

LUIS ARROYO JIMÉNEZ
MARGARITA BELADIEZ ROJO
CARLOS ORTEGA CARBALLO
JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DE SANTIAGO
(Coords.)

EL JUEZ DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Libro homenaje a
Javier Delgado Barrio

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
CENTRO DE INVESTIGACIÓN SOBRE JUSTICIA ADMINISTRATIVA-UAM

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2015



ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
PRESENTACIÓN, por Luis ARROYO JIMÉNEZ, Margarita BELADIEZ ROJO, Carlos ORTEGA CARBALLO y José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO	13
3 DE 169. UNA VISIÓN DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA, por Javier DELGADO BARRIO	15
JAVIER DELGADO BARRIO: UN BUEN JUEZ, por Enrique ARNALDO ALCUBILLA...	25

PARTE I

EL CONTROL JUDICIAL DEL PODER

ALGUNAS SENTENCIAS IMPORTANTES DE JAVIER DELGADO BARRIO, JUEZ DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, por Tomás-Ramón FERNÁNDEZ	35
ESTADO DE DERECHO Y PODER JUDICIAL. EL TRIBUNAL SUPREMO, CONFIGURACIÓN Y FUNCIONES, por Benigno VARELA AUTRÁN.....	45
UNA MIRADA EXTRANJERA SOBRE LAS RELACIONES ENTRE EL CONSEJO DE ESTADO FRANCÉS Y LA UNIVERSIDAD, por Luis María Díez-PICAZO GIMÉNEZ	73
EL CONTROL JUDICIAL DE LOS «ACTOS POLÍTICOS» A TRAVÉS DEL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE LA INTERDICCIÓN DE LA ARBITRARIEDAD DE LOS PODERES PÚBLICOS (COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20 DE NOVIEMBRE DE 2013), por Carmen CHINCHILLA MARÍN	77
LA DISCRECIONALIDAD, UN TEMA CLÁSICO SOBRE EL PODER Y SOBRE EL CONTROL DEL PODER, por Andrés BETANCOR RODRÍGUEZ.....	109
NORMAS DE CONDUCTA Y NORMAS DE CONTROL: UN ESTUDIO METODOLÓGICO SOBRE LA DISCRECIONALIDAD PLANIFICADORA, LA PONDERACIÓN Y SU CONTROL JUDICIAL, por José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO.	149

PARTE II
DERECHO CONSTITUCIONAL

UNA GRAN NOVELA, por Andrés OLLERO.....	191
SOBERANÍA NACIONAL Y SEPARACIÓN DE POTESTADES EN EL PRIMER CONSTITUCIONALISMO HISPÁNICO, por Marta LORENTE SARIÑENA	211
SEPARACIÓN DE PODERES EN LA CONSTITUCIÓN DE 1812, por Pablo GARCÍA MANZANO.....	223
<i>CECI A TUÉ CELA</i> : LA DOCTRINA DE LA INCONSTITUCIONALIDAD MEDIATA Y LA PREVALENCIA DE LAS NORMAS ESTATALES, por Jesús GARCÍA TORRES.....	235
LA DISCUTIBLE RELEVANCIA DEL CONCEPTO DE «LEYES AUTOAPLICATIVAS» EN EL EXAMEN CONSTITUCIONAL DE LAS LEYES MATERIALMENTE ADMINISTRATIVAS (UNA CRÍTICA METODOLÓGICA A LAS SENTENCIAS <i>SANTOVENIA</i> Y <i>CIUDAD DEL MEDIO AMBIENTE</i>), por Germán VALENCIA MARTÍN.....	263
ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL Y SU INCIDENCIA EN EL ORDEN JURISDICCIONAL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, por Juan José GONZÁLEZ RIVAS.....	331
CONTROL EMPRESARIAL Y NUEVAS TECNOLOGÍAS. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL RECIENTE, por Aurelio DESDENTADO BONETE	349
PROBLEMAS DEL ESTADO AUTONÓMICO, por Manuel ARAGÓN REYES.....	359
LA DEMOCRACIA LOCAL EN LA RECIENTE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, por Luis ORTEGA ÁLVAREZ.....	377
LA ADQUISICIÓN DE LA CONDICIÓN DE CONCEJAL EN APLICACIÓN DEL ART. 182.2 LOREG. EL CONCEJAL «NO ALCALDABLE», por Juan Carlos DUQUE VILLANUEVA.....	385
EL COSTE DE LOS PROCESOS COMO OBSTÁCULO DEL ACCESO A LA JUSTICIA, por Jesús GONZÁLEZ PÉREZ	403
EL DERECHO FUNDAMENTAL A NO PADECER DILACIONES INDEBIDAS, por Carlos ORTEGA CARBALLO.....	415
LA FUNCIÓN CONSTITUCIONAL DEL INCIDENTE DE NULIDAD DE ACTUACIONES DEL ART. 241 LOPJ, por Margarita BELADIEZ ROJO.....	439

PARTE III
DERECHO EUROPEO

EL TEDH ANTE LA PERSPECTIVA DE LA ADHESIÓN DE LA UE: CONDICIONES PARA UNA «HEGEMONÍA SOSTENIBLE», por Pedro CRUZ VILLALÓN	457
LA DISTANCIA Y EL OLVIDO EN LA RED. COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 13 DE MAYO DE 2014 EN EL ASUNTO C-131-12, por Pablo LUCAS MURILLO DE LA CUEVA	465

	Pág.
ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA RELEVANCIA CONSTITUCIONAL DEL DERECHO DE LA UNIÓN, por Juan Luis REQUEJO PAGÉS.....	493
LA APLICACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA Y LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. UNA PROPUESTA DE SISTEMATIZACIÓN, por Luis ARROYO JIMÉNEZ	503

PARTE IV

DERECHO ADMINISTRATIVO

DISTRIBUCIÓN CONSTITUCIONAL DE COMPETENCIAS EN EL ACTO DE APROBACIÓN DEL PLANEAMIENTO URBANÍSTICO. INCIDENCIA DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 13 DE JULIO DE 1990, por Mariano DE ORO PULIDO Y LÓPEZ.....	523
LA DESIGUALDAD DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA PROPIEDAD INMOBILIARIA. UNA ASIGNATURA PENDIENTE, por Silvia DEL SAZ y Francisco PERALES MADUEÑO	533
EL DERECHO URBANÍSTICO DURANTE LA TRANSICIÓN POLÍTICA (1976-1982) Y EN LA CONSTITUCIÓN DE 1978, por Martin BASSOLS COMA	553
EL «FACTOR ESTADO» EN LA AMÉRICA HISPÁNICA. UNA REFLEXIÓN DESDE LA MODERNA TEORÍA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO, por Javier BARNES VÁZQUEZ.....	589
LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL SANITARIA DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. INFECCIONES NOSOCOMIALES. LA SINGULARIDAD DEL PROBLEMA. LA RESPUESTA JURISPRUDENCIAL. UNA POSIBLE SOLUCIÓN CONCERTADA, por Santiago MARTÍNEZ-VARES GARCÍA	605
EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL Y JURISPRUDENCIAL, por Pedro GONZÁLEZ-TREVIJANO y Carlos Díez LIRIO.....	635
EL DEBER LEGAL DE IDENTIFICAR AL CONDUCTOR Y EL CUENTO DEL REY DESNUDO, por Miguel CASINO RUBIO.....	651

PRESENTACIÓN

Con la obra que el lector tiene en sus manos sus autores queremos rendir un sentido homenaje a Javier Delgado Barrio con motivo de su jubilación. Para los coordinadores del volumen éste representa, además, una ocasión para dejar testimonio de nuestro agradecimiento por la enriquecedora experiencia profesional, intelectual y personal que ha supuesto colaborar estrechamente con él durante el desempeño de su cargo como magistrado del Tribunal Constitucional. La singular capacidad de tener siempre un criterio sólido sobre las cuestiones que se le planteaban, su fina intuición de juez, la seriedad con la que afrontaba el ejercicio cotidiano de su función, su buen humor diario y una actitud siempre abierta a lo que sus colaboradores podíamos aportarle en esa tarea son sólo algunas de sus grandes cualidades.

Pero este libro no es sólo un homenaje a un buen juez: es también la manera en la que sus autores queremos expresar el aprecio que nos une a un excelente amigo. Cada uno de nosotros hemos podido acompañarle más o menos tiempo, a lo largo de diferentes etapas y en unas u otras facetas de su carrera profesional, pero todos hemos podido apreciar junto a él la reconfortante experiencia vital que nace de la amistad. Y eso no es poca cosa para celebrar.

Los coordinadores quieren agradecer la colaboración prestada por el Consejo General del Poder Judicial y el Centro de Investigación sobre Justicia Administrativa de la Universidad Autónoma de Madrid para hacer posible este libro.

Luis ARROYO JIMÉNEZ
Margarita BELADIEZ ROJO
Carlos ORTEGA CARBALLO
José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO

3 DE 169. UNA VISIÓN DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA*

Javier DELGADO BARRIO

I

Agradezco el honor de la encomienda de la conferencia de apertura del curso de esta Facultad, que me brinda la oportunidad de volver, una vez más, en esta ocasión con especial relieve, a la Universidad, *alma mater* que llevo muy en mis adentros pese a que mi vida profesional se ha desarrollado lejos de ella. En este arraigado sentimiento universitario algo tendrá que ver que la Universidad está ligada a mi juventud, y sin duda también tendrá lugar lo que Baroja llama la luz mágica del recuerdo. Pero lo que ahora destaco es que dentro de ese recuerdo figura muy destacadamente la admiración a los grandes maestros que tuve en la Facultad de Derecho de la entonces Universidad Central de Madrid: Ursicino ÁLVAREZ, Nicolás PÉREZ SERRANO, Federico DE CASTRO, Antonio HERNÁNDEZ GIL, Antonio DE LUNA, Jaime GUASP, Joaquín GARRIGUES, José YANGUAS MEJÍA, etcétera.

