



**UNIVERSIDAD DE MURCIA**  
**ESCUELA INTERNACIONAL DE DOCTORADO**

TESIS DOCTORAL

El poder del Derecho o el Derecho del poder: las consecuencias en el  
Derecho Administrativo y en el orden jurisdiccional contencioso-  
administrativo

**D. Mercenario Villalba Lava**

2023





**UNIVERSIDAD DE MURCIA**  
**ESCUELA INTERNACIONAL DE DOCTORADO**

**TESIS DOCTORAL**

El poder del Derecho o el Derecho del poder: las consecuencias en el  
Derecho Administrativo y en el orden jurisdiccional contencioso-  
administrativo

Autor: D. Mercenario Villalba Lava

Director: D. José Esteve Pardo





UNIVERSIDAD  
MURCIA

**DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y ORIGINALIDAD  
DE LA TESIS PRESENTADA PARA OBTENER EL TÍTULO DE DOCTOR**

*Aprobado por la Comisión General de Doctorado el 19-10-2022*

**D. MERCENARIO VILLALBA LAVA**

doctorando del Programa de Doctorado en DERECHO

Denominación de su programa de doctorado **TEORÍA DEL DERECHO Y DE LA CIENCIA JURÍDICA**

de la Escuela Internacional de Doctorado de la Universidad Murcia, como autor/a de la tesis presentada para la obtención del título de Doctor y titulada:

**EL PODER DEL DERECHO O EL DERECHO DEL PODER: LAS CONSECUENCIAS EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO Y EN EL ORDEN JURISDICCIONAL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO**

y dirigida por,

**D. JOSÉ ESTEVE PARDO**

D./Dña.

D./Dña.

**DECLARO QUE:**

La tesis es una obra original que no infringe los derechos de propiedad intelectual ni los derechos de propiedad industrial u otros, de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente, en particular, la Ley de Propiedad Intelectual (R.D. legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, modificado por la Ley 2/2019, de 1 de marzo, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia), en particular, las disposiciones referidas al derecho de cita, cuando se han utilizado sus resultados o publicaciones.

*Si la tesis hubiera sido autorizada como tesis por compendio de publicaciones o incluyese 1 o 2 publicaciones (como prevé el artículo 29.8 del reglamento), declarar que cuenta con:*

- La aceptación por escrito de los coautores de las publicaciones de que el doctorando las presente como parte de la tesis.
- En su caso, la renuncia por escrito de los coautores no doctores de dichos trabajos a presentarlos como parte de otras tesis doctorales en la Universidad de Murcia o en cualquier otra universidad.

Del mismo modo, asumo ante la Universidad cualquier responsabilidad que pudiera derivarse de la autoría o falta de originalidad del contenido de la tesis presentada, en caso de plagio, de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente.

En Murcia, a 15 de SEPTIEMBRE de 2023

Fdo.: MERCENARIO VILLALBA LAVA

*Esta DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y ORIGINALIDAD debe ser insertada en la primera página de la tesis presentada para la obtención del título de Doctor.*

Información básica sobre protección de sus datos personales aportados	
Responsable:	Universidad de Murcia. Avenida teniente Flomesta, 5. Edificio de la Convalecencia. 30003; Murcia. Delegado de Protección de Datos: dpd@um.es
Legitimación:	La Universidad de Murcia se encuentra legitimada para el tratamiento de sus datos por ser necesario para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento. art. 6.1.c) del Reglamento General de Protección de Datos
Finalidad:	Gestionar su declaración de autoría y originalidad
Destinatarios:	No se prevén comunicaciones de datos

ESCAICADO CON CANTONAMIENTO

<b>Derechos:</b>	Los Interesados pueden ejercer sus derechos de acceso, rectificación, cancelación, oposición, limitación del tratamiento, olvido y portabilidad a través del procedimiento establecido a tal efecto en el Registro Electrónico o mediante la presentación de la correspondiente solicitud en las Oficinas de Asistencia en Materia de Registro de la Universidad de Murcia
------------------	--

El Derecho es ¿razón o voluntad, se crea o se capta, es la razón de los juristas prácticos o la voluntad del príncipe o de la nación, o ambas cosas? Desde una postura intermedia pudiera considerarse que el Derecho como voluntad de la Nación también es razón pero ¿hasta qué punto la razón jurídica no es también voluntad de los juristas prácticos?

El Derecho Administrativo es el instrumento a través del que la Administración se relaciona con la sociedad e incluso por razones de orden público en el Estado Social y para la implantación del Derecho Comunitario regula las relaciones entre particulares, produciéndose su expansión hacia ramas de la actividad que hasta ahora habían sido reguladas de manera exclusiva por el Derecho Privado, tratándose de un fenómeno que puede tener consecuencias en el propio concepto de Derecho.

El nacimiento de la jurisdicción Administrativa como privativa de la Administración (contencioso-administrativa) provoca una situación ya conocida como lucha contra las inmunidades del poder y una polémica sobre la independencia de los poderes del Estado (¿ juzgar a la Administración es juzgar o administrar?), con trascendencia en la organización de los Tribunales, con objeto de alcanzar el pleno control judicial del poder público, planteándose también la cuestión referida a la conveniencia de Tribunales diferentes para el enjuiciamiento de las relaciones entre los entes privados y públicos.



# INDICE

<b>INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>17</b>
1.Planteamiento y objeto de esta tesis doctoral. Los significados de la palabra Derecho .....	19
2. Estado de la cuestión: la tesis mayoritaria que pudiéramos denominar oficial y las minoritarias .....	39
3. El método de esta tesis: el Derecho ¿función esencial de los juristas prácticos o de otros campos o ciencias del deber ser? El método jurisdiccional romano, el sistema inglés y nuestra tradición jurídica como referentes.....	56

## **PRIMERA PARTE. LOS ELEMENTOS PRECISOS PARA UN DECUADO PRONUNCIAMIENTO. LAS NECESARIAS RECONSIDERACIONES**

### **I. LA CIVILIZACIÓN ROMANA, QUE CONSTITUYE NUESTRA PRINCIPAL REFERENCIA, CONFIGURÓ AL DERECHO COMO LA RAZÓN JURÍDICO-PRÁCTICA .....**

73

1. En el Derecho romano no existía formalmente distinción entre Derecho Público y Privado. Su evolución hasta la Contemporaneidad. Importancia histórica y actual .....
2. La mentalidad romana y la invasión del tradicional campo del Derecho Privado por parte del moderno Derecho Administrativo continental europeo. El Derecho de instrumento de paz social y jurídica a mero elemento de orden y seguridad .....

### **II. ELEMENTOS ESENCIALES QUE CONFIGURAN AL ESTADO MODERNO Y CONTEMPORÁNEO TIENEN SU ORIGEN EN LA EDAD MEDIA .....**

95

1. Una época esplendorosa de transición hacia la Modernidad y continuación de la Edad Antigua.....
2. En la Edad Media aparecen las ideas de soberanía, concentración del poder público, la ley como fuente esencial del Derecho, las primeras manifestaciones del antiformalismo procesal, del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley y las causas y el inicio de la postergación de los juristas.....

3. El factor religioso establece las coordenadas para el desarrollo de la Modernidad y Contemporaneidad: del Realismo Tomasino al Escotismo y Nominalismo a través de la teología del Fideísmo ( San Agustín), que trajeron en la Modernidad el advenimiento del Voluntarismo: abstracción, posibilidad, formalismo, deconstrucción, Estado, Derecho y sistema.....	114
4. ¡El feliz mundo de la Modernidad!.....	130
<b>III. RELIGIÓN, POLÍTICA, RAZÓN Y DERECHO .....</b>	<b>139</b>
1. La religión y la política: Las Iglesias Reformadas Luterana y Calvinista otorgan el fundamento teológico y filosófico de la reducción del Derecho a la ley y constituyen el germen de la voluntad general como origen de las leyes y de la Moderna concepción del Derecho Continental de la división de poderes. Las nuevas esferas del poder, el Derecho Público y la legítima función que en la actualidad le es exigible a los jueces en la aplicación del Derecho .....	148
2. El problema de la razón válida para el Derecho: la razón en la Antigüedad y el protagonismo griego de nuestra tradición, que ya utilizaba los conceptos de alma, razón, ley positiva y natural. La razón en el cristianismo: de sus primeras manifestaciones a la Modernidad .....	174
- El Iluminismo francés y la razón. Razón, autoridad y tradición .....	180
3. Consecuencias de esta concepción: el Estado aconfesional y el moderno concepto de laicidad. Las cosechas civilizatorias de la concepción individualista y racionalista del hombre y la resignación de los juristas.....	187
<b>IV. LA JURISDICCIÓN: LA ACCIÓN Y EL DERECHO SUBJETIVO.....</b>	<b>197</b>
1. De los orígenes arbitrales de la jurisdicción ejercida por el poder público a la acción y sustantividad intrínseca del derecho subjetivo.....	198
2. El derecho subjetivo de la Modernidad constituye una incrustación extraña a la tradición en que se pretende fundar y encierra una contradicción interna al considerarse, de un lado, consecuencia del Derecho objetivo y de otra su causa .....	204
3. Las consecuencias concretas de esta concepción del derecho subjetivo en el ordenamiento jurídico: el Iluminismo francés y la legislación Racionalista, el Estado de Derecho alemán, el Estado Social de Derecho y la doctrina patria .....	209

4. La artificial construcción del derecho subjetivo de la Modernidad y su incidencia en la democracia y los derechos humanos.....	217
5. <i>Iurisdictio ; auctoritas o potestas?</i> la asunción por el poder público del monopolio de la jurisdicción. Una justicia más independiente del Estado .....	224
<b>V. EL SISTEMA JURÍDICO DEL COMMON LAW .....</b>	<b>231</b>
1. El sistema inglés de Derecho como modelo de respeto a las tradiciones.....	232
A. Los orígenes y causa de su peculiaridad respecto del modelo continental europeo. Las profesiones jurídicas en Inglaterra .....	232
B. La Constitución inglesa, el respeto por los derechos fundamentales y su protección efectiva .....	244
C. Coke, una vida y una inteligencia capaz de poner a prueba el sistema Constitucional inglés frente a las mayores embestidas autoritarias. Su legado espiritual: Blackston y Burke .....	249
D. Hobbes, Locke y el contrato social .....	256
E. La evolución en el sistema continental. El sistema inglés como referencia: las tesis de Locke y Montesquieu sobre la separación de poderes .....	259
F. El control de la Administración a través de sus reglas específicas: <i>ultra vires</i> y <i>natural justice</i> .....	272
2. Estados Unidos de América: su organización judicial, los criterios generales de actuación de sus Tribunales y sus peculiaridades .....	273
<b>VI. LA APORTACIÓN ESPAÑOLA A LA MODERNIDAD .....</b>	<b>283</b>
1. El tradicional realismo español: la aportación de los españoles a la ciencia. La realidad y la ficción: el arte y la personalidad del pueblo .....	285
2. El Humanismo Renacentista y la mentalidad española en el s. XVI : la Escuela de Salamanca .....	292
A. La naturaleza de los derechos humanos según Francisco de Vitoria. El verdadero alcance de las aportaciones posteriores y la construcción artificial de los derechos humanos .....	295

B. La Escuela de Salamanca y la organización social.....	306
3. La trascendental aportación española a la Modernidad y la transmisión de las ideas de Francisco de Vitoria y Suárez a Inglaterra, Holanda y las colonias inglesas.....	309
4. Las vías de penetración de las ideologías foráneas a través de las élites españolas: la <i>damnnatio memoriae</i> de los Austrias durante la monarquía borbónica, el faro francés, la germanización y nuestra pertenencia a la Unión Europea .....	315
5. Las consecuencias de esta penetración para nuestro desarrollo político y social: la patológica hipervaloración de la ley como medio de resolución de conflictos y nuestra organización contencioso-administrativa.....	328

**SEGUNDA PARTE. LOS ANTECEDENTES INMEDIATOS: UNA VISIÓN CRÍTICA DEL CONTENIDO DE LOS ELEMENTOS EN QUE SE BASA EL SISTEMA ADMINISTRATIVO Y CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO**

<b>VII. LOS ILUMINISMOS INGLÉS, NORTEAMERICANO Y FRANCÉS.....</b>	<b>341</b>
1. El cuerpo doctrinal del Iluminismo .....	345
2. Las diferentes características de los Iluminismos inglés y americano y sus diferencias con el francés.....	349
A. El Iluminismo francés era partidario de una Monarquía Ilustrada como forma de Gobierno. La voluntad general .....	351
B. Los Iluminismos británico y norteamericano no eran racionalistas ni anticlericales.....	356
3. El talón de Aquiles del Iluminismo americano: los indios y la esclavitud en Norteamérica.....	361
<b>VIII. EL SISTEMA FRANCÉS Y SUS CONSECUENCIAS.....</b>	<b>363</b>
1. Los jueces, la Administración y los Tribunales de Justicia en el periodo anterior a la Revolución Francesa de 1789 .....	366
2. La Revolución Francesa, Napoleón y el mito de la separación de poderes.....	372
3. El contractualismo como base del Estado Contemporáneo: la fábula del contrato	

social y las tesis de Duguit y Hauriou.....	380
4. Otras paradojas de la Revolución Francesa: no llevó a cabo la limitación del poder público que tanto proclamaba defender sino que lo acrecentó con la ficción de la limitación, legitimando un poder absoluto .....	384
5. La organización de los órganos de control de la Administración en Francia y su influencia en el sistema continental europeo: características y evolución del modelo original, a grandes rasgos y en su evolución cronológica .....	388
A. Los Tribunales Administrativos en Portugal.....	398
B. Italia .....	402
6. Las consecuencias de esta influencia en la organización política y judicial de los Estados .....	404
<b>IX. LA FILOSOFÍA Y EL DERECHO TRAS LA REVOLUCIÓN FRANCESA.....</b>	<b>409</b>
1. El Positivismo de Comte: secuela de la Revolución y prólogo de los nuevos movimientos. Su influencia en el Positivismo jurídico .....	409
2. La filosofía del derecho en Alemania: Kant y Hegel. Las críticas al Idealismo.....	414
3. Marx. el paraíso comunista y la clarividencia de Dostoievski .....	424
A. La aplicación de los postulados marxistas en la Unión soviética .....	430
B. China .....	434
C. La influencia marxista en la sociedad Occidental tras la II Guerra mundial: la nueva religión política .....	435
<b>X. EL ESTADO DE DERECHO ALEMÁN Y LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO COMO ANTECEDENTE MÁS DIRECTO .....</b>	<b>445</b>
1. Del rechazo a las tesis contractualistas al Romanticismo Político .....	445
2. Las etapas. La influencia francesa y los conceptos pretendidamente asépticos del Estado de Derecho Alemán: los precedentes y la influencia del Derecho Civil .....	448
3. El Estado de Derecho Alemán hasta la II Guerra Mundial y su evolución posterior.....	456

## TERCERA PARTE. EL PODER PÚBLICO EN LA ACTUALIDAD

<b>XI. EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO .....</b>	<b>467</b>
1. El Estado de Derecho .....	477
A. Las leyes: su elevado número, su debida calidad, claridad y su incumplimiento .....	484
B. Otros principios esenciales que deben cumplir : las leyes singulares, las que modifican el marco normativo bajo el que se dictó determinada sentencia y las leyes plan .....	492
2. El Estado Social.....	506
3. La Democracia .....	509
A. La democracia y del Estado marxista al de Bienestar .....	515
B. Los partidos políticos: del Parlamentarismo a la democracia tutelada por los partidos políticos.....	517
<b>XII. LOS DERECHOS HUMANOS.....</b>	<b>529</b>
1. El actual y mayoritario concepto de derechos humanos es realmente fruto de una determinada concepción y momento histórico a pesar de considerarse que los mismos nacen de la dignidad humana .....	532
2. La libertad, la responsabilidad y la igualdad .....	539
- La igualdad desde el prisma de la justicia social y los condicionamientos derivados de las grandes empresas multinacionales .....	545
3. La tutela de los derechos humanos por el Tribunal Constitucional .....	553
4. Sobre el derecho de propiedad: de la Edad Media al Estado Social y Democrático de Derecho. Su protección por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La doctrina de la Iglesia Católica.....	562
<b>XIII. EL GOBIERNO DE LOS QUE ADMINISTRAN JUSTICIA Y SU TRASCENDENCIA EN LA INDEPENDENCIA JUDICIAL.....</b>	<b>575</b>
1. El principio constitucional de separación de poderes y su conexión con la independencia y reserva de la jurisdicción del poder judicial .....	577

2. La independencia judicial y los compromisos internacionales.....	581
A. La elección de los miembros del órgano de gobierno de los jueces según el Convenio europeo de derechos humanos: su incidencia en el estatuto de los jueces, en el Estado de Derecho y en las sentencias que estos dictan .....	586
B. Rasgos generales de la organización judicial portuguesa .....	595
3. El Consejo General del Poder Judicial como órgano de gobierno de los jueces en España. El procedimiento de elección de los Vocales y del Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial .....	597
<b>XIV LA JURISPRUDENCIA .....</b>	<b>603</b>
1. La jurisprudencia como la justicia del caso concreto aplicada por juristas expertos. Las fuentes del Derecho diferentes a la ley, la cuestión de las lagunas del Derecho y la batalla por la interpretación de las leyes en el Derecho europeo continental .....	604
2. El recurso de casación contencioso-administrativo de la Ley Orgánica 7/2015 de 21 de julio: las críticas a este modelo desde el punto de vista sistemático, de congruencia procesal y desde la perspectiva de la división de poderes del Estado. La tendencia a la generalización con abstracción del objeto del proceso y el realismo del Supremo Tribunal Administrativo portugués en materia de recursos.....	623
3. La función llamada a desempeñar por la jurisprudencia dentro del debido concepto de Derecho.....	655
 <b>CUARTA PARTE. ASPECTO SINTÉTICO DE MI TESIS RESPECTO DE LA NECESARIA REORGANIZACIÓN DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA PARA CONSEGUIR EL PLENO CONTROL JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO Y DE LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS</b>	
<b>XV. UNIDAD O DUALIDAD DE ÓRDENES JURISDICCIONALES EN MATERIA CIVIL Y CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA .....</b>	<b>663</b>
1. La reserva de jurisdicción: de la exención jurisdiccional a una jurisdicción imposible.....	666

A. La LJCA de 1956, el control por la vulneración de los derechos fundamentales y de los elementos reglados de los actos del Gobierno .....	672
B. El régimen de la LJCA de 1998.....	674
a. La falta de legitimación derivada de una inadecuada declaración de inadmisibilidad por falta de jurisdicción o con relación al objeto del proceso en asuntos de interés general.....	677
b. Los <i>interna corporis acta</i> .....	679
c. La petición de Gina Miller ante los Tribunales ingleses .....	693
d. Los secretos de Estado .....	694
e. La erosión de los derechos sustantivos a través del sistema administrativo de recursos.....	700
f. Aspectos procedimentales administrativos que pueden incidir en el derecho a la tutela judicial efectiva.....	703
2. El <i>common law</i> es el sistema jurídico que responde con mayor fidelidad a la estructura y origen del Derecho, mejor sirve al desarrollo de la economía, lleva a cabo un mejor control del poder público y otorga mayor libertad a la ciudadanía.....	705
3. Los Tribunales en Inglaterra y en los países Continentales con relación a la Administración. Las consecuencias en su organización política. Sus divergencias, elementos comunes y la aparente aproximación de ambos modelos en la actualidad. El modelo brasileño.....	720
4. Orden jurisdiccional único.....	734

## CONCLUSIONES

1. Conclusiones en español, francés, inglés y portugués.....	749
2. Aspectos más concretos de las conclusiones .....	804

<b>RESUMEN DE LA TESIS DOCTORAL EN ESPAÑOL, FRANCÉS, INGLÉS Y PORTUGUÉS.....</b>	<b>853</b>
--	------------

<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>899</b>
--------------------------	------------

<b>ABREVIATURAS .....</b>	<b>919</b>
---------------------------	------------

## INTRODUCCIÓN

Aunque desde los primeros cursos de nuestra Carrera universitaria se nos dice que el Derecho es la manifestación de la justicia, que se hace presente en cada uno de nuestros actos en sociedad, inmediatamente se acude a conceptos abstractos para su explicación: normas jurídicas, justicia, Estado de Derecho, democracia o escuelas de pensamiento jurídico: Realismo, Iusnaturalismo o Positivismo jurídico, entre otras.

Debemos tener presente que el Derecho regula y afecta a todos los aspectos de nuestra vida, desde el embrión hasta la exhumación, el alimento y la bebida que consumimos, nuestros viajes y relaciones de familia, nuestros bienes, el deporte, la ciencia y el empleo, los negocios, la educación y la salud; desde las disputas con nuestros vecinos hasta las guerras, lo que debe ser visto como un todo, conjunto de instituciones, procesos, leyes y personas que componen el aparato por el que el Derecho funciona, así como el origen de las reglas que lo controla y que constituyen el ordenamiento jurídico.

Por ello, una buena comprensión del ordenamiento jurídico exige el conocimiento y habilidad de un gran número de disciplinas, es decir, que un cabal conocimiento del Derecho exige también de la economía, la filosofía, la política y los cambios sociológicos, que afectan de una manera muy importante al Derecho.

Estos factores, aun siendo reales y condicionantes, considero que no son los determinantes y aunque no se les puede ignorar tampoco se les debe sublimar, ya que el aspecto jurídico es el esencial en el Derecho, y dentro de él su aspecto práctico, ya que sin jueces ( o aplicadores prácticos) habrá leyes pero no Derecho.

Al referirnos a la evolución del Derecho Administrativo o Público, destacaremos la gran conexión que existía, en la conocida como segunda fase, fundamentalmente alemana, en la que desempeñaron también una función esencial Duguit y Haurou, con la sociología, las ciencia de la mente o la ciencia, aspectos diferentes al propio Derecho, elementos extrajurídicos que ya habían hecho su aparición durante la Ilustración e incluso cuando se pretendía la utilización de la razón a secas para la creación del Derecho, frente a la razón jurídica ilustrada a que se refería Coke.

Lo que se defiende en esta tesis, se pretende fundar en un conocimiento práctico directo de la realidad frente a elucubraciones teóricas en las que los “mandarines” alemanes, maestros del Derecho Público alemán de la primera mitad del s. XX, pueden constituir un elocuente ejemplo.

Quizás en vez de dirigir su estudio hacia estas nuevas ciencias hubiera resultado mucho mejor para la sociedad, un conocimiento más profundo de lo que fuimos para conocer lo que somos.

Frente al abordaje tradicional o formalista que considera que el Derecho es un conjunto de normas separado de su objeto de estudio (*black letter*), el Contextualismo considera que debe estudiarse desde el punto de vista del mundo real, que explica las causas de su existencia y conformación, ya que el Derecho no solo establece un orden sino que constituye un medio de control social y obedece a fuerzas y principios materiales, en principio extrajurídicos, que de una forma importante lo determinan.

Desde ese punto de vista formal parece que la vida y desarrollo del Derecho poco tenga que ver con el hombre normal de la calle, cuya actuación concreta parece que queda absorbida por la

terminología y sujetarse en sus actos a los que filósofos y políticos han ideado para su bien particular, que participa del general.

Ciertamente, que el estudio formal del Derecho necesita de un estudio crítico y analizarse desde un punto de vista racional pero el Derecho, además, debe conectarse con cada uno de los pequeños operadores jurídicos que actúan en la realidad y por ello debe otorgarse una función esencial al jurista práctico, que además de los criterios generales y abstractos tiene presentes un cúmulo de elementos diversos, reales y concretos existentes en cada caso sobre el que se debe argumentar y decidir.

El pensamiento crítico es un proceso intelectual, que en determinadas épocas y culturas, como puede ser la griega y en especial la Escuela socrática, han dominado el mundo del saber e incluso hoy se consideran la excelencia universitaria y la edad adulta de los intelectuales pero considero que no se sigue en la actualidad con el debido rigor en el mundo jurídico, ya que los estudios de Derecho europeo continental se encuentran dogmatizados por la autoridad política de la ley, a la que se puede imputar que sublima uno de los aspectos de la realidad, en menoscabo de la pluralidad de elementos que la componen y desde esta perspectiva puede decirse que no la analizan correctamente.

Esta circunstancia ha hecho desaparecer, prácticamente, en este Derecho Continental a los juristas, en su concepción tradicional, mientras que en la enseñanza del *case law*, el ejercicio práctico constituye la base de la formación teórica, lo que no solo es interesante desde este prisma sino por atribuir a los juristas, la función que desde siempre desempeñaron en la resolución del caso concreto y como disciplina propia dentro de los saberes humanos.

El Derecho siempre fue más que la ley o su autoridad política y su conocimiento no se dispersa sino como una parte muy pequeña de la sociología, la psicología, la filosofía o la teología con que se pretende el conocimiento de la realidad social, que es con la que cada escuela pretende dominar el conocimiento jurídico e influir, políticamente, en el Derecho desde perspectivas que se han revelado, en la práctica, muy poco confesables.

Lo que sucedía en el ordenamiento romano y actualmente en el inglés es algo un tanto alejado de tales postulados, al acercar la idea del Derecho y la justicia al hombre de la calle, que se mueve en la realidad cotidiana y en la que el poder público actúa más como árbitro, que como director.

Es lo que hoy se conoce como *common law* o sociedad abierta, ya que el sistema de Derecho europeo continental taponan la concreta realidad que viven los particulares bajo el esquema de formas o símbolos abstractos para darles una respuesta general desde el Poder Legislativo y escondiendo, de esa manera, la viva realidad bajo conceptos generales que reciben respuestas típicas de la ley, olvidándose del origen del Derecho y de la causa de la justicia, que no se expresa tanto en las abstracciones como en las concreciones en que se manifiesta la vida real, empobreciendo a la sociedad al ocultar y alterar la viva realidad.

Se trata, en realidad, de enmudecer al juez ( el juez es la boca muda que pronuncia las palabras de la ley en el pensamiento Revolucionario francés que inspira nuestro modelo judicial e impera, cual régimen absoluto, en la universidad, a manos de la supuesta igualdad que pudiese implicar la ley, amparada en la superior legitimación de quien la dicta) como peligroso ser empeñado en la búsqueda de la justicia del caso concreto desde la más antigua tradición, ya que esa era su función y de esta manera no solo prestigia su función, que constituye la primera piedra de la vida en sociedad (resolución pacífica de los conflictos), poniendo en escena la función del Derecho que, de esta manera Moderna, puede perecer a manos de la ley.

Hoy en día, el mito de la Ilustración francesa sigue deslumbrando a nuestros estudiosos del Derecho pero entiendo que el resultado de un riguroso análisis debe ser bien distinto, y ello no solo por la real falta de justificación teórica del sistema sino porque detrás de todo esa construcción, realmente sin valor filosófico, el régimen que se implantó no fue sino una colosal apropiación para uso y aprovechamiento de los bienes comunes en favor de una clase social, la burguesía, para la que la ley constituye la garantía de sus privilegios y le garantiza la paz social a través de un colosal aparato de propaganda, en el que desempeña una función esencial la universidad.

No vamos a defender teorías marxistas, más erróneas todavía de las que se acaban de señalar y que pretenden alcanzar el poder con los mismos mecanismos sino que lo que se pretende es abrir los ojos ante la realidad, algo que, según George Orwell, exige un esfuerzo permanente<sup>1</sup>.

La cuestión de si el poder controla al Derecho o si el Derecho controla al poder tiene como consecuencia la determinación de la forma del Derecho y del poder, lo que tiene su manifestación más acabada en el sistema Administrativo, que nacido y desarrollado bajo la falacia de la separación de poderes ( juzgar a la Administración es administrar y responderán, incluso penalmente los jueces que citen a los funcionarios para resolver cuestiones relacionadas con su oficio) se encuentra en la actualidad confortablemente instalado, en el mejor de los casos, como orden jurisdiccional pero que tras su arranque legitimado en la Revolución Francesa, a pesar del carácter objetivo de las atribuciones de sus órganos de control, como verdaderos órganos de control del poder, determinaron una sublimación y engrosamiento del poder público sin precedentes, especialmente a través del Estado de Derecho alemán y del Estado Social de Derecho que, en realidad, ahoga a la sociedad y a las libertades.

Como se verá y se ha considerado, tradicionalmente, el sistema del *common law* no se refiere, exclusivamente, al Derecho sino que constituye una forma de organización del poder público, que facilita, en mayor medida, el respeto de los derechos fundamentales, la economía, las libertades, el desarrollo económico y sociedades más robustas, y prueba de ello es que los Revolucionarios franceses dicen copiarlo aunque, realmente, haya resultado todo lo contrario.

## **1. PLANTEAMIENTO Y OBJETO DE ESTA TESIS DOCTORAL. LOS SIGNIFICADOS DE LA PALABRA DERECHO**

### **PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN**

El Derecho Administrativo ha ocupado parcelas que con anterioridad eran objeto del Derecho Privado. Se ha introducido en todas las parcelas en que lo ha hecho el Estado Social, especialmente a través de las técnicas del servicio público, prestacional o en vía de fomento.

En los países de Derecho Administrativo Continental, el Derecho Administrativo ha aumentado su esfera competencial, en cuanto que constituye el instrumento más cualificado del poder público, tanto de su organización como de su interconexión con la sociedad, lo que ha venido a reforzarse a

---

<sup>1</sup> Cit. María Elvira Roca Barea, *Fracasología: España y sus élites: de los afrancesados a nuestros días*, Espasa, Barcelona, 2019, p. 7.

través del Derecho de la Unión Europea, ya sea a través de su actividad propia como poder público o de las encomiendas a los Estados.

Si en sus albores y durante sus primeros desarrollos durante el Liberalismo, el Derecho Administrativo se ocupaba de la escasa actividad que desarrollaba la Administración Pública ( esencialmente de policía y la escasa de fomento, entendida como servicio público), con un poder público de un lado y la sociedad de otro, tal paradigma se ha modificado sustancialmente, interviniendo la Administración pública en la sociedad entera a través de todas sus técnicas, lo que no resulta baladí en la determinación del modelo de poder público que se desea y a que conduce ni en los peligros que representa el Leviatán en la libertad.

De igual manera, los Tribunales Administrativos encargados de juzgar la actividad administrativa, con origen en las Monarquías Absolutas y especialmente en lo que entonces se conocía por vía de fomento, tuvieron su gran desarrollo y legitimación en la obra de la Revolución francesa en la que el adagio de la separación de poderes, entendido ahora incluso hoy en Francia, consistente en que “ juzgar a la Administración es administrar” ha evolucionando en el resto de países de Derecho Administrativo continental hacia el principio que enfatizó Mouzinhos da Silveira, que dice que “el más bello y útil descubrimiento moral del s. XIX fue, sin duda, la diferencia entre administrar y juzgar”.

Esta tensión derivada de la teoría de separación de poderes de Montesquieu, que compara Vasco Pereira con el “verde Véronèse”, atribuyendo a estos tribunales administrativos el carácter de “infancia difícil” presenta hoy en día peculiaridades propias de la inacabada lucha contra las inmunidades del poder y el debido control del poder público por el Derecho, que el maestro García de Enterría enunció brillantemente a mediados del s. XX y que conforme va pasando el tiempo va representado nuevos escenarios.

Ni el Derecho Administrativo puede sustraerse del curso del Derecho, en tanto que todas sus ramas forman el ordenamiento jurídico ni el Derecho sustraerse de la modulación que el mundo de las ideas le impone, vectores todos ellos que se deben tener presente para orientar el rumbo más oportuno a la nave jurídica y de acuerdo con los principios tradicionales que constituyen su fundamento y función social de este elemento de cohesión social y civilizatorio de primera orden.

La pregunta que se impone constituye el objeto de esta tesis, ¿ el Derecho es razón jurídica o debe responder a la ideología de su modelo político?, ¿es función de los políticos y filósofos o de los juristas , especialmente, de los prácticos?

Detrás de la respuesta se esconden multitud de recovecos tales como si el poder público debe ocupar la sociedad entera siendo su director o árbitro de la misma. ¿ El Derecho Administrativo debe pivotar sobre la base tradicional del acto administrativo o hacerlo, como el resto de disciplinas jurídicas, en la relación jurídica? o ¿resulta conveniente para el debido control del poder público y la unidad del ordenamiento jurídico, el enjuiciamiento de todas las causas ante la misma jurisdicción que el resto de la sociedad de la que es vicaria o resultan oportunos unos tribunales separados y especializados?.

A estas y otras cuestiones conexas se dirige la presente tesis doctoral que espero resulte de su interés e incluso de su agrado.

## EL OBJETO DE ESTA TESIS DOCTORAL

Como se ha dicho, el objeto esencial de esta tesis doctoral lo constituye la determinación del auténtico concepto de Derecho: si lo debe constituir, esencialmente, la razón jurídica determinada por los juristas o la voluntad política.

Si lo es la norma de conducta que establece la ley o es, propiamente, el resultado aplicativo del Derecho.

Se considera Estado de Derecho a aquel en que se dice que el Derecho controla el poder político a través de la Constitución como fuente del ordenamiento jurídico y de las leyes, respetando la separación de poderes y los límites que imponen los derechos fundamentales.

Carré de Malberg definió la primera etapa que arranca desde la Revolución Francesa hasta la actual citada como Estado legal sobre la base de la existencia de un absolutismo legal, por la preeminencia total del poder del legislador y el carácter irresistible de sus mandatos, que no podían ser contrastados por ningún procedimiento jurídico para determinar su compatibilidad con la Constitución. En esta etapa tampoco existía una garantía del respeto de los derechos humanos que se declaraban en las Constituciones, que se consideraba que tenían un valor político pero no jurídico.

