno de los problemas más importantes que se planteaban ante la jurisdicción contencioso administrativa cuando el juez o tribunal encargados de enjuiciar la legalidad de una determinada actuación administrativa llegaban al convencimiento jurídico de que la norma o disposición de carácter general de la que trae causa incurre en infracción del ordenamiento jurídico; en estos casos se anulaba el acto, pero la disposición quedaba en una incongruente situación de vigencia.

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

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

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

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

El legislador de 1998, preocupado por mejorar la posibilidad de recurrir, directa o indirectamente las disposiciones de carácter general, introduce relevantes novedades, entre las que la cuestión de ilegalidad es quizá la más relevante. En este sentido, la exposición de motivos de la ley señala, en

relación con los recursos en los que se enjuicia la legalidad de una disposición de carácter general, que

...los efectos que tienen estos tipos de recurso, y en particular, la declaración de ilegalidad de una disposición general por cualquier vía que se produzca, no pueden compararse, en términos generales, con los del recurso contra actos. La diferencia asume cada vez mayor relieve en la práctica, si se tiene en cuenta la extensión y relevancia que en el polifacético Estado moderno ha sumido la producción reglamentaria.

Es cierto que no tiene la misma virtualidad jurídica la anulación de un acto, que la anulación de un reglamento, pues ordinariamente el reglamento afecta a un número de destinatarios notablemente superior a los del acto, y por otra parte, la reglamentación motorizada, parafraseando a Fhorsthoff, es vertiginosa, puesto que tienen la naturaleza jurídica de reglamentos, no solo los propios de la administración del Estado y de las comunidades autónomas, que así se denominan, sino que también, por ejemplo, participan de tal condición los planes urbanísticos. Además, como antes se ha señalado, cuando se anulaba un acto a partir de la ilegalidad de un reglamento se producían situaciones contrarias a la seguridad jurídica deseable en un Estado de derecho, como se dice ahora, avanzado.

Como sigue diciendo la exposición de motivos de la ley, ahora se

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

El problema del recurso indirecto, como sabemos, se circunscribe al caso que detalla la exposición de motivos, en el que se anula el acto impugnado, por entender ilegal la norma que le sirve de cobertura; en estos casos

...el carácter difuso de este tipo de control ha generado situaciones de inseguridad jurídica y desigualdad manifiesta, pues según el criterio de cada órgano judicial y a falta de una instancia unificadora, que no siempre existe, determinadas disposiciones se aplican en unos casos o ámbitos y se inaplican en otros. La decisión pasa por unificar la decisión judicial sobre la legalidad de las disposiciones generales en un solo órgano, el que en cada caso es compe-

tente para conocer del recurso indirecto, dotando siempre a esa decisión de efectos *erga omnes*. De ahí que cuando sea ese mismo órgano el que conozca del recurso indirecto, la ley disponga que declare la validez o nulidad de la disposición general. Para cuando el órgano competente en un recurso de este tipo sea otro distinto del que puede conocer del recurso directo contra la disposición de que se trate, la ley introduce la cuestión de ilegalidad.

Esta institución, como confiesa la exposición de motivos de la ley, se inspira en la cuestión de constitucionalidad prevista en el artículo 163 de la Constitución, y parcialmente, sigue su mecánica; pero, en realidad,

...las analogías acaban aquí. La cuestión de ilegalidad no tiene otro significado que el de un remedio técnico tendente a reforzar la seguridad jurídica, que no impide el enjuiciamiento de las normas por el juez o tribunal competente para decidir sobre la legalidad del acto aplicativo del reglamento cuya ilegalidad se aduce, pero que pretende alcanzar una decisión unitaria a todo eventual pronunciamiento indirecto sobre su validez.