He olvidado mucho de lo que he leído pero recuerdo siempre lo que les oí explicar en sus clases. Decía VON KIRCHMANN que sólo dos líneas del legislador —en alguna traducción he leído un pincelazo del legislador— pueden convertir en basura bibliotecas enteras. Pues bien, desde que acabé la carrera, hace casi sesenta años, el legislador ha escrito no sólo dos líneas, sino millones de líneas, de modo que la mayoría de las leyes que he aplicado poniendo sentencias ni siquiera existían en mis tiempos de la Facultad. Y entre esas leyes nuevas figura una Constitución, la Constitución de 1978, norma suprema de nuestro ordenamiento jurídico, fruto, por cierto, de un consenso que hoy es de añorar tanto. Y, desde luego, no se han convertido en basura las enseñanzas que recibí en la Universidad: no sólo han sobrevivido sino que han sido las adecuadas para entender y aplicar las nuevas normas alumbradas por aquellos millones de líneas.

Para ponerlo de relieve he elegido un capítulo de la teoría general que es seguramente el que más ha determinado la aplicación del Derecho que he venido

* Texto de la Lección inaugural del curso académico de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Ciudad Real, impartida el 23 de septiembre de 2013.

haciendo en mi vida profesional. Es el de los Principios Generales del Derecho, de capital hondura teórica y, por consecuencia, de tanta relevancia práctica. Yo, que soy un jurista práctico, bien sé que no hay nada más práctico que una buena teoría.

Terminé la carrera con una clara concepción principal del Derecho. De don Federico DE CASTRO había aprendido que los principios, las ideas fundamentales informadoras del ordenamiento jurídico, son el alma que le da sentido, coherencia y plenitud. Y esta concepción no sólo se ha mantenido viva en mi biblioteca mental, sino que se ha ido intensificando a lo largo de los años, primero con la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956, y después con la Constitución de 1978.

La Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956, tan alabada desde Méjico por ALCALÁ ZAMORA y tan querida —lo subrayo, tan querida— por los magistrados de esa Jurisdicción, se publicó dentro de la década prodigiosa, en el terreno legislativo, que comienza en el año 1954 con la Ley de Expropiación Forzosa y que llega hasta el año 1963 con la Ley General Tributaria. La Ley de la Jurisdicción es obra de BALLBÉ, autor, creo, de la lección magistral que es la Exposición de Motivos, y de GONZÁLEZ PÉREZ, al que atribuyo su excelente articulado, dado que tiene la sencillez y claridad que son típicos de su estilo. Pues bien, en la Exposición de Motivos se destaca la relevancia de los principios y la normatividad inmanente en la naturaleza de las instituciones, lo que vino a fortalecer mi concepción principal del Derecho.

Y en el mismo sentido, con una relevancia extraordinaria, operó la Constitución de 1978, pues la nuestra es una Constitución terminantemente principal. Ciertamente existe hoy una «moda» principal en el constitucionalismo comparado: si lo que se pretende es una vinculación más fuerte al contenido ético que lleva consigo la idea misma del Derecho, será la Constitución la sede idónea para expresar las convicciones fundamentales que lo recogen. Y en esta línea, muy intensamente, vive nuestra Constitución. No sólo figura en ella la larga lista de principios de su art. 9.3, sino que son muchos más los que se pueden identificar a lo largo de su texto. Pero, además, ocurre que la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del Tribunal Constitucional llevan a cabo en ocasiones una conversión principal, calificando como principios los contenidos de algunos preceptos para dotarlos de la intensa y extensa virtualidad propia de aquéllos.

Así pues, con la Constitución se acentuó una vez más la concepción principal del Derecho que me habían enseñado en la Universidad. ¡Cuántas veces en las sentencias de las que he sido ponente en el Tribunal Supremo he escrito que los principios son el oxígeno que respiran las normas, la atmósfera en la que se desarrolla la vida jurídica!

La Constitución de 1978 ha sido un acontecimiento trascendental para la vida española: ha cumplido —no se olvide en estos momentos de críticas— la misión histórica de sacar el país de una dictadura para llegar a una democracia. Ciertamente ha coronado ya los treinta y cuatro años de vida, cifra ésta que para Thomas JEFFERSON tiene una gran relevancia en la vida de las Constituciones, y pueden resultar necesarias modificaciones, pero ha de ser con el consenso que se alcanzó para su nacimiento. Tuvo una profunda repercusión en mi ejercicio profesional: nacieron normas nuevas, quedaron derogadas otras viejas —la Constitución era *lex posterior*— y otras también viejas habían de recibir un nuevo entendimiento, dado que la Constitución es *lex superior*, un contexto dominante que genera un principio de interpretación conforme.

El estudio de la Constitución me llevó a reflexiones que discurrieron por muy variados derroteros. De todos ellos elijo hoy dos: el primero condujo a los arts. 10.1 y 9.2; el segundo al art. 117.

II

Cuando era niño recitábamos los mandamientos de la ley de Dios y acabábamos diciendo: «Estos diez mandamientos se encierran en dos». Y en esta línea me pregunté cuáles podrían ser los dos preceptos constitucionales que reflejaran mejor, para mí, el profundo significado de la Constitución de 1978.

En cuanto al primero no tuve ninguna duda, era el art. 10.1:

«La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás, son el fundamento del orden político y de la paz social».

En este texto aparece el que, en mi opinión, es el más importante de los fundamentos de la Constitución. Para su efectividad se enuncian los valores superiores del ordenamiento jurídico y de él emanan numerosos principios de esencial contenido ético.

Situado el precepto al inicio del Título I de la Constitución, dedicado a los derechos y deberes fundamentales, podría pensarse que es un mero preludio, es decir, la explicación racional que precede a las leyes para que sus destinatarios se persuadan de la bondad de los imperativos que contienen. Algún constitucionalista, recién publicada la Constitución, entendió que esas expresiones tenían limitada o nula eficacia práctica, pero alcanzaban utilidad en una Constitución que debía ser explicada y comentada a los niños en las escuelas.

Distinta fue la opinión, o mejor el vaticinio, de Silvio BASILE, quien bien pronto destacó que la experiencia alemana e italiana demostraba que los jueces constitucionales no se detienen ante ninguna declaración de la Norma Suprema por muy general que sea o muy privada de carácter imperativo que parezca. Y efectivamente así ha sido también en España. De gran generalidad es la afirmación de la dignidad de la persona, pero esta gran generalidad desencadena consecuencias muy concretas cuando se proyecta sobre hechos concretos.

Y hago aquí un relato de hechos concretos. En el año 2000, en Murcia, un peón agrícola fue despedido en su empresa porque durante el mes de vacaciones había trabajado tres días para otra podando árboles, despido éste considerado procedente por la jurisdicción ordinaria, que sostenía que las vacaciones sirven exclusivamente para recuperar fuerzas a fin de que, terminadas aquéllas, el trabajador se reincorpore a sus tareas en plenas condiciones de rendimiento.

El Tribunal Constitucional estimó el recurso de amparo interpuesto en la STC 192/2003, de 27 de octubre, declarando que ese entendimiento de las vacaciones reducía al trabajador a un «mero factor de producción», lo que vulneraba las exigencias de los «principios constitucionales» (*sic*) de la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad, «a cuya luz ha de interpretarse inexcusablemente cualquier norma de Derecho».

Esta es una conversión principal. El texto del art. 10.1, que pudo hacer pensar que tenía un contenido puramente didáctico, para facilitar la explicación de la Constitución a los niños en las escuelas, da expresión, según el Tribunal Constitucional, a unos principios con plena virtualidad jurídicas.

Y es que, como muy tempranamente destacó GARCÍA DE ENTERRÍA, nada en la Constitución puede ser mera retórica. Obligado es, llegados a este punto, rendir homenaje a este gran maestro del Derecho público, fallecido la semana pasada. Dedicó sus estudios con apasionada firmeza a perfilar las garantías de los derechos de los ciudadanos, es decir, a la construcción del Estado de Derecho —recordaré su famosa conferencia de hace sesenta años, sobre *La lucha contra las inmunidades del poder*—. Y una vez publicada la Constitución su objetivo fue alejar la vieja concepción del texto meramente programático para sustituirla por la de la norma vinculante. Todo en ella ha de tener virtualidad jurídica.

III

Éste fue, el de la dignidad de la persona, el primero de los dos mandamientos que buscaba. Me resultó mucho más difícil encontrar el segundo pero, después de una larga reflexión, elegí el art. 9.2:

«Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social».

Nuestra Constitución, que sigue aquí las líneas de la doctrina italiana, pues este precepto nos llega de Italia, es una Constitución sincera: contempla una realidad que no le gusta y aspira a transformarla. El art. 9.2 es la cláusula transformadora de nuestra Constitución, que pretende conseguir que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas. Utiliza, así, aquí la Constitución su terminología más querida y que tantas veces aparece en su texto: «eficacia», «eficaz», «efectiva» son palabras muy lejos del tono declamatorio y evidencian el decidido propósito de la Constitución de incidir en la realidad.

Pues bien, lo que el art. 9.2 impone a los poderes públicos, a todos los poderes públicos y a cada uno en el campo de sus competencias, es que promuevan las condiciones para que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas. Y efectivo es, en el Diccionario, «lo real y verdadero en oposición a lo quimérico, dudoso o nominal». De modo que la intensidad del propósito constitucional conduce a una deliberada redundancia: si lo efectivo es lo real y verdadero, cuando la Constitución reclama que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas está pretendiendo que sean reales y reales, verdaderas y, lo subrayo, no meramente nominales. Y este mandato, que da un tratamiento conjunto a dos valores superiores del ordenamiento como son la libertad y la igualdad, está en el Título Preliminar de la Constitución, es decir, en su parte dura, concretamente en la parte dura que recoge la quintaesencia de la Norma Suprema.