Este Derecho de raíz continental europea tiene sus bases dogmáticas en el soberanismo de Bodin junto con el asociacionismo de Hobbes, Locke y Rousseau y se elabora, esencialmente, por la doctrina iuspublicista francesa y alemana en el último tercio del s. XIX y primero del XX.

Se dice que el elemento esencial de la concepción del Estado de Derecho es la limitación del poder para preservar una esfera autónoma de acción y realización de los ciudadanos, dada la primacía que se dice del individuo frente al Estado, al que se considera no la creación o prolongación de la Nación, un pacto entre los individuos para defenderse y protegerse y que, a su vez, constituye la fuente de la que surge todo el Derecho integrado por las leyes que aprueban las asambleas representativas y constituye la base de acción de los poderes públicos, que se someten a la ley, tanto en sus objetivos como en los límites, considerando Otto Mayer, que el Estado de Derecho es el Estado de Derecho Administrativo bien ordenado.

El objeto de esta tesis doctoral consistirá, respecto al Derecho continental europeo, en desmontar tales bellos postulados como falsos y peligrosos que abocan a todo lo contrario de lo que dicen defender; y ello tanto a través de su idea matriz como de sus elementos concretos que se dicen utilizar, puesto que al contrario de lo que se preconiza no es el Derecho reducido a la ley, el que controla al poder político sino que sucede lo inverso, al controlar el poder político tanto las fuentes del Derecho como su aplicación en la práctica.

La nación como especie de asociación de hombres libres e iguales no es sino un mito cuya finalidad es el encadenamiento a un poder público que allana y disminuyen las libertades, dejando cada vez más mermada la esfera autónoma de actuación de los seres humanos, tanto por la motorización legislativa de los numerosos entes públicos intervinientes como por su potestad normativa autónoma y los crecientes títulos de intervención en la sociedad (Estado Social y vía de

fomento)<sup>2</sup>

Pero este mundo ideal al que se acaba de hacer referencia y que se dice propio del Estado Social y Democrático de Derecho no es más que una apariencia, ya que, entre otros aspectos, los partidos políticos se han convertido en protagonistas prácticamente exclusivos del panorama político manejando, directa o indirectamente, todos los resortes del Estado.

Esta situación del poder público, a través de la voluntad general y de la posición que desempeñan en la actualidad los partidos políticos en la democracia española era, precisamente, la que pretendía evitar Montesquieu, a quien en el sistema Continental se suele atribuir la teoría de la separación de poderes.

Para Locke, los jueces también debían crear Derecho.

Un sistema de Derecho abierto a la labor creativa de los jurisprudentes y de la comunidad jurídica es más democrática<sup>3</sup> y conduce a poderes públicos más civilizados y desarrollados<sup>4</sup>.

El sistema legicentrista, que pivota sobre los derechos concedidos por la ley en los sistemas Continentales, contiene una contradicción insalvable en su concepción, ya que ha precisado de la determinación de los derechos humanos como anteriores y superiores al propio Estado y una tutela internacional para su verdadera eficacia.

En el Reino Unido ni se precisa de una Constitución escrita ni de una declaración formal de los derechos (cuya concepción auténtica es la Ibérica de la Segunda Escolástica), ya que se entiende que lo importante es la interiorización de los valores, habiéndose acreditado adecuados los mecanismos procesales precisos para su protección, a diferencia de otros sistemas.

Gandhi, el gran valedor y luchador de los derechos humanos criticaba de excesiva unilateralidad de las proclamaciones políticas de los derechos humanos, al margen de los deberes, lo que puede dar sustento a modernas teorías que señalan que tales derechos no son sino consecuencia de los deberes religiosos. Sin proclamaciones formales sí que se respetan los derechos humanos (Inglaterra).

Una concepción de derechos basada en la pluralidad de fuentes, entre otras, la tradición o la derivada de la protección de situaciones, otorga mayor estabilidad social y política, y permite un mayor desarrollo económico sobre la base de la mayor seguridad jurídica.

Los países del *common law* crecen más económicamente, según los informes del Banco Mundial, permiten una mayor libertad personal, según autorizada doctrina, y han permitido un freno superior a las voluntades generales desbocadas, por lo que podemos decir que son más democráticos, aspecto que también se mide por la capacidad de controlar el poder. Es un sistema más realista, al centrarse más en el caso, desde un punto de vista sustantivo y procesal (abstracción de derechos subjetivos y derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de los países de Derecho Continental). También en el sistema político a través de un candidato por circunscripción.

---

<sup>2</sup> Santiago Muñoz Machado, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, T.I, *La formación de las instituciones públicas y su sometimiento al Derecho*, Iustel, tercera edición, 2011, pp. 433 y 649 y sgts.

<sup>3</sup> Alejandro Nieto, *Crítica de la razón jurídica*, edit. Trotta, Madrid, 2007, pp. 138,139 y 178.

<sup>4</sup> José Manuel Pérez-Prendes Muñoz-Arraco, *Interpretación histórica del Derecho*, Universidad Complutense de Madrid, 1996, pp. 14 y 22.

Si la labor del juez siempre se ha considerado de un gran humanismo, en los países de Derecho Continental ha perdido tales atributos, merced a la fría aplicación de la ley que se le exige, lo que se propaga al resto de la sociedad por los casos que resuelve y constituye un caldo de cultivo perverso.

De lo expuesto se deduce que detrás del Brexit no solo han existido intereses comerciales sino diferentes mentalidades jurídicas que condicionan nuestro modelo de vida en sociedad, imponiéndose un cambio de rumbo en el Derecho español, para un mayor y mejor desarrollo económico y social, más acorde, además, con nuestra tradición jurídica.

Como declaró Dicey, poco se adelanta con una declaración expresa y formal de derechos en un texto escrito, ya que lo importante es asegurar su aplicación efectiva<sup>5</sup>.

Es evidente que el poder político del Estado es una fuerza difícilmente controlable, y menos los principios y valores que se dice constituyen las bases de la misma, relativos, interpretables, volubles, cambiantes y peligrosos en situaciones críticas, de ahí que ante esa fuerza irrefrenable, y no nos engañemos también manipulada, el Derecho poco puede hacer, ya que lo primero que hará el poder será modificar el Derecho, de ahí que, por ejemplo, todas nuestras Constituciones hayan sido modificadas, como ha puesto de manifiesto Muñoz Machado, en virtud de movimiento revolucionarios o tumultuosos<sup>6</sup>.

De lo expuesto se deduce que el Derecho no puede controlar el poder del Estado si el Estado dispone de un gran poder, como sucedía en el Estado de Derecho alemán, al que la sociedad confiaba todo, incluso los derechos subjetivos sobre las cosas o los demás privados y menos aún cuando ese control del Derecho recae, realmente, en pocas manos.

Nuestro sistema contencioso-administrativo tiene su legitimado origen en la tumultuosa Revolución Francesa y más en concreto en la Dictadura Napoleónica, luego desarrollado en el Estado de Derecho Alemán, cuyo concepto de poder público y conceptualización condujeron a la II Guerra Mundial.

Es por ello necesario un concepto diferente del poder público, de aquel que se defendía en Alemania en el último tercio del s. XIX y primero del XX e incluso en los países Continentales en la actualidad, no tan omnipresente ni omnicompreensivo y menos, que en sus manos se deposite la totalidad del Derecho, Público y Privado.

Resulta necesario un Derecho más difuso, fruto de un procedimiento de justicia y en mayor número de manos, un Derecho del procedimiento como medio de que el Derecho declare la justicia para alcanzar un mayor control del poder público, como sucede en el Derecho inglés.

No solo en los momentos de tensión sino en el ordinario, el poder tiene capacidad para torcer el Derecho y el supuesto respeto de los derechos fundamentales no es sino la pantomima que constituye el decorado del sistema presto a ser barrido en una convulsión, que con la técnica de una sociedad cerrada y un poder público concentrado, constituyen las peores técnicas para poderlo combatir.

Se dice que el sistema político progresista es el francés derivado de la Revolución pero, paradójicamente, cuando este progresismo puede imponerse con rotundidad, como sucedió en la

---

<sup>5</sup> Cit. Dário Moura Vicente, *Direito comparado*, V. I, *Introdução e Parte Geral*, Almedina, 2011, p. 77.

<sup>6</sup> Santiago Muñoz Machado, *Informe sobre España. Repensar el Estado o destruirlo*, Crítica, Barcelona, 2012.

Constitución Española de 1869 se sigue el modelo inglés, que también para Montesquieu era el símbolo progresista de la libertad y de la debida separación de poderes.

El Derecho Privado de la Codificación obedecía a la autoridad propia de la razón constatada por obra de los jurisconsultos y consecuencia de la actividad del pretor pero frente a este concepto de Derecho Privado aparece una modificación de este Derecho Privado a través de un Derecho Público, que aunque es un acto del legislador o de la Administración, en detrimento de lo privado y de su autonormación, no produce beneficio directo en lo estatal, entendido como la cosa pública tradicional, como Derecho Público propio de la organización del poder público.

Esta situación comenzará a producirse en los Parlamentos Continentales a partir de Napoleón y adquirirá especial protagonismo en el Estado de Derecho alemán por vía del Derecho Administrativo y de la motorización legislativa ideologizada, que iniciada por el Iusnaturalismo racionalista, en atención a la fuente de los derechos subjetivos tendrá su plena culminación en el Estado Social de Derecho y afectará a la propia concepción del Derecho<sup>7</sup>.

En este fenómeno de invasión del Derecho Administrativo de todos los campos jurídicos está desempeñando también una función importante el Derecho Comunitario europeo, al utilizar, esencialmente a este, en el desarrollo de las políticas Comunitarias.

Vallet de Goytisolo considera que Montesquieu se encontraba instalado en una mentalidad clásica, que reconocía la superioridad de las leyes naturales cuando habló en términos radicales de la sumisión del juez a la ley pero refiriéndose al Derecho Público, es decir, en un contexto circunscrito al Derecho Penal y a los conflictos Constitucionales acerca de las libertades públicas pero no al Derecho Privado, lo que se compadece a la perfección con la posición de equilibrio y contrapeso que deben tener las fuerzas políticas y sociales<sup>8</sup>.

Modernamente puede considerarse que existe un Derecho Público constituido de una doble manera: un Derecho público que atiende inmediatamente a lo estatal y otro el Derecho Público que, sin incumbir directamente a lo estatal, afecta de forma determinante a lo privado porque la sociedad, a través de sus órganos de representación llegó a considerar que no podía dejarse a la libertad de los particulares por las consecuencias que conlleva, la regulación de determinados aspectos de su esfera natural, competencia propia y tradicional del Derecho Privado.

Pero estas relaciones obligatorias provenientes de la ley pública, que afectan a la esfera privada también puede considerarse que constituyen Derecho Público, privando a los particulares de su libertad para actuar como quieran o para regular como deseen sus actos jurídicos que, tradicionalmente les era propia.

Se trata de leyes que imponen al particular un estatuto relativo a su propia esfera privada con carácter necesario, no tratándose propiamente, y como se dice, de Derecho Privado sino de Derecho Público, aunque intervengan en una materia normalmente reservada al Privado, por lo que el Derecho Público adquiere un segundo significado, que es la intervención pública en la esfera privada, al regular

---

<sup>7</sup> José Esteve Pardo, "La extensión del Derecho Público. Una reacción necesaria", *Revista de Administración Pública*, nº 189, Madrid, 2012, pp. 11-40.

<sup>8</sup> Juan Vallet de Goytisolo, "La independencia de la función judicial y la pretendida separación de poderes", *Verbo* nº 309-310, 1992 pp. 1034 y sgts. *Montesquieu: leyes, gobiernos y poderes*, Civitas, Madrid, 1986, pp. 427 y sgts.

mediante leyes públicas los ámbitos propios de los particulares, lo que se justifica porque la esfera privada ha pasado a tener incidencias interesantes en lo público.

Pero esto no ha sido siempre así, ya que a tal preeminencia de la ley pública solo se ha llegado tras un largo proceso histórico iniciado en el periodo Napoleónico, con los antecedentes teóricos de Bentham y James Mill, y merced a la fuente directa de los derechos subjetivos y la consideración de la legítima función del Parlamento, acentuándose notablemente en el Estado de Derecho alemán, cuya glorificación del Estado termina con una sublimación de lo público, que le envalentona para una mayor intervención en la esfera privada a través de su medio más habitual, el reglamento.

Esta situación alcanza su cénit en el Estado Social<sup>9</sup> de Derecho, que reclama la más abierta intervención del Estado, con un ensanchamiento de lo público, en un mundo poblado de ideologías propias de la Modernidad, en que una parte de la sociedad pretende imponer a la otra su concepción privada del mundo y merced a su no aceptación voluntaria, no puede hacerlo sino por la vía impositiva que significa la ley, ya que muchas políticas públicas y la ley que de ellas se emana se encuentran inspirados en el fenómeno al que se acaba de hacer referencia.

Resulta sorprendente que desde que se produjo lo que podríamos llamar la liberación del hombre de Dios, de la que puede ser ilustrativa la frase de Nietzsche “Dios ha muerto”, la emancipación del hombre no parece que esté al alcance de la mano sino que quizás se encuentra más alejada, toda vez que en la actualidad todo parece global y anónimo, no solo porque desconocemos el último fundamento y razón de nuestro ser sino porque parece que nos encontramos en un mundo en el que no se sabe, realmente, quién toma las decisiones ni nadie parece hacerse responsable de lo que sucede.

Ello se produce, precisamente, cuando la emancipación del hombre proviene de ser consciente de lo que hace, se siente responsable de sus decisiones mientras que, cada vez, se tiene la sensación de que la participación, la opinión, la cooperación, la colaboración y la capacidad de oponerse se diluye ante lo desconocido<sup>10</sup>.

Pero el hombre es capaz de crear cosas y de dirigir su destino, así como de sobreponerse al mal y la tiranía merced a sus actos responsables.

Como se verá, en los sistemas de Derecho continental europeo, a diferencia del Derecho inglés y en contra de la tradición romanística, el Derecho reducido esencialmente a la ley viene representado,

---

<sup>9</sup> Hoy en día entiendo que constituye un gran problema moral, que sobre la base del igualitarismo y la facilitación material que realiza el Estado Social se pueda secuestrar nuestra libertad y después nuestra identidad porque en las sociedades modernas solemos consentir este hurto y abdicar de los valores que configuran nuestra personalidad por la habilidad de determinados comunicantes, que se han hecho los dueños del sistema, con la valiosa ayuda de la televisión basura y con los señuelos de atractivos clichés igualitarios, que transforman a las personas singulares en seres clónicos, lo que se hace para imponerles una determinada verdad, ya que renunciamos a la libertad por la comodidad. No nos confundamos, la libertad es muy dura por la responsabilidad que exige y el sentido crítico solo se construye desde la sabiduría a la que todos debemos aspirar. La elección no es fácil e incómoda, especialmente, a los poderosos, que no quieren ceder la parcela de poder de la que se han apropiado de los demás. Señala Stuart Mill que, en algún momento, los hombres se precavieron de los gobernantes y les negaron la posibilidad de detentar una suerte de poder independiente con poderes opuestos a los suyos. Les pareció mucho mejor que los diversos magistrados del Estado fuesen sus arrendatarios o delegados revocables a placer y creyeron que solo de esta manera podían tener completa seguridad en que los poderes del gobierno no fuesen utilizados de una forma abusiva en contra suya. Stuart Mill, *Sobre la libertad*, Austral, Madrid, segunda edición, 1996, p. 65.

<sup>10</sup> Una forma apreciable de lo que se dice, lo constituye la regulación del derecho de resistencia, al que nos referiremos con detalle, más adelante.

básicamente, por la voluntad política que se considera legítima en tanto manifestación del Parlamento o del Gobierno o Ejecutivo, que se dice controlado por el primero, lo que ha determinado un poder público hipertrofiado y un Derecho Administrativo que se ocupa, no solo de la organización del poder público administrativo sino que sobre la base de la aplicación del interés público, a lo que tradicionalmente se consideraban reglas de recta conducta, interviene abiertamente en la sociedad toda y en sus más diversas manifestaciones.

El objeto de la presente tesis es acreditar, desde el punto de vista teórico, con constatación práctica, que es factible un Estado de Derecho en que este, y no solamente la ley, controle efectivamente a aquel, a diferencia de lo que considero sucede en el marco de los sistemas que pudiésemos denominar de Derecho europeo continental, en que el poder de la fuerza a través de la ley controla al Derecho, en vez de la justicia propia de la sociedad abierta.

Entiendo que una institución cuyo origen se encuentra en la fuerza (política del Estado), difícilmente, va a respetar el Derecho y mucho menos, llegado el momento crítico

Este modelo de Derecho Continental, consecuencia inmediata de la Revolución Francesa de 1789 (con antecedentes en la teología y filosofía de las Iglesias Reformadas y antes en la Escolástica Franciscana de Escoto y Ockham) sembró de movimientos Revolucionarios y tumultos el s. XIX, y de grandes guerras el XX (el siglo de las grandes guerras, del hierro y de la muerte en que se produjo la mayor violación conocida de los derechos humanos), debiéndonos preguntar, hasta dónde se hubiese llegado en la degradación de la Humanidad, si en estas últimas no hubiesen intervenido los países anglosajones, cuyo sistema jurídico y de Derecho determina también su sistema político.

Este sistema de concentración de poder público tiene un modelo propio de Derecho y Justicia a través de un orden jurisdiccional propio, lo que siendo una consecuencia complica todavía más la situación.

El Derecho Administrativo como Derecho público general de las Administraciones Públicas puede clasificarse, desde un punto de vista abstracto en normas jurídicas, leyes y reglamentos, actos administrativos, procesos generales o especiales, acciones, etc...; desde un punto de vista semiconcreto o semiabstracto, en actividad de limitación, fomento, servicio público o prestacional y desde un punto de vista concreto, en actividad administrativa en materia de industria, energía, agricultura, ganadería, etc...

Todas estas perspectivas han sido estudiadas con mucha profundidad pero no el concepto de poder que existe detrás de ese modelo de Derecho Administrativo, que entiendo entronca, directamente, con las aspiraciones humanas y condiciona al poder público, al Derecho Público y su actividad instrumental y que, realmente, afecta y determina toda esta temática.

Es decir, que lejos de considerar los conceptos del Derecho Administrativo como asépticos considero que son completamente determinados por el concepto de poder público del que son instrumentales.

Considero, y así lo acredita la realidad actual con el apoyo de la historia, que es factible un sistema de Derecho basado en la justicia de los casos concretos, esencialmente, en manos de los juristas prácticos y no solo en su legitimación abstracta.

Es más, un Derecho basado en el simple estudio de la ley abstracta y general no cumple su función tradicional porque, como se verá, es rigurosamente precisa la afirmación que señala que el Estado de

Derecho basado en el poder político de la ley podrá asegurar el orden y la seguridad pública basada en la amenaza de sanción por el Estado de quien la incumple pero no la paz y la armonía social, que siempre ha desempeñado el Derecho en una sociedad civilizada, como la *recta ratio* o la justicia del caso concreto como medio de convencer al que pierde, soldando la fractura rota por la controversia.

El Derecho no deriva de la autoridad sino que la autoridad, realmente, proviene de que se respete la naturaleza del Derecho y se permita su válida ejecución.

Ha sido el Derecho el que siempre ha determinado las reglas correctas de conducta, lo que está bien o mal desde el punto de vista jurídico y constituye una perversión entender que esta regla se subvierte por la intervención que subyuga el Derecho a la política que, de esta forma, se convierte en título de legitimación prevalente.

El Derecho es una real manifestación de la sociedad, no una forma ideológica de conducirla.

La forma más patológica de esta manifestación la constituye, sin duda, el marxismo, que desarrolla también todos sus efectos en el marxismo cultural, que se encuentra, subrepticamente, inmerso dentro del Estado de Derecho alemán, germinado por el Idealismo.

Dentro de este Idealismo, Marx considera que la ciencia del Derecho forma parte de la filosofía y que el concepto de Derecho, en su devenir, se encuentra fuera de la ciencia de Derecho y, dentro de este Idealismo, considera que el ser humano no tiene verdadera realidad.

Este concepto totalmente mayoritario en el Derecho Constitucional Continental, contiene la agravante de la devaluación de la filosofía para caer el Derecho a manos de los ingenieros informáticos, que forman parte de ese mundo irreal que introduce al ser humano como clónico, irreflexivamente, en la nube.

Kant y Hegel, desde una perspectiva Idealista y como ya pretendiera Rousseau y en contra de lo que establecían los Escolásticos Ibéricos, niegan el derecho de resistencia salvo que expresamente lo reconozca la Constitución y en el sentido de defensa de lo existente, que alcanza entonces la categoría de sistema político equiparado a paraíso terrenal, estableciendo los límites de lo políticamente correcto.

Como ya se ha dicho, la norma legal coactivamente impuesta por el Estado impone un orden, una cierta seguridad y tranquilidad pública pero no la paz y la armonía social.

La función del Derecho no es mantener la paz social sino la armonía; de convencer al que pierde, de unir a las partes enfrentadas en una solución merced a una regla jurídica.

Por eso los romanos distinguieron entre el *ius* y la *lex*, entregado el primero a los jurisprudentes, que compuesto por reglas instituye el *derectum*.

La fuerza del Derecho que impone una solución dada por la regla jurídica nada tiene que ver con la violencia del Estado ejercida al amparo de una norma legal que legitima el uso de la fuerza para hacer valer la decisión en un caso.

El Derecho debe ser, sobre todo, el campo de los juristas, más que el de los filósofos, teólogos, politólogos o simplemente políticos, ya que incluso, al fin y al cabo, como sostendrá Alejandro Nieto, constituye un sistema más democrático<sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup> Alejandro Nieto, *Crítica de la razón jurídica*, edit. Trotta, Madrid, 2007, pp. 138,139 y 178.

Todos los grandes filósofos, de Aristóteles a Kant, o de Platón a Hegel o Marx han tratado el fenómeno jurídico, planteándose entonces la cuestión de si el Derecho es el ámbito de los filósofos, de los juristas o de ambos a la vez, ya que no son solo los filósofos los que tratan del Derecho sino que los juristas también se adentran en el campo de la filosofía para abordar el fenómeno jurídico.

Cierto sector considera que el campo del ser debe examinarse por los juristas, dada su capacidad para el examen sistemático del Derecho, en cuanto fenómeno dado, debiendo reservarse el del deber ser, indudable faceta del Derecho, para los filósofos (con un especial protagonismo de la filosofía del Derecho), dada su superior capacidad para enmarcarlo en la totalidad de lo universal, reclamando también su función en esta faceta los sociólogos, en tanto expertos en la vida asociada y, como no, como debida virtud compartida de ambos aspectos filosóficos y sociológicos, de los políticos y politólogos.

Esta confusión o dilema puede obedecer a la naturaleza de nuestras fuentes de conocimiento: el griego, prácticamente filosófico y el romano, casi en exclusividad, jurídico<sup>12</sup>.

El *common law* no es solo un sistema de ordenación jurídica sino que constituye, en sí, un orden político, ya que aunque surge de un determinado orden político y se alimenta de él a lo largo de su historia, también lo delimita y configura con su particular forma de entender las relaciones de poder, libertad y justicia.

Debe destacarse que así como durante la Edad Media y especialmente durante la Edad Moderna, la monarquía consiguió su poder en Europa, a costa de reducir el de otras instituciones tradicionales como los Parlamentos, la nobleza, los municipios o la Iglesia.

En Inglaterra, desde 1642 a 1659 tiene lugar una época extraordinariamente convulsa, que podría calificarse como la excepción a la regla de la continuidad y estabilidad institucional de que siempre ha gozado, ya que desde la invasión normanda en 1066 por Guillermo “el Conquistador”, su forma de gobierno ha sido siempre la misma: Monarquía y Parlamento, tratándose de un corto periodo, realmente, en el que se sucedieron varias guerras civiles, república parlamentaria y finalmente el protectorado de Cromwell.

Lo que se ha venido en denominar *Ancient constitution* del Reino Unido, gobierno mixto en el que el poder se reparte entre uno, el monarca, pocos, los señores temporales y espirituales, lores y obispos, representados en la Cámara Alta del Parlamento, y muchos, los Comunes o el pueblo representado en la Cámara Baja, sistema del que se han vanagloriado los más ilustres juristas, filósofos y políticos, desde Coke hasta Burke, pasando por Blackstone, considerando este último que el poder, al encontrarse repartido en tres grupos con diferentes intereses impide la concentración de todas las facultades de gobierno en uno solo de ellos, asegurando así las libertades de los ciudadanos y una forma más justa de organización política<sup>13</sup>.

En este corto periodo de convulsiones (si se mira con la debida perspectiva histórica) se produce la negociación y promulgación de dos documentos que se consideran esenciales en el Derecho constitucional británico: la *Petición of Right* de 1628 y la *Bill of Rights* de 1689, presentados

---

<sup>12</sup> Ver Giuseppe Graneris, *Contribución Tomista la Filosofía del Derecho*, Olejnik, 2019, pp. 17-24.

<sup>13</sup> Elio A. Gallego García, *Common law: el pensamiento político y jurídico de sir Edward Coke*, Ediciones Encuentro, 2011, p. 13.

conjuntamente por Lores y Comunes ante la Monarquía, en un momento en que los Reyes no tuvieron más remedio que firmarlos para obtener los recursos económicos que pretendían o incluso para conservar su trono.

Gracias a estas dos victorias legales del Parlamento se empezaron a reconocer, formalmente, algunos de los derechos individuales y las libertades públicas más significativas<sup>14</sup>.

Aunque Santo Tomás otorgaba un espacio prevalente a la política, lo hacía encuadrándola dentro de las artes prácticas, que no ante las especulativas y mucho menos frente a la religión, que es objeto de la ciencia divina, única a la que compete el superlativo absoluto.

Considera Graneris, que el Estado jamás perdonará al cristianismo haberle sustraído la mitad del hombre que, realmente, nunca poseyó ni la *polis* ni la *cives*, aunque se ilusionaran con ello, puesto que siempre se les ha escapado, lo que tenía el hombre de más íntimo: su interioridad y espiritualidad, que la religión eleva al máximo y a cuyo frente no puede encontrarse el Estado, si no quiere causar verdaderos estragos.

Entiende que el verdadero deber del Estado es servir desde lejos, creando las condiciones para conseguir la espontaneidad religiosa y constatando la realidad citada por Maquiavelo, basándose en Aristóteles, que en una política torcida, el hombre bueno es un mal ciudadano pero en una recta, hombre bueno y buen ciudadano son equiparables, puesto que el hombre bueno solamente puede ser un mal ciudadano en una política torcida porque la bondad solo puede dañar a un ordenamiento perverso<sup>15</sup>.

Este aspecto moral lo considero esencial, si bien no comparto la idea de Ortega y Gasset, que en *El Sol* de junio de 1922 consideraba un deber oponerse a la idea vecindada en casi todas las cabezas españolas, que entendían que los gobernados eran mejores que los gobernantes, los electores que los elegidos o la nación que el Parlamento, ya que el sistema que se siga tiene gran trascendencia en el resultado que tenga la organización social y la función que dentro de ella se desempeñe por las personas.

Es cierto que la relación entre el Gobierno y sociedad es íntima y se retroalimenta, de manera que el buen gobierno exige civismo, como acreditó la sociedad ateniense y Cicerón, considerándose a la justicia el principal bien de la sociedad pero difícilmente puede hablarse de ella cuando el Estado, en vez de servir es amo y esta aparece como un apéndice del buen gobierno en el dictado del contrato social y en el que se rompe la armonía entre la ética y la política, en tanto que la primera forma parte de la segunda, que rompe Maquiavelo al considerar que, en ocasiones, para lograr el bien de la comunidad se puede contradecir a la ética, lo que desarrollará Lutero para quien debía separarse la moral privada y pública de los cristianos, ya que para la primera se debe evitar la violencia pero como magistrado se encuentran obligados a ejercer su autoridad y hacer uso del poder<sup>16</sup>.

Considero, al igual que Bussani, que descubrir la verdadera naturaleza y función del Derecho en

---

<sup>14</sup> Fernando Cuñado de Castro y Ruth Gámez González, *Introducción al Common Law*, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, pp. 59-62.

<sup>15</sup> Giuseppe Graneris, *Contribución Tomista la Filosofía del Derecho*, Olejnik, 2019, pp. 165 y 166.

<sup>16</sup> Manuel Villoria Mendieta y Agustín Izquierdo Sánchez, *Ética pública y buen gobierno. Valores e instituciones para tiempos de incertidumbre*, Tecnos, segunda edición, 2020, pp. 479 y 148 a 151.

nuestra sociedad será decisivo para nuestro conocimiento del pasado y para marcar, de una forma más correcta, el futuro que debamos vivir.

Este autor, basándose en Dworkin y Padoa Schioppa, destaca que ninguna institución del Estado es más importante que los Tribunales y ninguna ha sido tan mal entendida por los gobernados, ya que la opinión popular sobre los jueces y sobre el arte de juzgar está compuesta, principalmente, por eslóganes vacíos, entre los que incluye la opinión de numerosos juristas y jueces, cuando escriben o hablan sobre su propio trabajo pero todo ello es reprochable y representa solo una parte del daño<sup>17</sup>.

De hecho, el Derecho nos interesa no sólo porque lo usamos para alcanzar nuestros fines, ya sean egoístas o nobles sino porque el Derecho es nuestra institución social más estructurada y reveladora.

Si lográramos entender mejor la naturaleza del argumento jurídico, conoceríamos mejor el tipo de personas que somos.

Todo cambio de sistema o de régimen ha tenido, al mismo tiempo, su momento jurídico coesencial y con frecuencia ha tenido su preparación en la práctica jurídica o en el pensamiento jurídico y, sin embargo, la fragilidad del Derecho en los circuitos de producción de las ideas es paradójica.

Nadie duda, que los sistemas jurídicos se corresponden de modo biunívoco con la cultura y civilización, de los que son fruto y semilla pero los círculos científicos, intelectuales, mediáticos y políticos tratan al Derecho, cotidianamente, como fuente de argucias o bien como ejercicio literario; como máximo, como mero apéndice de alguna corriente filosófica.

No es de extrañar, por tanto, que estos circuitos, ante las espinosas cuestiones que se plantean, diariamente, desde la realidad local y global dispensen su atención, principalmente, a las palabras de economistas, sociólogos y científicos de la política, quienes, con frecuencia, ignoran qué es el Derecho, que es el que ha orientado de una forma muy importante los horizontes de quienes ejercitan la ciencia y sobre los que todos nosotros adoptamos nuestras decisiones<sup>18</sup>.

Es cierto, que las corrientes religiosas y filosóficas, como campos del deber ser, influyen en el Derecho pero al tener este un componente práctico fundamental, que se debe imbricar con la justicia y representa un ejercicio diario que tiene una plasmación concreta, representa un elemento esencial en los aspectos que se han señalado y se encuentra en mejores condiciones para constatar la utilidad de las evoluciones de cambio y progreso.

Los juristas prácticos (esencialmente jueces y abogados y en su día jurisprudentes) siempre han tenido como frontispicio la justicia, la rectitud, el orden, los derechos singulares y colectivos, la audiencia, el debate, la seguridad jurídica, la adaptación al cambiante mundo y realidad, que lo convierten, por su aptitud, para una evolución ordenada, justa y acorde con los nuevos tiempos y circunstancias.

Considera Eduardo García de Enterría que existen dos grandes virtudes sin las que un jurista no

---

<sup>17</sup> Desde mi punto de vista, lo peor de todo lo representa el interés burgués en mantener la superestructura (dicho en términos marxistas) para el mantenimiento del *status quo* que domine la justicia y evitar las peligrosas veleidades, para sus intereses y seguridad, de que se obtenga la justicia del caso concreto, al margen de la predeterminación amarrada de la ley.

<sup>18</sup> Mauro Bussani, *El derecho de Occidente. Geopolítica de las reglas globales*, Marcial Pons, 2018, pp. 19 y 20.

es nada o apenas un retórico vacío: la identificación profunda con su pueblo y la pasión por la libertad<sup>19</sup>, que son dos virtudes que se intentan ejercitar en esta obra.

Entiendo que el sistema de lo contencioso-administrativo en la España actual no es sino una copia de los sistemas francés y alemán, totalmente alejado de nuestra tradición jurídica y del debido discurrir del Derecho, que no consideraba esclava a la libertad ni de ninguna organización ni fuente, ni en sentido objetivo ni subjetivo sino como esencia del ser humano y de la sociedad en la que vive y se desarrolla<sup>20</sup>. Si una persona o pueblo pierde su identidad está condenada al sufrimiento y desaparición.

Libertad es la que se tiene no la que se concede y en este sentido cobra especial trascendencia el concepto de *sub-jetum* frente al de ser humano, las tesis contractualistas, especialmente de Hobbes y de Rousseau frente a Aristóteles, Santo Tomás y Suárez, lo que tendrá trascendencia en el concepto de derecho subjetivo y en último extremo en los derechos humanos, de ahí que se deba considerar auténtica la tesis de la Escolástica Ibérica frente a la evolucionada basada en los conceptos contractualistas y de derechos subjetivos, que realmente niegan la libertad.