El Consejo General del Poder Judicial, en su informe al anteproyecto de la Ley de 1995, que es el antecedente de la actual regulación de la cuestión de ilegalidad, llamaba la atención sobre la necesidad de evitar la situación que se producía cuando la inaplicación de un reglamento, en un determinado caso, por efecto del recurso indirecto, no comportaba su anulación y expulsión definitiva, pues solo podría conseguirse de mediar un recurso directo; si un reglamento es ilegal, a su amparo se producirán actos ilegales, por lo que era necesario buscar alguna técnica jurídica que consiguiera declarar ilegal ese reglamento para todos los casos.

Los posibles efectos contrarios a la seguridad jurídica y a la igualdad en la aplicación de la ley que pueden derivarse del mantenimiento de la vigencia puramente formal de la norma, justifican, sigue diciendo el consejo general del Poder Judicial, la introducción de un procedimiento que permita dotar de eficacia general al juicio de ilegalidad de la disposición general obtenido en un supuesto por el ordenamiento jurídico, cuándo tiene la competencia para conocer del recurso directo contra la disposición de que se trata, sea intentando el pronunciamiento correspondiente del órgano judicial competente para ello, aunque no pueda hacerlo directamente el propio juzgador.

La razón de esta técnica reside en la necesidad de expulsar del ordenamiento los reglamentos ilegales, íntegra o parcialmente, según los casos; no cabe pensar en un reglamento ilegal que pueda estar vigente; por eso, la sentencia del tribunal supremo del 26 de junio de 2000 llama la atención

sobre el cambio en la configuración del sistema de impugnación de las disposiciones generales,

...que se ha producido con la introducción de la cuestión de ilegalidad, en virtud de la cual, cuando la sala de instancia estima un recurso contencioso administrativo por considerar ilegal el contenido de una disposición general —respecto de la que no es competente para conocer del recurso directo—, ya que si el tribunal que conoce del recurso indirecto fuera competente para conocer del directo “declarará la validez o nulidad de la disposición general”.

La jurisprudencia ha entendido, con buen criterio, el carácter imperativo del planteamiento de la cuestión cuando concurren los requisitos previstos en la ley; así por ejemplo, la sentencia de la Audiencia Nacional del 30 de mayo de 2000 dice:

...es voluntad del legislador que en todos los casos en que se plantee la ilegalidad de una disposición general, esta sea declarada por el tribunal que tenga competencia para declararla, obligando incluso al juez o Tribunal de lo Contencioso Administrativo a plantear la cuestión de ilegalidad ante el tribunal competente.

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

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

Ha sido González Pérez quien ha señalado que más que la cuestión de inconstitucionalidad, la figura que estudiamos tiene su precedente en lo dispuesto en el artículo 55.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional; es decir, cuando se estima el recurso de amparo, porque la ley aplicada lesio-

na derechos fundamentales o libertades públicas, la sala elevará la cuestión al pleno, que podrá declarar la inconstitucionalidad de dicha ley en nueva sentencia con los efectos ordinarios previstos en los artículos 38 y siguientes de la ley, en los que se regula el procedimiento para que un órgano de la misma jurisdicción —competente— se pronuncie sobre la nulidad de una disposición general —ley—, cuya constitucionalidad ya había decidido la sala, al estimar el amparo, pero sin competencia para declarar la nulidad de la disposición. Es pues, el mismo proceso, pero un grado inferior del rango normativo; en este caso nos hallamos ante el proceso constitucional, y en el de la cuestión de ilegalidad en el proceso contencioso administrativo.

La finalidad de este procedimiento especial, insistimos, es la expulsión del ordenamiento jurídico de normas consideradas ilegales por el juzgador del recurso indirecto y que, sin embargo, y a pesar de ello, deben seguir siendo aplicadas, sin que la sentencia del recurso indirecto alcance su nulidad; es evidente que se trata de la aplicación del principio de seguridad jurídica a una materia, que es susceptible de producir efectos disgregadores, profundamente incongruentes.

Lo anterior debido a que en la situación anterior a la Ley de 1998 era posible pensar que lo que es ilegal para un órgano judicial no lo sea para otros juzgadores en recursos similares.