Así pues, dentro de la decisión fundamental que es la Constitución, su designio de conseguir que la libertad y la igualdad sean reales y verdaderas, no meramente nominales, tiene carácter esencial. Y, ante este olvidado precepto, recordaré nuevamente a GARCÍA DE ENTERRÍA: nada en la Constitución ha de ser mera retórica, todo debe tener virtualidad jurídica.

Estos dos preceptos, pues, los arts. 10.1 y el 9.2 CE, fueron los que más me llamaron la atención cuando por primera vez tuve que aplicar una Constitución.

IV

La segunda de aquellas reflexiones iniciales que hoy estoy recordando se refería al art. 117. Dado mi oficio me interesó especialmente el tratamiento de la

figura del juez en la Constitución. Y me sorprendió que en un texto constitucional apareciera una regulación tan minuciosamente detallada del juez. Los aspectos subjetivos que lo definen —los jueces son independientes, inamovibles, responsables y sujetos únicamente al imperio de la ley—, sus cometidos materiales —tutela de los derechos fundamentales y de los derechos e intereses legítimos, incluso frente a la Administración— y las reglas formales de su actuación —publicidad, evitación de la indefensión, motivación de sus sentencias y un largo etcétera— son puntos todos que han sido expresivamente objeto de la normativa constitucional.

El porqué de este detalle está claro: no hay Derecho sin juez. Don Antonio DE LUNA, catedrático de Derecho internacional, contestando las críticas derivadas del incumplimiento de las normas internacionales, decía: «Pertenece a la esencia del Derecho la posibilidad de ser infringido; sin el juez el Derecho sería inútil; tan inútil como pretender regular la circulación de las estrellas o los latidos de un corazón enamorado».

Nuestra Constitución ha trazado un Estado de Derecho profundamente judicializado. No se trata de un gobierno de los jueces, sino de una garantía de los jueces. Garantía ésta que opera no sólo a favor de los ciudadanos, sino también del interés público, que está cubierto, en lo que ahora importa, por el control, precisamente jurisdiccional, de la Administración. Justamente por ello el Derecho procesal ha recibido en la Constitución un completo tratamiento de sus principios. Se ha producido así una intensa constitucionalización de ese Derecho que establece las garantías que ha de observar el sujeto garante que es el juez.

La Constitución ha recogido los caracteres que la doctrina clásica ha venido utilizando para definir la figura del juez y la primera de estas notas definitorias que aparece en el art. 117 es la independencia, que tiene un significado esencial, pues sin ella no puede entenderse que haya un juez. El juez es independiente porque está sometido únicamente al imperio de la ley.

Recientemente se ha suscitado una vez más el debate sobre la relación entre la independencia del juez y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, debate que ha llegado al Tribunal Constitucional. ¿La independencia judicial cede ante la jurisprudencia del Tribunal Supremo, de suerte que el juez está obligado a aplicar la norma tal como la entiende la jurisprudencia o, por el contrario, puede interpretarla en libertad —libertad dentro de la ley— dándole un sentido diferente?

El art. 1.6 del Título Preliminar del Código Civil, en la cuidada redacción de 1974, fija la función de la jurisprudencia: la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que de modo reiterado establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho.

El ordenamiento jurídico es o está completo y por lo tanto no puede completarse, pero sí admite un complemento. En cuanto a qué complemento puede darse a algo ya completo, creo que la respuesta es clara: la jurisprudencia da un complemento de expresión al ordenamiento jurídico allí donde las normas no han acertado a reflejar su sentido. Las normas pueden ser oscuras, contradictorias e incluso no existir y, como el juez tiene el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozca, tendrá que dar un complemento de expresión al ordenamiento jurídico. Cuando ese juez es el Tribunal Supremo, que la Constitución define en su art. 123 como órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales, surge la jurisprudencia.

¿Esa superioridad —art. 123 CE— es suficiente para dotarla de fuerza vinculante para todos los jueces, pese a la independencia —art. 117 CE—? Se ha

dicho que la jurisprudencia ha recibido un espaldarazo constitucional al aparecer mencionada en la Norma Suprema, lo que no había ocurrido antes. El art. 161, al regular el recurso de inconstitucionalidad, establece que la declaración de inconstitucionalidad de una norma con rango de ley interpretada por la jurisprudencia afectará a ésta. Es una obviedad: si se expulsa del ordenamiento jurídico una norma, queda también expulsada la interpretación que de ésta se hizo.

Este precepto lo redactó HERNÁNDEZ GIL, quien presidió la Comisión Mixta que había de resolver las discrepancias del Congreso y del Senado sobre algunos preceptos constitucionales. Y cuando le pregunté acerca del porqué de la inclusión de esta obviedad en el texto constitucional su explicación fue la siguiente: PECES BARBA pretendía que se estableciese un recurso de inconstitucionalidad contra la jurisprudencia, lo que HERNÁNDEZ GIL no admitía por no ser ésta fuente del Derecho, pero como necesitaba la aprobación de PECES BARBA, tuvo que incluir alguna mención a la jurisprudencia en la regulación del recurso de inconstitucionalidad. No creo que esto sea un espaldarazo. Por cierto, me dijo también HERNÁNDEZ GIL que todas sus propuestas finales para salvar las diferencias fueron aprobadas por unanimidad, sin ninguna votación formal.

Como ya he indicado, el tema de la fuerza vinculante de la jurisprudencia en relación con la independencia judicial llegó al Tribunal Constitucional por la vía de la cuestión planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Elche en relación con el art. 100.7 de la vigente Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de 13 de julio de 1998, que establece que la sentencia dictada por el Tribunal Supremo en un recurso de casación en interés de la ley, cuando sea estimatoria, fijará la doctrina legal que, a partir de su inserción en el *Boletín Oficial del Estado*, «vinculará a todos los jueces y Tribunales inferiores en grado de este orden jurisdiccional».

La cuestión se resolvió por la STC 37/2012, votada y firmada en Cádiz, en el Oratorio de San Felipe Neri, el 19 de marzo de 2012, es decir, el día en que se cumplían los 200 años de la Constitución Española de 1812. La sentencia contiene tres argumentadas conclusiones: una regla general, una excepción y una atenuación de la excepción.

Veamos la regla general. El judicial es un poder difuso, su titularidad corresponde a todos y cada uno de los jueces y magistrados y, por tanto, la independencia se predica de todos y cada uno de ellos, por lo que resulta constitucionalmente viable que «los órganos judiciales inferiores en grado discrepen, mediante un razonamiento fundado en Derecho, del criterio sostenido por los Tribunales superiores e incluso de la jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo [...], sin que con ello se vulnere el principio de igualdad en la aplicación de la ley, al tratarse de órganos judiciales diferentes». La regla general, pues, es que prevalece el art. 117.1 en cuanto proclama la independencia de los jueces.

La excepción es el carácter vinculante de la doctrina legal sentada por el Tribunal Supremo al resolver recursos de casación en interés de la ley, de modo que los órganos inferiores necesariamente han de respetarla en cuanto hayan de aplicar los preceptos sobre los que se haya declarado doctrina legal. Ello es así, señala el Tribunal Constitucional, por la superioridad del Tribunal Supremo. Y para justificar la excepción el Constitucional destaca el carácter así mismo excepcional del recurso de casación en interés de la ley, que sólo procede cuando se estimen gravemente dañosas y erróneas las sentencias de los tribunales inferiores. En este caso, así, prevalece el art. 123, que reconoce la superioridad del Tribunal Supremo.

Pero dado lo dolorosa que es la excepción a la independencia, el Tribunal Constitucional introduce una atenuación: si, pese al carácter vinculante de la doctrina legal del Tribunal Supremo, los órganos inferiores en grado entienden que aquella doctrina dota al precepto legal de un contenido normativo que pudiera ser contrario a la Constitución, siempre podrían plantear la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. Y matiza la sentencia: lo que entonces se está cuestionando no es la interpretación del Tribunal Supremo, sino el precepto al que se ha incorporado dicha interpretación.

Creo que tiene un especial interés la justificación que hace la sentencia de la viabilidad del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, pues recuerda la doctrina de la vinculación más fuerte de la famosa sentencia del juez MARSHALL *Marbury v. Madison*. Dice el Tribunal que la posibilidad de que el órgano jurisdiccional inferior plantee la cuestión de inconstitucionalidad cumple «la función de resolver la doble vinculación del juez a la Constitución y a la ley, de manera que no puede apartarse de esta última, pero tampoco dejar de estar sometido en mayor grado a la primera, y por ello, si considera que la ley aplicable en el proceso es inconstitucional, no está obligado a aplicarla, pero habrá de plantear en ese caso la cuestión de inconstitucionalidad respecto de la misma».

Sin mencionarla expresamente, lo que el Tribunal Constitucional ha hecho en esta sentencia es aplicar la técnica de la conciliación sistemática. La doctrina tradicional proponía para las contradicciones normativas, en primer término, una conciliación sistemática que consistía en identificar unos supuestos de hecho en los que se aplicaba una de las normas en conflicto y otros supuestos en los que se aplicaba la otra norma. Así se salvaba la virtualidad de los dos preceptos en liza. Si no resultaba posible esta conciliación, se entendía que las normas contradictorias se anulaban mutuamente, se producía la laguna y entraban en juego para llenarla los principios generales. En la conciliación sistemática que ha hecho el Tribunal Constitucional en el conflicto entre el art. 117 —independencia judicial— y el art. 123 —superioridad del Tribunal Supremo—, prevalece en la generalidad de los casos el primero y, sólo excepcionalmente, en el caso del recurso de casación en interés de la ley, el segundo.