Se pretende poner al descubierto, que el sistema de separación de poderes que dice preconiza la Revolución Francesa no lo es, ya que más que nunca, el poder del Estado se encuentra en el Gobierno a través del partido político vencedor de las elecciones, con un Parlamento, realmente débil frente a él, a la vez que desempeñando funciones de las que no se especifica con claridad su origen y como causa directa del enfrentamiento social, en una supuesta voluntad general que, realmente, es la minoritaria más significativa o más beligerante<sup>21</sup>.

El sistema de separación de poderes francés, nada tiene que ver con Montesquieu ni con el sistema inglés a los que dice seguir o confesadamente constituir su origen y, realmente, y a pesar de que los ilustres tratadistas del Derecho Administrativo no lo suelen mencionar tiene un origen totalmente diverso del que se le asigna, cual es la liberación de controles judiciales a la Administración y en el que poco pueden hacer para enderezar la nave hacia la posición correcta, el juez administrador ( francés) o el juez funcionario del Estado (alemán) ni tampoco la determinación del catálogo y supuesto respeto de los derechos humanos utilizado desde los albores de la Revolución Francesa, aunque no fuese hasta 1956 cuando la Constitución francesa les reconociera un carácter normativo<sup>22</sup>.

Es necesario abordar los conceptos de derecho subjetivo y las nuevas corrientes ideológicas en que

---

<sup>19</sup> Cit. Antonio Fernández de Buján, *Derecho Público Romano, Recepción, Jurisdicción y Arbitraje*, edit. Tomson-Civitas, 2004, p. 16.

<sup>20</sup> En su momento se desarrollará la influencia de la Escolástica Ibérica en nuestra idiosincrasia, seguidora de Santo Tomás y Aristoteles, y Realista por esencia.

<sup>21</sup> Se hará referencia a lo que Hayek denomina reglas de recta conducta o relaciones privadas entre los ciudadanos, produciéndose la paradoja de que mientras, tradicionalmente, las Cortes controlaban la acción del Gobierno, especialmente a través de los presupuestos, siendo necesario su concurso para aprobar nuevos impuestos, en la actualidad es el Gobierno el que controla a la sociedad a través del Parlamento, mediante el partido político del que se deriva tanto el Gobierno como la mayoría Parlamentaria, que difícilmente pondrá inconvenientes u obstáculos a la acción del Gobierno o a la aprobación del presupuesto, a la vez que sobre la base de las mayorías controlará a la sociedad a través de determinada senda ideológica, a pesar de existir una gran parte de la sociedad (incluso de la mayoría), que no sean conformes con tales postulados que se les imponen.

<sup>22</sup> Sérvulo Correia, *Direito do contencioso administrativo*, Lex, Lisboa, 2005, pp. 57 y 58.

se asienta el poder para descubrir las raíces de este modelo que avanza por los modernos cauces del Estado Social y Democrático de Derecho, que como su antecesor Estado de Derecho alemán no consigue el cerrado sometimiento de los poderes públicos a la Constitución y a la ley, a través de los Tribunales Constitucionales u ordinarios, ya que persisten las reservas de jurisdicción.

Gallego García considero que lleva a cabo una aportación doctrinal de primera magnitud, en línea con lo que señala Pedro Fernández Sánchez, cual es la correlación entre los poderes jurisdiccionales y legislativos, entre *jurisdictio*<sup>23</sup> y *legislatio*, y los órganos que desempeñan tales funciones para alcanzar el bien común, la autonomía personal, la eficiencia y eficacia del poder y la heterogeneidad del arbitrio de cada persona, dentro del marco que describe, referido a que las constituciones (axiológicas o de organización de poderes) son consecuencia del problema previo de la interrelación entre poder y persona<sup>24</sup>, el tratamiento que debe otorgarse a la persona humana, individualmente considerada, que se relaciona con el poder.

Es decir, entre los principios del Estado de Derecho y el principio democrático, que se conjuga en la actualidad a través del Estado Social y Democrático de Derecho, con una congruencia basada en considerar a la dignidad personal como la base del fundamento democrático<sup>25</sup>, señalando que, propiamente, sin jueces puede haber leyes pero no Derecho<sup>26</sup>.

Puede decirse que la historia jurídica de los últimos 2.000 años de Occidente es, realmente, un tanto repetitiva, ya que siempre nos planteamos las mismas cuestiones, constituyendo también el discurso jurídico una tradición de discutir, que determina cuáles son las cuestiones relevantes y hasta cierto punto, la forma en que se deben responder.

Constituye un fenómeno sorprendente, que palabras y expresiones que perdieron su sentido original se utilicen, más tarde de manera diferente como meras fórmulas retóricas, que los juristas transmiten de generación en generación, como argumentos aparentes cuyo valor subsiste porque nadie se acuerda de cuestionarlos<sup>27</sup>.

Señala Fernández Sánchez, que lo que pudiéramos denominar las bases de nuestra historia Occidental surge en Israel hace 3.500 años, al entender que cada persona humana viva y concreta, ya que tiene una existencia empírica, constituye la imagen y semejanza de Dios, característica distintiva de los demás seres vivos.

Ya en el Antiguo Testamento se dividía el sistema organizatorio con una compartimentación rígida entre el poder religioso-normativo y el poder secular-ejecutivo y de las doce tribus ninguna podía acumular las dos funciones, de donde puede deducirse la prohibición de acumulación en una misma persona o tribu de las funciones legislativas y ejecutivas-judiciales.

Dadas las características de esa persona humana existía una separación radical entre la ley humana

---

<sup>23</sup> Sobre un concepto de jurisdicción y sus notas puede consultarse a Jesús María Santos Vijande, "De Jurisdictione", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, nº 33, 2017, pp. 242-265.

<sup>24</sup> Pedro Fernández Sánchez, *Lei e Sentença. Separação dos poderes Legislativo e Judicial na Constituição Portuguesa*, V. I, AAFDL, 2018, p.23.

<sup>25</sup> António Manuel Hespanha, *Cultura Jurídica Europeia*, Almedina, 2018, p. 452.

<sup>26</sup> Elio A. Gallego García, *Fundamentos para una teoría del derecho*, Dykinson, 2015, p. 161.

<sup>27</sup> António Manuel Hespanha, *Cultura Jurídica Europeia*, Almedina, 2018, p. 452.

y la divina como medio de garantizarla.

Platón consiguió el difícil objetivo de armonizar elementos distintos de raíz helénica, heraclitiana, órfica, pitagórica, sofística y socrática en un sistema de pensamiento transversal en todos los campos del conocimiento humano, dando respuesta a las necesidades filosóficas, gnosológicas, religiosas y políticas para todos los hombres de diferentes épocas, de ahí su trascendencia en los siguientes veinticuatro siglos.

Su profundo idealismo derivado de la compartimentación radical entre el mundo físico y el ideal, de la existencia empírica de un cuerpo físico y un alma inmortal. Junto al ser humano empírico apareció el hombre ideal que no tiene existencia.

Partiendo de una concepción específica de la justicia se asociaba la integración del individuo en el Estado y su subordinación personal a la determinación del Estado como parte de un todo, lo que se conseguía tanto a través de la coacción como de la persuasión, abriendo con ello paso a una concepción colectivista del Derecho, en términos equivalentes a la consideración de que aquello que es bueno o malo para el Estado, lo es también para el individuo, permitiéndose así prácticas de selección eugenésica e incluso de los matrimonios, en función de su utilidad para la causa pública.

Platón es al primero al que se le atribuye la potencialidad del acto legislativo sobre la base de su capacidad regulatoria, orientada de carácter general y totalitaria, ya que eliminaba cualquier esfera de autonomía privada que fuese impenetrable a la ley y cualquier derecho de resistencia.

Distingue entre actividades legislativas y jurisdiccionales, atribuyendo a esta segunda la tarea de la aplicación estricta de la ley.

Aristóteles, el más brillante seguidor de Platón pero no el más fiel, establece un equilibrio entre ambas y aunque es cierto que atribuye un plano secundario y derivado de la segunda señala que no puede ser ciega a las circunstancias del caso para llegar a una solución justa.

Por ello considera que los magistrados deben tener libertad para resolver con justicia, encontrándose también en este pensador el embrión de la distinción entre justo legal y justo natural.

Cristo sobre la base del ejemplo (que puede fundamentar el principio de amor racional y real que exige ser demostrado) da un mandamiento nuevo, “amaos los unos a los otros como yo os he amado”<sup>28</sup>.

Jesús tenía presente que se encontraba ante el sistema legislativo resultante del Antiguo Testamento, que en su opinión había sido aprobado por Dios, omnisciente y bueno pero aun así consideraba que no debía aplicarse a determinados casos concretos, a la luz de su generalidad por resultar ofensivo a la dignidad de la persona humana, que constituye la barrera para su operatividad.

No porque las normas no fueran dictadas por un Dios perfecto, que pudiese promulgar leyes imperfectas sino porque una norma general y abstracta para todo tipo de situaciones y lugares puede ser genéricamente buena pero dañosa para una situación específica, susceptible de producir lesiones intolerables en facetas antropológicas de la dignidad de la persona humana, imponiendo excepciones en casos concretos como la obligación de no trabajar en sábado<sup>29</sup> o las reglas relativas de la

---

<sup>28</sup> *Juan*, Cap. XII, pp. 34-35.

<sup>29</sup> *Éxodo*, Cap. XXXV, 1-3; *Mateo*, Cap. XII, 9-14, *Marcos*, Cap. II y III, 27 y 28 y 1-5; *Juan*, Cap. IX, 14-17.

cuarentena<sup>30</sup>.

En este texto, de gran valor para los creyentes y de gran envidia filosófica para el resto y en cualquier caso el libro más leído del mundo, consta el supremo ejemplo de esa potencialidad lesiva de la ley aprobada según un principio mayoritario, que acredita la incapacidad de la mayoría para formar un criterio de verdad.

Considera Fernández Sánchez, que ello se produce, precisamente, con ocasión del hecho más importante del *Nuevo Testamento*, como lo es la muerte de Jesús exigida por las autoridades religiosas y ratificada por el voto popular y la voluntad de la mayoría, cuya presión tornó inútiles los esfuerzos de Pilatos para salvarlo, que a su vez pone de manifiesto la impresionante facilidad para ser manipulada, como demuestra que cinco días antes fuese aclamado como rey a su entrada en Jerusalén<sup>31</sup>.

San Agustín, partiendo de los males causados en la naturaleza humana por el pecado, considera que la justicia es un ideal tal, que la sociedad no se constituye en un Estado si no existe una verdadera justicia que se sujete a los principios y a la voluntad de Dios.

No es tan pesimista Santo Tomás con relación a los efectos producidos por el pecado original, ya que por su sagrada naturaleza no se le impide al hombre conocer la verdad a través de la razón, con la ayuda de Dios.

En el desarrollo de la Modernidad desempeñan una función esencial Marsilio de Padua, Escoto y Ockham y posteriormente en su desarrollo Bodin, Hobbes, Locke, Rousseau, Kant, Marx o Hegel, etc...<sup>32</sup>.

## LOS SIGNIFICADOS DE LA PALABRA DERECHO

El sentido clásico y popular de la palabra Derecho va unido a las ideas de rectitud y justicia. Derecho se contrapone a torcido o tuerto como se opone lo justo a lo injusto, lo legítimo a lo ilegítimo, lo razonable a lo irracional.

En el lenguaje corriente y actual se dice que el Derecho manda cumplir lo prometido o que yo tengo derecho a esto, y en ambos casos hacemos referencia a una circunstancia de la vida humana.

Señala Castán<sup>33</sup>, citando a diversos autores, que la palabra Derecho tiene un sentido metafórico muy claro derivada de *directum*, participio pasivo del verbo *dirigere*, que a su vez es un compuesto de *regere*, que significa lo que es conforme a la regla, lo que dirige o conduce a un fin, idea de dirección

---

<sup>30</sup> Lucas, Cap. VIII, 42-48; Levítico, Cap. XV, 25-27. Cit. Pedro Fernández Sánchez, *Lei e Sentença. Separação dos poderes Legislativo e Judicial na Constituição Portuguesa*, V. I, AAFDL, 2018, pp. 25-65.

<sup>31</sup> Mateo, Cap. XXI y XXVII, 8-11 y 20-25; y Marcos, Cap. XI y XV, 7-10 y 11-15.

<sup>32</sup> Pedro Fernández Sánchez, *Lei e Sentença. Separação dos poderes Legislativo e Judicial na Constituição Portuguesa*, V. I, AAFDL, 2018, pp. 23- 92 y sgts.

<sup>33</sup> José Castán Tobeñas, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, T.I. *Introducción y parte general* V. I. *Ideas generales. Teoría de la norma jurídica*, Madrid, 1991, pp. 55 y sgts. Puede verse también a Isidoro Casanueva Sánchez, *El concepto del Derecho*, Dykinson, 2019, pp. 49-54.

o rectitud a la que responden las denominaciones que recibe el Derecho en la generalidad de las lenguas europeas modernas, neolatinas y germánicas: así se dice *dret* en valenciano, *droit* en francés, *diritto* en italiano, *direito* en portugués, *dreptu* en rumano, *rech* en alemán, *red* en antiguo holandés, *right* en inglés y *pravo* en eslavo, por señalar algunas de ellas<sup>34</sup>.

Destaca la tesis de nuestro gran polígrafo Joaquín Costa, que estudió el origen filológico remoto de la expresión Derecho, que según nos dice y es natural, no fue creada por los primeros pueblos que la usaron para significar alambicados conceptos filosóficos<sup>35</sup>.

Con independencia de cuál sea el más remoto principio etimológico de este grupo de vocablos, lo que se debe destacar es que en todas las lenguas arias, las nociones de justicia y de verdad se ligan a las de rectitud, siendo la línea recta considerada como el símbolo del bien.

La idea que nosotros expresamos con la palabra Derecho, la enunciaban los romanos con el término equivalente *ius*.

Por causas difíciles de determinar, el vocablo Derecho vino a sustituir durante la Edad Media al *ius* latino.

Para Costa<sup>36</sup>, la razón de que las lenguas neolatinas desecharan o poco menos, la palabra por excelencia nacional de los romanos, *ius*, y tomarán otra, *rectum*, que tantas veces uso Roma como equivalente a justicia, está sencillamente en que para las naciones subyugadas por Roma, germánicas y célticas, *rectum* tenía una raíz conocida mientras que el nombre *ius* era completamente exótico.

---

<sup>34</sup> Todas ellas provienen, según la opinión más aceptable, de la raíz sánscrita *RGU*, que significa Derecho en el sentido físico o moral, es decir, lo que no se desvía en el sentido natural y lo que es conforme a la ley moral en sentido figurado. De aquí las otras voces de esta raíz *RGUTA*, rectitud, honradez y *RGUGU*, honestidad; el verbo griego *orego*, que significa extenderse en línea recta y el latino *rego*, con sus derivados *rectus* o *directus*. Al hablar de estas cuestiones parece que nos estamos refiriendo a tiempos míticos y que nada tienen que ver con los problemas de hoy pero considero, al igual que Mattoso (José Mattoso, *Levantar o Céu. Os labirintos da sabedoria*, Circulo de leitores e temas e debates, 2012, p. 49), que sucede exactamente lo contrario, ya que el estudio de los orígenes, ayuda a descubrir la naturaleza íntima de las cosas.

<sup>35</sup> Mucho antes de la dispersión, la familia aria era nómada, y su principal y casi única riqueza era el ganado. Poseía en su vocabulario, en común con el semítico, una raíz antiquísima *RJ*, que en sus orígenes hubo de significar guiar, conducir o llevar hacia adelante el ganado o ir delante del mismo. Por una traslación de sentido, por lo demás llana y obvia, el vocablo que denotaba la idea de guiar o dirigir el ganado podía aplicarse a la idea de guiar o gobernar una familia o una tribu, ir delante o ser el primero.

Así aplicada, la raíz *RJ* se bifurcó en dos conceptos cardinales: primero, el de persona que guía o dirige: rey, jefe o juez, y segundo, el de norma o regla que dirige: ley, costumbre o juicio.

De la primera acepción proceden en sánscrito *raj*, *raja*, *ragam*, rey; el griego *arjos*, príncipe, jefe o rey; y el latino *rex*, de igual significado.

De la segunda *rguta*, que significa rectitud u honradez; el latino *rectum*, *directum*, regula; el céltico *rect* o *reacht*; el inglés *right*; el alemán *reht*, *recht*; el dinamarqués *ret* o los románicos: derecho, *direito*, *diritto* o *droit*.

Como señala Domingo Oslé, la palabra latina *principium* significa principio, comienzo o iniciación. Se trata de un compuesto del adjetivo *primum* y del verbo *capere* y expresa lo primero que se toma para realizar un proyecto. De tal palabra deriva príncipe (*princeps*), que designa a quien ocupa el primer lugar. La idea de principio conduce, inexorablemente, a la unidad y simplicidad. Entre los principios no cabe contradicción sino armonía pero entre las reglas, en cambio, es posible la excepción. Rafael, Domingo Oslé, *¿Qué es el Derecho Global?*, Premio Rafael Martínez Emperador, 2007, Consejo General del Poder Judicial, Centro Documentación Judicial, 2008, p. 183.

<sup>36</sup> José Castán Tobeñas, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, T. I, *Introducción y parte general* V. I. *Ideas generales. Teoría de la norma jurídica*, Madrid, 1991, p. 58.

García Gallo<sup>37</sup> atribuye el desplazamiento de *ius* por *directum* a la idea de norma de conducta, de ordenación que guía y dirige, que late en el fondo de esta última voz y que estaba muy conforme con el sentido cristiano del Derecho según la doctrina de la Iglesia, que arranca ya del Antiguo Testamento y con el sentido del Derecho vulgar o popular, esencialmente consuetudinario, que entra en contraposición al *ius* formulado por los juristas romanos que se fue desarrollando en los siglos del Bajo Imperio.

La expresión *ius* implica cierta idea de coacción mientras que el vocablo Derecho tiene un acentuado sentido moral<sup>38</sup>.

Por lo tanto, puede decirse que las palabras que sirven de origen a la palabra Derecho tienen un sentido de dirección o rectitud, o que la creencia de la naturaleza divina del Derecho implica una ligadura o vínculo productor de la cohesión y de la armonía social ligado a la idea de justicia.

El hombre no es un ser perfecto que se baste a sí mismo sino que para satisfacer sus variadas necesidades ha de vivir en sociedad, la cual exige un orden y una organización, una reglamentación de las relaciones que constituyen su trama para que las actividades individuales, disciplinadas y armónicamente coordinadas puedan dirigirse a la consecución del bien común, de manera que este orden, para cumplir sus fines, ha de ser impuesto obligatoriamente a todos los que forman parte de esa sociedad, debiendo alcanzar también la meta de la justicia.

Hayek denomina *nomos* a las normas de recta conducta que emergen de los esfuerzos de los jueces en la solución de los conflictos y a las que durante mucho tiempo se consideró el Derecho, es decir, el Derecho de los juristas, el *nomos* de los antiguos griegos y el *ius* de los romanos, que en otras lenguas europeas se llamó *droid*, *recht* o *diritto* (que considera la ley de la libertad) para distinguirlo de *loi*, *gesetz* o *legge*, con que identifica las normas de organización del gobierno, por las que principalmente se han interesado los cuerpos legislativos. Denomina *thesis* a la ley que ordena a alguien realizar una determinada acción dentro de los fines organizativos del poder público<sup>39</sup>.

En este mismo sentido Vera-Cruz considera que los romanos inventaron el Derecho como *ius* y lo separaron de la ley, entregando el Derecho a los jurisprudentes y dejando la ley para los políticos, en una composición de reglas que son alteradas por la interpretación de los jurisprudentes para

---

<sup>37</sup> José Catán Tobeñas, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, T.I, *Introducción y parte general* V. I. *Ideas generales. Teoría de la norma jurídica*, Madrid, 1991, p. 59.

<sup>38</sup> Durante el curso de la Edad Media, a pesar de la influencia dominante del Derecho romano, la consideración de la característica activa debió dejar su sitio a la del elemento moral quizá como consecuencia del sentido ético que el cristianismo imprimió al Derecho. No obstante, como sabemos, en nuestra lengua, la palabra *ius* suministra la raíz de numerosos vocablos, entre ellos: justo, justicia, justiciable, justificación, juez, jurisdicción, jurado, juicio, jurídico, jurisconsulto, jurista, jurisprudencia o juridicidad.

La tesis más extendida es que palabra *ius* deriva de *iussum*, sustantivo y participio pasivo del verbo *iubere*, mandar, que indicaría la idea de mandamiento o precepto, aunque otra tesis preconiza que proviene de Iove o Júpiter, dando a entender que las normas por las que la Humanidad se rige emanan de Dios, considerando los lingüistas más modernos que su fuente principal arranca de la raíz sánscrita *IU*, que expresa la idea de vínculo, ligadura o unión, y de la que provendrían también las palabras *iugum*, *coniugunt*, *iungere* y otra multitud de términos en diversas lenguas en la raíz védica *IOS* de la que procede *iurare*, que tendrían igualmente un significado religioso de cosas santa, pura, buena o propia de la divinidad.

<sup>39</sup> Friedrich A. Hayek, *Derecho, legislación y libertad. Una nueva formulación de los principios liberales de la justicia y de la economía política*, 2ª edición, Unión Editorial, 2014, pp. 123, 124 y 159.

adaptarlas a la realidad existente, de manera que la fuerza del Derecho se impone a la solución por la regla jurídica, que nada tiene que ver con la violencia del poder público ejercida al amparo de una norma legal, ya que lo que legitima el uso de la fuerza para hacer valer una decisión en un caso no es la ley sino la justicia de la solución que le es dada y que encuentra su fundamento en las reglas jurídicas aplicadas para resolver<sup>40</sup>.

Considero que Giuseppe Graneris<sup>41</sup> realiza en esta materia unas aportaciones bien interesantes para descubrirnos el sentido de tales palabras, de acuerdo con los antecedentes más inmediatos, que son los que de forma más directa impregnan la mentalidad actual.

Puede decirse que, incluso, aunque las palabras que utilice no respondiesen a la realidad, que lo son, sus resultados o dialéctica resultarían igualmente interesantes, dicho todo ello dentro de la tesis Neorrealista o Neotomista, que critica al subjetivismo propio de la Modernidad y a que se hará referencia al tratar del concepto de derecho subjetivo y la Modernidad.

Entiende que Santo Tomás, con su realismo y su concepto de justicia objetiva, constituye el mejor antídoto contra el imperio de la prepotencia que diviniza la libertad con que Hobbes y Hegel prometen saciar todas las actividades individuales y colectivas del hombre vanidoso y de las masas inconscientes, fomentando sueños, ilusiones y desilusiones, con el sugestivo nombre de derecho y que abre la puerta a la discordia y a la ruina.

Destaca que este Realismo nos inculca datos ineliminables del ordenamiento jurídico, el Derecho que brota de las cosas, que no es libertad caprichosa capaz de legitimar un feroz despotismo a veces sin freno y sin máscaras, que disfrazado de subjetivismo llega al legalismo.

Considera que Santo Tomás, que no era helenista aunque se alimentara diariamente con sus traducciones de Aristóteles y por una feliz laguna estaba poco familiarizado con el *Corpus Iuris* de Justiniano, como filósofo se interesaba mucho más por el contenido (significado) que por los continentes (significantes).

En griego se utilizaban las palabra *dikaion* para significar lo justo o cosa justa, que a su vez se podía referir a lo justo socialmente convenido o a lo justo por naturaleza (*deios logos, ortos logos* o *fisis*) y *nomos*, que equivale a norma o regla, lo que erróneamente es interpretado por los romanos, ya que *ius* ( la cosa justa o norma de su justicia) no coincidía con *dikaion* y además para los romanos se hacía prevalecer la norma sobre su justicia, como acreditan sus fórmulas magistrales.

Graneris considera que de Grecia a Roma se transmutan ciertas palabras y conceptos, sin duda por influjo de los juristas, como el relativo a que ciertos actos son justos por dictado de la naturaleza, que Cicerón destaca en *De legibus*, estimulando el orgullo de los auditores romanos que se vanagloriaban de que se reconocieran las leyes de costumbres, que se intentaba codificar.

De esta manera se confundía, de forma más intensa, el *dikaion* de Atenas con el *ius* de Roma, sistematización que inclina a los primeros Iusnaturalistas sobre la base de considerar *ius* a lo que Aristóteles denomina *dikaion*, al basarse en el *Corpus iuris civilis* y por ello considerando natural lo que era tan artificial como un código de Derecho, lo que tendría imitadores en los Iusnaturalistas

---

<sup>40</sup> Eduardo Vera Cruz Pinto, *Introdução ao estudo do Direito Romano. As questões fundamentais*, AAFDL, Lisboa, 2021, pp. 51-66.

<sup>41</sup> Giuseppe Graneris, *Contribución Tomista la Filosofía del Derecho*, Olejnik, 2019, pp. 32, 36, 37, 45, 57 y 71.

racionalistas de los s. XVII y XVIII, tales como Wolff o Pufendorf.

Dentro de esos parámetros debe considerarse los conceptos que usa Santo Tomás de *ius est ipsa res iusta*, sin necesidad, por lo tanto, de considerar que existiesen como dos: un Derecho legal y otro artificial, que los Positivistas son incapaces de articular, entendiendo que “toda ley humana determinada tiene tanto de ley cuanto se derive de la ley natural”, teniendo presente que “los legisladores cuidan más de conservar la concordia entre los ciudadanos, que la justicia a la cual algunas veces dejan de lado” y que “siendo la ley dictada para todos los casos de justicia, alguna vez, en algunos casos es inicua”<sup>42</sup>.

Gallego García considero que lleva a cabo una aportación doctrinal de primera magnitud, en línea con lo que señala Pedro Fernández Sánchez, cual es la correlación entre los poderes jurisdiccionales y legislativos, entre la *jurisdictio* y la *legislatio* y los órganos que deben desempeñar tales funciones para alcanzar el bien común, la autonomía personal, la eficiencia y eficacia del poder y la heterogeneidad del arbitrio de cada persona, dentro del marco que describe referente a que todas las constituciones ( axiológicas o de organización de poderes) son consecuencia del problema previo de la interrelación entre poder y persona<sup>43</sup> señalando que, propiamente, sin jueces no hay Derecho puede haber leyes pero no Derecho<sup>44</sup>.

La razón sirvió para la actualización de los textos romanos clásicos y justinianos por los Glosadores y por la Escuela del Comentario, lo que se acentúa en los s. XVI y XVII, cuando se encuentra bien asentada la idea del rey no solo juez sino legislador, pasando de esta manera su *auctoritas* a quien disponía de la *potestas*, lo que acrecienta Lutero, al otorgar el poder religioso al civil que, además, se considera que recibe directamente el encargo de Dios.

Aunque el Derecho romano aparece como la *ratio scripta* del caso, la cuestión que se plantea durante la Edad Media y Moderna será la de la adaptación al nuevo caso, actualización que deberá llevarse a cabo a través de la razón, de manera que el Iusnaturalismo Racionalista y los Códigos no distan esencialmente del originario método jurídico si no es por la determinación de lo jurídico, que pasa del jurista práctico a la voluntad de la Nación, de la razón ilustrada jurídicamente a que se refería Coke, a la razón que se dice de conocimiento universal.

La cuestión será la valoración de este traspaso de la *auctoritas* a la *potestas*, que se inicia en la Edad Media con el rey Absoluto, no solo como juez sino como legislador, con la consideración, más tarde, del Derecho/ derecho como voluntad, que parte de la doctrina considera que constituye una cuestión que guardan cierta analogía con el descubrimiento del fuego, en atención a los daños que puede producir, tratándose de un aspecto que se produce por la basculación del Derecho procesal al sustantivo por la vía del derecho subjetivo, que por el sistema de protección pasará al Estado como garante de los derechos y que constituirá no solo un mecanismo de banalización de los derechos humanos y de la función de los juristas sino de la hipervalorización del Derecho y sistema Administrativo, consecuencia de la glorificación del poder público y de su modo de actuación más prototípico, produciéndose una subyugación del Derecho procesal al sustantivo y con ello de la

---

<sup>42</sup> Giuseppe Graneris, *Contribución Tomista la Filosofía del Derecho*, Olejnik, 2019, pp. 32, 36, 37, 45, 57 y 71.

<sup>43</sup> Pedro Fernández Sánchez, *Lei e Sentença. Separação dos poderes Legislativo e Judicial na Constituição Portuguesa*, V. I, AAFDL, 2018, p. 23.

<sup>44</sup> Elio A. Gallego García, *Fundamentos para una teoría del derecho*, Dykinson, 2015, p. 161.

sustancia mítica del método heterocompositivo de resolución de las controversias y desplazándose la *auctoritas* por la *potestas* del poder público político y luego del Estado, revestida de la primera como concepto autorreferencial.

## 2. ESTADO DE LA CUESTIÓN

### La tesis mayoritaria que podríamos llamar oficial

La denomino de esta manera, en tanto que es la que se suele exponer habitualmente en las Universidades y se sigue en los sectores oficiales.

Nadie mejor que Luis María Díez-Picazo Giménez, en su día Presidente de la Sala Tercera del Tribunal Supremo y catedrático de Derecho Constitucional, para tomar el pulso a la situación actual en la materia que nos ocupa, en una obra de lo más apropiada como es *El juez del Derecho Administrativo. Libro homenaje a Javier Delgado Barrio* y en donde dice que:

“El Consejo de Estado es una institución única. No solo es uno de los tres o cuatro Tribunales más prestigiosos e influyentes del mundo sino que ha sido históricamente el creador del Derecho Administrativo en sentido propio. El origen esencialmente “pretoriano” de esta rama del Derecho explica, por sí solo, que los universitarios -más precisamente a los profesores de Derecho Administrativo- se encuentren, en cierto sentido, a la sombra del Consejo de Estado ; más, tal vez, de cuanto sus colegas de otros países europeos se encuentran con respecto a su jurisdicción administrativa suprema. Más aún, la particular importancia que siempre ha tenido el Consejo de Estado en la vida jurídica francesa tiene algo que ver con el predominio de ciertos géneros frente a otros en la literatura jurídica. Baste pensar, en la enorme difusión de la nota a sentencia en comparación con la relativa escasez de monografías, tesis doctorales al margen; algo que no deja de llamar la atención a quien está familiarizado con otras tradiciones jurídicas nacionales. En este orden de ideas, para mejor valorar la relación entre el Consejo de Estado y la doctrina universitaria sería interesante hacer un estudio comparado de los géneros literarios, dentro de la propia Francia, en Derecho Público y en Derecho Privado.

A todo ello considera que es conviene añadir la faceta consultiva del Consejo de Estado, que contribuye a reforzar ulteriormente la influencia de la institución, como lo hace el hecho de que muchos de sus miembros trabajan -o han trabajado- en la Administración activa y en los gabinetes ministeriales. Estas actividades extrajurisdiccionales no tienen parangón en la mayor parte de los países europeos, donde están encomendadas a otras categorías de altos funcionarios. Recuérdese que solo unos pocos países (Italia, Países Bajos, Bélgica, etc...) poseen Consejos de inspiración francesa. Ello implica que no sólo el Consejo de Estado como institución es especialmente prestigioso e influyente sino que también lo sean los Consejeros de Estado como corporación profesional”<sup>45</sup>.

Refiriéndose al mundo universitario destaca las figuras de Hauriou, Duguit o Vedel y el cuerpo profesoral de sus Facultades de Derecho, quienes han ganado el concurso de “agregación”, en cuyo

---

<sup>45</sup> Luis María Díez-Picazo Giménez, “Una mirada extranjera sobre las relaciones entre el Consejo de Estado francés y la Universidad”, *El juez del Derecho Administrativo. Libro homenaje a Javier Delgado Barrio*, Marcial Pons, 2015, pp. 73 y 74.

órgano administrativo de selección debe haber un Consejero de Estado, lo que pone de manifiesto, la autoridad que en el mundo universitario tiene esta alta jurisdicción.

Este concurso de agregación tiende a producir un determinado tipo de profesor “específicamente idóneo para la enseñanza superior y no necesariamente igual para otros fines como la investigación científica” y esta preferencia por la calidad docente hace que los profesores de Derecho franceses tiendan a quedar recluidos en el recinto universitario, de manera que su presencia en otros ámbitos es significativamente menor que la de sus colegas de otros países europeos.

Señala también que en Alemania e Italia, el jurista es el profesor, que no el juez, que tanto en términos profesionales como simplemente sociales, tiende a ocupar la cúspide de la escala y destaca que:

“La vida jurídica española ha tenido siempre cierta vocación profesoral, seguramente como consecuencia de una desmesurada influencia de la ciencia jurídica alemana. Esta germanofilia, que hunde sus raíces en el s. XIX y que en su día fue compartida por otras naciones europeas, no se ha visto, sin embargo, interrumpida en España por otros acontecimientos, como fueron destacadamente las dos guerras mundiales. Además, en el ámbito específico del Derecho Público, una extraordinaria generación de universitarios- encabezada, sin duda, por el recientemente fallecido Eduardo García de Enterría, dio origen a una doctrina administrativa muy sólida e influyente.