Como hemos señalado, en los comentarios a la ley del profesor Roca hay dos cuestiones que deben ser planteadas al amparo del estudio de esta figura:

- a) Se cuestiona el respeto a la tutela judicial efectiva, ya que el juicio de la disposición general en la cuestión de ilegalidad se hace efectivamente sin la presencia de todos aquellos que pudieran tener interés en su mantenimiento, pues solo comparecen las partes del proceso inicial, quienes, es posible o no, que ya no tengan interés en el procedimiento especial, pues ya vieron resuelta su controversia; por ello, el consejo de Estado, consciente del escaso interés en apersonarse en un ulterior procedimiento por quien obtuvo ya sentencia estimatoria y solicitó en su informe a la ley la participación del ministerio fiscal, precisamente para la defensa de la legalidad, iniciativa que parece razonable, pero que no corrió mucha suerte.
- b) Hay que considerar los efectos del planteamiento de la cuestión de ilegalidad sobre el procedimiento originario, pues es pensable que se puedan producir situaciones tan contradictorias, como que se dicte sentencia estimatoria, por considerar ilegal la disposición general aplicada, con la consiguiente obligación de plantear la cuestión de ilegali-

dad, y el tribunal que resuelva entienda que la no disposición general no solo no es ilegal, sino perfectamente legal.

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

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

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

La sentencia del tribunal supremo del 21 de julio de 2000 establece los requisitos oportunos para la válida interposición de la cuestión de ilegalidad en los siguientes términos:

- a) En cumplimiento del artículo 27 de la ley se ha dictado sentencia firme estimatoria por considerar ilegal el contenido de la disposición general aplicada y el artículo 123 señala que el auto de planteamiento se ciñe exclusivamente al precepto reglamentario cuya declaración de ilegalidad sirve de base para la estimación de la demanda.
- b) En la cuestión de ilegalidad, el auto de planteamiento constituye una resolución suficientemente motivada que acota el objeto de la cuestión y se ciñe a la parte del precepto reglamentario que sirve de base para la valoración de la ilegalidad.

c) Por imperativo de las normas de aplicación, la sentencia que resuelva la cuestión, en todo caso, no afectará a la situación jurídica derivada de la sentencia dictada por el juez o tribunal que plantea la cuestión, siendo de tener en cuenta en los términos del artículo 73 por la remisión que se contiene en el artículo 126.2 que las sentencias firmes que anulasen un precepto de una disposición general, no afectarán por sí a la eficacia de sentencias o actos firmes que lo hayan aplicado antes de que la anulación alcance efectos salvo en el caso de que la anulación del precepto supusiera la exclusión o la reducción de las sanciones aún no ejecutadas completamente.

Para terminar la glosa del precepto, es conveniente poner de manifiesto, como lo hace el profesor Roca, que es francamente difícil articular la cuestión de ilegalidad con el sistema de recursos arbitrados en la ley reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa de 1998, o para su coordinación con la misma jurisdicción constitucional.

El artículo 124 de la ley dispone lo siguiente:

1. El juez o tribunal que haya planteado la cuestión, remitirá urgentemente, junto con la certificación del auto de planteamiento, copia testimoniada de los autos principales y del expediente administrativo.
2. El planteamiento de la cuestión se publicará en el mismo periódico oficial en que lo hubiera sido la disposición cuestionada.

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

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

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

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

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

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

De la lectura del párrafo segundo se deduce la existencia de un trámite de admisión, que llevará al órgano judicial competente a tomar la decisión que estime procedente, en función del cumplimiento de los presupuestos procesales a los que se refiere el tribunal supremo en un auto del 24 de abril de 2000, al entender que

...la ausencia de condiciones procesales a que se refiere el artículo 125.2, que impide que la cuestión de ilegalidad rebasase el trámite de admisión, son todas las que forman o materialmente condicionan el correcto funcionamiento de la misma, incluso aquellas cuya concurrencia es necesaria para que pueda dictarse una sentencia de fondo, estimatoria o desestimatoria de la cuestión planteada. Téngase en cuenta que la inadmisión actúa como alternativa de una sentencia de fondo, aunque en ella se puede declarar inadmisibile por la falta de algún requisito procesal insubsanable.