La independencia judicial opera como medio para conseguir la efectividad del principio de legalidad que, a su vez, es una técnica instrumental para la realización de los fines propios del Estado de Derecho. Con esta denominación, la de principio de legalidad, se incluye en la lista del art. 9.3 y la descripción de su contenido aparece en tres preceptos de distinta redacción pero coincidente sentido: el sometimiento al ordenamiento jurídico. Ésta es la expresa dicción del art. 9.1: los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. Acoge la Constitución la concepción ordinal del Derecho que ya había expuesto la Exposición de Motivos de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956: para valorar la conformidad o disconformidad a Derecho habrá que acudir al ordenamiento jurídico, pues «reconducirla simplemente a las leyes equivale a incurrir en un positivismo superado y olvidar que lo jurídico no se encierra y circunscribe a las disposiciones escritas, sino que se extiende a los principios y a la normatividad immanente en la naturaleza de las instituciones».

La versión del principio de legalidad, específica para la Administración, en el art. 103.1, señala que ésta actúa con sometimiento pleno a la ley y al Derecho. Un Derecho distinto de la ley ha de ser el integrado por los principios generales. ¿Por qué esta mención expresa de los principios para la Administración? Creo que viene a destacar que un amplio sector de la actuación administrativa, nece-

sario pero peligroso, como es el propio de las potestades discrecionales —donde la Administración puede decidir no algo impuesto por la ley, sino lo que estime oportuno—, ha de estar especialmente sometido a los principios generales, muy destacadamente al de la interdicción de la arbitrariedad.

La última de las versiones, la del art. 117, es la relativa al Poder judicial: los jueces y magistrados están sometidos únicamente al imperio de la ley. Esta dicción, la clásica expresión «el imperio de la ley», enlaza con el Preámbulo de la Constitución, que se refiere al imperio de la ley como expresión de la voluntad popular, lo que resulta coherente con el contenido del art. 117, que declara que la justicia emana del pueblo. En el sentir de la Constitución, la justicia emana del pueblo porque el juez aplica la voluntad popular. El sometimiento al imperio de la ley, por un lado, excluye la aplicación de la concepción personal de la justicia que tenga el juez, pero, por otro, no significa que el juez sea la boca que pronuncia las palabras de la ley. La posición del juez, como indica HECK, es la de una obediencia pensante.

Para Santi ROMANO, el ordenamiento jurídico es como un concierto musical. En un concierto, los sonidos proceden de diferentes instrumentos, nacen en distintas gargantas, pero al auditorio han de llegar en una unidad armónica. Si no aquello es un estrépito. En el ordenamiento jurídico conviven normas nacidas en diferentes épocas y obedientes a veces a distintas concepciones de la vida, pero el resultado de esa convivencia, no siempre fácil, ha de ser una sola solución para el caso planteado. Éste es el fundamento de la interpretación sistemática.

Y en esta línea, en alguna ocasión me he referido al principio de Arquímedes jurídico. En física se dice: todo cuerpo sumergido en un fluido experimenta un empuje vertical ascendente igual al peso del volumen que desaloja. Pues bien, en el terreno jurídico, teniendo en cuenta, por un lado, la entidad de los valores y principios constitucionales que inspiran el ordenamiento jurídico y, por otro, la calidad de la legislación motorizada en la que hoy vivimos, puede concluirse que toda norma, una vez que se inserta en el ordenamiento jurídico mediante su publicación, experimenta un perfeccionamiento directamente proporcional a su imperfección.

Y una última observación. He sido juez durante más de cincuenta años. Cuando empecé mi ejercicio profesional las noticias sobre decisiones judiciales aparecían en los periódicos raras veces y en las últimas páginas. Hoy son frecuentemente noticia de primera página, cada día más, a medida que surgen casos de corrupción. Y en este terreno ya se han planteado en la prensa cuestiones de deontología judicial.

Mucho se ha escrito sobre la ética judicial. Yo creo que el principio de legalidad ha de resolver, en general, todas las cuestiones que se planteen. La Constitución y las leyes establecen minuciosamente lo que el juez debe hacer —faz positiva— y el Código Penal y la larga lista de infracciones disciplinarias de la Ley Orgánica del Poder Judicial señalan lo que no debe hacer —faz negativa—. Si hubiera alguna duda, habría que acudir al famoso texto de Ulpiano: *quod natura omnia animalia docuit*. La razón natural del juez puede ser muy expresiva.

Hace años el Tribunal Supremo dictó una sentencia en la que razonaba sobre esta cuestión. Es la sentencia de 22 de mayo de 1989. La recuerdo bien, no sólo porque fui el ponente, sino porque la deliberamos en una cafetería: había habido amenaza de bomba y se había desalojado el Tribunal Supremo. El asunto, que entonces fue conocido como el caso del juez mosquetero, o D'Artagnan, era el siguiente. El Consejo General del Poder Judicial sancionó a un juez que, el día 17

de marzo de 1987, desarrollaba la actividad propia de su cargo de juez de Primera Instancia e Instrucción de Puerto del Rosario «vistiendo capa roja, calzón corto, medias blancas y sombrero de pluma, componiendo así un disfraz propio de las fiestas de Carnaval que, a la sazón, tenían lugar en la localidad», de suerte que de esta guisa «celebró la audiencia de dicho día» y se «desplazó sobre las trece horas al Hospital de Puerto del Rosario para celebrar en el contexto del juicio de interdicto de recobrar núm. 52/87 la confesión judicial del demandante».

El Tribunal Supremo hace un planteamiento sociológico, señala la finalidad de las exigencias propias del oficio del juez y proporciona un criterio. El caso había tenido mucha repercusión en los medios de comunicación y había producido estupor y repulsa en la comunidad, pues el atavío descrito evidenciaba una festiva disposición de ánimo incompatible con la entidad de las cuestiones que sus conciudadanos someten a la decisión del juez.

Y sobre esta base la sentencia reflexiona: la Constitución impone la publicidad de las actuaciones judiciales, en lo que ahora importa, para hacer viable el control público de la justicia y asegurar la confianza de la comunidad en los Tribunales, confianza que difícilmente puede obtenerse con un atuendo que en la conciencia social no expresa el debido respeto a la propia tarea, o lo que es lo mismo el respeto debido a los ciudadanos que tan gravemente pueden resultar afectados por las decisiones del juez.

En conclusión: las exigencias del principio de legalidad, plasmadas en una muy detallada regulación constitucional y en una frondosa legislación trazan claramente los comportamientos debidos o indebidos del juez. Y como criterio complementario para resolver cualquier duda entrará —versión de Ulpiano— la razón natural o —versión del Tribunal Supremo— el respeto debido al oficio judicial, es decir, a los ciudadanos.

Y estos son los tres preceptos que he querido recordar: el art. 10.1 porque la dignidad de la persona es el fundamento del ordenamiento jurídico, el art. 9.2 porque la consecución de que la libertad y de la igualdad sean reales y efectivas, y no meramente nominales, fija los fines del Estado social y democrático de Derecho y, finalmente, el art. 117 porque el juez es la garantía última del Estado de Derecho.

JAVIER DELGADO BARRIO: UN BUEN JUEZ*

Enrique ARNALDO ALCUBILLA

I

Para resumir en dos palabras la forma en que Javier DELGADO ha dedicado su vida al Derecho, no encuentro mejor forma de expresarlo que como un buen juez, adjetivación de su profesión que —recuerden— los norteamericanos aplicaron al autor de la Sentencia *Marbury v. Madison* de 1803, el buen juez MARSHALL. No es menos cierto que, también, como un juez bueno. Si en la primera forma calificamos sobre todo su cualidad de excepcional jurista dedicado a decir el Derecho aplicable a los miles de casos concretos que le han correspondido, en la segunda ahondamos en su, también excepcional, condición buena, que rememora el sueño del constituyente gaditano de hombre sabio y justo, equilibrado en el sentido de Ulpiano de dar a cada uno lo que le corresponde.

Aunque, objetivamente, el procesalista florentino Piero CALAMANDREI no tuvo la oportunidad de conocer a Javier DELGADO, estoy seguro de que hubiera podido inspirarse en él para escribir su espléndido elogio del juez hecho por un abogado, editado muy recientemente en España, en la Editorial Reus en concreto.

Javier DELGADO, en efecto, es la encarnación de los principios que rigen al buen juez: no solamente los inequívocos de la independencia y de la imparcialidad, sino los del equilibrio y la mesura, el compromiso obediente con la ley y con su conciencia, la honradez, la ausencia de todo deseo de protagonismo y estrellato, una buena formación técnica y, por supuesto, la idea vehemente de la justicia. En razón de ello, probablemente, Javier DELGADO hubiera sido un regular abogado, pero ha sido un espléndido juez, que es lo que quiso ser desde que concluyó sus estudios de Derecho en la entonces Universidad Central. Lo fue enseñada, allá

* Estas páginas se basan en la *laudatio* pronunciada el 9 de mayo de 2013 en el Salón de Grados de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, con motivo de la entrega del Premio «Una vida dedicada al Derecho» a Javier DELGADO BARRIO. El Premio le fue concedido por la Asociación de Antiguos Alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. El acto fue presidido por el Decano, Raúl CANOSA USERA.

por 1960, aunque, por esos azares de las convocatorias, primero ingresó, el año anterior, en el cuerpo de Secretarios Judiciales.