En todo caso, esta vocación profesoral no ha conducido nunca a un predominio indiscutido de la doctrina universitaria en el Derecho Público, al menos por dos razones: por un lado porque no se debe olvidar el papel decisivo del legislador en el desarrollo del Derecho Administrativo español, ya que a mediados del s. XX fueron las grandes leyes (jurisdicción contencioso-administrativa, expropiación forzosa, procedimiento administrativo) las que establecieron los cimientos de un Derecho Administrativo moderno y de otro lado, la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, si bien es servida por miembros de la Magistratura ordinaria ha estado caracterizada, desde 1956, por la presencia de un nutrido grupo de jueces “especialistas”, condición a la que se accede mediante una oposición restringida o de segundo grado, lo que no solo ha determinado un notable nivel de cualificación técnica sino que con el paso del tiempo ha tenido un saludable efecto de arrastre sobre aquellos jueces que llegan al orden contencioso-administrativo sin una especialización previa, considerando que el juez y el profesor son los auténticos interlocutores en el Derecho administrativo español<sup>46</sup>.

Las palabras de Muñoz Machado, en lo que considero la última gran obra sistemática publicada sobre el Derecho Administrativo y Derecho Público general, las entiendo bien significativas.

Tras señalar que la publicación de una obra de esta naturaleza precisa de una explicación más amplia que cualquier obra de objeto más reducido destaca que existen muchas exposiciones sistemáticas completas, la mayoría excelentes, además conforme a criterios que no resultan sustancialmente diferentes en cada caso y que en España contamos con obras de referencia magníficas, cuya influencia ha trascendido, en algunos casos notorios, de las aulas universitarias para convertirse

---

<sup>46</sup> Luis María Díez-Picazo Giménez, “Una mirada extranjera sobre las relaciones entre el Consejo de Estado francés y la Universidad”, *El juez del Derecho Administrativo. Libro homenaje a Javier Delgado Barrio*, Marcial Pons, 2015, pp. 73-76.

en textos de consulta y apoyo de la jurisprudencia cuando no del propio legislador, y en las que es visible la influencia de la doctrina Administrativista contemporánea.

Confiesa que este *Tratado* y su autor, desde luego, son herederos directos de esas construcciones teóricas dominantes, que es especialmente pertinente declarar en el momento de presentar una obra nueva, en la que no solo se encuentran los principios de esta época sino también las ideas y técnicas de las que hay que partir, necesariamente, para abordar cualquier nueva construcción.

De ese Derecho Administrativo clásico, el formulado de las exposiciones francesas y alemanas del periodo de cuatro o cinco lustros, encabalgados entre los s. XIX y XX, y llamado, con buen criterio, la edad de oro del Derecho Público, son tributarias todavía casi todas las exposiciones modernas en un marco Constitucional e ideológico que ha desaparecido, casi por completo.

Se trataba de un periodo dominado por el legicentrismo, en el que la ley ocupaba el centro del sistema Constitucional y por debajo de ella, todos los poderes del Estado y los derechos de los ciudadanos; el estatalismo, la centralización y el nacionalismo económico y que al día de la fecha han sido volatilizados y sustituidos por un cuadro de valores, principios e ideas político-constitucionales, radicalmente diferentes: la constitucionalización de la legalidad, la elevación de los derechos de los ciudadanos por encima de la ley y la nueva entronización de la justicia con funciones de control en toda clase de decisiones de los demás poderes públicos<sup>47</sup>.

En general, se suele señalar como primera piedra de este modelo de organización política y pública, en la que el Derecho Administrativo no es sino una manifestación, el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que se dice consagra la separación de poderes y el respeto de los derechos fundamentales, basándose, como precedente de la separación de poderes, en la obra de Montesquieu, *El espíritu de las leyes*, que solo los más valientes admiten con la boca pequeña que, realmente, poco tiene que ver con la Revolución Francesa y menos con la doctrina inglesa que se dice imitar.

En este sentido, el autor que se comenta señala que tanto en Francia como en los Estados que siguieron su modelo Constitucional, que dice ofreció al mundo la separación de poderes en versiones muy variadas, implantó enseguida la garantía de los derechos pero que tardó más de un siglo y medio en completarse en toda Europa.

De ello pudiera extraerse, en mi opinión, de acuerdo con estos propios postulados, que durante todo ese tiempo, verdaderamente, los Estados no tuvieron Constitución, como señalaba el artículo 16 de la Declaración porque las Constituciones se limitaban a declarar unos principios que los legisladores debían desarrollar pero sin procedimiento jurídico alguno que pudiera emplearse para corregir sus extralimitaciones, excesos o inhibiciones.

Continúa diciendo Muñoz Machado, que como la Revolución Francesa había proclamado la existencia de derechos naturales e inalienables de los ciudadanos así como la aplicación de los mismos, en el caso francés, el legicentrismo impuso una versión estatalista de los derechos que se definen por la ley y que la Constitución impide asegurar, haciendo falta una Administración poderosa, capaz de aplicar los mandatos legales y comportarse conforme a pautas que definan, claramente, las relaciones

---

<sup>47</sup> Santiago Muñoz Machado, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público general*, Madrid, 2011, prólogo a la primera edición.

de los ciudadanos con el Estado, formando así los vínculos e instituciones que convertirán al Derecho Administrativo, en el Derecho positivo del Estado.

Se habla de legicentrismo y de estatalismo pero, desde mi punto de vista, no existe una mención o crítica de los peligros que puede representar (y representó) en el desarrollo social y de los que ya hemos tenido algunos evidentes y graves ejemplos.

Se refiere este autor a los nuevos postulados de la legalidad producidos por el Constitucionalismo y a la elevación de los derechos de los ciudadanos por encima de la ley (que se convierten en imperativos para evitar lo tristemente sucedido), con la entronización de la justicia en funciones de control de todas las decisiones de los poderes públicos, como una especie de bálsamo de Fierabrás, como si de cuya incapacidad absoluta en los momentos claves no tuviésemos ya desgraciada constancia, además de las actuales reservas de jurisdicción ordinaria y constitucional.

Se habla de la separación de poderes pero no se suele aclarar, lo que con ello se quería decir en la versión francesa, que el Poder Judicial no podía entrometerse en cuestiones del Ejecutivo o se reconoce, como en el caso del autor que estamos tratando, que la separación de poderes en el modelo francés ni obedece a Montesquieu ni a la realidad del sistema inglés que pretendía imitar.

Respecto de los derechos fundamentales durante más de siglo y medio no fueron más que declaraciones que carecían de contenido normativo<sup>48</sup>.

Vasco Pereira da Silva, sobre la idea expuesta por García de Enterría que señala que en el modelo Revolucionario del control jurídico de las decisiones de la Administración, las debía verificar la propia Administración, encontrándose vedada tal función a los Tribunales ordinarios, desarrolla, sobre la base de una teoría subjetivista del recurso directo de anulación, una teoría que cristaliza en el modelo Administrativo en el que, a través del control jurídico de la actuación administrativa, también se obtiene una satisfacción respecto de los intereses de los particulares.

Reconoce un pecado original al sistema Administrativo Continental y a pesar de tratar también la cuestión de los derechos públicos subjetivos en el Estado de Derecho alemán no establece las consecuencias que desde mi punto de vista se producen<sup>49</sup>.

García Enterría realiza también un enjundioso estudio sobre la cuestión a través del sistema administrativo italiano y más en concreto sobre la legitimación a través del interés legítimo pero tampoco se adentra en las consecuencias de la implantación de este nuevo sistema de Derecho Administrativo Revolucionario, destacando que este sistema de justicia retenida pasa al de justicia delegada y a un sistema de jurisdicción contencioso-administrativa derivado de un poder legítimo, como si ello ya fuese suficiente y no fuese relevante para la propia organización del poder público, y como si el sistema de Derecho no afectase a la propia estructura del modelo político e incidiendo en el debido control de los Tribunales de lo contencioso-administrativo, en lucha contra las inmunidades del poder.

---

<sup>48</sup> Santiago Muñoz Machado, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público general*, T: I, *La formación de las instituciones públicas y su sometimiento al Derecho*, tercera edición, Madrid, 2011, pp. 23, 24, 25, 26, 29, 30, 31, 33 y 37.

<sup>49</sup> Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva, *Em busca do acto administrativo perdido*, Almedina, 1995, pp. 19-32 y 212-281.

Esta postura delata, desde mi punto de vista, la inadecuación del sistema, ya que la función de los jueces nunca ha sido ni debe ser el control sino la determinación de la justicia del caso concreto que se somete a enjuiciamiento.

De otro lado, en la determinación del derecho a la tutela judicial efectiva destaca el interés legítimo reaccional ante un actuar contrario a Derecho de la Administración, que aunque considera diferente del propio de los derechos subjetivos, con independencia de ciertos matices, entiende que es sustancialmente la misma.<sup>50</sup>

Estos dos últimos autores citados han realizado grandes aportaciones doctrinales tendentes a la normalización de la Justicia Administrativa a través de la subjetivización del proceso Administrativo en todos sus aspectos, incluidos los poderes del juez; y a través de la lucha contra las inmunidades del poder, manteniendo altas sus expectativas a pesar de que los resultados no terminan de cristalizar y sí que se encuentran consolidados en el orden jurisdiccional civil.

Entiendo, siguiendo a Alejandro Nieto y como se desarrollará, que el secuestrador de este control privativo y del Derecho todo no va a ceder voluntariamente y siempre pondrá inconvenientes, ya que no en vano realizó la operación del secuestro. A ello debe añadirse, en mi opinión, el correspondiente “síndrome de Estocolmo” que suele acompañar a estas situaciones.

La doctrina científica, prácticamente en exclusiva salvo algún verso suelto, y de la que puede ser una buena muestra el citado Luis María Díez-Picazo, autor de un manual de cabecera de la Carrera judicial, ya que se remitió a todos y cada uno de sus miembros por el Consejo General del Poder Judicial, consideran que el Constitucionalismo moderno ha formulado los límites jurídicos al poder político como derechos, ya que en el constitucionalismo antiguo: griego, romano y medieval se articulaba en simples normas de Derecho objetivo.

Esta afirmación la basa en las declaraciones de derechos humanos y en el sustrato filosófico que surge del Iusnaturalismo racionalista, que tiene su origen en la Reforma protestante, que determina que el Derecho natural, ya no puede concebirse como una emanación de la verdad revelada sino en lo único que tienen los hombres en común: la razón.

El Derecho natural entendido como ideal de justicia, queda centrado en el individuo y se entiende que los derechos tienden a ser formulados como facultades de ese individuo frente a la colectividad.

Considera que el concepto de derecho subjetivo procede del Iusnaturalismo racionalista, ya que era un concepto desconocido tanto por el *ius commune* como por el Derecho inglés, concepto el del derecho subjetivo, que servirá de soporte para configurar los derechos fundamentales<sup>51</sup>.

Todo ello sobre la base del acuerdo múltiple ciudadano del contrato social, que hace a los individuos dueños de su destino colectivo, síntesis de todas estas ideas que tiene plasmación en el artículo 16 de la Declaración francesa de derechos del hombre y del ciudadano de 1789, que señala que toda sociedad en la que la garantía de los derechos no esté asegurada ni la separación de poderes establecida no tiene Constitución, aspecto que se encuentra totalmente vigente, al remitirse la actual francesa de 1958 a la de 1789 en materia de derechos fundamentales.

---

<sup>50</sup> Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, I, cuarta edición, editorial Civitas, 1988, pp. 26 y sgts. y 458 y sgts y T. II. pp. 36- 54.

<sup>51</sup> Luis María Díez-Picazo, *Sistema derechos fundamentales*, Tomson-Civitas, 2003, pp. 27-29.

Quien fuera presidente de nuestro primer Tribunal Constitucional, Manuel García Pelayo, expresa que la división de la trinidad de poderes de Montesquieu debe actualizarse sobre la evidente realidad del duopolio político Parlamento-Gobierno, de un lado, y de otro, los jueces que garantizan el control jurídico y en el que desempeñarían una función esencial, tanto la Constitución como el Tribunal Constitucional, señalando que la distinción entre la esfera del poder estatal y la reservada a la autonomía y acción de los individuos y de la sociedad constituye el elemento esencial de un orden democrático libre, asistiendo en la actualidad a la difuminación de los límites de lo social y lo estatal, de lo público y de lo privado.

Considera que, si bien en nuestro tiempo el Derecho es un producto del Estado, también constituye un instrumento de control social, ya que las decisiones se adoptan dentro de los límites y con las formas jurídicamente establecidas que exige la organización estatal, que se somete a las normas que se han dado, salvo que las modifique expresamente, ya que lo contrario supondría una constante incertidumbre y determinaría una conducta errática, cuyo resultado sería el caos.

De ello deduce que el principio de legalidad no constituye solo una garantía de la esfera individual frente a las posibles extralimitaciones de los poderes públicos sino que también constituye un régimen funcional de la organización estatal.

El Derecho, de esta manera, no es solamente el marco del Estado sino también la medida de la legitimidad de su ámbito y formas, entendiendo que el problema no es defenderse de una inexistente sacralización más o menos pagana del Estado sino más bien, el restablecimiento de su autoridad, dignidad y respeto.

Para ello considera necesario, de un lado, la sumisión de la actuación estatal a la disciplina del Derecho, entendido como forma en la que han de transcurrir los actos sino de un Derecho inspirado en los principios de dignidad, libertad y desarrollo moral de la persona humana.

Entiende que solamente existe un Estado legal de Derecho cuando existe una jurisdicción contencioso-administrativa y un Estado Constitucional de Derecho cuando existe una jurisdicción Constitucional, ya que un derecho que no puede postularse ante los Tribunales no es un verdadero derecho y en ese sentido, tras la II Guerra Mundial se abre paso la tendencia de considerar a la Constitución como una verdadera norma jurídica y por lo tanto dotada de las garantías jurisdiccionales<sup>52</sup>.

Por lo expuesto considero que la consecuencia inmediata de lo que se acaba de exponer, es que, realmente, se deja en muy mal lugar a todas las Constituciones anteriores y al sistema filosófico y jurídico que decían mantener y, de otro lado, también a los sistemas jurídicos anglosajones.

Debe considerarse que lo que caracteriza a la familia jurídica romano-germánica de Derecho Continental es la consideración de que las situaciones concretas de la vida se deben gobernar a partir de normas previamente formuladas con una generalidad de situaciones ( lo que denomina “culto a la ley” derivado de la Revolución Francesa).

La aplicación de estas normas se traduce en el reconocimiento de derechos subjetivos consistentes en el poder exigir de otros cierta conducta o de producir ciertos efectos en la esfera jurídica ajena y

---

<sup>52</sup> Manuel García Pelayo, *Obras completas*, VIII, Centro Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, pp. 2525-2570, 2813-2828 y 2915 a 2981 y 3033.

su correlativa imposición de deberes jurídicos, de ahí que pueda denominarse a esta familia jurídica como “la cultura de los derechos”.

Lo que garantiza su funcionamiento e impide la prepotencia y el arbitrio es la idea rectora del principio del Estado de Derecho, nacido en la Alemania del s. XIX, desde donde se irradió a los demás países del continente europeo, basado en los principios de la separación de poderes, que tuvo su expresión literaria en la obra de Montesquieu (1689-1755) con la secuela de la independencia de los Tribunales, la salvaguarda de los derechos fundamentales de la persona, la soberanía popular, la vinculación de la Administración a la ley y la confianza individual, en sus más diversas manifestaciones<sup>53</sup>.

Un autor de tanta solidez como Correia nos cuenta la versión de siempre, los Tribunales Judiciales eran en buena medida órganos de defensa de los privilegios caducos y se oponían a la creación de un sistema Administrativo propio, trayendo consigo la Revolución, la racionalización hacía mucho tiempo deseada y la subordinación al Gobierno de una Administración que debía ser concentrada y liberada de injerencias ajenas.

Considera que existe un control jurisdiccional de la Administración cuando un órgano jurisdiccional integrado en el poder judicial e incluso en el poder administrativo<sup>54</sup> fiscaliza la legalidad administrativa con relación al cumplimiento de las normas de Derecho Administrativo, que por naturaleza sustantiva o procedimental persigue intereses de carácter público.

Sobre la base del sistema Administrativo francés pretende la edificación transnacional del *ius commune* Administrativo europeo y sobre sus principios generales y reglas fundamentales, la consolidación de una tradición jurídica administrativa europea que sirva de base a los países democráticos, destacando la posibilidad e incluso la necesidad, de recurrir, sistemáticamente, a las doctrinas francesa y alemana para enriquecer y consolidar los Derechos nacionales y la labor doctrinal universitaria<sup>55</sup>.

Prueba de este foranismo francés señala García de Enterría, con verdadero alborozo, lo que califica de cambio de paradigma, que se produce a través de las Leyes francesas de 16 de julio de 1980, 8 de febrero de 1995 y 30 de junio de 2000 que, de un lado, convierten al recurso en una verdadera y plenaria acción procesal de condena a la Administración, que posibilita a los jueces ordenar el contenido mismo de los actos anulados y adoptar medidas coercitivas contra la Administración, si se resiste a lo ordenado.

De otra parte, permite la adopción de medidas cautelares (*référé*) ante la jurisdicción Administrativa, reconociendo que “se habían abierto ya con notable amplitud en los procesos civiles”.

Este autor reconoce que todo ello ya se ha estado aplicando en España desde hacía bastante tiempo de mano de la Ley de 1956, con la interpretación que debía seguirse derivada de los principios que se derivan de la Constitución Española y que se han plasmado en la LJCA de 1998, destacando su carácter de jurisdicción retenida, al reservarse la Administración, la competencia de ejecutar las sentencias

---

<sup>53</sup> Dário Moura Vicente, *Direito comparado*, V. I, *Introdução e Parte Geral*, Almedina, 2011, pp. 74-76.

<sup>54</sup> Una cuestión bien trascendente es la de determinar si un órgano inserto en la Administración puede tener naturaleza jurisdiccional.

<sup>55</sup> Sérvulo Correia, *Escritos de Direito Público*, V. II. *Direito Administrativo (2)*, Almedina, 2019, pp. 43, 615 y 754-756.

(arts. 103 y sgts) y cuya plena jurisdicción llevan a cabo, por ejemplo, los portugueses merced al Código de Proceso Portugués de 2002.

Critica la jurisprudencia del Tribunal Supremo que limita el *fumus boni iuris* a la suspensión de actos iguales a otros ya declarados nulos o derivados de reglamentos declarados ilegales, lo que entiende que ha sido criticado por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15 de mayo de 2003 y comenta en su libro *La Batalla por las medidas cautelares* (pp. 409 y siguientes) sobre la base de lo que, en su día, dijo el TJUE en el caso *Factortame* de 1990, que entendía declaraba que el proceso no debía ser una carga para quien tuviese razón<sup>56</sup>.

Sin mayores consecuencias destaca el principio Revolucionario de separación de poderes respecto del que ningún reparo presenta ante la mención de que juzgar a la Administración sea administrar, mencionando el concreto contenido de la Ley de 16- 24 de agosto de 1790 y las menciones que al respecto que se contienen en el art. 3 de la Constitución de 1791, la decisión del Consejo Constitucional francés de 23 de enero de 1987, de las que con especial atención, se hará mención en esta tesis.

Critica que la doctrina italiana no haya sido capaz de constituir una teoría sobre el concepto sustantivo de interés legítimo equivalente a derecho subjetivo, que entiende se contiene directamente en la STEDH 33804/96 *Mennitto contra Italia* de 3 de octubre de 2000, subjetivación que tanto celebra del caso francés y que tiene cristalización en el artículo 19. 4 de la Ley Fundamental de Bonn, que supuso una ampliación del concepto de derecho subjetivo que hasta entonces considera imperfecto pero que entiende que no constituye sino una clase de derechos subjetivos reaccionales<sup>57</sup>.

Parecidas palabras a las que su padre Juan Carlos I dijo en el discurso de entrega de despachos a la LXIV Promoción de Jueces en Barcelona el 21-5-2014, en que manifestó que: “la Corona apoya a aquellos que respeten la Constitución”, pronunció su hijo Felipe VI en el discurso de agradecimiento tras recibir el 20 de febrero de 2019, el Premio Mundial de la Paz y la Libertad, que concede la Asociación Mundial de Juristas, en el que manifestó que sin democracia, el Derecho no sería legítimo, de hecho, la democracia no sería ni real ni efectiva y por eso no tiene sentido admisible apelar a una supuesta democracia por encima del Derecho. Sin el respeto a las leyes no existen ni convivencia ni democracia sino inseguridad, arbitrariedad y, en definitiva, quiebra en los principios morales y cívicos de la sociedad.

---

<sup>56</sup> Como se ha dicho, no es solo que la jurisprudencia no haya sido recipiendaria de la doctrina que enunció en su día García de Enterría en *La batalla por las medidas cautelares*, que abrió, sin duda, una agria polémica sobre su uso ante los Tribunales para quedar reducida, sin duda, a unos límites muy restrictivos sino que desde el punto de vista meramente dogmático, Susana de la Sierra considera que *Factortame*, en puridad, no constituye revolución alguna sino que es una precisión de la doctrina *Simmethal* para un caso concreto en vía de tutela cautelar y merced al efecto directo del Derecho Comunitario e incluso de forma temporal. Susana de la Sierra, *Una metodología por el Derecho Comparado europeo. Derecho Público Comparado y Derecho Administrativo Europeo*, Thomson-civitas, 2004, pp. 93 y 94. Más adelante defenderé que a pesar de la legítima autotutela pero como forma de evitar su abuso, en el marco de la lucha contra las inmunidades del poder, debería ampliarse este campo de actuación del *fumus boni iuris*.

<sup>57</sup> Eduardo García de Enterría, *Las Transformaciones de la Justicia Administrativa: de excepción singular a la Plenitud Jurisdiccional. ¿Un cambio de paradigma?* Thomson-Civitas, 2007, pp. 31-34 y 79-98.

Democracia y Estado de Derecho son realidades inseparables, pues crean el único espacio en el que puede vivir la libertad y el único marco en el que puede desarrollarse la igualdad, de ahí que la defensa de la democracia haya de ser la del Derecho.

Señalaba también que ley, libertad y democracia se encuentran unidas; que no hay libertad sin leyes se ha sabido siempre y también que sin ellas no puede haber democracia sino demagogia como señalaba Aristóteles, destacando que Cicerón decía que debíamos ser esclavos de las leyes para poder ser libres y manifestaba que aunque es cierto que el Derecho no puede hacerlo todo, también lo es que sin el Derecho no puede hacerse nada que sea legítimo, duradero, racional o seguro.

Lo expuesto se encuentra de acuerdo con lo que en su día expresase Eduardo García de Enterría:

“... no cabe en modo alguno, contraponer principio democrático con principio de legalidad. La primera aplicación del principio democrático es ser gobernado por las leyes (obra en la voluntad general) y no por los hombres; es el Preámbulo de la Constitución quien lo dice, no yo; la Constitución se promulga con la “voluntad de (...) consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad general”. Ninguna autoridad puede invocar su origen democrático para infringir la ley, esta es la esencia misma del Estado de Derecho”<sup>58</sup>.

Ahora bien, ha de tenerse en cuenta algo más, ya que el Derecho a manos de la ley, aunque sea fruto de la voluntad popular también puede representar problemas para la estabilidad política, social, la justicia y la seguridad, añadiendo realmente poco a estos fines si la ley o la Constitución pueden modificarse sin límites.

Señala Muñoz Machado, que es evidente que en la España actual, el proceso de deterioro de las instituciones Constitucionales avanza inexorablemente<sup>59</sup>, destacando con Fernández Segado, el gran

---

<sup>58</sup> Cit. José Bermejo Vera, *Derecho Administrativo. Parte Especial*, Civitas, 1994.

<sup>59</sup> Dice que la relación de los españoles con sus Constituciones, desde la de 1812 hasta la hoy vigente, es bastante significativa y orientadora de cuál debe ser nuestra conducta, puesto que ninguna de ellas ha sido muy duradera y casi todas fueron cambiadas en el marco de Revoluciones o de fuertes convulsiones sociales y políticas; siendo llamativa esta afición española a situarse siempre al borde de los precipicios y preferir la confrontación y el movimiento revolucionario antes que la reforma pacífica pero debe tenerse en cuenta, para valorar correctamente esta realidad, que la ruptura revolucionaria suele ser consecuencia de una resistencia ofrecida al cambio por los grupos políticos y sociales, que han conseguido instalarse en el poder y lo han convertido en una fuente inagotable de prebendas, de manera que el egoísmo y la corrupción, propios de esta situación, solo puede superarse mediante una fuerte contestación, que acabe rompiendo las resistencias para obligar a renovar las instituciones podridas por el mal uso, circunstancias en que se produce el cambio, que suelen dar lugar a una improvisación Constitucional. Cuando las Constituciones han durado más, como sucedió con la de 1876 y está sucediendo actualmente con la de 1978, ha sido porque la clase política y las élites sociales han conseguido trenzar sus intereses, de modo que las ventajas de la estabilidad y el parasitismo sobre las instituciones públicas se reparta de un modo equilibrado entre ellos, procurando una razonable rotación en el disfrute de las prebendas, ya que si la situación aprovecha a todos, entendiendo, por este concepto, a los principales actores políticos y sociales, al principio habrá menos interesados en el cambio, especialmente, si la trama se extiende a todo el territorio del Estado, apostando en cada lugar estratégico por el cacique local, que asegure la aceptación pacífica o incluso entusiasta y desde luego participativa del reparto del poder pero el anquilosamiento o la congelación del régimen Constitucional precisará, entonces, de una oposición más violenta para romper las resistencias, ya que el cambio necesario para intentar conseguir un mínimo ético es más difícil.

Considera que el Estado de las Autonomías está siendo cada vez peor considerado, puesto que los ciudadanos creen que ha servido, sobre todo, para multiplicar la clase política, nutrida hoy de muchos más efectivos que en los primeros años de vigencia de la Constitución, y que se reparten la infinidad de cargos de nueva creación, cuya necesidad y utilidad

número de Constituciones que nos ha legado nuestra historia Constitucional solo superada por Francia, con la frecuente pretensión por parte de cada partido político en el poder de convertir puntos de su programa electoral o ideológico en artículos Constitucionales, por la creencia de pensar que su introducción era capaz de producir resultados benéficos ciertos en nuestra vida política pero con la lógica negativa y reticencia de las restantes fuerzas políticas a aceptar entonces esta ley fundamental común, lo que ha determinado la existencia de tantas Constituciones y la muerte del mito Constitucional, al no ser respetadas como se debiera.

De otro lado, estas pretensiones constitucionalistas se consideraban como una ideología que solo afectaba a la clase culta y propia de la nueva actitud mental del hombre moderno, que quiere canalizar el orden y por tanto constituía un sentimiento superficial, carente de razones profundas en el alma del pueblo<sup>60</sup>.

Reconociéndose la extensión del sistema procesal Revolucionario francés a todo el Continente, esta doctrina oficial es incapaz de percibir la incompatibilidad de los preceptos que maneja habitualmente: el artículo 16 de la Declaración de Derechos de 1789, que proclama que no tiene Constitución, la sociedad en la que la garantía de los derechos no hubiese sido asegurada ni la separación de poderes establecida con el artículo 3 de la Constitución de 1791, que establece que los Tribunales no pueden inmiscuirse ni en el poder Legislativo ni en el Ejecutivo ni intervenir sobre las funciones administrativas ni citar ante ellos a los administradores por razón de sus funciones, sobre cuya claridad no puede haber duda, ya que el Preámbulo de la legislación de separación de poderes de 1789 era bien explícita:

“La nación no olvida lo que debe a los *parlements*, solo ellos resistieron la tiranía...nuestra magistratura estaba constituida precisamente para resistir al despotismo, que no existirá de ahora en adelante. esta forma de magistratura no es necesaria”.

Ello aunque utilizan constantemente el adagio que señala que juzgar a la Administración es administrar, lo que es además ratificado por el Consejo Constitucional francés, que en su decisión de 23 de enero de 1987 declara, solemnemente bajo el régimen de la Constitución de 1958, que la

---

entienden que es muy discutible, situándose al frente de las instituciones, a personas que encargadas de grandes responsabilidades de poder público, sin embargo, no serían capaces de gestionar el más modesto negocio familiar.

Consecuencia de todo ello es que tanto los ciudadanos como los especialistas perciben que el Estado y la clase gobernante son uno de los más serios problemas que condicionan nuestro futuro, de manera que el Estado, al no resolver los problemas cotidianos de los ciudadanos se ha convertido en un problema en sí mismo, y en ese sentido se dice que la clase política se ha apoderado del Estado y de una red de influencias caciquiles y partidarias que la ha hecho inexpugnable.

Las Comunidades Autónomas han multiplicado los puestos de trabajo bien pagados e influyentes, cuya cobertura depende de los partidos políticos, y la trama de influencias nacida estos intereses, tantas veces corruptos y bastardos, es imprescindible para que la situación se perpetúe.

Las sentencias del Tribunal Constitucional que interpretan las leyes e incluso las anulan no se cumplen casi nunca y las leyes del Estado no se aplican, se trata de un desastre sin paliativos, destacando que nunca había sostenido tales afirmaciones con semejante crudeza como tampoco lo ha hecho ninguno de los especialistas más solventes en nuestro país, ya que aunque conocían estos defectos, desde el principio los habían asumido y tratado de racionalizar, por las mismas razones que llevaron a todos: políticos, periodistas y ciudadanos del común, a respetar el texto Constitucional como si nos hubiera sido revelado. Santiago Muñoz Machado, *Informe sobre España. Repensar el Estado o destruirlo*, editorial Crítica, Barcelona, 2012, pp. 9-21.

<sup>60</sup> Francisco Fernández Segado, *Las Constituciones históricas de España*, ICAI, 1982, pp. 31-33. Basándose en Jorge de Esteban, José Jiménez Blanco, Eloy Terrón, Tomás Villarroya y Luis Sánchez Agesta.

separación de los Tribunales y la Administración constituye un principio fundamental reconocido bajo las leyes de la República.

Unos derechos fundamentales que no fueron sino principios ilusorios durante prácticamente dos siglos (hasta el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1948 y las Constituciones Italiana y Alemana de posguerra), sublimando un reino de la ley que consideran de inspiración Rousseauniana (la obediencia y supremacía de la ley ya venía de más de 12.000 años atrás, de la mano de los sumerios y practicada en el reino de Israel, como acreditan incontables citas el Antiguo Testamento y ponen de manifiesto de manera universal los Mandamientos de la ley de Dios) y sobre la base de un sufragio censitario y masculino.

Igualmente y de forma paradójica subliman la función del juez, especialmente del Consejo de Estado francés, que dicen que con su sabiduría y prudencia ha sabido someter a la Administración al control del Derecho a través de las técnicas de incompetencia, vicio de forma o violación de ley, pero se silencia ya eran utilizadas por los *parlements* y que consideran graves reductos de la vieja inmunidad regia pero sin mención de los vaciados conceptos de sanción y promulgación de la manos de los Revolucionarios franceses.

Tras reconocer y ensalzar, no solo que la Administración no puede ser enjuiciada por los jueces sino que estos no deben ser sino la boca muda que pronuncia las palabras de la ley destacan las palabras de Tocqueville:

“La fuerza de los Tribunales ha sido, en todo tiempo, la más grande garantía que se puede ofrecer a la independencia individual...los derechos e intereses particulares estarán siempre en peligro si el Poder Judicial no creciese y no se extendiese a medida que las condiciones se igualan” y ello “en un tiempo en que el ojo y la mano del soberano se introducen sin cesar en los más pequeños detalles de las acciones humanas”.

Mantienen, además, que esta defensa de los Tribunales y la libertad, que en otros tiempos fue copia del Derecho anglosajón ahora lo es del Derecho alemán, que subliman sobre la base del paso de una versión objetiva a subjetiva pero sobre la base del derecho subjetivo que es el concedido por el Estado y condujo a una mentalidad propicia para la implantación del mayor totalitarismo del poder público y desastre conocido en Europa<sup>61</sup>.

En fin, diciendo emular un determinado sistema constitucionalista y respeto de los derechos humanos (el inglés que carece de constitución escrita y de un catálogo de derechos fundamentales) plasman uno antitético sin más consecuencias, se dice que, metafóricamente, referirse a una infancia difícil del Derecho Administrativo (Vasco Pereira) como si las infancias difíciles no condicionarán la vida toda de una persona o simplemente para plasmar un sistema legítimo (García de Enterría), como si este principio no constituyera el aval de todos los periodos históricos.

---

<sup>61</sup> Eduardo García de Enterría, *Las Transformaciones de la Justicia Administrativa: de excepción singular a la Plenitud Jurisdiccional. ¿ Un cambio de paradigma?* Thomson-Civitas, 2007, pp. 11-68 y “La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)”, *RAP*, nº 38, 1962, pp. 504 y 505.

## Los sectores críticos minoritarios

Los sectores críticos a la postura expuesta en primer lugar, que pudiésemos denominar oficialista, son minoritarios, si bien sus postulados son cada vez más conocidos, considero que más fundados y tienen el contraste o verificación de lo que sucede en la realidad social, que mal se acomoda a los postulados teóricos que se nos enseñan.

Gandhi, el gran valedor teórico y práctico de los derechos humanos, era contrario a la excesiva unilateralidad con que se consagraba la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, ya que no hacía mención de los deberes del hombre, teniendo presente que: “ el Ganges de los derechos nace en el Himalaya de los deberes” y sobre la base del Bhagavad Gita hindú y el Sermón de la Montaña de Jesús denunció los 7 pecados capitales de la Modernidad: 1º. Política sin principios. 2º. Negocios sin moral. 3º. Riqueza sin trabajo. 4º. Educación sin carácter. 5º. Ciencia sin humanidad. 6º. Goce sin conciencia. 7º. Religión sin sacrificio<sup>62</sup>.