Las alegaciones deben concentrarse en razón de la legalidad o no de la disposición de carácter general; parece, dada la amplitud con que está redactado el precepto, que en este trámite de alegaciones es posible que se solicite al órgano judicial competente la práctica de las pruebas que se estimen imprescindibles, así como que se reclame motivadamente el expediente correspondiente a la elaboración de la disposición general. Al ser un procedimiento de oficio, continúa en todo caso, aunque no se produzca la personación ni se efectúen los alegatos por las partes.

Una vez finalizados estos trámites, se declara concluido el procedimiento, y se señala el día para la votación y el fallo, que se producirá en un plazo de diez días desde dicha resolución; el artículo permite, como diligencia para mejor proveer, que se interrumpa el plazo para dictar sentencia si a prudencia del juez o tribunal es menester para fundar mejor su decisión, reclamar el expediente de elaboración de la disposición general, o bien practicar de oficio alguna prueba. En estos supuestos, como señala el artículo 125, párrafo tercero, se acordará oír a las partes por un plazo común de tres días;

en el caso de que decidan intervenir en esta audiencia, el plazo para dictar sentencia será, a nuestro entender, de diez días a partir de dicha audiencia, sobre todo si nos atenemos a la realidad y la necesidad de conjugar urgencia con reflexión, necesaria para dilucidar estos procedimientos.

Con relación con el contenido de la sentencia, nos encontramos ahora con el artículo 126, que dispone:

1. La sentencia estimará o desestimarán parcial o totalmente la cuestión, salvo que faltare algún requisito procesal insubsanable, caso en que la declarará inadmisibile.
2. Se aplicará a la cuestión de ilegalidad lo dispuesto para el recurso directo contra disposiciones generales en los artículos 33.3, 66, 70, 71a, 72.2 y 73. Se publicarán también las sentencias firmes que desestimen la cuestión.
3. Firme la sentencia que resuelva la cuestión de ilegalidad, se comunicará al juez o tribunal que la planteó.
4. Cuando la cuestión de ilegalidad sea de especial trascendencia para el desarrollo de otros procedimientos, será objeto de tramitación y resolución preferente.
5. La sentencia que resuelva la cuestión de ilegalidad no afectará a la situación jurídica concreta derivada de la sentencia dictada por el juez o tribunal que planteó aquella.

Se aplicará en este tema el régimen general para las sentencias que establece la Ley Jurisdiccional de 1998; firme la sentencia, se comunicará al juez o tribunal que la planteó, y se publicará en el mismo *Diario Oficial* en que se publicó el planteamiento de la cuestión; si se estima esta, se anulan los preceptos de la disposición general sobre los que recae el veredicto de ilegalidad. En este sentido, el artículo 73 de la ley es bien claro cuando señala que

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

El legislador, como se esperaba, niega eficacia retroactiva a estas sentencias, salvo en el caso de que se pudiera impedir un contenido beneficioso para una persona sancionada que no haya cumplido íntegramente la sanción impuesta por la propia administración. En otras palabras, nos hallamos ante una aplicación del principio constitucional de retroactividad de las disposiciones sancionadoras más favorables.

Una duda que suscita la remisión del legislador al artículo 33.2 nos lleva a cuestionar si es posible que la anulación de uno o varios preceptos de una norma administrativa en este procedimiento suponga automáticamente la anulación de los artículos de dicha norma por conexión o consecuencia; siendo como es, pleno el control judicial, podría pensarse que si el juzgador entiende que no procede la cuestión en cuanto al fondo, pero sí a la forma, por haberse violado los requisitos formales de la elaboración de la norma, por ejemplo, deberá igualmente pronunciar el juicio de ilegalidad.