Tras su paso, por entonces de corta duración, por la Escuela Judicial empezó a trabajar en la que algunos llaman la trinchera, como Juez de Primera Instancia e Instrucción en su tierra amada de Navarra, concretamente en Aoiz y, salvo breves pasos por Viella y Estepona, en Navarra se quedó: primero en Tudela, en donde se casó con Mari Carmen, y después en Tafalla. Allí nacieron sus tres primeros hijos. Por entonces le llamó el gusanillo de la especialidad en lo contencioso-administrativo que había creado la espléndida, y aún hoy recordada, Ley de 1956, obra egregia de Manuel BALLBÉ (la exposición de motivos) y de Jesús GONZÁLEZ PÉREZ (el texto articulado), quien fuera uno de sus grandes maestros junto con Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA. «Empolló» los libros de ambos, como devoró también el *Tratado de Derecho Administrativo* de Fernando GARRIDO FALLA y los artículos de la *Revista de Administración Pública* editada por el Instituto de Estudios Políticos. Por cierto que el maestro GARRIDO FALLA le dedicó treinta años después el subrayadísimo y anotadísimo libro más o menos con estas palabras: «Para Javier Delgado, quien sabe mucho más que yo de mi propio libro».

A la primera, y por supuesto con el número uno, ingresó en 1974 en el selectísimo cuerpo de magistrados especialistas de lo contencioso-administrativo, conocidos como los West Point. Y lo hizo con unos pocos compañeros, entre los que quiero hacer mención especial de quien fuera su gran amigo, desgraciadamente fallecido, Ángel RODRÍGUEZ GARCÍA, quien ocupó durante más de diez años la Presidencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo y, como Javier, una cabeza jurídica privilegiada. Pero también he de citar a otros espléndidos juristas, compañeros de aquella promoción como Enrique CANCER LALANNE o el entonces jovencísimo Santiago MARTÍNEZ VARES, hoy magistrado del Tribunal Constitucional.

Como magistrado especialista, Javier DELGADO, pidió destino en la Audiencia Territorial de Burgos, en la que compartió sala con otros dos grandísimos magistrados y amigos del alma, Teófilo ORTEGA y Antonio NABAL. Como navarro de la Ribera (aunque nació, digamos accidentalmente, en Barbastro) soportó bien, durante doce años, los fríos burgaleses y disfrutó de los tranquilos paseos por el Espolón, muchas veces repasando los temas con alguno de sus opositores —tarea de preparación que compartía con otro enorme magistrado, Pepe MOYNA—, opositores que le recuerdan con la veneración del maestro. De todos hoy voy a citar sólo a dos, Jesús CALDERÓN y Felisa ATIENZA, ambos, por cierto, también destinados en lo contencioso-administrativo, en la Sala de dicho orden jurisdiccional de la Audiencia Nacional.

II

En Burgos estuvo Javier doce años, interrumpidos dos, entre 1984 y 1985, en que formó parte como vocal del Consejo General del Poder Judicial presidido por otro extraordinario jurista, Federico Carlos SAINZ DE ROBLES. Javier fue vocal elegido por sus compañeros magistrados, sistema de designación que, si me permiten la expresión, «se cargó» la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 que optó por la parlamentarización del órgano de gobierno del Poder Judicial mutando así la letra y el espíritu del art. 122 de la Constitución, mutación, por cierto, que sigue viva tras la última (y enésima) reforma de la LOPJ. Aquel Consejo ejemplar defendió nuestra Carta Magna frente a la inconstitucional reforma, con el único medio a su alcance, el conflicto constitucional de competencias, pero se estrelló con el

Tribunal Constitucional que bendijo el nuevo modelo con pasmosa ingenuidad y con no poca deferencia sumisa al legislador¹.

¹ Años después, a raíz de la Recomendación R (94) 12 del Comité de Ministros del Consejo de Europa escribí (*ABC* del 16 de abril de 1999): «La elección del Consejo General del Poder Judicial sigue siendo una cuestión sin resolver y, por tanto, continúa en el centro del debate en España. El cuadro de la organización constitucional española aún no se ha cerrado por cuanto sigue pendiente encontrar la respuesta adecuada al sistema de elección del órgano de gobierno del Poder Judicial; y continuará abierto en tanto no se alcance aquélla con un suficiente nivel de acuerdo entre los grupos políticos.

Se ha reiterado hasta la saciedad, y con razón, que la parlamentarización plena de la elección del Consejo General del Poder Judicial alteró el modelo que la Constitución de 1978 diseñó para este órgano, y resulta suficiente con la remisión a los debates constituyentes, y, por todas a la intervención del diputado señor Peces-Barba Martínez: “Que los doce elegidos por jueces y magistrados lo sean en las diversas categorías judiciales [...] [lo que] supone que va a abrirse el Colegio Electoral —ésa es al menos, la interpretación de los socialistas— a todos los miembros, jueces y magistrados, y que también serán elegibles todos los jueces y magistrados”. El Tribunal Constitucional, en la Sentencia de 29 de julio de 1986, no santificó la opción de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, aunque, tras vislumbrar con acierto los riesgos que comportaba, se inclinó por la conocida como doctrina de la deferencia al legislador, y, en consecuencia, salvó su constitucionalidad aunque sin dejar de expresar algunas admoniciones bien intencionadas para evitar que el Consejo General del Poder Judicial fuera mero trasunto del Parlamento (“Se corre el riesgo de frustrar la finalidad de la Norma Constitucional si las Cámaras olvidan el objeto perseguido y, actuando con criterios admisibles en otros terrenos, pero no en éste, atienden sólo a la división de fuerzas existentes en su propio seno y distribuyen los puestos a cubrir entre los distintos partidos, en proporción a la fuerza parlamentaria de éstos. La Lógica del Estado departidos empuja a actuaciones de este género, pero esa misma lógica obliga a mantener al margen de la lucha de partidos ciertos ámbitos de poder y, entre ellos, y señaladamente, el Poder Judicial”). De la referida sentencia me interesa subrayar que ninguna consideración desliza y ninguna apoyatura otorga a la tesis de que la única fuente de legitimación democrática del Consejo General del Poder Judicial es la que resulta de la elección parlamentaria de la totalidad de sus miembros, más aún cuando la Constitución dibujó un órgano en el que confluían dos fuentes complementarias de legitimación democrática: la derivada de la elección de los jueces por sus pares y la que es fruto de la elección por las Cortes Generales de los juristas que completan su composición.

En este punto, la Constitución española de 1978 no se separaba un ápice del marco común de las Constituciones europeas en las que la nuestra se inspiró. Tanto la francesa de 1958, que se mantiene a la reforma de 1993, como la italiana de 1947, como la portuguesa de 1976, reflejan nítidamente la suma de legitimidades para un órgano que, no olvidemos, no es de naturaleza política sino de garantía de la independencia judicial, a cuyo efecto se sustraen del Poder Ejecutivo las competencias que tradicionalmente tenía encomendadas en relación con el estatuto jurídico de los jueces y magistrados. En efecto, las Constituciones de los Estados citados —en proyecto la de Bélgica— establecen que los jueces que integran el que en ellas se denomina Consejo Superior de la Magistratura con elegidos por y entre ellos, bien de acuerdo con un sistema de representación proporcional en un Colegio único nacional (Italia y Portugal), bien por las asambleas de los jueces de las diferentes categorías aplicando el principio mayoritario (Francia). La solución de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 en pro del modelo parlamentario de elección de todos sus miembros, incluidos los provenientes de la carrera judicial, es, pues, exclusiva de nuestro país; carece tanto de precedentes como de parangón en el Derecho Comparado, incluso en el iberoamericano en el que —en Argentina, México, Costa Rica o Colombia, entre otros países— se abre paso la institucionalización de Consejos de la Magistratura, pero en los que se respeta el principio de elección de los jueces por sus pares.

Hasta aquí, en esencia nada novedoso para el lector que sobradamente conoce la alteración de la dicción constitucional española por el legislador ordinario y está suficientemente al corriente de los orígenes de tal mutación y de sus consecuencias. Sin embargo, la siempre difícil defensa de la parlamentarización de la elección del órgano de gobierno del Poder Judicial se ha encontrado con un nuevo embate probablemente ya definitivo, a través de la Carta Europea sobre el estatuto de los jueces, aprobada por unanimidad en la reunión multilateral organizada por el Consejo de Europa en julio de 1998. Tras invocar el art. 6 de la Convención para la salvaguarda de los derechos del hombre y las libertades fundamentales de 1950, los principios fundamentales sobre la independencia de la magistratura aprobados por la Asamblea General de la ONU en 1985 y la Recomendación número R (94) 12 del Comité de Ministros de los Estados miembros del Consejo de Europa sobre la independencia y el papel de los jueces, adopta unas reglas y principios comunes para la mejor garantía en el Estado democrático de Derecho de la independencia y de la imparcialidad de los jueces.

En el primero de los capítulos enuncia los aspectos más sensibles para la independencia y la imparcialidad de los jueces y afirma que “para toda decisión que afecte a la selección, reclutamiento, nombramiento, desarrollo de la carrera o cese en las funciones de un juez o de una juez, el estatuto pre-

Pero no todo fueron lodos, el nuevo Consejo, de íntegra extracción parlamentaria, elegido en 1986, y presidido por quien fuera su profesor de Derecho civil, Antonio HERNÁNDEZ GIL, nombró a Javier DELGADO magistrado de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, bien es verdad que en riguroso respeto del principio escalafonal de la escalilla de especialistas. Allí transcurrieron probablemente los años más intensos y jurídicamente más fecundos, en la Sección Quinta de la Sala, la que tenía la competencia en materia de urbanismo, Sección que Javier presidió y en la que compartió tantísimas deliberaciones (y algunos cafés) con Mariano DE ORO-PULIDO, Jaime BARRIO o Juan GARCÍA RAMOS, entre otros, compañeros y sin embargo amigos a los que habría que sumar a Juan Manuel SANZ BAYÓN, Marcelino MURILLO, Pedro YAGÜE o Ricardo ENRÍQUEZ (hoy también en el Tribunal Constitucional).