Un fenómeno social muy llamativo es que gran parte de los filósofos, historiadores e investigadores, y la mayor parte de la sociedad europea Occidental tienen la sensación de vivir o haber vivido en el mejor de los mundos pero tal fenómeno de ideario colectivo, ya fue advertido por Pascal:

“No hay rey; hay imagen de rey, puesta por la mente de quien se dice siervo suyo, y esa imagen suplanta eficazmente lo real”.

Cuando se tenga la debida perspectiva histórica, veremos hasta qué punto es cierto lo señalado por Gabriel Albiac:

“Entre 1789 y 1989, el hombre de los siglos XIX y XX ha vivido todas las combinaciones posibles de lo político, un vértigo que no conoce equivalente, y que hace que un niño nacido en el París del último decenio del S. XVIII haya vivido monarquía absoluta, república democrática, Terror, directorio, dictadura, Imperio, restauraciones varias y vuelta a empezar hasta llegar octogenario a la Comuna... En seguida, vendrá el siglo del exterminio: el nuestro, el de la política como alta tecnología de la muerte, la tanatopolítica, y ello dentro del Estado Moderno, que se inicia en el S. XVI, y en el que ya Richelieu y Nazarino conocían que no puede tolerar que nada quede fuera de sus dominios, de su territorio simbólico; el Estado Moderno es total o no es nada. La religión de los modernos va a ser, a partir del último tercio del S. XIX, la que alza el uso distorsionado del ateísmo, el cual a partir de ahí y con mayor frecuencia no será sino variedad léxica de un anticlericalismo apenas camuflado. Las específicas variedades de esa “ religión laica”, que se proyectan a sí mismas como filosofía de la historia cristalizarán muy pronto en la última, tan trágica, Teología Histórica, que ha conocido el pensar moderno; las hipótesis totalitarias de una historia portadora de sentido consumible, que guiaron a Europa de una guerra grande a otra absoluta”<sup>63</sup>.

No considero que después las cosas hayan mejorado: las purgas de Stalin, la Guerra Fría, con la posibilidad de la destrucción total del Planeta, la Revolución cultural China, Bosnia, Ruanda. En fin, un sufrimiento humano cualitativo y cuantitativo desconocido en la historia.

---

<sup>62</sup> Hans Küng, *En busca de nuestras huellas. La dimensión espiritual de las religiones del mundo*, Círculo de Lectores, Barcelona, 1999, p. 118.

<sup>63</sup> Gabriel Albiac, “La tercera lección”, *Diario ABC*, 13-1-2011. La cita de Pascal también se encuentra en este texto y “La cofradía atea”, *Diario ABC*, 8-9-2011.

Se dice que tras Westfalia ( 1648), la paz se mantiene por un equilibrio que impide que cualquiera de los príncipes aspire a la hegemonía pero detrás de esta situación se esconde un gran engaño pues cada uno de ellos iba a intentar, sucesivamente, reunir armas y soldados, en cantidades suficientes para imponerse a los demás, de manera que Westfalia no trajo la paz sino la guerra y, además, como medio normal de relación entre naciones.

Las paces eran simplemente periodos de descanso cuando se había llegado a un agotamiento de los recursos y dejando a un lado a España e Italia, consideradas como factores secundarios, aunque importantes, primero Francia, luego Inglaterra y por último Alemania harían, en estos 300 años sucesivos, proyectos para imponer su hegemonía y el resultado serían las guerras de Luis XIV para despojar a los Habsburgo de sus dominios, luego la de Sucesión española, la de la Pragmática que se jugaba el cambio hacia Prusia, la de los Siete años que tuvo ya escenarios fuera de Europa, las de la Revolución y el Imperio Napoleónico, la de Crimea, la del Setenta, la del 14, la del 39 y la del 45, y cada una de ellas se diferenciaba del anterior por haber multiplicado el número de víctimas, alcanzando también y de manera creciente a los civiles<sup>64</sup>, aspecto que acabamos de tratar con Gabriel Albiac y al que se hará referencia con más detalle al tratar a la Revolución Francesa, cuyo origen sitúa en el Estado Absoluto.

Dentro de este sector crítico y más conocido por los juristas prácticos se encuentra el catedrático y premio nacional de Ensayo, Alejandro Nieto, que desde un tono casi satírico pone en solfa las falsas premisas en las que se dice apoyar el Estado Social y Democrático de Derecho en la actualidad, realizando incursiones en la Revolución Francesa y en las monarquías Absolutas en que viene a fijar, en gran parte sus orígenes<sup>65</sup>.

Francisco González Navarro, magistrado del Tribunal Supremo y catedrático de Derecho Administrativo, puede decirse que también es crítico con este aparente mundo feliz que camina hacia la perfección, según se puede deducir de sus manifestaciones<sup>66</sup>.

La primera es reconocer la sustancia mítica de muchos conceptos que hoy son de común circulación, como las teorías de la soberanía, el contrato social, la voluntad popular, la santidad de la ley o la división de poderes, que considera constituye una de las claves para entender la crisis del sistema democrático Constitucional.

Destaca también la difuminación por confusión en una misma persona de la autoridad y de la potestad, que ya se produjo en Roma, a partir de la reforma constitucional llevada a cabo por Octavio en el año 27 antes de Cristo, que fue el momento en que la *auctoritas* se puso al servicio de la *potestas*, logrando así, que el poder, en vez de estar limitado por el saber, se sirva de él, recubriéndose con su prestigio: *Imperator* era en Roma el que mandaba, *Augustus* el que sabía; y desde el momento en que Octavio y los emperadores que le sucedieron, pasaron a denominarse *Imperatores Augusti*, esto es, provistos a la vez de poder y autoridad, lo que hace imposible la existencia de una verdadera libertad, considerando que se trata de un tema apasionante, que forma parte de esa rama de la ciencia política, que es la teología política.

---

<sup>64</sup> Luis Suárez Fernández, *Lo que España debe a la Iglesia Católica*, Homolegens, 2012, pp. 227-232.

<sup>65</sup> Especialmente en su obra *Crítica de la razón jurídica*, edit. Trotta, Madrid, 2007.

<sup>66</sup> Ni más ni menos hacia el fin de la historia como dirá Fukuyama.

Considera que la ignorancia de los jueces es una verdadera plaga en el sistema democrático Constitucional, señalando que en este aspecto sí considera que las cosas van mal, señalando que cuando se habla de libertad, los jueces españoles piensan solo en el Derecho Penal, olvidando que el Derecho Administrativo es el Derecho del poder para la libertad<sup>67</sup>.

Entiende que la autoridad del juez radica en su saber y en su preparación jurídica, destacando la importante función en nuestro sistema jurídico han desempeñado los especialistas de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Señala aspectos con los que considera que la independencia judicial, como garantía del Estado de Derecho, podría más fácilmente conseguirse: tales como que la retribución de los jueces tiene que ser sustancialmente superior a cualquier otro puesto de la Administración, que la superación de las pruebas selectivas de especialización, como es el caso de lo contencioso-administrativo, se compensen de alguna forma y que la retribución del juez que ingresa en la Carrera judicial deba ser prácticamente la misma, que la que ocupa un magistrado del Tribunal Supremo<sup>68</sup> o del Tribunal Constitucional.

Valora también que sería conveniente, una reforma de nuestra Constitución, para que el Tribunal Constitucional fuera el mismo Tribunal Supremo, actuando en Sala especial como Tribunal Constitucional.

Otro grupo de autores, entre los que se puede citar en España a Bartolomé Clavero Salvador, Andrés Ollero Tassara, José María Pérez Collados, Rafael Ramis Barceló o José Antonio Souto Paz y en Portugal a José Lamego, José de Oliveira Ascensão, Paulo Otero o Eduardo Vera-Cruz Pinto son críticos con el sistema legista y destacan la necesaria concepción de los derechos humanos en pos de una concepción más amplia del Derecho, la jurisprudencia y la función de los juristas como algo más que simples intérpretes literalistas de la ley, destacándose por algunos de ellos, la importancia que en el Derecho Contemporáneo han desempeñado las ideas y el modelo político que desembocó en la Revolución Francesa<sup>69</sup>.

---

<sup>67</sup> En este sentido destaca la utilización que de tal palabra se haga en singular o en plural, ya que mientras que en singular constituye, más bien, una entidad ideal o abstracta, digna de ser cantada por los poetas, en plural, guarda relación con derechos concretos, que fueron los utilizados en la Carta Magna inglesa de 1215 o el *Bill of Rights* de 1688.

<sup>68</sup> Como sucede actualmente en Portugal.

<sup>69</sup> De la que Bartolomé Clavero Salvador dice que de la revolución, no solamente francesa, pues es madre, hay poco que celebrar y no exactamente lo previsto. El motivo no se oculta: en ella, con todos y sin nadie, se extravió la libertad, se perdió la razón y se torció el derecho del individuo sobre la base de los principios que la legitimaban y no hay libertades sin libertad. Su reflexión se encuentra en el capítulo dedicado al paradigma de la Codificación, clave a su entender de un sistema allí entonces generado con la Revolución Francesa y ahora aquí, con la Constitución Española, regenerando, factor que tienen normalmente desatendidos tanto la historiografía como el Constitucionalismo, tanto en Francia y en España, ya que los derechos solo pueden ser los individuales. Es la Revolución la que declaró el Derecho y constituyó el Estado, es la revolución constitucional que mejor puede calificarse, ya que realmente solo instituyó la entidad política no el derecho individual, de manera que la razón de Estado se ha hecho en efecto Derecho y la Codificación es la que particularmente instaura y eficazmente mantiene la suplantación, considerando que los sistemas que han mantenido un principio de Derecho, digamos los anglosajones, han podido desarrollarse orgánicamente hasta las posibilidades actuales de libertad tangible; los que pasaron a una base distinta, los europeos Continentales no han podido hacerlo y han conocido incluso necesidad sin subversiones institucionales y regímenes de poder desnudo. El socialismo puede encontrarse en otro campo y permanecer en el mismo terreno macroinstitucional del individualismo degradado y hacer uso de los mecanismos de los poderes políticos o corporativamente sociales generados, precisamente no por el constitucionalismo del Derecho sino por la ley y el ejemplo más acabado de macroconstitución pura, de instauración de poder normativo sin requisitos jurídicos sustantivos ni políticos procedimentales ha podido dar lugar y brindar sostenimiento a los tipos contemporáneos de dictadura institucionalizadas, en resumen,

Por último quiero señalar que existe un sector muy minoritario tanto en Portugal, del que se puede señalar a Emilio Bigotte Chorão, como en la doctrina patria, que pudiésemos denominar Neorrealista, Neotomista o Neoescolástica, formado por diversos autores de los que podemos destacar a Alvaro D'Ors, Vallet de Goytisolo, Elías de Tejada, Miguel Ayuso o Gallego García.

Estos autores, que tienen cierto predicamento en Iberoamérica, desvelan la incongruencia de los postulados del Estado nacido de la Revolución Francesa, que consideran tiene su origen en la Iglesias Reformadas, en que se funda ese Idealismo frente al pensamiento Tomasino y su influencia en el Estado de Derecho y en la función del jurista, que afecta a la propia separación de poderes, a la libertad social o al concepto de derecho subjetivo pero lo hacen, a diferencia del primer grupo citado y mayoritario, en sentido crítico.

Destacan la legislación motorizada y el legicentrismo frente a los Códigos basados en la razón universal extraída del hombre sin más aditamentos y en la falacia de la separación de poderes, cuyo efecto real no ha sido sino su concentración, dando lugar a una sociedad exasperada que se olvida de los principios que hasta determinado momento histórico fundaron la convivencia y sobre los que se ha actuado, demonizándolos.

Consideran que falta un examen más ponderado de sus postulados, extendiendo su análisis sobre el conjunto de la jurisdicción, incidiendo en la organización judicial pero sin referirse, expresamente, al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, nacido precisamente al amparo de esa separación de poderes.

Valgan las palabras de estos autores recogidas por Miguel Ayuso para hacerse una idea de cual es, realmente, su postura: la división de poderes supone la confusión propia del Estado entre la potestad política y la autoridad, de manera que en ciertos sistemas, la praxis de la democracia exasperada y del totalitarismo democrático campante operan de manera encubierta, negando los presupuestos de la división de poderes.

Montesquieu, a quien se ha atribuido la doctrina de la separación de poderes, llamada otras veces división de poderes, nunca mencionó esta última y una vez solo la primera en sentido negativo, al referirse "al poder de juzgar en relación con los otros dos" esto es, sin concernir a estos, de manera que tanto la división de poderes como la separación de poderes traicionan el pensamiento de Montesquieu.

Entiende que lo que verdaderamente preocupaba a Montesquieu era crear un equilibrio institucional que, a la vez, consistiera en un equilibrio social, lo que no supone una sociedad política artificial compuesta de tres entidades distintas: legislativa, ejecutiva y judicial sino diversos elementos o fuerzas reales sociológica e históricamente imbricadas en el seno de un todo unitario ( Estado o nación), que regulase sus intereses conforme a un postulado de Derecho, que no es la traición del Derecho a manos de la ley positiva, voluntad del Estado.

Respecto del Poder Judicial afirman que, finalmente, se impuso la versión Revolucionaria jacobina del Poder Judicial sometido a la soberanía del Parlamento, conforme al principio democrático de la soberanía popular, lo que significa una infidelidad grave al pensamiento Rousseauiano, al trasponer y trasplantar la voluntad popular por la Parlamentaria.

---

la alternativa existente lo es entre sistemas de Derecho y sistemas de ley. Bartolomé Clavero Salvador, *Razón de Estado, razón de individuo, razón de historia*, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 11, 46 y 226-232.

Destacan que así como el órgano de gobierno de los poderes Legislativo y Ejecutivo se residenció, respectivamente, en cada uno de ellos, no fue así con relación al Judicial, primando al Ejecutivo en sus relaciones con el Judicial que, en la actualidad se encuentra en una especie de emancipación parcial de sus postulados, puesto que se admite, hasta cierto punto, que los jueces y magistrados no pueden depender, en cuanto a su designación, ascenso y cargos que deben desempeñar, de ninguno de los poderes políticos: ni del Legislativo ni del Ejecutivo o de los partidos políticos que dominen uno u otro o los dos.

Montesquieu entiende que se encontraba instalado en la mentalidad clásica cuando habló en términos radicales de la sumisión del juez a la ley pero lo hizo refiriéndose al Derecho Público pero no al Privado.

Consideran que la jurisprudencia no es la virtud técnica de la determinación de la voluntad del Estado establecida por la ley sino la razón jurídica.

Los jueces no deben ser un poder del Estado en el sentido de buscar el bien común sino que deben proporcionar la justicia particular en cada caso concreto, de ahí que todos los pueblos tengan una organización judicial que debe estar integrada por hombres prudentes, expertos y conocedores del Derecho.

Denuncian la reducción de la jurisprudencia a doctrina legal, consistente en una serie de sentencias dictadas por los Tribunales Supremos, sin el saber filosófico, que además suplanta al científico, entendiéndose que se produce una bárbara invasión de los saberes jurídicos al convertir a los jueces en simples técnicos, que se han venido a arrojar el discernimiento de lo que es ciencia de lo que no lo es.

Entienden que la democracia moderna ha pretendido establecer esa autoridad independiente en los partidos políticos y en la opinión pública, es decir, en una autoridad bastarda, ya que los partidos son órganos de poder y no son representativos de la opinión pública sino de los intereses de ciertos sectores públicos mientras que la opinión pública, precisamente por su fuerza oculta bajo las apariencias, es un verdadero poder asentado sobre su firme base económica y su conexión internacional, lo que equivale a decir, que se trata de una autoridad falsa y en el fondo, de un poder oculto, a pesar de su forma y el recurso a la autoridad<sup>70</sup>.

Estos autores, sin embargo, circunscriben sus críticas a la organización judicial en general, sin especial mención de la jurisdicción contencioso-administrativa, que solo los Administrativistas y especialmente García de Enterría señalan que su paternidad obedece a la Ley de Organización del Poder Judicial de 16 y 24 de agosto de 1790, cuyas secuelas constituyen la evolución de esta jurisdicción especializada, y a pesar de sus esfuerzos en el reconocimiento de los derechos humanos, en la lucha contra las inmunidades del poder no llegan a denunciar, que lo que se creaba era un sistema de organización del poder, alejado de la real y particular función tradicional de un Tribunal de Justicia, que incluso García de Enterría llega a describir pero sin otorgarle, realmente, la debida trascendencia, que es lo que se pretende en esta obra destacar.

En tales circunstancias no considero que estemos, propiamente, ante verdaderos Tribunales de Justicia, lo que es peor cuando se produce un secuestro del Derecho por la ley y por el poder político, con los efectos que ello produce en la libertad.

---

<sup>70</sup> Miguel Ayuso, "Concreción del derecho y separación de poderes, *Ethos*, Revista de filosofía práctica, Buenos Aires, 2011, pp. 121-137.

En este sentido considero que se deben destacar las palabras de Popper en el prefacio de su obra *La sociedad abierta y sus enemigos*, al señalar que las críticas que vierte respecto de algunos de los más grandes actores intelectuales de la Humanidad no se hace por el motivo de rebajar sus méritos sino por la convicción de que si la civilización ha de subsistir hemos de romper con la deferencia hacia los grandes hombres creada por el hábito, ya que los grandes hombres pueden haber cometido grandes errores contra la libertad y la razón<sup>71</sup>.

Entiendo que Vasco Pereira da Silva debe ocupar un lugar específico en este apartado, ya que desde la pura ortodoxia formal y dentro del ordenado discurrir del Derecho Administrativo dice, de una manera clara y rotunda, si bien sobre la base de lo expuesto por García de Enterría y de los autores franceses críticos con la obra de la Revolución Francesa, Vedel, Laferrière, etc... e incluso sobre la base de los escritos de Tocqueville, que los Revolucionarios franceses no consagran la separación de poderes sino la autonomía de la Administración, concentrando el poder de esta, que aunque arrancaba en el Antiguo Régimen se aumenta y consolida.

Por ello entiende que la Revolución no supuso un cambio revolucionario en la Administración y su control sino una evolución pero, como ya se ha dicho, a pesar de reconocer este “pecado original”, no atribuye otras consecuencias que un esfuerzo permanente de actualización, en atención a las nuevas funciones prestacionales de la Administración en el Estado Social de Derecho<sup>72</sup>.

Esteve Pardo nos explica de forma muy sencilla la evolución sufrida por el Derecho Administrativo o Público, en el que en una primera etapa de la Ilustración aparecen los elementos de la división de poderes, la soberanía popular, los derechos fundamentales, la idea todavía difusa de constitución, la ley como expresión de la voluntad general, su formación a través de una cámara de representantes, la ley supremamente soberana, el principio de legalidad y la posición de la Administración frente a los Tribunales con un sistema de control propio.

Citando a Tocqueville destaca que para este autor, el Antiguo Régimen estaban a la altura de su tiempo muy bien ajustado pero no respondía a un modelo de sociedad que había cambiado sustancialmente, que fue lo que también aconteció desde la Revolución Francesa a la sociedad europea de entreguerras en la que aparece la revolución industrial y la sociedad de masas, con los partidos políticos y los sindicatos de clases, produciéndose así una segunda etapa en el Derecho Administrativo en el que todavía hoy nos encontramos, que ha consolidado una limitación del Legislativo a manos del Tribunal Constitucional, con un crecimiento exponencial de la actividad administrativa.

Entiende que estos “mandarines” de la escuela alemana del Derecho Administrativo de inicios del s. XX, formados en un sistema universitario que les otorgaba una especial importancia social, aunque serán materialmente expulsados de las Cámaras parlamentarias, sin embargo, mayoritariamente, dieron justificación y desarrollo con sus estudios y publicaciones, a un sistema que califica de viaje al

---

<sup>71</sup> Destaca en el prefacio a la edición revisada que la obra se había escrito desde la invasión de Austria en 1938 y durante la II Guerra Mundial por Alemania, cuyos acontecimientos deben tenerse de fondo.

<sup>72</sup> Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva, *Em busca do acto administrativo perdido*, Almedina, 1995, pp. 21-31. Rui Guerra da Fonseca, *O fundamento da Autotutela Executiva da Administração Pública*, Almedina, 2012, tesis doctoral del autor que aborda cuestiones tales como la Administración como jurisdicción, las funciones del juez, la separación de poderes, la responsabilidad pública o la legitimidad del sistema, entre otras.

terror de lo que en su momento se llegó a llamar justicia y de la que no es preciso dar más notas, dado el conocimiento que tenemos sobre la manifestación fáctica de lo sucedido<sup>73</sup>.

Considero que un sistema jurídico debe prevenir e impedir estos excesos de la política y el Derecho, por ello no puede venir definido por la política sino que debe resultar, al contrario, en pos de la estabilidad social y el fenómeno civilizatorio y los juristas no deben entretenerse en el ejercicio de actividades que a la postre resultan cuando menos inútiles si no perversas, en lo que entiendo tiene verdadera trascendencia el método.

Lo peor de todo es que acreditados los resultados, profesores como Fortshoff, que habían sido apartados de sus cátedras o señalados por la sintonía o implicación que mostraron con el nacionalsocialismo (no obstante, este autor a la vista de la deriva que estaba teniendo la ideología se distanció hacia el estudio de conceptos más asépticos del Derecho Administrativo como la actividad prestacional), seguían organizando seminarios que adquirieron gran influencia en el panorama universitario o intelectual, destacándose entre ellos los Seminarios de Ebrach, en los que era habitual la presencia de Schmitt como ponente y animador de los debates.

Tampoco resulta edificante, que cada vez que se produce un cambio en la estructura social se deba pasar por una revolución o una mortalidad de millones, habiéndose acreditado que esta situación no debe necesariamente suceder, como acredita el sistema del *common law*.

Esta “infancia” o juventud “difícil” considero que nos obliga a reflexionar a los juristas sobre los resultados que ha arrojado y a los que puede conducir este sistema político de Derecho.

### **3. EL MÉTODO DE ESTA TESIS. EL DERECHO ¿ FUNCIÓN ESENCIAL DE LOS JURISTAS PRÁCTICOS O DE OTROS CAMPOS O CIENCIAS DEL DEBER SER? EL MÉTODO JURISDICENTE ROMANO, EL SISTEMA INGLÉS Y NUESTRA TRADICIÓN JURÍDICA COMO REFERENTES**

La primera cuestión que debemos tener presente es la metodológica de que nos advierte Hayek<sup>74</sup>, quien destaca que el campo de la empresa abordada por Montesquieu y más tarde por Hume o Adam Smith y que ellos denominaron “ciencia de la legislación” se ha escindido en múltiples disciplinas, por lo que hoy resulta imposible para cualquier hombre dominar, siquiera, las obras más importantes de las mismas, no pudiéndose pretender que se disponga de competencia en los campos que es preciso transitar ni encontrarse familiarizado con la literatura especializada sobre la totalidad de las cuestiones planteadas.

Esto se dice teniendo presente que la determinación del orden social más apropiado se aborda hoy desde diversas perspectivas, que van desde la economía, a la jurisprudencia, la ciencia política, la sociología o la ética pero que en el fondo tratan de un problema que solo puede afrontarse, con éxito, abordándolo como un todo.

---

<sup>73</sup> José Esteve Pardo, *El pensamiento antiparlamentario y la formación del Derecho público en Europa*, Marcial Pons, segunda edición, 2020, pp. 9-25, 201-206 y 56-78.

<sup>74</sup> Friedrich A. Hayek, *Derecho, legislación y libertad. Una nueva formulación de los principios liberales de la justicia y de la economía política*, 2ª edición, Unión Editorial, 2014, pp. 18 y 19.

Critica, de un lado, este fraccionamiento del saber y a la vez, que su estudio, que en ocasiones se denomina filosofía social, no puede verse favorecido por su encasillamiento en el apartado del conocimiento en el que tradicionalmente se ha hecho, en tanto que esta postura táctica no precisa, en ocasiones, de una justificación racional ni tampoco se pretende reconocerlas, cuando considera que se trata, en realidad, de cuestiones susceptibles de un tratamiento científico.

## **EL DERECHO ¿FUNCIÓN ESENCIAL DE LOS JURISTAS PRÁCTICOS O DE OTROS CAMPOS O CIENCIAS DEL DEBER SER ?**

En esta polémica sobre el papel de los juristas o de otros profesionales que se encargan del deber ser social considero que se debe tener en cuenta, que el deber ser en el campo jurídico se llama justicia y la manera de conseguirla es lo que, realmente, plantea la polémica, que se agrava por la cuestión metodológica de cada ciencia del saber.

Conocemos las premisas y resultados de un formalismo modernista o teoría pura del derecho cuyo mayor representante es Kelsen, con las consecuencias sociales que arrastraron y la desgraciada función social que desempeñaron, permitiendo los mayores Totalitarismos conocidos, sin capacidad de oponerse y eliminando de sus funciones, la primordial: la resolución pacífica de las controversias, que no puede ser tal, si se asienta en algo diferente de la justicia del caso concreto.

Este formalismo, que tuvo su mayor asentamiento social en el segundo tercio del S. XX, consideraba que el Derecho debía abstraerse de sus planteamientos impuros previos, políticos o filosóficos y centrarse en el mismo como fenómeno dado, sobre la base de la realidad de su implantación, con un sistema normativo piramidal y evitando que la discusión jurídica se transformase en una discusión no jurídica.

Es decir, pretendiendo considerar al Derecho como un sistema específico de normas, cuyo fundamento no se debe ir a buscar a otros sistemas normativos como la religión, la moral o la política.

Hablar de la justicia en el ámbito del Derecho no es dar un puñetazo sobre la mesa como sostenía de forma metafórica Kelsen.

Entiendo que flaco favor se hace a estos postulados de patriotismo y libertad, que como se ha dicho propugnaba García de Enterría como verdadera labor de los juristas, a través del seguidismo o con la imitación de lo practicado en Francia o Alemania, al margen de nuestra tradición jurídica y que constituyen modelos de concentración del poder público, que al margen de la invasión de la sociedad y el Derecho, constituyen la implementación de un modelo de sociedad débil y de un poder público que, fácilmente, puede bascular hacia sistemas en que el poder se ejercite de manera arbitraria e injusta, de forma autocrática, con legitimación para intervenir en los aspectos más íntimos y profundos de las personas.

La tesis que voy a plantear consiste en la contemplación del Derecho como el fenómeno único que es, con el sincretismo con que el se pretende actuar a diario y que debe tener su reflejo en cada resolución judicial, y en la justicia que en su conjunto se refleja, siguiendo un modelo seguido y

practicado, como es el ejemplo del modelo inglés y en la tradición del Derecho romano de la que obtuvo su prestigio<sup>75</sup>.

Entiendo que el deber ser del Derecho no se debe fundar en un idealismo de otra naturaleza, como puede ser un movimiento político o religioso<sup>76</sup>, que no determina, necesariamente, una justicia práctica en los hechos concretos enjuiciados, ya que sus ámbitos son diferentes y la justicia del sistema tampoco deviene de la abstracción de los singulares casos, tan específicos, procedimiento del Derecho práctico, que ya tiene acreditada su capacidad para reflejar la justicia a través del Derecho y como pone de manifiesto Alejandro Nieto, el jurista práctico no se planteará la cuestión de los grandes dilemas sino la justicia del caso.

El Derecho desempeña dos funciones esenciales: de un lado, constituye un medio de resolución de controversias, tanto entre particulares como entre estos y el poder público. De otro, disciplina el modelo de convivencia y fija las pautas del poder público (Estado de Derecho en la actualidad).

La función que desempeña en la solución de las controversias determina un concepto del Derecho, que afecta a su disciplina del poder.

Los países anglosajones no distinguen entre el Derecho Público y Privado ni entre Derecho sustantivo y procesal.

Se basan en la *actio* como sistema de protección y defensa de las situaciones dignas de la misma. Las controversias jurídicas se resuelven en lo que, tradicionalmente, se denomina en los países de Derecho Continental, jurisdicción ordinaria (civil y penal).

Este sistema de la *actio* tiene su origen tanto en la tradición inglesa como en el Derecho romano, que considera al tipo de resoluciones surgidas del método juricente o de la *auctoritas* romana como la *ratio scripta* en los países Continentales.

El sistema es justo cuando así lo refleja la solución de sus casos concretos y tener un referente diferente además de ideología olvida una función esencial del Derecho, cual es su realización práctica, aspecto esencial de cualquier fenómeno real, salvo que queramos mentir y que nos crean.

Los seres humanos ni somos autómatas ni nos gusta comportarnos como tales ni la realidad es fácil de encasillar en un modelo predeterminado, ya que siempre presenta peculiaridades trascendentes.

El Derecho debe ser ajeno a la imposición por la fuerza de la solución por los poderes legítimos y competentes del Estado, ya que la solución de un conflicto por la aplicación de una ley impuesta por la fuerza de quien tiene el poder no es una solución jurídica, ya que solo lo es por la adhesión voluntaria de las partes y la intervención de un jurisprudente con el compromiso previo de aceptación de tal solución, en la confianza inherente al modo de construcción jurisprudencial (heterocompositiva) de la misma.

---

<sup>75</sup> Alejandro Nieto, *Crítica de la razón jurídica*, edit. Trotta, Madrid, 2007, pp. 62, 138, 139 y 178. Que no fueron los Edictos de los emperadores sino la racional actuación de los juristas encargados de dar respuesta a los concretos casos que se les planteaban.

<sup>76</sup> Cuestión diferente será que tal sistema político o religioso otorgue el debido protagonismo a la razón práctica del jurista que resuelve casos concretos.

La paz proviene de las reglas jurídicas y la norma legal coercitivamente impuesta por el Estado impone un orden, una seguridad y una tranquilidad pública pero no la paz ni la armonía social, de manera que la fuerza legitimada por la ley tiene que estar aliada de la razón jurisprudencial, con capacidad de convencer al que pierde.

Este modelo tampoco debe basarse en sentencias interpretativas reglamentarias o en la determinación del alcance de una norma jurídica a través de un caso concreto, extremo para el que un proceso judicial no está ni pensado ni es hábil, ya que se produce una abstracción de hechos, que no son los reales y específicos de la controversia, que se encuentran, como la realidad misma llena de matices y circunstancias que los condicionan.

## EL MÉTODO JURIDICENTE ROMANO, EL SISTEMA INGLÉS Y NUESTRA TRADICIÓN JURÍDICA COMO REFERENTES

Roma puso de manifiesto dos aspectos esenciales en nuestra organización: la función que desempeña el Derecho en ella, fenómeno que descansaba en la *auctoritas* de los jurisconsultos o de quien se encargaban de resolver los casos concretos.

Considero evidente que un Derecho basado en la ideología pretende imponerse a través de las organizaciones políticas públicas y no da lugar sino a sistemas que se alejan de la tradicional función que se ha encargado al Derecho a través de los tiempos, cual es la resolución pacífica de las controversias, y que se adentran en la sociedad a través de una especie de violencia, en una ley de unos contra otros, que no solo produce resultados escalofriantes sino que sus frutos son breves<sup>77</sup>.

La Roma con la que se sueña periódicamente desde su caída se mantenía estable por este sistema jurídico y era capaz de integrar a distintas poblaciones y civilizaciones, que es uno de los sueños de nuestros juristas y de nuestros políticos, que se muestran incapaces de reconocer la verdadera causa por la que operó tal integración y estabilidad.

Aunque el Derecho romano ha llegado a nosotros de manera codificada, a través del *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano, los romanos eran contrarios a la codificación del Derecho emanado del poder público por 3 razones: 1) la codificación literal de los preceptos distrae al jurista de la esencia de la materia que debe considerar; 2) un código se presenta como un todo completo cuando la realidad no es así y; 3) un código exige la formulación de reglas abstractas, algo que al espíritu romano se antojaba lleno de riesgos y demasiado rígido, y ello aunque por su apego a lo concreto tampoco se desdeñaban los principios que consagró Ulpiano y constan en el Digesto: *honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*, es decir, vivir honestamente, no lesionar a nadie y dar a cada uno lo suyo.

En el s. XII se recibió un Derecho romano, que no era más que un sistema jurídico cristalizado en la Compilación realizada por Justiniano, que era considerada como la *ratio scripta* y sin que tampoco pueda desdeñarse su predominancia en puras razones de naturaleza pública, ya que la idea del Sacro Imperio Romano Germánico suponía la traslación del Imperio, como sucesor del antiguo Imperio Romano.

---

<sup>77</sup> Ya se ha hecho mención de la vida de nuestras Constituciones históricas y la pretensión de hacer figurar en la misma las pretensiones de determinado partido político o las reglas de recta conducta a que se refiere Hayek en la democracia actual.

En las universidades europeas de los s. XII a XVIII, el Derecho que se estudiaba no era el local sino el romano-canónico, también en las inglesas y así hasta 1758, por el impulso de Blackstone, no comenzó a privilegiarse la enseñanza del Derecho formado predominantemente en el ejercicio de las profesiones jurídicas prácticas<sup>78</sup>.

La lapidaria sentencia legada a Occidente por el Derecho romano según la que la ley es lo que place al príncipe: “*quod principi placuit legis habet vigorem*”<sup>79</sup> ha marcado el decurso de nuestra civilización de los últimos siglos como una pesadilla y cuando a finales del s. XI fue recuperada para Occidente la recopilación mandada hacer a Triboniano por el emperador Justiniano no pasaba de ser una afirmación exótica por la importancia de los poderes locales, feudales, la costumbre, la religiosidad del pueblo y el poder de la Iglesia pero las circunstancias habían cambiado mucho a principios del S. XVII o al menos, lo suficiente como para que los reyes pensarán que la apoteosis teórica y práctica de este principio fuese posible<sup>80</sup>.