Lo anterior se dice en los comentarios del profesor Roca a la ley; es decir, la exclusión del planteamiento de los vicios formales en la elaboración de la norma afecta únicamente al recurso indirecto, pero una vez deferido el conocimiento de la norma al órgano competente, a través de la cuestión de ilegalidad, el control del tribunal se extiende, sin distinción, a cualquier infracción del ordenamiento jurídico.

Si no hay infracción del ordenamiento jurídico, la sentencia desestimará la cuestión de ilegalidad; entonces puede surgir la duda sobre la legalidad de la sentencia en la que se anula la actuación administrativa, por considerar ilegal la norma de la que trae causa. La sentencia es firme, y sin embargo, su fundamento jurídico ha sido desestimado por otro órgano judicial. ¿Se trata en este caso de proceder a una revisión de dicha sentencia? El artículo 126, quinto párrafo, nos da la solución, al señalar que “la sentencia que resuelva la cuestión de ilegalidad no afectará a la situación jurídica concreta derivada de la sentencia dictada por el juez o tribunal que planteó aquella”.

Puede que esta solución no convenza, pues podría afirmarse que otra sombra de inseguridad jurídica planea sobre el tema, al tenerse que ejecutar una sentencia, cuya argumentación jurídica es ilegal; el consejo de Estado, para evitar quizá este efecto, era partidario de que la eficacia de la cuestión de ilegalidad fuera abstracta, sin vincular el pleito concreto, lo cual tampoco parece muy razonable, puesto que el problema que se deduce de la sentencia desestimatoria de una cuestión de ilegalidad es concreto, y afecta al caso que se plantea, y la solución que se ha encontrado no parece muy atinada, como tampoco lo parece incluir una previsión expresa en el precepto en la que no se concreten los efectos de dicho fallo.

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

IV. PROCEDIMIENTO EN LOS CASOS DE SUSPENSIÓN PREVIA DE ACUERDOS

En último lugar, hemos de examinar el procedimiento especial para los casos de suspensión administrativa previa de acuerdos, que está regulado en el capítulo III del título dedicado a los procedimientos especiales. En concreto, encontramos el régimen de este procedimiento en el único artículo del capítulo (el 127), con el que comenzamos la glosa de este procedimiento:

1. En los casos en que, conforme a las leyes, la suspensión administrativa de actos o acuerdos de corporaciones o entidades públicas deba ir seguida de la impugnación o traslado de aquellos ante la jurisdicción contencioso administrativa, se procederá conforme a lo dispuesto en este precepto.

2. En el plazo de los diez días siguientes a la fecha en que se hubiere dictado el acto de suspensión o en el que la ley establezca, deberá interponerse el recurso contencioso administrativo mediante escrito fundado, o darse traslado directo del acuerdo suspendido al órgano jurisdiccional, según proceda, acompañando en todo caso copia del citado acuerdo de suspensión.

3. Interpuesto el recurso o trasladado el acuerdo suspendido, el órgano jurisdiccional requerirá a la corporación o entidad que lo hubiera dictado para que en el plazo de diez días remita el expediente administrativo, alegue lo que estime conveniente en defensa de aquel y notifique a cuantos tuvieren interés legítimo en su mantenimiento y/o anulación de la existencia del procedimiento, a efectos de su comparecencia ante el órgano jurisdiccional en el plazo de diez días.

4. Recibido el expediente administrativo, el órgano jurisdiccional lo pondrá de manifiesto junto con las actuaciones a los comparecidos en el procedimiento, convocándolos para la celebración de la vista, que se celebrará como mínimo a los diez días de la puesta de manifiesto del expediente.

5. El órgano jurisdiccional podrá, motivadamente, sustituir el trámite de vista por el de alegaciones escritas, que se presentarán en el plazo común de los diez días siguientes a la notificación del auto en que así se acuerde. Podrá también abrir un período de prueba, para mejor proveer, por plazo no superior a quince días.