Javier DELGADO marca un antes y un después en el Derecho urbanístico español. La jurisprudencia que emanó de su Sección, y que aún pervive, ha permitido sujetar a límites estrechos la discrecionalidad del planteamiento urbanístico. El punto del que partió hoy nos parece tan sencillo como indubitado: al amplio margen de discrecionalidad del autor del plan de urbanismo se debe corresponder necesariamente un no menos amplio ámbito de control jurisdiccional. Son muchísimas las sentencias que llevan su pluma, consolidando aquella doctrina que se resumía en aquella expresión mayestática del «genio expansivo del Estado de Derecho». Fue, en fin, capaz de exponer magistralmente su innovadora doctrina en un libro publicado en 1993 por Cívitas precisamente con el título indicado: «El control de la discrecionalidad del planeamiento urbanístico».

Javier DELGADO y la Sección Quinta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo se siente particularmente orgullosa de haber dado nombre a una plaza de Madrid, concretamente del barrio de Orcasitas: la «Plaza de la Memoria Vinculante». Nada que ver, por supuesto, con la olvidable memoria histórica ni con la rememoración de las raíces de quienes abandonaron su tierra para buscar trabajo, sino que el nombre de la plaza evoca la Memoria del Plan de Urbanismo, como remarcó GARCÍA DE ENTERRÍA en un artículo en el que pone de relieve que, en efecto, la Memoria obliga, efectivamente al Plan. Gracias a esa efectiva vinculación pudo precisamente prosperar la pretensión de los cooperativistas.

III

A Javier DELGADO nunca le ha tocado la lotería, pero el azar —que decían los griegos es la voz de dios— le hizo formar parte de la Junta Electoral Central allá

vé la intervención de una instancia independiente del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo de la que habrán de formar parte, al menos en su mitad, jueces elegidos por sus pares, conforme a un procedimiento que garantice la más amplia representación de los mismos". Sobran muchos más comentarios. En el seno del Consejo de Europa, de la institución europea que desde su constitución tras la Segunda Guerra Mundial ha ido definiendo los estándares de libertad y de protección de la libertad como marco común de los Estados europeos, se ha convenido en que el órgano extrapoderes al que se encomienda la garantía de la independencia de los jueces y magistrados ha de estar formado al menos en su mitad por miembros de la carrera judicial elegidos por ellos mismos con la recomendación de que la elección se rija por un sistema proporcional.

La Carta Europea sobre el estatuto de los jueces carece de valor jurídico y, por ende, de jurídica vinculatoriedad, pero su fuerza deriva, como expresa el preámbulo, de "la pertinencia y de la fuerza que sus autores han otorgado a su contenido. El conocimiento de su contenido y la amplia difusión de la Carta son elementos esenciales para que la dinámica de progreso que marca se concrete". ¿Seguiremos siendo una excepción?».

Pues sí, lo seguimos siendo.

por el año 1991. Como saben, la Ley Electoral establece que los ocho vocales judiciales han de ser magistrados del Tribunal Supremo, elegidos por sorteo entre todos ellos por el Consejo General del Poder Judicial. De aquella Junta Electoral Central fue vicepresidente. Allí fue donde tuve el honor de conocerle pues me ocupaba por entonces, como letrado de las Cortes Generales, de la Secretaría de la Junta con mi compañero Ramón ENTRENA. Allí fue donde recibí sus primeras lecciones sobre la forma de acercamiento a los problemas jurídicos, definiendo claramente los ámbitos de certeza positiva y negativa y afrontando con arreglo a los principios las zonas de penumbra y oscuridad. Sólo así aparece la respuesta para cualquier controversia jurídica, sea en relación con la campaña electoral o con la regularidad del proceso de emisión del voto por correo, sea en relación con la determinación del justiprecio o con el alcance de las cláusulas de un contrato de suministros.

Algunos años después, en abril de 1995, Javier DELGADO fue elegido con amplísimo respaldo del Consejo General del Poder Judicial, como magistrado del Tribunal Constitucional por entonces presidido por Álvaro RODRÍGUEZ BERELJO. Pero disfrutó poco su tiempo de despacho de Doménico Scarlatti pues a los catorce meses, en plena calima del mes de julio de 1996, el nuevo Consejo General del Poder Judicial le eligió por unanimidad como presidente del Tribunal Supremo y del propio Consejo. Y esta vez tuve el honor (otra vez el honor) de darle mi modesto voto y a partir de entonces y durante cinco años, de colaborar estrechamente con él en tantas historias e historietas que surgieron en aquel Consejo. Recuerdo su primer discurso de apertura del año judicial «La transparencia de la Justicia», respuesta necesaria ante la crisis de confianza en la Justicia que, por entonces, aparecía recurrentemente con la peor de las calificaciones en las encuestas. Aquel discurso anticipó un programa que después se plasmaría en el Libro Blanco de la Justicia, del que han bebido y siguen bebiendo las sucesivas, y nunca acabadas, reformas de la Administración de Justicia. El Pacto de Estado, que se suscribió el último año del mandato de aquel Consejo, fue una luz cenital y la demostración de que el llamamiento constante al consenso entre las grandes formaciones políticas constituía el único camino seguro para situar la Administración de Justicia en igualdad de condiciones con los medios y dotaciones de los otros poderes del Estado, solventando así su deprimente déficit histórico. Alguien ha escrito que, en la valoración de la carrera judicial, fue el mejor de los seis Consejos, al nivel del primero de SAINZ DE ROBLES, pero no debemos dejarnos arrastrar por la inmodestia, ¿verdad Javier? Nunca has caído en ese pecado por el que se arrastran tantos mediocres.

No me resisto, y me disculparán, a reproducir el artículo que el 15 de septiembre de 1998 publiqué en *ABC* con el título de «Javier Delgado, en la apertura del año judicial», en el que hacia balance de los dos primeros años del Consejo General del Poder Judicial instituido en torno al programa que él trazó. Decía así:

«Suenan todavía hoy los ecos del mensaje de Su Majestad el Rey en la Navidad pasada: “El buen funcionamiento de la Justicia”, su “independencia” y su “eficacia”, que a todos nos preocupan, son absolutamente esenciales en un “Estado de Derecho”. Sé que los poderes del Estado son conscientes de la trascendencia de esta cuestión y tengo la seguridad de que no permanecen inactivos ante ella. Corresponde a los jueces “aplicar e interpretar el Derecho”. Esta noble tarea, que exige fortaleza, dedicación, limpieza de miras y sentido del deber, debe ser “apoyada por todos”, como una forma de contribuir al buen desarrollo de “uno de los pilares de la democracia”. Hoy, Su Majestad el Rey presidirá el solemne acto de apertura del año judicial en la sede del Tribunal Supremo, en la que, sin duda, se recordarán sus palabras de identificación con la causa de la Justicia

como basamento esencial del Estado democrático de Derecho que los españoles hemos constituido en 1978.

Conforme a una tradición más que centenaria, tras la presentación de la Memoria por el Fiscal General, interviene el Presidente del Tribunal Supremo, que lo es del Consejo General del Poder Judicial, quien da lectura al más importante discurso del año sobre el estado de la Justicia. Como los dos anteriores, se espera con singular atención el que hoy pronunciará Javier Delgado Barrio, primer Presidente que, tras ser elegido por unanimidad por el Consejo General del Poder Judicial, vivió la ruptura del riguroso protocolo judicial al recibir un espontáneo pero unánime y cerrado aplauso el día de su toma de posesión como máxima autoridad judicial de España. Su carácter mesurado, su rigor jurídico o, si se quiere, su talento y la profundidad de sus conocimientos jurídicos hacen de Javier Delgado la encarnación del Magistrado egregio y respetado, del jurista de meritado prestigio largamente acreditado, del *"iures prudens"*, en el que la carrera judicial encuentra su espejo.

En su primer discurso de apertura del año judicial, el de 1996, y con el sugerente título de "La transparencia de la Justicia", Javier Delgado enunció el propósito de elaborar un Libro Blanco sobre la Justicia con el objetivo de identificar los puntos negros determinantes de la lentitud procesal, su verdadera obsesión por cuanto el art. 24.1 de la Constitución reclama de la tutela judicial que sea efectiva y, por tanto, "viable sin dilaciones indebidas y dentro del plazo razonable al que se refiere el art. 6.1 del Convenio Europeo, pues sólo así será realmente efectiva la tutela judicial a la que tienen derecho los ciudadanos". La publicidad, es decir, la transparencia de la Justicia ocupa una posición institucional en el Estado de Derecho que "la convierte en una de las condiciones de la legitimidad constitucional del Poder Judicial" y que exige necesariamente la motivación de la sentencia y su publicación, con lo que concluye "el ciclo de la transparencia para abrir ya el de la valoración de la sentencia motivada [...]; innecesario parece advertir que, respecto de una sentencia motivada cabe esperar una crítica razonada: ese diálogo entre la sentencia y la crítica ha de estar sometido a una exigencia lógica de homogeneidad, es decir, se trata de oponer razones a razones".

En "El Poder de los jueces", discurso de 1997, Javier Delgado se preguntó por qué el Poder Judicial ha pasado al primer plano de actualidad y encontró la respuesta de inmediato en "la ampliación y extensión de los cometidos confiados a los jueces, sin olvidar el especial interés que suscitan algunos procesos". El juez, por un lado, ya no es la boca de la Ley, sino la boca del Derecho entendido desde una concepción ordinamental en la que "tan destacada misión corresponde a los principios generales". Por otro lado, la ampliación de la intervención pública ha originado un extraordinario crecimiento del ordenamiento jurídico pues "el Estado de Derecho ha de actuar jurídicamente, es decir, con sometimiento al Derecho". Y en este marco "no hay Derecho sin juez: hasta allí donde alcanza el Derecho debe llegar el escrutinio judicial", a lo que se añade la condición de derecho fundamental de la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos del ciudadano, "cualquiera" que sea la lesión o el sujeto que la cause. En apretada síntesis, un valor permanente en la exposición de Javier Delgado, concluye que la Constitución ha querido "dejar terminantemente claro que el judicial es un auténtico poder; [...] un poder sujeto al ordenamiento jurídico y muy concretamente a unas normas procesales que ha sido cuidadosamente constitucionalizadas", que no amenaza el equilibrio constitucionalmente dibujado pues su función constitucional no es sino la de garantizar el imperio de la ley, "imponer el gobierno del Derecho".