Este concepto de Derecho como conjunto de normas que disciplinan la resolución de las controversias entre particulares determina una determinada concepción del Derecho, que tiene una influencia determinante en la ordenación jurídico-pública, como ya se ha señalado.

Las islas de Gran Bretaña e Irlanda forman parte, desde el punto de vista geográfico, del continente europeo.

El Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte tienen una historia, raíces y un sistema económico bastante comunes con el resto de países cercanos.

Las islas fueron invadidas por los romanos, y los normandos han formado parte directa de su cultura hasta 1588.

Los países europeos tienen religiones cristianas y aunque en el resto del Occidente continental rige mayoritariamente el catolicismo no es solo el Reino Unido, el que tiene una Iglesia Reformada o de Estado.

Sus Derechos, de las familias grecorromanas o anglo-germánica, tienen tanto influencias del Derecho romano como del canónico, sus sistemas políticos son democráticos y su economía es la capitalista de mercado.

Los Iluminismos, evolución de las ideas Renacentistas de liberación del hombre, influyeron decididamente en la mentalidad anglosajona y francesa, y a través de la Revolución Francesa y merced a las invasiones napoleónicas, en el resto del continente europeo, en las que Inglaterra, a pesar de sus supuestas ideas revolucionarias comunes, opuso la mayor resistencia, como sucedió con Alemania en el siglo XX, tanto por parte del Reino Unido como de Estados Unidos.

Es notable, sin embargo, la diferencia que existe en la idiosincrasia de los países anglosajones, y en concreto del Reino Unido, con el resto de países continentales europeos y, a pesar de poderse clasificar todos ellos dentro de la Europa Occidental, existen principios de organización política y de

---

<sup>78</sup> Dário Moura Vicente, *Direito comparado*, V. I, *Introdução e Parte Geral*, Almedina, 2011, pp. 98-106.

<sup>79</sup> *Digesto* I, 4, 1.

<sup>80</sup> Elio A. Gallego García, *Common Law. El pensamiento político y jurídico de Sir Edward Coke*, ediciones Encuentro, 2011, pp. 13-21.

concepción del Derecho que mantienen diferencias bien sustanciales, que tienen su origen, desde mi punto de vista, en las concretas circunstancias de su evolución histórica.

Especialmente, en las diferencias que existen no solo entre los Iluminismos inglés, norteamericano y francés sino en la propia configuración del Derecho.

Mientras que en los países del continente europeo, la unificación jurídica se producirá de la mano del romano-canónico, con olvido del que vivía la sociedad y practicaba la mayor parte de los juristas o jueces<sup>81</sup>, en Inglaterra fue obra de los jueces Reales itinerantes, que traían a Londres los casos y los resolvían de acuerdo con las costumbres y tradiciones de los lugares en que se planteaban.

Estos jueces Reales realizaban una labor de depuración técnica para dar la justicia a quienes habían solicitado su intervención, con una solución relativamente esperada y practicada, a diferencia de los de la justicia que se impartía en latín en las grandes cortes judiciales del poder público, que se consideran extrañas y sorprendentes en muchos casos.

El modelo jurídico de resolución de las controversias del *case law* y la temprana Revolución Inglesa atemperaron la mentalidad del Iluminismo inglés con la religión, su concepto de constitución y su forma de respeto de los derechos humanos.

La Revolución Francesa, con su anticlericalismo y su modo organizativo basado en la voluntad popular y en la diosa Razón, determinó una organización del Derecho que irradia sus consecuencias, no solo en su creación a través de la ley sino también en un sistema aplicativo, con las falsas premisas de la separación de poderes y la consideración omnipotente de la ley que, supuestamente, descansa en la todopoderosa voluntad popular, que ha producido los efectos de una ley invasora de todos los espacios públicos por su supuesta legitimación fuerte.

También en la economía y en su consideración esencial dentro del Derecho, lanzando hasta el paroxismo, la hipérbole del idealismo Renacentista de la creación de los espacios artificiales por el hombre, para el hombre y la modificación por su obra.

En el Reino Unido, el Derecho es mucho más que la ley, que en los países denominados de Derecho Continental es prácticamente omnicompreensiva, lo que condiciona, en los Estados de Derecho, en gran medida, la mentalidad social y la propia configuración de la sociedad.

En estas circunstancias se comprenden que las diferencias sean constatables y esenciales de cara a la integración de ambas mentalidades, analizándose en este trabajo, las circunstancias que concurren, las causas que lo provocan y, de su mano, la posible evolución hacia un punto de encuentro, que además tiene todo el respaldo de nuestra tradición.

El modelo Revolucionario francés cambió radicalmente nuestra tradición jurídica, que permitía un mayor control del poder a través del Derecho, que persiste en el sistema del *common law*, y que, además de la mayor estabilidad que de ello se desprende, está acreditado que es el más apto para la creación de riqueza y para la mejor evolución social.

El protagonismo que se otorgue, en unos casos a la ley y en otros al Derecho, el concepto que del mismo se adopte, junto a la forma en que se aplique para la resolución de las controversias, trasciende

---

<sup>81</sup> Más adelante se hará mención del concepto de *ius rusticorum* de que habla Hespanha para referirse al Derecho realmente practicado mayoritariamente por el pueblo y sus juristas, que no saben latín ni habían terminado sus estudios de Derecho y a la reacción popular frente a las sentencias basadas en el Derecho Canónico o Romano, como algo ajeno a su tradición.

a la esfera *inter partes* propia del proceso judicial, para afectar a la propia esencia y concepto de Estado o poder público, afectando al modo en que se entiende, que debe actuar dentro de la sociedad e inclusive al grado de interiorización personal de los valores y reglas cívicas.

Por ello, aunque los países de la Europa Occidental tienen sistemas políticos democráticos dentro de economías capitalistas de mercado, para los ciudadanos de Gran Bretaña no solo es desconcertante el sistema judicial del conocido como modelo Continental sino que también les resultan muy extraños, muchos de nuestros conceptos jurídicos más consolidados y principios de organización social, al menos desde un punto de vista formal.

Más individualistas los suyos y más colectivos los nuestros, por lo que considero, y así se dice expresamente, que detrás del “Brexit”, no solo existen intereses comerciales o económicos sino una diferencia en el modo de entender la organización social, en la que es difícil percibir, la gran importancia que desempeña el concepto y la aplicación del Derecho.

No somos conscientes de la forma en que la diferente concepción del Derecho va a afectar a cada ciudadano por nacer a uno u otro lado del Canal de la Mancha y no solo como ciudadano que acude a los Tribunales sino como simple persona que piensa y desempeña su trabajo en una sociedad libre.

Esta herencia indivisible, que recibida de nuestros antepasados pasa a los esquemas mentales de la mano de los padres, maestros y compañeros, determinará un específico concepto de sociedad y poder público.

Una de las utilidades del estudio del Derecho comparado es el posible examen de las distintas respuestas que el Derecho otorga a las necesidades humanas, pudiéndose extraer consecuencias, respecto del mejor amparo, que se otorga en unos y otros sistemas a las necesidades individuales o colectivas, o de ambas a la vez.

Considero que los denominados regímenes jurídicos Continentales instaurados tras la Revolución Francesa y que tanto nos afectan al día de hoy nacieron con defectos evidentes, con relación a la proclamada separación de poderes del Estado, y al propio control del poder público.

La presente obra pretende analizar los conceptos de Derecho, Estado y voluntad general, concluyendo que el Derecho no puede limitarse exclusivamente a la ley ni a los principios generales que se extraen de la misma sino que debe tener un campo mucho más amplio.

No son solo los Iusnaturalistas sino auténticos Realistas, los que dicen que el Derecho y los derechos deben más a la tradición que a la lógica, sin olvidar que la razón no solo es la cristalización del Derecho en los sistemas Continentales, ya que el Derecho histórico derivado de las resoluciones de las controversias jurídicas del Derecho del *case law* o *common law*, también se consideran, con mayor motivo, fruto de la razón.

La voluntad general y su expresión en la ley puede resultar muy totalizadora, especialmente en un Estado de Derecho y, de otro lado, el control del poder es, desde hace mucho tiempo, el mejor termómetro para medir la calidad democrática.

Un concepto más amplio del Derecho puede ayudar a una mayor estabilidad social, al igual que la existencia de mecanismos más amplios de protección de los derechos o de simples situaciones dignas de protección.

Una constitución de derechos y un mayor poder difuso de los jueces en su protección pueden dar lugar a personas más libres, sistemas políticos más estables y un mayor grado de civilización.

El Derecho se ha considerado, desde siempre, mucho más que la ley. La actividad judicial creadora del Derecho y del derecho responde a la tradición romana en los sistemas Continentales y constituye la esencia misma del *common law*; países estos últimos que han acreditado una mayor estabilidad social y política, una mayor capacidad de crecimiento económico y una mejor garantía de respeto por los derechos humanos y los grupos sociales.

En el campo de los derechos humanos ha desempeñado una función de la mayor importancia la doctrina española, que se destaca en la obra.

Nuestros pensadores más aventajados ya han puesto de manifiesto que los problemas del Mundo Contemporáneo y del hombre actual no se han acabado sino que la ideología Renacentista, que consideraba que con la emancipación del hombre se acabaría con todos ellos, constituye, simplemente, la vana ilusión en que se asienta todo sistema político (Jose Antonio Marina).

Como ya se ha adelantado, también se han señalado los enormes sufrimientos que ha padecido la Humanidad tras la Revolución Francesa (Ramiro de Maeztu o Gabriel Albiac) y juristas muy rigurosos (Alejandro Nieto y Santiago Muñoz Machado) han alertado de las enormes fallas, que desde el punto de vista del Derecho y nuestra organización pública existen en nuestro Estado de Derecho.

Sus desangeladas crónicas: *La "nueva" organización del desgobierno, El desgobierno judicial o Informe sobre España*, entre otras, alertan sobre los problemas coyunturales o estructurales que atraviesa nuestra organización del poder público y nuestro sistema de Derecho, constituyendo esta obra un apunte sobre las posibles soluciones, que ignorando los falsos paradigmas de la Revolución Francesa, bascule hacia un sistema más propio de nuestra tradición jurídica y más respetuoso con las raíces de nuestro sistema jurídico e incluso con las raíces de nuestra civilización y alejado de un sistema tan ideologizado, tal y como sucede con el *common law*.

La presente obra, partiendo de estos datos, y que aunque son muy minoritarios en la doctrina, entiendo que son más ajustados a la realidad, pretende buscar una solución que el Derecho Comparado nos brinda pero también nuestra tradición jurídica, no considerando cierta la tesis que mantiene que la aplicación del Derecho en los países del *case law* o de Derecho continental conduzca, prácticamente, a los mismos resultados.

Entiendo que nuestro concepto de Derecho afecta a nuestra concepción de poder público, que en el Reino Unido favorece en mayor medida, la estabilidad, la economía y las libertades.

Se pretende con esta obra contribuir a la creación de instrumentos jurídicos que contribuyan a la más pacífica convivencia, alejada de los Idealismos que nos impiden ver la realidad, tal cual es sino deformada y con soluciones ficticias que tampoco resuelven nuestros problemas.

La tradicional función del Derecho ha sido la civilizadora, la resolución por un tercero imparcial, dotado de los conocimientos necesarios, de las controversias, lo que constituye también hoy en día, un elemento sin el que no es posible una evolución social pacífica.

Al Derecho romano se le ha considerado, hasta ahora, como la razón jurídica y su manera de resolver los problemas jurídicos ha servido de modelo a toda la Europa Occidental.

El amparo que las autoridades públicas otorgaron a las situaciones dignas de protección a través de la fase *in iure* mediante el *dare* o *denegare actionis* en el Derecho romano concluyó en el proceso *extra ordinem*, con la unión de la otra fase del proceso o *apud iudicem*, nueva forma de proceso, en donde ya se dictaba sentencia por una autoridad pública, a diferencia de la primera fase de esta evolución, en que eran árbitros nombrados por las partes.

Mientras que en los países Derecho Continental goza de gran predicamento la teoría del derecho subjetivo, otorgándose a la acción naturaleza autónoma, el Derecho inglés es más tributario directo de la tradición y al otorgamiento de la acción le reconoce un carácter público, lo que determina un mayor realismo, ya que no precisa de elaboraciones dogmáticas para actuar.

El desplazamiento que se produce del orden procesal al sustantivo a través del derecho subjetivo que tiene lugar en un primer momento en la época de los Glosadores tendrá continuidad en el Estado de Derecho alemán, atribuyendo su elemento de protección al Estado, pasando el centro de gravedad de la persona a la colectividad por obra del contrato social y del Derecho Privado al Público, produciéndose la falsa equiparación de Estado y Derecho, de la paz y armonía de la autoridad que se desprende de la resolución heterocompositiva de las controversias, al orden y seguridad que establece el orden del poder político público, con la carga de profundidad de la velada violencia que suponen las consecuencias del incumplimiento de las leyes y la legislación motorizada.

No trata por separado dos cuestiones esencialmente unidas, como lo es la situación jurídica digna de protección y la protección misma, y salva de mejor manera dos cuestiones esenciales: la determinación de la naturaleza de los derechos (originarios o consecuencia de la ley) y es más dinámica en la resolución de las controversias jurídicas.

Por ello, en la actualidad son los países del *common law* los mayores suministradores de las soluciones y de los instrumentos de desarrollo mercantil y social (*leasing, confirming, factoring, renting, merchandising, comfort letters, first demand, shring-wrap* o maternidad subrogada, entre otros muchos).

Que la resolución de las diferencias jurídicas se solvente en una misma jurisdicción, en la misma que lo hacen los particulares acrecienta la sensación de que el poder público no es algo separado de la sociedad.

Los países del *common law* crecen más desde el punto de vista económico según el Banco Mundial (1/3 de la población mundial se rige por este sistema de Derecho), permite un mayor desarrollo de la libertad personal, según autorizados pensadores, y han acreditado una mayor capacidad de control de los movimientos totalitarios.

Si hoy es esencial el control de los poderes dentro del termómetro democrático, el Derecho concebido al modo inglés, lo permite en mayor medida que los países Continentales, en los que la ley, fruto de la voluntad popular, ocupa el Poder Legislativo y Ejecutivo, y a través del órgano de gobierno de los jueces y al suministrar de forma práctica, la totalidad del instrumento que deben utilizar para resolver las controversias, ocupa la práctica totalidad del Derecho y su aplicación.

En estos países denominados de sistema Continental nos encontramos con la situación fruto de la mayor antítesis, merced a la cual, quienes pretendieron establecer una separación de poderes, realmente, alumbraron el poder público o Estado más totalitario y además el Derecho no debe desempeñar una función tan ideologizada.

La función del Derecho debe ser la civilizatoria, la resolución pacífica de las controversias, el respeto de los derechos humanos y de situaciones que representan una conducta digna de protección desde el punto de vista del desarrollo social, económico y personal, y para ello se le ha de dotar de los mayores y mejores elementos posibles, más allá de la literalidad de la ley o de los principios que se derivan de ella, siendo muy útil en esta empresa, la experiencia de nuestra tradición jurídica y de los principios en que se viene asentando nuestra sociedad.

Los movimientos Totalitarios que ha vivido Europa han venido, en la mayoría de las ocasiones, de voluntades generales que en un determinado momento se han vuelto incontroladas.

No debe olvidarse la función que en esta situación ha producido el nacimiento del Estado Moderno como centro de poder formado por personas, teóricamente emancipadas, a las que a consecuencia de su conducta hubo de ponerles frenos.

Fruto de los desastres de la II Guerra Mundial se ha debido reconocer, con rigidez, el carácter normativo de las Constituciones, reforzado a través de los Tribunales Constitucionales, que verifican el control concentrado de la legalidad y el necesario respeto de los derechos humanos, a los que se les otorga un soporte superior a la propia ley positiva, a través de los convenios internacionales.

Desgraciadamente hoy en día, la voluntad general sirve de soporte a la revolución permanente, que se considera de esencia democrática y se esgrime como elemento perturbador para infringir nuestra ley fundamental, a través del cambio permanente y la racionalidad de nuevo cuño que se debe imponer.

La mejor Constitución es la que se funda en los principios interiorizados y consolidados de la ciudadanía, que no precisa sistematizarlos por escrito y lo mismo sucede con los derechos humanos.

En las antípodas de esta situación podría encontrarse España, y en este sentido debemos tener presente las reflexiones de Joaquín Costa, cuyas apreciaciones se juzgan especialmente atinadas y el paso del tiempo viene a ratificar su análisis, que consideraba que España no era una nación libre, ya que frente a cualquier forma de Gobierno, necesitábamos redimirnos de ella.

Entendía que por muy democráticamente que fuera promulgada la Constitución, las oligarquías seguían dominando el panorama político y, además, con la hipocresía de la soberanía nacional y el sufragio universal (ya que traía a colación la definición de caciquismo de Azcárate como feudalismo de un nuevo género, cien veces más repugnante que el feudalismo guerrero de la Edad Media, y por virtud del cual se escondía debajo del ropaje formal, una oligarquía mezquina, hipócrita y bastarda).

Consideraba que el verdadero gobierno era subterráneo, instrumento y resultante de tal oligarquía, de cuyas fechorías “criminales” no responde nadie<sup>82</sup>.

Un Derecho de base más amplia, en la que participen de forma más activa y creativa los jueces y el resto de actores jurídicos es realmente más democrático ( Alejandro Nieto ) y determinan una mayor capacidad de desarrollo de la civilización (Pérez-Prendes).

En la separación de poderes que propugnaba Locke, los jueces tenían una función creadora del Derecho.

---

<sup>82</sup> Joaquín Costa, *Oligarquía y caciquismo, colectivismo agrario y otros escritos*, (antología), Alianza edit, Madrid, 1979, pp. 17 y sgts.

El sistema inglés es más realista porque en la solución de las controversias jurídicas ante los Tribunales tiene muy presentes estas mientras que en el sistema Continental se otorga más importancia al caso-tipo y a la solución abstracta y dogmática a que obliga el derecho subjetivo.

Desde otra perspectiva, la elección de un solo candidato en cada distrito electoral ofrece más ventajas a las mayorías, que la confesada de nuestro sistema d'Hont y ofrece un punto de concreción y conexión entre las ideas abstractas, no solo del partido político que las plantea y la propia del hombre candidato al Ejecutivo que resulta, y las virtudes o defectos personales de quien representa realmente a esa circunscripción.

Aunque el concepto de ordenamiento jurídico se atribuye a Santi Romano, la razón última u origen conceptual metafórico se atribuye al lingüista Nebrija, que consideraba al lenguaje como elemento de cohesión de muy diversas materias, más allá de las palabras, preposiciones, sustantivos o verbos, y lo mismo sucede con el Derecho, que más allá de las leyes o principios del derecho, ya que en él deben tener cabida, además de elementos jurídicos otros no jurídicos, como la vida a que se refieren: historia, filosofía, sociología, evolución social, libertad individual, etc...

Los Jueces nos encontramos agotados en la búsqueda técnica de la ley o del principio general del derecho que debemos encontrar para la solución del caso, lo que nos absorbe en la práctica pero a poco que nos detengamos, cosa que no hacemos porque la universidad y la ley nos ha convencido de cuál debe ser nuestra función, observamos la ingratitud de la situación, que nos impide, en tantos casos, otorgar la justicia en vez de la ley, tarea ingrata para cualquier ser humano por el principio aprendido de la justicia, sacrificado por el principio igualitario de la ley, situación ya muy superada por nuestra tradición: *"mal de muchos, consuelo de tontos"*.

La labor del juez siempre se ha considerado como verdaderamente humana, dotada de los atributos más extraordinarios, propia de los seres más dotados, lo que es eliminado al anteponerse el igualitarismo a través de la ley y su aplicación frente a la justicia en el sistema de Derecho Continental, por lo que se ignora completamente su función y naturaleza tradicional desarrollada a lo largo de los siglos.

Este juez mecanicista, técnico en la aplicación de la ley, ignora completamente la raíz histórica de la figura del juez, como ser dotado de sabiduría para otorgar la justicia.

Como ya se ha dicho, el gran activista de los derechos humanos, Ghandi, enlazaba los derechos humanos con los deberes religiosos y criticaba la excesiva unilateralidad con que se concebían las declaraciones de derechos humanos, y los Iusnaturalistas católicos contemporáneos, también lo hacen sobre la base de su falta de realismo, impostura e ilusionismo, pudiéndose derivar también una crítica hacia la mejor doctrina de su concepción, la española, ya que es la única que los funda en la propia naturaleza humana, al margen de la nacionalidad (francesa), la raza (norteamericana) o el país (inglesa), por su tesis de considerarlos simples consecuencias de los Evangelios o de los Mandamientos de la Ley de Dios.

El Derecho inglés pone de manifiesto que es factible una observación y respeto de los derechos humanos sin necesidad de su plasmación previa por escrito.

Aunque la economía no debe ser el único criterio, sí que debemos ser sensibles al deber ser, que en sus postulados esenciales determina un mayor crecimiento económico y una mayor estabilidad social, por lo que debemos analizar, críticamente, nuestro deber ser jurídico para el mejor crecimiento

de nuestra civilización, no tanto de nuestra ideología. Debe tener además preferencia el modelo que obedezca , en mayor medida, a las raíces de nuestra historia.

La organización jurídica inglesa tiene trascendencia en el orden político, ya que la Monarquía o el Parlamento son tan pertenecientes al *common law* como el derecho de propiedad o la posibilidad de interponer una demanda, y en el origen de esa tradición jurídico-política emerge por su energía y clarividencia la figura de Edward Coke, por defenderlo con valentía frente a las pretensiones Absolutistas que defendían los primeros Estuardo basadas en el supuesto derecho divino de los reyes, y ser el mentor de la *Petition of Rights* de 1628, precedente inmediato del *Bill of Rights* de 1689 y de la vigencia de la Carta Magna de 1215 y recoger en sus *Reports*, los principios jurídicos de consecuencias política en muchas ocasiones y que consideramos y así se pretendía, como la mejor manera de recoger la tradición jurídica.

Coke comprendió y amó en toda su hondura la frase de Cicerón referida a que la mayor herencia del hombre Occidental estaba más en el Derecho y las leyes recibidas de la tradición que en lo materialmente legado por los padres: “*major hereditas venit unicuique nostrum a iure et legibus quam a parentibus*”, lo que posteriormente reiteró Burke y en general citan los juristas anglosajones<sup>83</sup>.

Como ya se ha señalado, Eduardo García de Enterría considera que existen dos grandes virtudes sin las que un jurista no es nada o apenas un retórico vacío: la identificación profunda con su pueblo y la pasión por la libertad<sup>84</sup>, que son dos virtudes que se pretenden ejercitar en esta obra, toda vez que el sistema de lo contencioso-administrativo en la España actual no es sino una copia del sistema francés y alemán, totalmente alejados de nuestra tradición jurídica y del debido discurrir del Derecho.

En la tradición española, la libertad individual es esencial y connatural al ser humano por lo que debe predicarse de la sociedad en la que vive y se desarrolla, no pudiendo ser esclava ni de su fuente ni de ninguna organización, ni en sentido objetivo ni subjetivo<sup>85</sup>.

El Idealismo alemán inspirado en el espíritu romántico de pueblo, sobre la base de la Pandectística Iusprivatista, alumbrará el reconocimiento del Estado como persona jurídica, de tal manera que la consideración del Estado en su integridad y no de cada uno de sus tres poderes hace que estos pierdan su sustantividad y se conviertan en simples expresiones orgánicas de aquel, de forma que el Poder Ejecutivo pasa a ser una función del Estado-persona, continuando el Derecho Administrativo como régimen especial del Poder Ejecutivo.

En palabras de García Enterría, la palabra Estado es extraña al Derecho inglés y mucho más el concepto: la Corona hace referencia a la organización administrativa; el Parlamento es el órgano del

---

<sup>83</sup> *Institutes*, V. 2, p. 56. Cit. Elio A. Gallego García, *Common Law El pensamiento político y jurídico de Sir Edward Coke*, ediciones Encuentro, 2011, p. 21.

<sup>84</sup> Cit. Antonio Fernández de Buján, *Derecho Público Romano, Recepción, Jurisdicción y Arbitraje*, edit. Tomson-Civitas, 2004, p. 16.

<sup>85</sup> Ya se ha expuesto la opinión de Bartolomé Clavero Salvador para el que de la Revolución, no solamente francesa, pues es madre, hay poco que celebrar y no exactamente lo previsto. El motivo no se oculta: en ella, con todos y sin nadie se extravió la libertad, se perdió la razón y se torció el derecho del individuo, los principios que lo legitimaban, ya que no hay libertades sin libertad, considerando que los sistemas que ha mantenido un principio de Derecho, digamos los anglosajones, han podido desarrollarse orgánicamente hasta las posibilidades actuales de libertad tangible y los que pasaron a una base distinta, los europeos Continentales no han podido hacerlo. Bartolomé Clavero Salvador, *Razón de Estado, razón de individuo, razón de historia*, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 11, 46 y 226-232.

pueblo y los Tribunales son órganos o expresión del derecho de la tierra pero sin reconocer un ser superior y común<sup>86</sup>

La crisis del Medioevo tardío trajo los sismos, constituyendo los antecedentes de la teoría del Estado, del Derecho Público y de los derechos subjetivos en los que desenvuelven los derechos de los sujetos a través de la voluntad, dando lugar a la construcción de la subjetividad jurídico-política contemporánea, que tiene como hitos esenciales la cultura Ilustrada francesa de base jacobina y la teorización germana.

El ser humano de la tradición y a que se refiere Santo Tomás como una realidad creada por Dios a su imagen y semejanza, que goza de una razón y libertad participada por Dios se llega a las consideraciones del sujeto como construcción, el resultado de un modo de concebir el mundo que se inició en el Renacimiento y tiene sus raíces en Escoto y Ockham, y que ya aparece de manera completamente transfigurada en la Ilustración y merced a los pactos sociales como un sujeto desencarnado abstracto, centro de imputación de toda clase de derechos, *sub-jectum*, al que no se le reconoce un derecho de resistencia sino para mantener el régimen vigente, lo que marca el declive de los derechos humanos frente al Estado sino dentro del Estado.

Los derechos naturales del Iusnaturalismo se convierten en derechos públicos subjetivos en el Positivismo, apareciendo la voluntad en las Iglesias Reformadas, el individualismo transmutado en colectivismo por obra del pacto social, con un derecho subjetivo garantizado por la soberanía absoluta.

Construcciones teóricas que determinan la negación de cualquier instancia ajena al Estado bajo las reglas jurídico-administrativas y que Marx expondrá claramente: “la posición abstracta y consciente entre la vida del pueblo y del Estado es exclusiva del mundo Moderno, la Edad Media es el dualismo real, la Moderna la abstracta<sup>87</sup>.”

La personificación del Estado bajo fórmulas privadas de la Pandecística fue rellenada de estructuras jurídico-política vaciándola de su contenido político que se pretenden neutralizar en lo jurídico mediante la construcción de los derechos públicos subjetivos, subjetividades que se autolimitan y se retroalimentan, ya que no hay derechos fuera del Estado.

La purificación del poder soberano presentada por los publicistas alemanes neutraliza el aspecto político en el Derecho y Kelsen llevará al extremo de la abstracción y autorreferencia : el matrimonio no se considera un acto referido a las relaciones de diverso contenido entre los individuos sino una serie de normas, un modo vacío de realidad en estricto cumplimiento del método kantiano. La subjetividad no es ya el dato previo sino el resultado de la imputación del sistema jurídico que ni siquiera requiere la voluntad del imputado sino el mandato de quien imputa como basado en la voluntad imputada abstracta del sujeto, no el ser humano concreto sino una abstracción levantada sobre él, que se desplaza de continuo con una creciente separación de lo real.

Todo lo expuestos alcanza su punto álgido en la disolución de lo político en lo jurídico, con la juridificación del poder soberano, de manera que la subjetividades de la Modernidad aparentemente contrapuestas, estructuralmente se identifican, al ser la persona jurídica Estatal la causa eficiente y

---

<sup>86</sup> Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, V. I y II, cuarta edición, editorial Civitas, 1988, pp. 24-30.

<sup>87</sup> Karl Marx, *Critica de la filosofía del Estado de Helgel*, traducción y notas de José María Ripalda sobre la edición de 1927, Biblioteca Nueva, 2002 (1843), p. 102.

formal de los derechos de los súbditos, siendo el Estado Moderno *iuscéntrico* en palabras de García Pelayo<sup>88</sup>, lo cual puede incluso determinar el concepto de ley formal, de manera que se llega a identificar Estado y Administración, y de esta manera el conjunto de derechos subjetivos abandona la construcción iusnaturalista para instalarse en la autorreferencia jurídica con las tensiones entre el sujeto estatal e individual, que explicaría el tránsito de los derechos subjetivos a los derechos fundamentales, autolimitándose el Estado sobre la base de las normas jurídicas por las que se rigen y transmutando, de esta manera, lo político en lo jurídico, plenamente la legislación de la razón al modo kantiano.

Junto a la burocracia aparecerá el mercado, cuya característica común es la abstracción que funciona mediante un sistema de imputación con capacidad de distribuir los recursos: el mercado nació como medio libre y justo de distribución de riquezas pero nunca funcionó realmente de ese modo mientras que la burocracia convertida como un medio paliativo de redistribución conduce a la mayoría silenciosa.

El triunfo universal de la economía de mercado y la necesidad de encontrar una imagen adecuada a las características del capitalismo, especialmente del financiero, ha generado una escisión entre las modernas sociedades y sus referentes éticos pero si algo caracteriza al pensamiento moderno es su tendencia a explorar todas las posibilidades, a sistematizarlas y a hacerlas efectivas como formas morales, jurídicas y políticas con el resultado de una economía mundializada y un mercado internacional en el que se subsumen todas las referencias.

Destaca Muñoz de Baena<sup>89</sup> que el miedo ha sido hasta ahora el oculto resorte de nuestra falsa liberación, del totalitarismo de la razón que ha tratado implantarla y para ello se basa en Adorno, que señala que : “La Ilustración es el temor mítico hecho realidad. La pura inmanencia del positivismo, su último producto, no es más que un tabú, en cierto modo universal. Nada absolutamente debe existir fuera pues la sola idea del exterior es la genuina fuente del miedo”, considerando que si los derechos tienen alguna posibilidad lo es en conexión de una concepción de lo justo que no evacue, por formalización, la necesidad de juzgar en cada caso concreto que no levante principios de justicia más o menos formalizados como desde hace más de medio siglo se ha propuesto hacer buena parte de la hermenéutica filosófica.

Todo ello tendrá como manifestación más exponencial la crisis de la teoría de los derechos humanos a que se hará referencia y al Derecho Administrativo como figura esencial del Derecho, con las consecuencias que se derivan, ya que solo tras esta abstracción y deconstrucción del hombre surge la cuarta o quinta generación de derechos humanos, incluyendo el derecho a tener derecho o a la igualdad de los derechos, incluso los derechos de los animales o de incluir a los primates superiores en una suerte de comunidad moral con los humanos, lo que solo es factible dentro de las teorías abstractas de imputación que, sin duda, se transmitirá también a los robots humanizados y servirá de soporte a la extinción no solo del hombre como ser real sino a la propia extinción física del hombre.

---

<sup>88</sup> Manuel García Pelayo, *Burocracia y tecnocracia*, Madrid, Alianza, 2ª reimpresión 1987 (1974), pp. 28 y sgts.

<sup>89</sup> José Luis Muñoz de Baena Simón, *La abstracción del mundo. Sobre el mal autoinmune de la juridicidad moderna*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018. Es el autor al que esencialmente se ha seguido en la exposición, el texto literal y el último inciso aparece en la página final 352.

A la primera se refiere Foucault, cuando sugiere en el memorable final de *las palabras y las cosas*, la posibilidad de que el hombre termine por borrarse, “como en los límites del mar un rostro de arena” considera Muñoz de Baena<sup>90</sup> que está haciendo algo más que una hermosa metáfora ya que previene contra la esencial inestabilidad de una idea cuya genealogía es muy reciente, una construcción que no es sino el resultado de una vicisitud histórica como la filosofía del sujeto “ el hombre ha compuesto su propia figura en los intersticios de un lenguaje fragmentado”, ya que, ciertamente, la figura del hombre no es el hombre y se trata de una construcción que comenzó en el Renacimiento y alcanzó su culminación en el Idealismo alemán con la pretensión de reducir todo a ideas claras y distintas, de una univocidad y una transferencia que no son tales

Por eso en 1984, Orwell señalará que lo verdadera importante nos es estar vivo sino mantenerse humano.

---

<sup>90</sup> *Ibidem*, p. 236.

**PRIMERA PARTE. LOS ELEMENTOS PRECISOS  
PARA UN ADECUADO PRONUNCIAMIENTO.  
LAS NECESARIAS RECONSIDERACIONES**



# I. LA MENTALIDAD ROMANA, QUE CONSTITUYE NUESTRA PRINCIPAL REFERENCIA, CONFIGURÓ AL DERECHO COMO LA RAZÓN JURÍDICO-PRÁCTICA

Cuando comencé la Carrera de Derecho quedé muy sorprendido por la importancia que se otorgaba al Derecho y sistema romano, que consideraba debía haber sido superado por una realidad social muy diferente de aquella en que se fraguó y, sin duda, del debido fruto de la intervención de las distintas Escuelas filosóficas, que entendía debían constituir, aunque solo fuese por el transcurso del tiempo y el progreso de la Humanidad, el fundamento de los tiempos actuales, idea que se ponía también de manifiesto, por el estudio de la sociología política y el Derecho natural del primer y último año de la Carrera<sup>91</sup>.