6. Celebrada la vista o deducidas las alegaciones a que se refieren los apartados anteriores, se dictará sentencia por la que se anule o confirme el acto o acuerdo objeto del recurso, disponiendo lo que proceda en cuánto a la suspensión.

La exposición de motivos de la ley es parca: “el procedimiento en caso de suspensión previa de acuerdos se adapta a los supuestos legales de suspensión previstos en la legislación vigente, al tiempo que establece las reglas que permiten su rápida tramitación”.

Ahora, pues, se trata de articular una regulación general de todos los casos de suspensiones previas de acuerdos de entidades y corporaciones públicas de manera más rápida.

Tradicionalmente, la facultad de suspensión previa de los acuerdos, sobre todo municipales, era la consecuencia de la relación de tutela por la que algunas administraciones disponían de determinadas facultades de control y supervisión sobre la actividad de las entidades de grado inferior; entre ellas se citaba, evidentemente, la suspensión de los acuerdos locales. Actualmente, las cosas son afortunadamente de otra manera, y en lugar de tutela nos encontramos con la relación de competencia, cuya excepción viene precisamente de la mano de la consideración de que en ocasiones los posibles atentados de intereses públicos en que también puede incurrir un ente territorial pueden, por elementales consideraciones de prudencia, que han de ser suficientemente motivados, ser paralizados temporalmente, a la espera de que los tribunales de justicia se pronuncien; sin embargo, en el caso que nos ocupa, el fundamento del procedimiento especial deriva de que una ley haya previsto tal efecto de la impugnación contencioso, o de su traslado a la jurisdicción contencioso administrativa.

El artículo 127 que acabamos de transcribir sustituye al viejo artículo 118 de la ley de 1956, y ahora se refiere no solo a las corporaciones locales, sino a cualquier entidad o corporación para las que la ley haya previsto la suspensión previa de sus acuerdos, normalmente como consecuencia automática de su impugnación contencioso administrativa, misma que es seguida de impugnación contencioso administrativa, o suspensión del traslado del acuerdo a la jurisdicción contencioso administrativa.

La expresión entidad o corporación, aunque no sigue la terminología LOFAGE, es lo suficientemente amplia como para que en ella se entiendan comprendidas todas las modalidades de la administración territorial, corporativa o instrumental, siempre que las leyes hayan previsto para sus actos o acuerdos, en dichos casos, la suspensión previa de los mismos; en el fondo del procedimiento late la existencia de un control de legalidad, no de tutela de unas administraciones sobre otras, con objeto de que la jurisdicción conozca sobre determinados asuntos, en los que puede pesar alguna sombra de ilegalidad.

Los tres supuestos que se contemplan en el artículo 127 se refieren a la suspensión como consecuencia del recurso contencioso contra el acto o acuerdo; suspensión seguida de impugnación contencioso o suspensión seguida de traslado a la jurisdicción; y en estos supuestos es requisito imprescindible que dichas situaciones estén expresamente previstas en la ley.

Se trata de la paralización temporal de los efectos de determinados acuerdos, quedando así condicionada su virtualidad operativa hasta la resolución judicial. Consecuencia de la necesidad de garantizar los derechos e intereses legítimos en todos los interesados en el procedimiento es su posibilidad de comparecer ante el órgano judicial por plazo de diez días, desde que se hubiera dictado el acto de suspensión o el que la ley establezca; por tanto, la perspectiva procesal de los interesados se sustancia en la comparecencia, sin que estén legitimados para instar el procedimiento especial. De lo demás podrán ponerlo en conocimiento de quien corresponda algún hecho o circunstancia que pudiera desencadenar, por quien esté legitimado, la iniciación de este procedimiento. Requisito imprescindible para que opere este procedimiento es, como dijimos, la previsión legal de dicha suspensión previa de acuerdos de entidades o corporaciones públicas.