Hoy, sin duda, el Presidente Javier Delgado continuará desgranando la posición del Poder Judicial en el Estado del Derecho y demandando su plena afirmación como poder del Estado con el fin de que pueda asegurar eficazmente (su permanente preocupación) el imperio de la Ley, al que están plenamente sujetos los Jueces y Magistrados. Esta toma de posición supone, ni más ni menos, la reafirmación de uno de los valores primordiales en que la Constitución de 1978 se funda: al Poder Judicial corresponde establecer de manera imperativa qué es el Derecho, decir el Derecho en una controversia o conflicto de intereses, asegurar en definitiva la plena efectividad del Estado de Derecho, del imperio de la Ley, como expresión legítima de su volun-

tad popular. Cuando se cumplen veinte años de vida activa y sana de la Constitución, que proclama y eleva a la categoría de derecho fundamental el derecho a la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos de todos, como derecho estrella que ilumina todo nuestro firmamento jurídico, el Poder Judicial, como ningún otro de los poderes del Estado, ha levantado en la ciudadanía una profunda expectativa de adecuada consolidación en el sistema político-institucional, en cuanto poder de garantía y de realización de la idea de justicia —que es la esencia del hombre, de lo que eso debería ser— plasmada en nuestro ordenamiento normativo, al que están sujetos los ciudadanos y los poderes públicos.

Ha escrito el magistrado y profesor Jiménez de Parga, con su habitual agudeza, que vivimos en una sociedad en la que se percibe una cierta insatisfacción y ello no quiere decir que se quiera un sistema distinto del democrático sino una democracia organizada con reglas actualizadas que encajen perfectamente en la realidad compleja de finales del siglo xx. Si trasladamos esta consideración a la Justicia, es cierto que hoy en la sociedad española (como, en general, en la europea) se manifiesta una relativa insatisfacción —traducida en una poco fotogénica imagen, como tantas veces ha recordado Javier Delgado—, pero sin perjuicio de una serie de acciones públicas de dotación de medios personales y materiales y de racionalización procesal para garantizar la efectividad (de nuevo) de la tutela judicial, ante la misma ha de renovarse con plenitud la confianza en el Poder Judicial pues —como decía Luhmann— la confianza en la Justicia es tal imprescindible en una sociedad como la confianza en el valor de cambio del dinero. Si hoy, como ha expresado Javier Delgado, los ciudadanos, “han vuelto la vista a los jueces en demanda de una tutela especialmente necesaria frente a un Estado omnipresente y a una sociedad compleja” que expresa su “sed de derechos”, debe reiterarse la confianza en el Poder Judicial como lo hacía Otto Bachoff en su famoso discurso “Jueces y Constitución”: el mayor rigor en la exigencia social hacia el juez es “muestra de las grandes esperanzas puestas en el juez, antes bien para confirmarlas que para rechazarlas”.

Al servicio de esta esperanza, que no es otra que la del imperio del Derecho, y desde la plena independencia —de las partes, sí, pero también del poder y de la popularidad, como decía un juez norteamericano en 1801, o de cualquier protagonismo, diríamos hoy— se entregan los tres mil quinientos jueces y magistrados españoles que conforman el Poder Judicial, que no es un poder supremo o superior a los demás —lo que conduciría a un indeseable “gobierno de los jueces”— pero tampoco inferior o subordinado a ellos, pues su única subordinación es a la Constitución y a la Ley cuya vigencia aseguran. Como le gusta decir al juez Delgado Barrio, de la mano de Philip Heck, la relación del juez con la ley es de “obediencia pensante”; de obediencia en cuanto exige lealtad al ordenamiento jurídico (cuando se habla del modelo de juez se olvida que no hay otro que el juez constitucional, pensante en cuanto resulta imprescindible una reflexión que construya la solución más adecuada para hacer efectivo el modelo de convivencia que traza el ordenamiento jurídico. Este sometimiento pleno al Derecho cobra su pleno sentido —como confirma García de Enterría— en cuanto implica una sumisión plena al juez, que es elemento indispensable para que cualquier Derecho pueda ser eficaz».

IV

Al concluir aquel Consejo, la razón —que tan pocas veces triunfa— se impuso y Javier DELGADO volvió al Tribunal Constitucional. Nadie puso en duda su reconocido prestigio, aunque esta combinación de palabras ha encontrado tan malos servidores que es conveniente cruzar los dedos o santiguarse antes de su pronunciamiento. Y allí ha estado, Javier, más tiempo de la cuenta, casi once años seguidos, lo que supuso un indubitado incumplimiento del plazo constitucionalmente establecido que él denunció por todos los medios a su alcance. En esa casa terminó hace un par de años su vida profesional.

No más tarde de las 9 de la mañana, después —normalmente— de un paseo por el Monte de El Pardo, llegaba a su despacho, como cuenta su letrado Chema RODRÍGUEZ SANTIAGO. Se sentaba delante de las carpetas con las actuaciones correspondientes. Parecía que, durante las dos primeras horas del día, se comía el caso. Allá por las 11 se separaba de la mesa y se sentaba en el sillón sin un papel ni nada para escribir. Sólo a pensar, como creando la distancia adecuada para ver el conjunto acertadamente. Después de un rato, más o menos largo, de reflexión sosegada y serena —todo lo más, alterada por ese café con galletas— volvía a la mesa y escribía a mano, con un rotulador rojo, algunos párrafos (casi siempre cortos, en los que estaban todas las palabras necesarias y en los que no era dable encontrar ninguna superflua). Esos párrafos eran muchas veces, la ratio *decidendi* del asunto y, como tales veían la luz en el *BOE*. La Sala o el Pleno podían añadir más citas de la jurisprudencia anterior pero raramente podían mejorar la expresión del criterio decisivo y determinante del caso.

Es cierto que, en no pocas ocasiones, esos párrafos se convertían en voto particular, como el que formuló a la sentencia sobre el Estatuto de Cataluña. Como bien saben, una cosa es tener razón y otra que te la den... tus compañeros. Algunos de sus votos particulares, pues no sólo suscribió ese, son egregios, de los que sacan los colores a la mayoría.

Tengo que terminar, y sólo con una frase. Como al principio, he de volver a resumir la categoría del personaje Javier DELGADO como un hombre extraordinario y un excepcional jurista, probablemente irrepetible. Somos muchos los que hemos de rendirnos ante tantas de sus enseñanzas, entre las que sus discípulos atesoramos una: la búsqueda de la solución de las controversias a partir de los principios generales. Como el molinero de Potsdam podemos seguir confiando en que «aún quedan jueces» en España.

PARTE I

EL CONTROL JUDICIAL DEL PODER

ALGUNAS SENTENCIAS IMPORTANTES DE JAVIER DELGADO BARRIO, JUEZ DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

Tomás-Ramón FERNÁNDEZ

1. UNA EXPLICACIÓN PREVIA

Javier DELGADO BARRIO ha sido un gran juez de lo contencioso-administrativo y también un gran juez constitucional, pero yo me quedo con lo primero, no sólo porque me resulte más afín, sino también porque creo que la huella de su paso por la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha sido mucho más honda y resulta también mucho más visible.

Conocí a Javier DELGADO en Burgos, hace ya muchos años, cuando apenas estaba dando sus primeros pasos lo que luego pasó a la Historia como la Transición, así con mayúsculas. Yo había ido a mi ciudad natal a dar una conferencia, que, me acuerdo bien, tuvo lugar en la Casa de la Cultura. Allí estaban en primera fila los tres magistrados que componían entonces la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la vieja Audiencia Territorial, la mejor, sin duda, de España en aquel momento: Javier DELGADO BARRIO, que era el especialista, Antonio NABAL RECIO, ya fallecido, que sería luego director general de Justicia y uno de los artífices de la creación de los actuales Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, tan denostados inicialmente como eficaces hoy, y Teófilo ORTEGA, que más adelante ocuparía la Presidencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, antes de pasar a la Sala Primera del Tribunal Supremo en la que completó su brillante carrera.

A partir de ese primer encuentro, que ya marcó nuestra relación, tuvimos ocasión de coincidir muchas veces, especialmente en los años en que formó parte del primer Consejo General del Poder Judicial que presidió Federico Carlos SAINZ DE ROBLES, otro gran amigo lamentablemente perdido, periodo éste que consolidó nuestra amistad, ya que la proximidad de la entonces sede del Consejo a mi domicilio facilitó que pudiéramos disfrutar en casa de su compañía en un buen número de ocasiones.

Recuerdo esto no sólo porque me es muy grato, sino también porque contribuye a explicar lo que pretendo decir a continuación.

No creo equivocarme en absoluto si digo que, a pesar de nuestras diferentes trayectorias, él como juez y yo como profesor de Derecho y abogado, sintonizamos muy pronto y muy bien y, aunque no hablábamos de Derecho cuando nos encontrábamos, ambos percibimos desde el primer momento que teníamos un modo de entenderlo y de sentirlo muy semejante.

Esto explica, repito, el tráfico de sentencias al que voy a referirme y la utilización de las mismas en mis escritos y en mis libros. Y es que, en efecto, cuando Javier DELGADO pasó a la Sala Tercera del Tribunal Supremo y especialmente cuando ocupó la Presidencia de la Sección competente en materia de urbanismo adoptó la costumbre de enviarme las sentencias de las que era ponente que consideraba significativas.