Esta mayor importancia se otorgaba a lo que hoy podríamos denominar su Derecho Privado y solo hoy me doy cuenta de la importancia que debió tener en el gobierno de un imperio, lo que hoy conocemos como Derecho Público, prácticamente desconocido en aquellos planes de estudio, que los estudiosos del continente europeo de hoy en día consideran, poco menos que imposible de administrar, sin un Derecho Administrativo o Público, y ello a pesar de la evidencia de que no solo el Imperio romano sino también el español, portugués o inglés carecieron de él.

Al estudiar el Derecho positivo vigente en los Manuales recomendados y ocuparnos de forma más directa de la actualidad, esta perspectiva, a salvo de lo que consideraba alguna veleidad histórica, no era tan remarcada, con excepción de los excelentes y breves libros de Derecho civil del maestro Castán, al que seguían fielmente las oposiciones de Judicatura, Fiscalía, Notaría y Registro de la Propiedad.

Al realizar mi primera tesis doctoral fue cuando descubrí la real trascendencia que tenía el Derecho romano en la intrahistoria e instituciones de la actualidad, ya que las instituciones jurídicas forjan una manera de pensar y entender la realidad.

## 1. EN EL DERECHO ROMANO NO EXISTÍA FORMALMENTE LA DISTINCIÓN ENTRE DERECHO PÚBLICO Y PRIVADO. SU EVOLUCIÓN HASTA LA CONTEMPORANEIDAD. IMPORTANCIA HISTÓRICA Y ACTUAL

Con gran fundamento puede pensarse que lo jurídico ( en lo referente al mundo Occidental) tiene una identidad iniciada en Roma, ligada a la civilización latina y construida a partir de la propia historia de la Humanidad, encontrándose lo jurídico cada vez más ausente de la ley, los Códigos, las Constituciones, las sentencias de los jueces y de los libros de Derecho y cuidadosamente apartado de las universidades, para que el *status quo* actual se mantenga y las

---

<sup>91</sup> Lógicamente, tras haber estudiado el Bachiller, mi concepto del Derecho era necesariamente el europeo continental, en el que el poder político era el dueño absoluto del Derecho.

nuevas generaciones no puedan disponer del arma crítica que es la jurisprudencia, entendida en sentido romano, con objeto de que el régimen totalitario legalista sobreviva y sus élites se mantengan.

Hoy en día, las Constituciones y los Códigos se identifican con el Derecho y la Codificación, por la sistematización normativa que lo posibilita y que aparece en la base de la construcción del Derecho como una ciencia, que niega el carácter de jurisprudencia a la romana clásica.

No debemos olvidar que el Derecho comenzó como *ius*, que tuvo una deriva estoica-retórica con Cicerón y que junto con la didáctica de Gayo, la condujeron a su codificación y uniformación imperial.

La producción teórica resultante del trabajo de los *iuris prudentes* romanos condujo al poder público a la legalización de las fórmulas escritas de carácter procesal, que disciplinaron la creación jurisprudencial y constituyeron la agonizante muerte de la jurisprudencia sobre la base de un proceso de racionalización para su estabilidad y seguridad, pero que, realmente, no constituye la esencia de lo jurídico sino que es consecuencia de la supremacía de los titulares del poder político Imperial sobre los Jurisprudentes<sup>92</sup>.

El Derecho jurisprudencial romano nos enseña que el sistema teórico no es la forma específica de ser del Derecho, ya que los jurisprudentes son esencialmente prácticos en el sentido de que su meta es resolver las controversias de las partes, aplicando reglas y apartando las armas y la fuerza bruta<sup>93</sup>.

Si bien en la Época primitiva romana, como en casi todos los pueblos primitivos, los conocedores y aplicadores del Derecho eran los sacerdotes, en la Época clásica, el Derecho romano ya se había secularizado y eran los *prudentes* o *iuris periti*, pertenecientes a la aristocracia, los que se ocupan del Derecho e intervenían en su creación: como consejeros de los emperadores, redactando los *decreta* con los que se pone fin a una cuestión litigiosa o a través de las *epistolae*, con las que el Emperador resolvía las cuestiones jurídicas que le planteaban<sup>94</sup>.

---

<sup>92</sup> También en Roma, la codificación del Derecho fue uno de los mayores empeños de los políticos en el poder, con tendencias dictatoriales y demagógicas como sucedió con Julio César y Pompeyo, que con la complicidad de los jurisprudentes prestigiosos procuraron someter a las comunidades a la uniformización del *ius* a través de la ley, si bien ese dominio de la ley, con el correspondiente apagado de la jurisprudencia no fue nunca completa, coherente y concadenado de naturaleza lógico-deductiva, en que se funda la actual ciencia del Derecho. Una exposición muy sintética de la evolución del concepto del Derecho desde Roma hasta nuestros días puede verse en Isidoro Casanueva Sánchez, *El concepto del Derecho*, Dykinson, 2019, pp. 14-27.

<sup>93</sup> Eduardo Vera-Cruz Pinto, "Iurisprudentia" versus "ciência do directo": o fim da constituzionalizaçao/codificaçao do direito é condiçao de sobrevivência do jurídico", *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, V. 54, 1-2, 2013, pp. 27-29. Señala este autor, que también pueden ser profesores o filósofos pero como jurisprudentes deben ser prácticos y centrarse en la resolución de los casos concretos, lo que es muy diferente de teorizar en un proceso intelectual racionalista y abstracto de conocer las reglas jurídicas y saber interpretarlas en el sentido práctico, sin pragmatismos ni simplificaciones.

<sup>94</sup> A partir de Agosto, los Emperadores conceden a los juristas más destacados, el *ius publice respondendi*, es decir, la facultad de responder, en nombre del Emperador, a las consultas jurídicas que se les hiciesen y en la Época postclásica, aunque la actividad legislativa de los Emperadores era muy intensa, la opinión de estos juristas sigue constituyendo fuente del Derecho. Antonio Fernández de Buján, *Derecho Público Romano*, edit. Civitas, 2017, pp. 181 y sgts.

A través de la *aequitas*, el Derecho romano pretendía la realización práctica del Derecho, más allá de la justicia abstracta, formal y estricta, mediante soluciones que tenían presentes todas las circunstancias fácticas concurrentes y los imperativos humanitarios de la disciplina jurídica.

La jurisprudencia, de esta manera, se abría el camino a la determinación de lo justo concreto según los criterios prudenciales de razonabilidad adecuados al caso (*ex aequo et bono*).

Para corregir y suplir las deficiencias de las fuentes del Derecho positivo vigente (*ius civile*) se preconizaba el recurso a la *aequitas* o *aequitas naturalis*, fruto de las ideas estoicas o cristianas, para dulcificar la *dura lex*, cuyos efectos negativos se recogían en máximas bien conocidas como *summum ius summa iniuria*<sup>95</sup>.

Al pretor, que en sus orígenes habría tenido una función militar, se le otorga competencia específica en material procesal, ya que sería el encargado de encauzar el litigio y de señalar el Derecho aplicable para que, posteriormente, fuera decidido por un juez, un árbitro o un tribunal de jueces.

Con posterioridad, sus competencias se van ampliando, permitiéndosele realizar una labor de interpretación del *ius civile* que, en la práctica, resultaba creadora del Derecho y, además, se le permitía conceder acciones que protegiesen situaciones no previstas en la legislación, siendo una de las más llamativa, la protección de la posesión, que ha llegado prácticamente incólume hasta nuestros días a través del interdictos de retener o recobrar la posesión, labor creativa que se acentúa a través del pretor peregrino, que se ocupa de la resolución de las nuevas situaciones no contempladas por el *ius civile*, que se producen entre peregrinos o entre estos y los ciudadanos romanos<sup>96</sup>.

En la práctica de los juristas romanos ocupa un lugar destacado, el denominado casuismo jurisprudencial, que basa la solución justa, no tanto en las normas legales o del poder público que incluso pueden faltar o en los conceptos doctrinales abstractos preestablecidos sino en su analogía a la solución dada a otros casos, que teniendo en cuenta el caso concreto, la analogía de casos semejantes y sobre la base de las peculiaridades específicas que concurren en el mismo, aplica los principios de prudencia, justicia y equidad.

Este método casuístico romano ha inspirado significativamente la tradición del *common law* anglosajón (*cas law method*)<sup>97</sup>.

En la famosa Ley de Citas de 426, Constitución imperial promulgada por Valentiniano III y Teodosio II, se establecía que los juristas podían citar ante los Tribunales, las obras de cinco maestros

---

<sup>95</sup> Decía Ciceron (*De officiis*), el Derecho, en su rigor extremo, se torna suma injusticia y por ello, la práctica del Derecho es asumida como saber o decisión jurisprudencial a cargo del jurista (*prudens o iusprudens*).

<sup>96</sup> Antonio Fernández de Buján, *Derecho Público Romano*, edit. Civitas, 2017, pp. 137-138 y 156-157.

<sup>97</sup> Emilio Bigotte Chorão, "Apêndice", "Memoria de uma experiência pedagógica (Apontamentos de lições propedêuticas sobre o conceito de Direito)", *Direito e Justiça, Verdade, Pessoa Humana e Ordem Político-Jurídica*, Universidad Católica Portuguesa, Faculdade de Direito, 2008, pp. 279,287 y 292.

como referencias de autoridad : Papiniano<sup>98</sup>, Gayo, Ulpiano<sup>99</sup>, Paulo<sup>100</sup> y Modestino<sup>101</sup>.

Del conjunto de sus obras se deduce que todos ellos dan soluciones prácticas a problemas concretos sobre la base del *ius publice respondendi*, que era la autorización que se otorgaba a los juristas para dar opiniones en nombre del Emperador o para realizar comentarios a los edictos del pretor que, igualmente, procuraba una respuesta jurídica a casos concretos.

Si las opiniones de estos juristas fueran coincidentes, obligaban al juez, que debía decidir la cuestión conforme a ellas; si las opiniones no coincidían, debía adoptar las de la mayoría y en caso de empate, debía inclinarse por la opinión de Papiniano y si este no hubiera emitido opinión sobre la cuestión controvertida, el juez podría decidir según su criterio<sup>102</sup>.

### - EL DERECHO ROMANO EN LA ALTA EDAD MEDIA : EN ORIENTE Y SU DESARROLLO EN OCCIDENTE POR LOS PUEBLOS INVASORES

La obra más importante en la historia del Derecho romano es, sin duda, la recopilación llevada a cabo por el emperador Justiniano entre los años 528 a 533, denominada más tarde, en el S. XVI, *Corpus Iuris Civilis*, y que estaba integrada por las *Instituciones*, obra basada principalmente en la de Gayo del mismo nombre, redactada y utilizada como material docente (incluso como material didáctico en algunas universidades europeas hasta el S. XIX) y que nos ha servido para conocer el Derecho romano clásico<sup>103</sup>; el *Digesto o Pandectas*, que constituye una recopilación de la jurisprudencia clásica (especialmente de Ulpiano, Paulo y Papiniano) y se considera la obra jurídica que mayor influencia ha ejercido en el Derecho Occidental; el *Código*, que constituía una compilación de las Constituciones

---

<sup>98</sup> Papiniano fue autor de *Quaestiones*, literatura propia de los *digesta*, por abordar el estudio dogmático de los casos consultados y de *responsa*, que son comentarios de casos reales. Su peculiaridad, la constituye la búsqueda de una solución más equitativa frente a la más técnica del resto de los citados. Sobre su convicción en la fuerza del Derecho e integridad nos da cuenta, que su muerte obedeció a la contestación que dió a Caracalla sobre la muerte del hermano del Emperador: “Es más fácil cometer parricidio que justificarlo”.

<sup>99</sup> Ulpiano fue asesor de Papiniano y en sus obras se recogen sus principios, que descansaban en tres máximas: vivir honestamente, que tenía consecuencias jurídicas, puesto que consideraba que el *ius* debe servir para garantizar la pública honestidad y las buenas costumbres y quien las violase debía ser sancionado jurídicamente. No dañar a nadie, ya que quien se abstiene de la conducta prohibida por las leyes obedece al precepto de no hacer daño a nadie, siendo justo, y la alteración del justo equilibrio que lesiona a la persona, sus bienes o sus afectos produce una lesión en sus derechos, lo que obliga al restablecimiento del orden agredido. El tercer principio tiene precedentes en Platón, Aristóteles y se utilizará por Santo Tomás de Aquino: “dar a cada uno lo suyo”, pero la cuestión problemática es determinar lo segundo, ¿qué es lo suyo en cada caso? que él circunscribía a quien hace, lo que las leyes mandan, cumple los contratos, guarda los pactos o reconoce los derechos de los demás.

<sup>100</sup> Paulo es el segundo jurista más citado en el *Digesto*, después de Ulpiano, y escribió varios *libri responsorum*, en los que daba respuestas a casos prácticos concretos, que se ordenaban generalmente conforme al sistema Edictal. A todo ello hay que añadir 25 libros de *quaestiones*.

<sup>101</sup> Modestino, discípulo de Ulpiano, además de jurista práctico se dedicó a la enseñanza.

<sup>102</sup> Antonio Fernández de Buján, *Derecho Público Romano*, Civitas, 2017, p. 224.

<sup>103</sup> El manuscrito en pergamino de la obra, que se había raspado (palimpsesto) para escribir en el siglo V las epístolas de San Jerónimo fue encontrando por el historiador alemán Berthold Niebhur, en la Catedral de Verona en 1816.

Imperiales desde Adriano hasta Justiniano; y las *Novelas*, que recogían las constituciones posteriores<sup>104</sup>.

El Derecho y mundo romano constituyen, no solo el núcleo esencial de nuestro Derecho de propiedad y obligaciones, base de las relaciones privadas y, por tanto, el núcleo esencial de nuestra vida en paz y libertad sino que también es protagonista de las aspiraciones de nuestra historia, por la constante pretensión de la reposición de la civilización perdida ( Imperio Carolingio, Sacro imperio romano-germánico, *universitas christiana* de los Austrias, Imperio Austro-Húngaro o Unión Europea y no pueden despreciarse los 2.500 años de su historia ( 1.500 hasta Justiniano), fenómeno que carece de parangón con ningún otro fenómeno jurídico de los vividos hasta ahora.

Los textos jurídicos visigodos o de otros pueblos germanos, que se asentaron en el territorio romano son, en mayor medida, continuación del Derecho romano vulgar<sup>105</sup>: *Código de Eurico*<sup>106</sup>, *Breviario de Alarico o Lex romana visigothorum*<sup>107</sup>, *Lex romana Burgundiorum*, *Código de Leovigildo*<sup>108</sup> o *Liber Iudiciorum*<sup>109</sup>, que posteriormente pasará al Fuero de León y a otros fueros locales durante la Edad Media.

Otros textos jurídicos muy importantes en nuestra Historia se fundaron en el Derecho romano clásico como *Las Partidas*, que constituye el texto jurídico que más ha influido en la mentalidad jurídica española.

El Derecho germánico se constituye como una parte de la cultura de estos pueblos y el Derecho

---

<sup>104</sup> Manuel Atienza, *Introducción al Derecho*, Barcanova, Barcelona, 1991, p. 191.

<sup>105</sup> En este aspecto existe práctica unanimidad en la doctrina, sin perjuicio de pequeñas variaciones. Ver sobre este tema a José Manuel Pérez-Prendes Muñoz-Arraco, *Interpretación histórica del Derecho*, Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1996, pp. 79 y 369 y sgts. Sobre la importancia de los pueblos germánicos en los forales portugueses puede verse a Eduardo Vera-Cruz Pinto, *As origens do Direito Português. A tese Germanista de Teófilo Braga*, AAFDL, Lisboa, 1996.

<sup>106</sup> El *Código de Eurico* del año 476 iba dirigido a la población visigoda pero en su elaboración intervinieron juristas que tenían un conocimiento profundo del Derecho romano, de ahí su romanización, que se acentúa en el *Código de Leovigildo*, que deroga al Breviario y revisa el texto de 476 en 572. Francisco Tomás y Valiente, *Manual de Historia del Derecho Español*, pp. 101 y sgts. y 180 y sgts. Dice San Isidoro de Sevilla que durante el reinado de Eurico, los godos comenzaron a tener por escrito las instituciones de las leyes pues antes se regían por costumbres. Teniendo en cuenta que las instituciones del *Código* son esencialmente las de Derecho romano vulgar, en gran parte consuetudinarias y cabe la duda de si las costumbres anteriores eran las visigodas o las romanas”. Cit. Alfonso García García-Gallo, *Manual de Historia del Derecho Español. El origen y la evolución del Derecho*, octava edición, Madrid, 1979, pp. 340 y sgts.

<sup>107</sup> El *Breviario de Alarico o la Lex romana visigothorum* es una colección del Derecho romano postclásico, formado por constituciones imperiales contenidas en los Códigos Gregoriano, Hermogeniano y sobre todo Gregoriano, y otras posteriores, así como opiniones de los jurisconsultos Papiniano, Gayo y Paulo. Antonio Fernández de Buján, *Derecho Público Romano*, Civitas, 2017, p. 413.

<sup>108</sup> Rafael de Ureña y Smenjaud considera que rota la prohibición matrimonial entre romanos y bárbaros y destruida en la realidad, la preponderancia de la raza goda pudo consumir la unidad legislativa un monarca tan poderoso y respetado como Leovigildo, seleccionando, corrigiendo y aumentando la primitiva legislación personal de Eurico. Las “Fórmulas Visigodas” manifiestan, con toda claridad, el proceso de fusión de ambas legislaciones y nos muestran de la manera en que se revisten estas instituciones germánicas con el tecnicismo romano y se adaptan los viejos moldes de la curia y de la escuela a las nuevas determinaciones de la vida jurídica. Rafael de Ureña y Smenjaud, *Historia de la literatura Jurídica Española*, T. I, V. II, 2ª edición, Madrid, 1906, pp. 337 y 339.

<sup>109</sup> Con el *Liber Iudiciorum* de Recesvinto del 654, que se encuentra dividido en 12 libros como el *Código de Justiniano*, se produce la unificación jurídica de los pueblos visigodo e hispanorromanos (debe tenerse en cuenta que frente a nueve millones de hispanorromanos fueron trescientos mil los visigodos que invadieron la Península Ibérica).

no es originario ni primordialmente creado por la legislación promulgada por los gobernantes, en cuanto ejecución de un acto consciente de voluntad sino encontrado por la colectividad reunida en asamblea.

Por ello, las normas jurídicas así concebidas viven en la conciencia popular, transmitiéndose de generación en generación, lo que determina que sea la costumbre, la primera y casi única fuente del Derecho.

Sus lagunas se cubren a través de decisiones judiciales adoptadas también asambleariamente para conseguir que sean armónicas con la conciencia jurídica general y de esa actuación colectiva nacen, más tarde, las leyes concebidas como órdenes jurídicas concretas, dadas por el pueblo en sus asambleas generales.

La asamblea no crea el Derecho ni lo crean tampoco los sentenciadores, cuya labor se circunscribe a la elección de la norma aplicable al caso controvertido y lo que en realidad se hace es indagar y buscar la postura justa, a la vista de las costumbres, por lo que puede considerarse que, en este Derecho, lo justo no proviene propiamente de la equidad sino que se manifiesta como expresión de la colectividad derivada de la costumbre inmemorial.

Ese concepto colectivo común del Derecho determina, que gran parte de los derechos e incluso la personalidad jurídica se adquiriera, en cuanto pertenecen a una colectividad, cuyos intereses prevalecen originariamente sobre los individuos.

En un momento posterior, este Derecho consuetudinario, popular, formalista y oral, concebido como manifestación de la voluntad colectiva en orden a la equidad, justicia y mantenimiento de la paz general entre individuos y comunidades iguales entre sí, sufrió, en cuanto a su forma de creación, una serie de transformaciones.

Como se ha dicho, entre los germanos, en un primer momento, no constituyó Derecho la voluntad del monarca que manda o impone ni tampoco la facultad de dictar normas con valor vinculante estaba en manos de los rectores de la comunidad, razones todas ellas por las que se tardan en redactar textos legislativos de esta naturaleza, dictándose en España el primero de ellos, el *Código de Eurico*, en el que, como se acaba de decir, existe una gran influencia del Derecho romano vulgar y en el que el poder Real fijaba, por sí mismo, los puntos dudosos de la costumbre jurídica<sup>110</sup>.

## - EL DERECHO ROMANO EN LA PLENA Y BAJA EDAD MEDIA

Tras la invasión musulmana de la Península Ibérica, el *Liber Iudiciorum* es el texto jurídico aplicado por los mozárabes y su influencia es evidente en los fueros breves y también en los extensos del S. XIII, a los que se añadían costumbres que, sin duda, se encontraban muy influidas por el cristianismo, como también lo estaba el Derecho romano vulgar, siendo también determinante la influencia del Derecho romano y del *Liber*, tanto en el *Fuero Juzgo* como en el *Fuero Real* y en Las

---

<sup>110</sup> José Manuel Pérez-Prendes Muñoz-Arraco, *Interpretación histórica del Derecho*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1996, pp. 263 y sgts.

*Partidas*<sup>111</sup>.

A través del último texto legal citado se consuma la recepción del Derecho Común en Castilla y aunque en ella tenían cabida todas las materias jurídicas: origen del Derecho, cuestiones políticas, civiles, eclesiásticas, procesales y penales, formularios notariales, poder político, relaciones feudales, etc..., por su carácter enciclopédico, también aparecen textos pertenecientes a clásicos griegos y latinos como Aristóteles, Séneca o Cicerón, textos Bíblicos, influencias de la Patrística y los de los filósofos medievales.

En el *Ordenamiento de Alcalá* de 1348, en las *Leyes de Toro* de 1505, en la *Nueva Recopilación* de 1567, en la *Novísima Recopilación* de 1805 y hasta la promulgación del *Código Civil* en 1889 se aplicarán por los Tribunales, para la resolución de los litigios, en primer lugar, las leyes, dadas por el rey y las cortes o por aquel solo, en segundo lugar, los fueros municipales si no fueran contrarios a la razón o al Derecho Real y se probase su uso y, en tercer lugar, *Las Partidas*, texto que fue traducido al catalán, portugués, gallego e incluso al inglés, teniendo aplicación, entre otros lugares, en los antiguos dominios españoles de Norteamérica<sup>112</sup>.

En los siglos XI y XII, tras la reconstrucción por Carlomagno en el año 800 del Sacro Imperio Romano Germánico, los conceptos de imperio y cristiandad tendían hacia una concepción unitaria del Derecho (*ius comune*, en el que al Derecho romano se le consideraba como la razón escrita y al canónico, la autoridad moral).

Desde la mitad del siglo XI, Irnerio y los Glosadores comenzaron a realizar lo que el propio Justiniano había prohibido expresamente, no solo a estudiar el Derecho Justiniano en los textos genuinos y completos<sup>113</sup>, introduciendo la lectura y el estudio del *Digesto*<sup>114</sup> sino a comentarlo en los márgenes e incluso entre líneas, lo que culminó en el S. XIII con la *Glosa Magna*, siendo también relevantes las obras previas de *las Exceptiones Petri* y *Lo Codi*.

El método de los Glosadores era predominantemente analítico, exegético y casuístico, preocupándose de fijar el alcance y significado de cada término, buscando las conexiones y relaciones entre los conceptos mediante la lógica aristotélica, que la teología y filosofía Escolástica estaba difundiendo entonces por las Universidades europeas, por lo que consideraban que alcanzaba la *ratio scripta*<sup>115</sup>.

---

<sup>111</sup> Enrique Gacto considera al *Código de Eurico* como un monumento del Derecho romano vulgar, al *Breviario de Alarico*, mayormente, como un conjunto de *leges et iura* romanas y el Derecho de las escuelas reflejado en las interpretaciones de los jurisconsultos Paulo, Gayo y Papiniano, y al *Liber Iudiciorum* como punto de partida del Derecho Medieval, destacando la influencia territorial y temporal de *Las Partidas*. Enrique Gacto y otros, *El Derecho histórico de los pueblos de España*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1982, pp. 131 y sgts, 195 y sgts y 319 y sgts.

<sup>112</sup> Enrique Gacto y otros, *El Derecho histórico de los pueblos de España*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1982, pp. 319 y sgts, y 579 y sgts.

<sup>113</sup> Abandonando la lectura de los epitomes y extractos, que hasta entonces habían sido los únicos manejados.

<sup>114</sup> Hasta entonces olvidado, libro preferido los estudiosos del Derecho (como se ha dicho, esta obra recogía la jurisprudencia).

<sup>115</sup> Por este motivo se consideraba que el Derecho romano justiniano que se explicaba no era el ordenamiento de una época histórica ya pasada sino un Derecho positivo, vigente y actual, que se consideraba en la Edad Media, de reconocida superioridad técnica y equidad y, por lo tanto, se aceptaba, que era el que se debía aplicar.

En el tránsito de la Alta a la Baja Edad Media se producirá un fenómeno que tendrá especial trascendencia con posterioridad, cual es que mientras que al rey Medieval e incluso al Papa se le atribuyen los atributos del juez, y los reyes y el Papa se presentan como quienes juzgan, durante la Recepción se va a producir una nueva lectura del Derecho romano y más en concreto del *Liber Iudiciorum*<sup>116</sup>, en su faceta de creación del Derecho por la voluntad humana y de máximas que aunque conocidas en el Derecho visigodo se reinterpretan: “*quod principi placuit, legis habet vigorem, princeps legibus solutus est*”.

Son facultades propias del Rey juzgar en apelación e intervenir en caso de denegación de justicia, acudir en última instancia al rey y a él puede recurrirse cuando sus naturales ven denegada la justicia por sus señores.

Pero como se acaba de decir, se va abriendo paso la idea de que aunque la justicia se identifica con la voluntad divina, esa justicia que se manifiesta en las mismas cosas, en cuanto equidad ruda, tiene que ser plasmada y convertida en Derecho y es el rey quien la constituye en equidad constituida.

De esta manera, el rey de ser mero juez pasa a juzgar conforme a unas leyes que él mismo ha establecido para su pueblo, a fin de hacer justicia, y por ello Alfonso X se proclama *facedor de la ley*, de manera que si el rey, en cuanto juez, quiere hacer justicia tiene ahora que establecer la ley según la cual hará justicia.

La Edad Media estará marcada por este enfrentamiento entre la *potestas regalis* y los esfuerzos de los estamentos para lograr que el ejercicio se haga con la colaboración de las Cortes.

En esta transformación aparece primero la cláusula de equiparación entre la Carta Regia dada fuera de Cortes y la ley dada en Cortes, completándose en la época de Juan II la transformación, al calificarse de Carta pragmática-sanción con la cláusula que equiparaba su vigor y fuerza a las leyes publicadas en Cortes.

La evolución continuó en la Edad Moderna al punto de ser todas las leyes del rey, incluidas las acordadas en Cortes, en donde el monarca simplemente escuchaba a sus súbditos pero la fuerza vinculante de sus mandatos (pragmáticas, privilegios o provisiones) obedecía a su soberanía, que se imponía frente a todos<sup>117</sup>.

Hacia finales del s. XV, ya se encuentra consagrada una nueva concepción del poder que atribuye al monarca la titularidad de un poder absoluto e independiente frente a todo Derecho que pudiera limitar su ejercicio de poder y que Bodin acuñará, definitivamente, desde un punto de vista teórico con la noción de soberanía<sup>118</sup>.

Se lleva a cabo la consolidación del poder Real sobre la base del Derecho a través de las leyes que no son tales si no se sujetan al bien común, al Derecho divino natural y a la racionalidad, lo que perjudica a los señores y municipios.

---

<sup>116</sup> Que como se ha dicho pasa al *Fuero Juzgo*, al *Fuero Real* y a *Las Partidas* de Alfonso X “el Sabio”.

<sup>117</sup> Aunque en las Cortes de Zamora de 1274 se zanján las jurisdicciones y competencias, las fazañas, albedríos y fueros (muchos de ellos no son sino leyes Reales) no pueden ser contrarios a las leyes del rey, aspecto que se pone especialmente de manifiesto con Alfonso X y su obra legislativa a través del *Fuero Real*, el *Especulo* y especialmente *Las Partidas*.

<sup>118</sup> Que como se verá es una noción extraña en España, ya que se concibe la suprema *auctoritas* sobre la base de las limitaciones que también pesaban sobre los reyes.

Aunque el Derecho del rey, únicamente, podía aplicarse en última instancia, en la Leyes de Toro de 1505 se exigía a quienes fuesen a desempeñar cargos en la justicia que superasen un examen de los textos Reales, empeño en el que los monarcas tuvieron un éxito escaso durante la Monarquía Católica e incluso después, como se verá, ya que lo que se estudiaba en las universidades, prácticamente en exclusividad, eran los Derechos romano y canónico<sup>119</sup>.

Durante la Edad Media se produce un fenómeno poco estudiado en el que frente a una sistematización y unificación culta del Derecho romano existe un cuerpo de juristas y jueces que no habían estudiado en la universidad o no habían terminado sus estudios, no conocían bien el latín y su bagaje esencial era la práctica del Derecho, ya sea como notarios, escribanos eclesiásticos o jueces de la más diversa procedencia: señorial, municipal o corporativa, dentro de los diversos sistemas normativos que convivían dentro de la Edad Media y que, incluso, en ausencia de normas que resolvieran el conflicto para determinar el Derecho aplicable se dejaba a los jueces la determinación del mismo, lo que se conocía como gracia o equidad.

Señala Hespanha, que durante la Edad Media y Moderna en Europa se produce una doble realidad en la teoría y práctica del Derecho, ya que junto al Derecho culto de pretensiones universalistas, que proviene de la dogmática de los Derechos romano y canónico, existía una cultura jurídica popular, en general despreciada por los cultos, que trataban a este *ius rusticorum* localista, en sentido paternalista, peyorativo y condescendiente.

Considera que apenas uno de cada diez jueces pertenecían a esta élite mientras que el resto de jueces de los concejos apenas sabían leer y escribir, no digamos ya en latín, en que se escribían tanto las leyes como las sentencias cultas, por lo que considero que en el sistema inglés se produjo, como se verá, a través de los Jueces Itinerantes, una interconexión entre el método jurídico culto y los materiales populares, dando lugar a este sistema jurídico de personalidad propia .

Este autor nos puede servir para poner de manifiesto la polémica existente de la leyenda negra que se extendía sobre el *ius commune* en Inglaterra, que se consideraba la dedicación subversiva de los clérigos y estudiantes ociosos sobre el Derecho municipal de Roma, en perjuicio del admirable sistema jurídico inglés, defendido con empeño por el rey y los jueces ingleses.

En el siglo XII, en Inglaterra, ya se encontraba en marcha el fenómeno de la unificación jurídica o *common law* (Derecho común) mientras que en el Continente fue necesario acudir al fenómeno del *Ius commune* romano- canónico a través de los Glosadores o la Escuela de Bolonia, y ello frente al *ius rusticorum* que se practicaba en los niveles populares, ya que como señala Hespanha, eran los que, en mayor medida, resolvían los conflictos entre particulares en la Edad Media y que ni conocían el latín con el que se escribían las leyes y las sentencias de los altos tribunales ni tampoco habían culminado sus estudios de Derecho, de ahí que aplicasen el Derecho de las costumbres y el derivado de la práctica judicial y notarial<sup>120</sup>, que era, además, el que más agradaba a los contendientes.

Incluso la aplicación del Derecho oficial por parte de estos jueces letrados y conocedores del latín

---

<sup>119</sup> Aquilino Iglesias Ferreirós, *La creación del derecho. Una historia de la formación de un derecho estatal español*, Marcial Pons, 1996, pp. 9-63, 281-306 y 448-452.

<sup>120</sup> Sobre el alcance que debió representar el fenómeno a que se hace alusión puede servirnos de referencia, incluso en la actualidad, la denominada *cautela sociniana* que, apenas regulada legalmente, se contiene en un porcentaje cercano a la totalidad de los testamentos que se redactan.

dio lugar a una fuerte oposición popular, ya que sus sentencias se consideraban alejadas de la realidad por la artificiosidad de su raciocinio.

Este medio de flexibilidad a través de la equidad se admitía de modo explícito, incluso en los círculos más cultos, ya que Graciano (*Decretum*, II,C.25,q.1, c.16) la consideraba como una justicia especial, que no general ni igual pero más perfecta y Santo Tomás (*Summa theologica*, IIa. IIae, q.80.art.1º,nº 4 y 5 y q.120,art.2º), basándose en Aristóteles (*epieikeia*), consideraba que la justicia general era producto de una forma menos refinada y profunda de conocimiento que la justicia particular o equidad, ya que era propia de niveles superiores y más escondidos, que no podían ser explicadas en la regla general.

No se debe olvidar que en el Antiguo Régimen, al Derecho se le reconocía como teoría argumentativa y a la verdad jurídica se le concebía como abierta y provisional, propia del poder de creación de los jueces (*arbitrium*), si bien dentro de la categoría de los deberes de los juristas.

Esta concepción fue desechada del campo jurídico tras el triunfo de la secularización y del triunfo del Racionalismo, en el que la labor del juez quedó reducida a la aplicación mecánica del caso a la ley general (más adelante se estudiará esta cuestión con más detalle al tratar el tema del particularismo jurídico), atribuyendo al jefe máximo del Estado las facultades de perdón.