¿Cuáles serían los supuestos que podrían acogerse a este procedimiento? En primer lugar, los tres casos previstos en el propio artículo 127 de la ley que comentamos; también se encuentra en esta situación la suspensión del artículo 67 de la Ley de Bases de Régimen Local, en cuya virtud, cuando una corporación local adoptara acuerdos que atenten gravemente el interés general de España, el delegado del gobierno, previo requerimiento para su anulación al presidente de la corporación, efectuado dentro de los diez días siguientes al de la recepción de aquellos, podrá suspenderlos, y adoptar las medidas pertinentes para la protección de dicho interés público. Si no se anula el acto por el presidente de la corporación, el delegado de gobierno suspende dicho acuerdo con la obligación de impugnarlo ante la jurisdicción contencioso administrativa; es pues, un caso de suspensión seguida de impugnación.

El problema se plantea en el caso de los ayuntamientos, cuando el alcalde, por tratarse de un acuerdo del pleno, no está facultado para anularlo. En este caso lo que debe hacer el alcalde es dar traslado del requerimiento al pleno. La pregunta entonces, sería la siguiente: ¿puede el alcalde suspender el acuerdo en el tiempo que media entre la comunicación del requerimiento al pleno y la decisión de este? Es una cuestión complicada, que seguramente se puede resolver valorando la naturaleza de la posible lesión al interés general de España, y desde una perspectiva jurídica, desde la que se admita que la suspensión está implícita en la facultad normativa de los alcaldes de asegurar la ejecución de los actos y acuerdos. Si así se entendiera, tal y como se dice en los comentarios a la ley de 1981, dirigidos por el profesor Roca, resultaría que la potestad suspensiva de los presidentes de los entes locales se configuraría como simple ejercicio de la potestad suspensiva del delegado del gobierno, a modo de potestad delegada —mediante requerimiento—, para un supuesto específico y en tanto se pronuncie el pleno sobre la anu-

lación del acuerdo, lo cual a veces puede ser complicado, sobre todo si se sobrepasan los plazos previstos en el artículo 67 de la Ley de Bases de Régimen Local.

En la legislación de aguas, el artículo 30.2 del Real Decreto Legislativo 1/2001, del 20 de julio, contempla un caso de impugnación que lleva aparejada la suspensión, aunque será el propio tribunal quien tendrá la última palabra:

Los actos y acuerdos de los órganos colegiados del organismo de cuenca que puedan constituir infracción de leyes o no se ajusten a la planificación hidrológica podrán ser impugnados por el presidente ante la jurisdicción contencioso administrativa. La impugnación producirá la suspensión del acto o acuerdo, pero el tribunal deberá ratificarla o levantarla en un plazo no superior a treinta días. El procedimiento será el establecido en el artículo 127 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Finalmente, la sentencia, tras la vista o las alegaciones escritas, si fuera el caso, dictará sentencia, que anule o confirme el acto o acuerdo, objeto del recurso, disponiendo lo que proceda en orden a la suspensión.

V. REFLEXIÓN CONCLUSIVA

A lo largo de estos comentarios hemos tenido ocasión de estudiar el tratamiento de la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en relación con los tres supuestos en ella contemplados, y que refiere a los procedimientos especiales. En el caso de la protección de los derechos fundamentales, se ha tenido en cuenta la jurisprudencia y doctrina que se ha ocupado de la garantía contenciosa, establecida en la Ley 62/1978, si bien, nuestro juicio, la remisión al régimen general de las medidas cautelares hace perder a los derechos fundamentales, en alguna medida, su carácter de resistentes al interés general y su centralidad.

Por lo que se refiere a la cuestión de ilegalidad, se busca solucionar un problema tradicional que tenía planteada la impugnación indirecta de normas administrativas con una solución que debe juzgarse positiva en términos generales; aunque no soluciona el problema de la eficacia de la sentencia estimatoria sobre la sentencia del proceso originario que da lugar a la propia cuestión de ilegalidad.

Para terminar, en el caso de la suspensión previa de acuerdos y actos de entidades y corporaciones públicas, se intenta dotar de un tratamiento procesal uniforme los supuestos en los que las leyes establezcan este régimen.