Tengo delante en este momento un buen número de ellas, en algunas de las cuales figura en su cabecera, escrita de su mano, una esquemática referencia al tema tratado: «Discrecionalidad planeamiento. Arbitrariedad y desigualdad» dice una de 22 de diciembre de 1990; «Interdicción arbitrariedad poderes públicos. Competencia autonómica», dice a su vez, otra de 18 de mayo de 1992; «Discrecionalidad. Memoria del Plan. Motivación», la de 9 de julio de 1991. En las remitidas con anterioridad, a fines de los «ochenta», era un poco más explícito y acompañaba el texto con una nota, escueta, pero expresiva, en la que indicaba no sólo el tema de la sentencia, sino también la página de mi *Manual de Derecho Urbanístico* en la que ese tema era tratado.

Así, la Sentencia de 15 de abril de 1988 me llegó con una referencia a la «suspensión del otorgamiento de licencias» y a las «licencias solicitadas con anterioridad a la suspensión» indicando las páginas 85 y 86 del *Manual*. La nota que acompañaba a la Sentencia de 2 de febrero de 1989 me advertía sobre la necesidad de «actualizar jurisprudencia sobre la naturaleza jurídica de la licencia» e indicaba la página 199. Otras me llegaron sin indicación alguna, probablemente porque en las circunstancias del momento no era necesario hacer ninguna.

Pues bien, a estas sentencias quiero referirme aquí porque todas ellas constituyen un hito en la evolución de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, que ha desarrollado a partir de ellas una sólida doctrina.

2. TRES SENTENCIAS SOBRE LAS LICENCIAS URBANÍSTICAS

Las tres sentencias de finales de los «ochenta» a las que acabo de aludir se refieren a las licencias urbanísticas. Las tres son muy importantes por la doctrina que establecen, que se mantiene desde entonces.

La de 15 de abril de 1988 confirma en apelación una Sentencia de la Sala de la jurisdicción de la Audiencia Territorial de Granada que había anulado una licencia de construcción de veinte viviendas otorgada por el Ayuntamiento de Málaga porque el otorgamiento se produjo cuando ya se había dispuesto la suspensión de licencias en la zona a resultas de la aprobación inicial de un nuevo planeamiento que ordenaba dicha zona de forma diferente.

La Sentencia de 15 de abril de 1988 acepta, por supuesto, la doctrina general que la apelada aplica, dados los términos del art. 121.1 del Reglamento de Planeamiento Urbanístico que dispone expresamente la interrupción del procedimiento para las solicitudes de licencia presentadas con anterioridad a la fecha de adopción de la medida de suspensión.

No se conforma con ello, sin embargo, porque si bien entiende que «esta extensión de los efectos de la suspensión es la que demanda el interés público»,

advierte a continuación que «la entraña misma del Derecho administrativo es la de una armonización de las exigencias de aquel interés y la de la garantía del administrado», lo que la lleva a comprobar si el citado art. 121 del Reglamento de Planeamiento es compatible y en qué términos con el art. 9 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales y con la regulación que éste contiene del procedimiento de otorgamiento de licencias y, en particular, del silencio positivo que es pieza esencial del mismo y ello porque —dice— «el ordenamiento jurídico constituye una unidad y por ello los preceptos que le dan expresión no pueden ser interpretados aisladamente: han de ponerse en relación con las demás normas que con ellos conviven —éste es el “contexto” al que se refiere el art. 3.1 del Título Preliminar del Código Civil—».

Establecido así con sencillez, pero con absoluta claridad, el punto de partida, la sentencia precisa que, siendo la licencia un acto declarativo de derechos, la regla general del art. 121 del Reglamento de Planeamiento «ha de encontrar excepción en aquellos casos en los que el juego del silencio positivo haya dado lugar a la obtención de la licencia, pues no puede atribuirse a la suspensión virtualidad bastante para revocar actos declarativos de derechos».

Por otra parte —añade—, dado que la Administración tiene el deber de resolver las peticiones que se le dirigen, «habrá de excluir también del ámbito de los efectos previstos en el art. 121.1 del Reglamento de Planeamiento los supuestos en los que en el momento de la publicación de la suspensión haya transcurrido ya el lapso de tiempo necesario para que se produzca el silencio positivo, aunque no se haya formulado la denuncia de la mora», ya que «puede ocurrir que el administrado, confiando en que la Administración cumplirá dicho deber, se haya abstenido» de formular dicha denuncia. «No sería razonable hacer de peor condición a este administrado confiado que al más avisado que formuló aquella denuncia», remacha.

La sentencia confirma finalmente la nulidad de la licencia que había declarado el Tribunal de Primera Instancia, pero lo hace tras comprobar, mediante diligencia acordada para mejor proveer que la licencia había sido solicitada antes, ciertamente, de la publicación de la suspensión del otorgamiento de licencias, pero en un momento en el que todavía no había podido producirse el efecto positivo del silencio, por lo que la regla general del art. 121 del Reglamento de Planeamiento no podía ser exceptuada.

La sentencia es muy característica y retrata muy bien a su autor. Es exigente porque no se conforma con hacer justicia, sino que se esfuerza en hacerla del mejor modo posible, afinando al máximo la argumentación. Es clara y sobria en extremo. No le falta nada y tampoco le sobra. No hay lugar en ella par mostrar una erudición que es rigurosamente innecesaria en una resolución judicial, ni tampoco para la cita, también innecesaria las más de las veces, de un largo rosario de sentencias más o menos parecidas. Es sencillamente un juicio, que es de lo que se trata, razonado eso sí con precisión y firmeza.

La Sentencia de 7 de noviembre de 1988 es muy importante porque acierta a ver lo que nadie antes había visto, a saber: que el acuerdo de suspensión del otorgamiento de licencias tiene sustancia normativa, por lo que es posible su impugnación indirecta a través de sus actos de aplicación.

El razonamiento de la sentencia es también limpio y claro. Es cierto —dice— que el recurso indirecto es una técnica típica de impugnación de las disposiciones generales y que la suspensión del otorgamiento de licencias está incluida por el texto legal entre los «actos» preparatorios de la formación y aprobación de los pla-

nes, «pero, aún así —añade—, la íntima conexión del acuerdo de suspensión con éstos, de clara naturaleza normativa, permite aplicar a la suspensión la técnica de la impugnación indirecta».

Por si no basta con destacar esa «íntima conexión», la sentencia precisa a continuación en qué consiste ésta y lo hace con toda naturalidad en unos términos difícilmente rebatibles en su elementalidad: «La suspensión aparece como un escalón intermedio entre dos ordenaciones —la vigente y la en estudio— y por tanto íntimamente ligada a ambas, pues para proteger la futura determina temporalmente la inaplicación de la actual, lo que explica que en alguna medida se le aplique el régimen jurídico propio de los Planes, de cuya naturaleza normativa no puede dudarse». Y sigue: «El acuerdo de suspensión no anticipa los efectos del planeamiento en estudio, sino que operando sobre la ordenación vigente erige un obstáculo —temporal y espacialmente limitado— a la aplicabilidad de ésta, de suerte que cada vez que se paraliza la tramitación de una licencia concreta se está produciendo una inaplicación de la ordenación en vigor o lo que es lo mismo está operando el obstáculo provocado por la suspensión la cual así pues tiene la generalidad propia de la ordenación inaplicada».

«Es lo cierto —concluye— que la suspensión de licencias opera en la vida práctica afectando decisivamente a la virtualidad del ordenamiento urbanístico y así las cosas frente a una posible firmeza del acuerdo de suspensión el ordenamiento jurídico necesariamente ha de permitir la reacción que implica la impugnación indirecta».

Los que niegan a la jurisprudencia su capacidad creadora de reglas nuevas tienen aquí un buen ejemplo, un ejemplo excepcional de que tal cosa es posible, de que es necesaria y también de que está plenamente justificada cuando se hace como esta sentencia lo ha hecho.

La Sentencia de 2 de febrero de 1989 no es tan novedosa como las anteriores, porque, como ella misma advierte en su fundamento jurídico primero, se limita a aplicar a los datos de hecho del supuesto litigioso la doctrina ya establecida por la propia Sala sobre la ordenación aplicable a las solicitudes de licencia cuando se produce un cambio del planeamiento con anterioridad a la resolución («la del momento de la resolución si ésta se dicta dentro del plazo previsto en el art. 9 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, con lo que se atiende a la cristalización más reciente de las demandas del interés público urbanístico, y la del momento de la solicitud si la decisión se produce fuera de aquel plazo, con lo que se garantiza al administrado frente a las consecuencias de una dilación administrativa dado que ningún perjuicio debe sufrir aquél como consecuencia de que la Administración vulnere los plazos legales para resolver las peticiones de licencias»), sobre los efectos interruptivos del acuerdo de suspensión del otorgamiento de licencias sobre las solicitudes presentadas con anterioridad (que tiene las excepciones establecidas por la Sentencia de 15 de abril de 1988 a la que más atrás se ha hecho referencia) y sobre las *condiciones iuris*, que pueden introducirse para evitar la denegación de la licencia mediante la incorporación a ésta de exigencias derivadas del ordenamiento vigente que, sin embargo, no aparecían en la petición formulada por el administrado.

Estas condiciones, dice el fundamento jurídico cuarto, «deben ser introducidas por virtud de las exigencias del principio de proporcionalidad —arts. 6 del Reglamento de Servicios y hoy 84.2 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local 7/1985, de 2 de abril— cuando la acomodación de la petición a la legalidad aplicable resulte posible con facilidad y sin alterar sustancialmente la actuación pretendida —Sentencia de 21 de abril de 1987—».