Con raíces incluso en el Bajo Imperio Romano, estos juristas prácticos de escasa formación académica existieron en toda Europa y eran la mayoría (9/10 en el s. XVII en Portugal), fundando su legitimidad en su conciencia recta y buen corazón (*prudentia et bonitas*), que fundaban sus resoluciones en la práctica precedente, si bien fueron desplazados por los técnicos universitarios de formación esencialmente académica (*scientia*) sobre la base de la dispersión de los materiales que usaban, no sin antes plantearse verdaderas crisis, sobre la base de que estos técnicos eran considerados como habladores vacíos, cuyas resoluciones no convencían y eran extrañas a los precedentes y formas de pensar de la propia sociedad<sup>121</sup>.

En Inglaterra, como se verá, estos juristas técnicos de superior formación académica se basarán para decidir en lo que se consideraba el verdadero Derecho inglés, que no era del propio de la Recepción<sup>122</sup>.

Al sistema inglés se le puede considerar como un sistema parecido al *per formulas* del romano pretoriano y al Continental, propiamente, una evolución del romano tardío, lo que ha determinado sistemas muy diferentes<sup>123</sup>.

---

<sup>121</sup> António Manuel Hespanha, *Cultura Jurídica Europea*, Almedina, 2018, pp. 151-278.

<sup>122</sup> Inglaterra siempre pretendió mantener una independencia tanto con relación a la jurisdicción del Papa como del Imperio y rechazó la imposición que se consiguió en otros lugares del *Ius commune* romano-canónico, que no se consideraba verdadero Derecho inglés y en determinados momentos de la lucha de religiones, como el Derecho municipal de Roma. Aunque desde 1120 se estudió el Derecho romano en Oxford y Cambridge de la mano de profesores formados en Bolonia, en el propio s. XII se plantearon nuevas estrategias en el estudio del Derecho, como se verá, desde un punto de vista práctico y con perspectiva diferente.

<sup>123</sup> António Manuel Hespanha, *Cultura Jurídica Europea*, Almedina, 2018, pp. 148-176, 327-239 y 255-266.

## - EL DERECHO ROMANO EN LA EDAD MODERNA Y CONTEMPORÁNEA

En los siglos XIII y XIV, a través de la interpretación del *Corpus Iuris* mediante la racionalidad aplicada a las nuevas situaciones, Bartolo, Baldo y Cino de Pistoia continúan mediante el denominado *mos Italicum*, más atentos al espíritu de la norma, sobre la base de su racionalidad y creatividad, que a su literalidad.

Este modelo de actuación continuará en los s. XV y XVI con el Renacimiento, el humanismo jurídico y el *mos Gallicus*, con un fortalecimiento del nuevo Derecho de los comerciantes, de las costumbres y del Derecho municipal, que en ocasiones se oponen al romano aunque el *ius commune* sigue siendo predominante pero el *Corpus Iuris* se estudia ya en su dimensión histórica, sin fines necesariamente prácticos.

Se va a producir, también, una vuelta al Derecho clásico frente al Justiniano, con un interés superior por el razonamiento, la lógica o el sistema de la solución en sí, que en el análisis del caso concreto, poniéndose, de esta manera, las bases del pensamiento puramente Racionalista de los siglos XVII y XVIII, y siendo representantes de esta forma de actuar, conocida por *mos Gallicus*, Doneau y el español Antonio Agustín.

El humanismo jurídico del S. XVII se denomina Escuela Culta en Francia y Jurisprudencia Elegante en Holanda, en la que destaca Voet y Grocio, como uno de los padres del Derecho internacional público, sobre la base de las reglas deducidas del *Corpus* justiniano.

De lo hasta ahora expuesto se deduce que este racionalismo jurídico tiene su base esencial en la aplicación de este modo de razonamiento, que también podía considerarse romano en la actualización que se aplicaba a los textos del Derecho romano clásico y justiniano.

Durante la Ilustración se impone la idea de un Código jurídico único, basado en normas de las que se debían extraer los principios, de ahí su reducido volumen y su cumplitud, a pesar de recogerse toda una disciplina jurídica para toda la Nación, lo que viene a configurarse como imperativo científico<sup>124</sup>.

Para los Ilustrados, nada podía aprovecharse de la intrincada y exorbitante librería de leyes patrias o de normas históricas que ni siquiera habían de merecer, con propiedad, dicha denominación, son providencias o estatutos y no leyes formadas para una Nación con conocimiento del *physico* y moral de su constitución, y por ello se reclama la derogación de todo el Derecho histórico, que a su vez constituye el Derecho vigente, es decir, todos esos volúmenes inmensos del Derecho vigente por un

---

<sup>124</sup> José Clavijo y Fajardo, "Sobre la necesidad de formar un cuerpo de leyes completo en el idioma patrio y corriente", *El pensador*, II, 1762, "Pensamiento S. XVIII", pp. 74 y sgts. En este sentido Pablo de Olavide, en la propuesta de plan de estudios universitarios de 1768, argumentaba que solo con el método exacto de las matemáticas se podía dar adecuada respuesta a la necesidad social y jurídica de un Código. Lo justificaba diciendo que adelantaría mucho la Nación, si se empieza a estudiar la materia jurídica por cursos metódicos basados en la geometría, que se pretende hacer universal, como verdadera lógica práctica, persiguiéndose, ante todo con ello, el destierro del espíritu Escolástico, que en lugar de buscar la verdad por medios simples y geométricos, la presume hallar a través de una lógica enredada, capciosa y llena de sofismas y por cuya virtud, tradicionalmente, se inclina la Jurisprudencia. Previa a la elaboración del Código sería la adopción de un método, que habría de ser el matemático y aplicarse a las ciencias jurídicas. Pablo de Olavide, *Plan de estudios para la Universidad de Sevilla*, edit. Aguilar Piñal, Barcelona, 1969, pp. 115, 120, 155, 159 y 161.

Código metódico, un Código de Nación, formado por reglas de razón o por razón natural<sup>125</sup>.

La Codificación se lleva a cabo sobre la base filosófica conectada con la ideología Racionalista, que concibe a este Derecho natural, ideal y universal como infinitamente superior a los Derechos históricos hasta entonces vigentes, al haberse gestado por la naturaleza humana.

Consideraban que este Derecho Racional de nuevo cuño se caracterizaba por ser la *ratio scripta* y cada norma, sin desprenderse de su fundamento sociológico, respondía a un principio de causalidad material, en que se produce una interconexión dialéctica entre los diferentes preceptos y conceptos, lo que les hace aparecer ordenados, coherentes y sistematizados, de acuerdo con la naturaleza humana, motivo por el que el Código de Napoleón sigue la sistemática de Gayo en sus *Instituciones*.

En Alemania, el movimiento humanístico coincide con la recepción del Derecho romano en el siglo XVI ocupándose la doctrina de su estudio, al que sigue la práctica judicial y se conoce con el nombre de *usus modernus pandectarum* y constituye el germen de la Escuela Histórica del S. XVIII y de la Pandectística del S.XIX<sup>126</sup>.

El máximo exponente de la Escuela Histórica del Derecho es Savigny, que consideraba que el Derecho se encuentra en la conciencia del pueblo alemán y que por tanto, previo a la elaboración de un Código para toda Alemania era preciso llevar a cabo la labor de investigar cuál es, entendiendo que el Derecho romano forma parte, más que ningún otro, de la cultura y las tradiciones del pueblo alemán.

No pasemos por alto que fue el rey germano Otón I, el primero en proclamarse continuador del Imperio Romano a través del Sacro Imperio Romano Germánico, idea que es mantenida, formalmente, hasta el S. XVIII.

Savigni distinguía entre un Derecho regular o *ius commune*, que domina las influencias de las reglas del Derecho establecidas en todo su desenvolvimiento y las finalidades de los principios que pueden ser aplicados con certeza y un Derecho singular, que sería el Derecho legislativo y explicable por objetivos políticos particulares, especiales e incluso contrarios a la razón jurídica y de la que solo el legislador puede darle validación política, en un campo ajeno a la racionalidad jurídica, de ahí que sea el intérprete, el que debe buscar las razones por las que el legislador invade este campo.

En su obra *Sistema de Derecho romano actual* pretende buscar la originalidad de los textos del

---

<sup>125</sup> “Nuestros Códigos son un arsenal donde todos hallan armas acomodadas a su deseo y pretensiones... encierran leyes contra leyes, otras sin objeto determinado, leyes inútiles, insuficientes, enmendadas, suplidas, olvidadas; todo menos unidad y sistema; todo menos principios y miras generales...” Reconozcámoslo sin rubor, que en la parte criminal nos falta, como a las más de las naciones, por no decir a todas, a pesar de sus luces y decantada filosofía, un código verdaderamente español y patriota, más arduas dificultades se nos presenta en la parte de las leyes civiles.: “Las partes todas del Código Civil; habrán de reducirse ya después de tantas luces y experiencias a pocas leyes, claras, breves y sencillas...”. Juan Meléndez Valdés, *Discurso de apertura de la Real Audiencia de Extremadura (27 de abril de 1791)*. Departamento de publicaciones de la Asamblea de Extremadura, Mérida, 1991, citas de las pp. 83, 77 y 80 respectivamente.

<sup>126</sup> Dário Moura Vicente considera que la *Lei da Boa Razão* portuguesa de 1769 constituye, legislativamente, una manifestación del *usus modernus pandectarum* en la que el legislador portugués reconoce a los textos normativos de Derecho Comparado y a la autoridad científica de interpretación (*nações Christãs, iluminadas e polidas*) de estos países europeos, de acuerdo con el espíritu humanista que las inspiró, mentalidad que pasó a ser transmitida primeramente a los estudiantes de Derecho en la Universidad de Coimbra, a través de sus Estatutos de 1772 y después a Brasil por la ley dada por el emperador Pedro I, el 11 de agosto de 1827. Dário Moura Vicente, “O contributo da Lei da Boa Razão para o Direito Comparado e o seu ensino: breve relance”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, V. 60, 2, 2019, pp. 61-72.

*Corpus Iuris*, sin aditamentos, interpretaciones o actualizaciones, considerando que debe existir un tribunal judicial que determine la interpretación auténtica del Derecho, en términos semejantes al Tribunal de Casación francesa y deben ser los juristas quienes desempeñen las funciones del pretor, que debía ser negada al juez ordinario.

Consideraba que el Derecho se construye sobre la base de grandes principios y esto puede servir para deducir conclusiones<sup>127</sup>.

Continuador de la Escuela Histórica es la Pandectística, que considera prevalente, el Derecho Justiniano por su mayor utilidad práctica<sup>128</sup>.

### -SU IMPORTANCIA HISTÓRICA Y ACTUAL

Se puede decir, que la obra de Castán Tobeñas significó, en el siglo XX, la sistematización del Derecho civil patrio por su claridad expositiva y rigor, y en su exposición sistemática se atiende al origen de la figura jurídica o institución, normalmente en el Derecho romano, destacando su evolución en la Edad Media en Castilla, a través de Las *Partidas* y en el resto de los reinos Peninsulares por el carácter supletorio del Derecho Común, que así era considerado, en toda Europa, el Derecho romano en la Edad Media y como Derecho natural de la cristiandad Occidental<sup>129</sup>.

Ahora bien, aunque en estos periodos históricos se maneje el Derecho del *Digesto*, tanto en la Edad Media como en el Renacimiento, en la Reforma Protestante o en la Revolución Francesa, el estudio y sistematización del Derecho romano va a realizarse con categorías que no eran propiamente romanas, destacando la importancia que en tal desarrollo desempeñó el Nominalismo de Ockam con su Voluntarismo y negación de los universales, que desembocarán en un nuevo concepto, el del derecho subjetivo.

Una nueva configuración del Derecho, de la comunidad política, del hombre y de la relación con las cosas que lo rodean y que produce una honda insatisfacción a los Neorrealistas, al no dar una respuesta coherente y unitaria a la realidad jurídica no normativa e incluso a la nueva configuración del hombre y la sociedad<sup>130</sup>.

---

<sup>127</sup> António Manuel Hespanha, *Cultura Jurídica Europeia*, Almedina, 2018, pp. 435-469.

<sup>128</sup> Antonio Fernández de Buján, *Derecho Público Romano*, edit. Civitas, 2017, pp. 363 y sgts, Enrique Gacto y otros, *El Derecho histórico de los pueblos de España*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1982, pp. 267 y sgts. y Manuel Atienza, *Introducción al Derecho*, Barcanova, Barcelona, 1991, pp. 192 y sgts.

<sup>129</sup> Como vestigios del Derecho romano en nuestro Derecho señala el origen de la persona humana, la clasificación de las cosas (*comercium* y *extracomercium*), de los animales, la posesión y su protección con interdictos, la usucapión, la distinción entre Derechos reales (*numerus clausus* como en Derecho romano) y personales, y en cada contrato típico: compra-venta, préstamo, mandato, donación etc..., la teoría de la causa, la distinción entre culpa contractual y extracontractual, el enriquecimiento sin causa, la evolución del Derecho romano en cuanto a la forma de los contratos, la rescisión y la confirmación contractual, el *favor debitoris*, la teoría de la prueba, el caso fortuito y la causa mayor, la acción pauliana, la oferta vinculante, la patria potestad, la tutela, la distinción entre heredero y legatario, el testamento, el heredero abintestato y, en general, la práctica totalidad de nuestras instituciones de Derecho civil.

<sup>130</sup> Elio A. Gallego, *Tradición jurídica y derecho subjetivo*, Dyckinson, 2005, pp. 93, 96 y 97.

Como se verá, durante el s. XIX es mayoritaria la tesis de la legitimación del Derecho basada en el principio democrático de la voluntad popular sobre la base del contrato social, que determina la supremacía absoluta de las leyes, en perjuicio de la costumbre, que, aunque pudiera considerarse el consentimiento tácito del pueblo a través de un plebiscito diario, se admite como fuente del Derecho pero no puede contravenir la ley del Parlamento.

También la jurisprudencia debía ceder, ya que se considera que parte de la Revolución francesa ha sido hecha en contra de la tiranía de los jueces, que apoyados en la casuística y flexibilidad del Derecho tradicional arrojaban resultados imprevisibles e incontrolables para los ciudadanos, sin olvidar que el gobierno arbitrario comprendía tanto a la autocracia de los soberanos como la arbitrariedad incontrolable de los Tribunales, motivo por el que el legalismo desconfía del Derecho jurisprudencial y puede considerarse que el principio democrático tiene una sensibilidad antiletrada, al atribuirle la función de ser la boca muda que pronuncia las palabras de la ley.

Será preciso cruzar el mar para admitir que los jueces pueden tener un papel activo en la creación del Derecho e incluso en el control de las leyes.

La doctrina científica Continental quedará reducida a la interpretación o a la integración de las lagunas del Derecho.

Esta filiación legalista democrática será una consecuencia del Voluntarismo filosófico-político, que frente a la tradicional función de los juristas opondrá las ideas de gobierno sabio, sensibilidad común, la naturaleza de las cosas o la regulación espontánea de la vida cotidiana.

La Codificación supondrá la combinación de la legitimidad democrática de la ley con la legitimidad científica de la doctrina.

Aunque los Códigos serán aprobados por los Parlamentos habían sido elaborados por comisiones de juristas fuera de las Cámaras, combinándose de esta forma sus diversas maneras de legitimación, ya que los códigos se constituyen como monumentos legislativos deseados, científicamente fundados, democráticamente legitimados y políticamente convenientes<sup>131</sup>.

La idea de un código compacto, organizado y claro, como *ratio scripta* podría decirse que facilita la democratización del Derecho por la generalización de sus conocimientos, evitando de este modo que los juristas ocupen un lugar forzoso de intermediación entre la justicia y el pueblo<sup>132</sup>.

Destaca González Navarro un fenómeno, del que más adelante se hará mención y sobre el que existe cierta unanimidad, que reconoce la sustancia mítica de muchos conceptos, que hoy son de común circulación, como las teorías de la soberanía, el contrato social, la voluntad popular, la santidad de la ley o la división de poderes.

---

<sup>131</sup> Con la idea de Código se pretende crear la idea de igualdad de los ciudadanos, típicas de los nuevos Estados posrevolucionarios, que los Códigos pretendían garantizar justamente por su generalidad y por su estricta subordinación de los jueces a los mandatos legales.

<sup>132</sup> No obstante, aunque la Escuela de la Exégesis, que se extiende durante el S. XIX, reconoce esta característica del Derecho positivo no descarta una interpretación racional y la fuerza que el Derecho natural ejerce en algunas de sus instituciones como la familia, la herencia o la propiedad. António Manuel Hespanha, *Cultura Jurídica Europeia*, Almedina, 2018, pp. 401-408.

Como el poder tiende a perpetuarse y porque esa perpetuación es imposible por la mera coacción, todo poder, para asegurarse la obediencia voluntaria de los gobernados, se autolimita por medio de las reglas del Derecho.

Considera que constituye una de las claves para entender la crisis del sistema democrático Constitucional, la difuminación por confusión en una misma persona de la autoridad y de la potestad, que ya se produjo en Roma, a partir de la reforma constitucional llevada a cabo por Octavio en el año 27 antes de Cristo, que fue el momento en que la *auctoritas* se puso al servicio de la *potestas*.

Se conseguía así, que el poder, en vez de estar limitado por el saber, se sirviera de él, recubriéndose con su prestigio: *Imperator* era en Roma el que mandaba, *Augustus* el que sabía; y desde el momento en que Octavio y los emperadores que le sucedieron, pasaron a denominarse *Imperatores Augusti*, esto es, provistos a la vez de poder y autoridad, se hace imposible la existencia de una verdadera libertad.

Entiende que se trata de un tema apasionante, que forma parte de esa rama de la ciencia política, que es la teología política<sup>133</sup> pero considero que también puede constituir el quehacer de los juristas, especialmente de los prácticos, como sucede en otros lugares y se pretende en esta obra, ya que la enseñanza del Derecho debe llevarse a cabo, esencialmente, por parte de los juristas prácticos, como se acredita en los sistemas anglosajones y sucedía en el Derecho romano.

De todo lo expuesto considero que lo importante no es el Derecho romano en sí mismo, propio de las relaciones sociales de otra época sino el método juricente de encontrar la justicia, que es el método adecuado para el Derecho y la justicia según la propia Roma, que distingue entre la *auctoritas* de los jurisconsultos y la *potestas* de las normas de los emperadores.

Es decir, que lo importante no es el Derecho del poder que se reviste de la *auctoritas* del romano con que se quiere dar estabilidad a un método que se crea sobre la base de principios diferentes a la justicia, tales como la igualdad, el pacto social o la legitimación política.

Es decir, que dada cuenta de su debilidad para los fines a que realmente están llamados los Tribunales de Justicia y la propia ley se apela al Derecho romano para acallar estas críticas pero ahora como Derecho del poder no como poder del Derecho, que es el que, realmente, garantiza la estabilidad y paz social, que ahora se encarga a otros conceptos, que simplemente garantizan el poder<sup>134</sup>.

## **2. LA MENTALIDAD ROMANA Y LA INVASIÓN DEL TRADICIONAL CAMPO DEL DERECHO PRIVADO POR PARTE DEL MODERNO DERECHO ADMINISTRATIVO.**

El Derecho siempre se ha ocupado de lo público, de lo que desde el S. XVI llamamos Estado, de acuerdo con lo que expuso Ulpiano en el primer tercio de S. III, en los momentos finales de la época Clásica, recogido en el *Digesto* 1,1,1, 2<sup>135</sup>, que dice:

---

<sup>133</sup> Francisco González Navarro, *Derecho Administrativo Español*, EUNSA, 1993, pp. 62, 75, 76, 77, 82, 83, 89, 90, 112, 113, 127 y 128.

<sup>134</sup> Ver una exposición muy detallada de esta idea en Bartolomé Salvador, *Razón de Estado, razón de individuo, razón de historia*, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 15-158.

<sup>135</sup> "Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum. Publicum ius est, quod ad statum rei Romanae spectat, privatum, quod ad singulorum utilitatem; sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim. Publicum ius in sacris, in

“ Dos son las posiciones de este estudio, el público y el privado. Derecho Público es el que mira por el interés de la cosa romana; Privado el que a la utilidad de cada individuo; pues algunas cosas tienen utilidad pública y otras privada. El Derecho Público consiste en las cosas sagradas, en los sacerdotios, en la Magistratura. El Derecho Privado es tripartito pues ha sido recogido de preceptos naturales, de gentes y civiles”.

Estas ideas pueden considerarse propias de épocas anteriores, durante la República, ya que Cicerón señala (*De Oratore*, I, 2019) que los Derechos Públicos son los propios de la ciudad y del Imperio (y que no requieren de un largo discurso). Por contra, las causas y los juicios de los asuntos privados son los propios del *ius civile*<sup>136</sup>.

Resulta evidente que en el Derecho romano existió un conjunto de normas reguladoras de las competencias y funciones del poder público y de sus relaciones con los administrados, que podía ser considerada *ius publicum* o Derecho Administrativo actualmente.

Ulpiano en el *Digesto* señala que *Publicum ius est, quod ad statum rei Romanae spectat*<sup>137</sup>, en atención a utilidad pública de los intereses, aspecto que no fue objeto de forma específica y sistematizada de estudio por parte de los juristas romanos ni puede hablarse de esta categoría de Derecho sistematizada por principios constitucionales, como aparece tras la Revolución Francesa<sup>138</sup>.

Sin duda, en Derecho romano aparece regulada la noción de dominio público, la distinción entre cosas públicas de uso público y cosas públicas patrimoniales, el concepto de *publicatio*, las ideas de concesión y autorización administrativa, la prestación de servicios públicos por entidades privadas o semipúblicas, el régimen de uso y explotación de las minas o aguas públicas, la contratación de obras públicas con una sociedad privada, la organización administrativa de las provincias y los municipios, la progresiva concepción de la función pública a través de los empleados públicos, interdictos destinados a la tutela del uso colectivo de las diferentes cosas o lugares de dominio público, la exigencia de responsabilidad de los empleados públicos, la construcción de nuevas edificaciones, en atención a razones de contención del gasto público y de estética urbana, la opción pública por la restauración de edificios frente a su demolición, las relaciones entre Administraciones públicas o los supuestos de expropiación forzosa, entre otras muchas figuras, que hoy tienen cabida en el Derecho Administrativo.

Lo mismo sucede con el Derecho Financiero y Tributario, en el que, al igual que sucede en el Derecho Administrativo, existe un déficit de atención por parte de la doctrina científica, destacando las menciones de *ius fiscale* y *tributum*, que existían en Derecho romano, y en donde existían las figuras impositivas del *portium*, como antecedente del impuesto de aduanas, la *vicissima hereditatum*, como antecedente del impuesto de sucesiones, la *centesima rerum venalium*, del IVA o la *quadragessima litium*, de la tasa de la justicia, además de los ingresos público derivados de la *ager publicus*.

---

sacerdotibus, in magistratibus consistit. Privatum ius tripartitum est; collectum etenim est ex naturalibus praeceptis, aut gentium aut civilibus”

<sup>136</sup> Alejandro Guzmán Brito, “El Derecho Público y el Derecho Privado”, *Persona y Derecho*, nº 72, 2015, pp. 11-21.

<sup>137</sup> Esta inscripción se encuentra, en un gran mural, en la sede del Tribunal Supremo Administrativo portugués, en el bairro alto Lisboaeta.

<sup>138</sup> Si bien la doctrina científica como Ihering en 1854, Serrigny en 1862, Marquard en 1881, Schulz en 1939, Koschaker en 1947 o Crifò en 2008 destacan la influencia actual del Derecho romano en nuestra organización pública administrativa.

En el *Código* Justiniano aparecen los principios Tributarios de proporcionalidad, igualdad, generalidad, indisponibilidad, razonabilidad y utilidad común, entre otros, destacando la obra de Sáinz de Bujanda, los antecedentes griegos del sistema romano<sup>139</sup>.

Como se ha dicho, el Derecho Privado de la Codificación obedecía a la autoridad propia de la razón constatada por obra de los jurisconsultos y consecuencia de la actividad del pretor; pero frente a este Derecho Privado aparece una modificación de este Derecho Privado a través de un Derecho Público, que aunque es un acto del legislador o de la Administración, en detrimento de lo privado y de su autonormación, no produce beneficio directo en lo estatal, entendido como la cosa pública tradicional, como Derecho Público propio en la organización del poder público, lo que comenzará a producirse en los Parlamentos Continentales a partir de Napoleón, como se verá más adelante y adquirirá especial protagonismo en el Estado de Derecho alemán por vía del Derecho Administrativo y de la motorización legislativa ideologizada, que iniciada por el Iusnaturalismo racionalista, en atención a la fuente de los derechos subjetivos, tendrá su plena culminación en el Estado Social de Derecho y que afectará a la propia concepción del Derecho.

De ahí que, modernamente, exista un Derecho Público constituido de una doble manera: un Derecho Público que atiende inmediatamente a lo estatal y otro, el Derecho Público, que sin incumbir directamente a lo estatal afecta de forma determinante a lo privado porque la sociedad europea del continente, a través de sus órganos de representación, ha considerado que no podía dejarse a la libertad de los particulares por las consecuencias que conlleva, la regulación de determinados aspectos de su esfera natural, competencia propia y tradicional del Derecho Privado.

Estas relaciones obligatorias provenientes de la ley pública que afectan a la esfera privada también constituyen un Derecho Público cuyo efecto es, realmente, la de privar a los particulares de su libertad para actuar como quieran o para regular como deseen sus actos jurídicos en la esfera de competencia que, tradicionalmente, les era propia.

Se trata de leyes que imponen al particular un estatuto relativo a su propia esfera privada con carácter necesario, no tratándose propiamente de Derecho Privado sino de Derecho Público aunque intervengan en la materia normalmente reservada al Privado, por lo que el Derecho Público adquiere un segundo significado que es la intervención pública en la esfera privada, al regular mediante leyes públicas los ámbitos propios de los particulares, lo que se justifica porque la esfera privada ha pasado a tener incidencias interesantes en lo público.

Pero esto no ha sido siempre así, ya que a tal preeminencia de la ley pública solo se ha llegado tras un largo proceso histórico, iniciado en el periodo Napoleónico con la fuente directa de los derechos subjetivos y la consideración de la legítima función del Parlamento, acentuándose notablemente en el Estado de Derecho alemán, cuya glorificación del Estado termina con una sublimación de lo público, que le envalentona para una mayor intervención en la esfera privada a través de su medio más habitual, el reglamento y que alcanza su cénit en el Estado Social de Derecho, que reclama una más abierta intervención del Estado en la sociedad, con un ensanchamiento de lo público, en un mundo poblado de ideologías propias de la modernidad, en que una parte de la sociedad pretende imponer a la otra su concepción privada del mundo y no puede hacerlo sino por la vía impositiva que significa el Derecho.

---

<sup>139</sup> Antonio Fernández de Buján, *Derecho Público Romano*, Civitas, 2017, pp. 273 y sgts.

Si el concepto de derecho subjetivo llega a ser capaz de modificar al Derecho objetivo, los derechos públicos subjetivos constituirán la clave de la hipertrofia legislativa del Derecho Público y de su intervención en el Privado.

No se hace referencia a la maniobra política sino técnica, elaborada en el seno del Estado de Derecho alemán, del que más adelante se hará referencia.

Este ensanchamiento del Derecho Administrativo vendrá también de la mano del Derecho Comunitario europeo.

Vasco Pereira da Silva señala que existe una doble dependencia entre el Derecho Comunitario europeo y el Derecho Administrativo de los países sobre la base de que el Derecho Comunitario europeo se realiza a través de los Derechos Administrativos de los Estados miembros.

Las políticas públicas europeas se materializan o ejecutan, esencialmente, a través del Derecho Administrativo de los Estados, que deben seguir, merced al principio de competencia y desplazamiento, las normas jurídicas, principios y jurisprudencia Europea<sup>140</sup>, lo que determina, a su vez, que cada vez el Derecho Administrativo sea cada vez más europeo e incluso global<sup>141</sup>.

#### **- EL DERECHO DE INSTRUMENTO DE PAZ SOCIAL Y JURÍDICA A MERO ELEMENTO DE ORDEN Y SEGURIDAD**

Eduardo Vera-Cruz Pinto considero que lo expresa con especial brillantez y manifiesta que desde el primer curso explica, en términos bien claros a sus alumnos que estudian Derecho romano, lo que se vienen a desarrollar en esta obra.

Señala que enseñar la historia del Derecho romano en la Universidad implica asumir el compromiso didáctico de explicar lo que es y cómo surgió lo Jurídico en la historia de la Humanidad.

Significa también acordarse de la historia de la subordinación del Derecho a lo Político, de lo justo a lo útil, del saber al poder, de la verdad (que siempre es hija del tiempo como dijo Bacon) a la conveniencia, y a denunciar la mentira y el error de designar como Derecho a la legislación.

La creciente aceptación social, la conformación político-constitucional y su difusión para la enseñanza superior universitaria de nombrar al conjunto de leyes hechas por los políticos para el gobierno de la ciudad como Derecho dificulta la defensa de lo Jurídico y de la Justicia en la resolución de los litigios por los jueces (poder del Estado) e implica hacer concesiones terminológicas (no de principios o de conceptos).

De manera que se pueden denominar, por razones exclusivamente didácticas, al conjunto de leyes

---

<sup>140</sup> Ahora bien, como señala este autor las influencias son recíprocas, ya que los principios nacionales también inspiran al Derecho Comunitario.

<sup>141</sup> Vasco Pereira da Silva, *Direito Constitucional y Administrativo sem Fronteiras*, Almedina, 2019, pp. 28 y 29 y 56-66.

como Derecho positivo<sup>142</sup> y al o conjunto de reglas jurídicas como Derecho jurídico<sup>143</sup>.

Entiende que la justicia era el único criterio para la validación y concretización del Derecho pero no hay justicia cuando el Derecho es creado por los detentadores del *imperium*, cuando la regla jurídica es sustituida por la norma legal, cuando el derecho es ejercido con abuso de quien lo tiene; cuando la violación de las reglas no es castigada o se instala entre los poderosos un sentimiento de impunidad y de ausencia de límite.

Tampoco cuando el juez es solo un aplicador de las leyes que corresponden a los programas ideológicos de los partidos políticos que ganan las elecciones o el juez es una estrella mediática para aplicar sus propias concepciones de la justicia, en nombre del pueblo.

Cuando el sistema judicial está partidizado y el juez no es ponderado y equitativo, justo y equilibrado y ejecuta la condena como una venganza.

Luego en un Estado de Derecho, la ley, para ser Derecho, tiene que corresponder a las reglas jurídicas. Las normas legales creadas por el poder político legítimo (democrático), que pretendan ser consideradas como “manifestaciones normativas” de lo Jurídico deben tener como fuente al Derecho jurisprudencialmente creado.

Las sentencias de los tribunales (impropiamente designadas como jurisprudencia) deben recoger las reglas jurídicas y el método jurisprudencial para solucionar los litigios con sentencias justas.

Igualmente sometidos a las leyes, los jueces deben interpretarlas de acuerdo con las reglas jurídicas como método o camino para encontrar la solución justa a través del trabajo de los jurisperitos.

La crisis del Estado y de la Constitución es la crisis de la ley y de la confianza de las personas en los políticos electos para representar un sistema agotado y fallido, dominado por grupos de intereses, cerrados sobre sí propios y controlados por las oligarquías corrompidas y dependientes de los poderes empresariales instaladas en los partidos políticos, lo que nos obliga a repensar la justicia de nuestras sociedades.

Todos sabemos que el totalitarismo de la ley, de la Fundamental y de la ordinaria tienen apoyo político y académico. Ambos discursos promueven el sistema legal como “el mejor de los regímenes

---

<sup>142</sup> Entiende que la democracia no es condición suficiente para la juridicidad de las leyes. Un Estado de Derecho, democrático y constitucional no puede ser un Estado de Derecho. El Derecho está fuera del Estado porque es creado por jurisperitos con *auctoritas* y como condición *sine qua non* sin *imperium*.

El Estado solo es de Derecho si el legislador y el gobernante aceptan que su acción en el ejercicio del *imperium* está limitado por reglas jurídicas, jurisprudencialmente creadas, adaptadas, interpretadas y aplicadas exteriormente en procesos normativos no controlados por ninguna de las instituciones de que son titulares.

<sup>143</sup> La justicia de las reglas jurisprudencialmente creadas y aplicadas, la racionalidad y adecuación de las interpretaciones de los jurisperitos y la justicia concretizada en las soluciones dan juridicidad a las reglas, que en su conjunto son designados como Derecho. Así como los políticos electos para ejercer el Poder Legislativo (porque se candidatataron para tal fin) hacen leyes para el gobierno de la ciudad (*polis*) que deben ser aplicadas por el Poder Ejecutivo a través de la Administración Pública; los jurisperitos deben crear, aplicar, apartar, adaptar o excepcionar las reglas del Derecho que resuelven los conflictos entre las personas, de manera que la aplicación por jueces burócratas de las normas legales hechas por políticos electos, sea cual fuere la creatividad del discurso que procura legitimar tal procedimiento no es Derecho. Entiende que solo el estudio de la jurisprudencia romana permite entender lo que se acaba de exponer y solo su ejemplo puede abrir las mentalidades con las rupturas necesarias y los hábitos ritualizados de hoy para reintroducir reglas jurídicas en las resolución de conflictos, valorizando su interpretación y *auctoritas* de aquellas que contribuyen para encontrar las soluciones más justas en cada caso.

políticos” dentro de la única forma de convivencia democrática.

Sin embargo, la quiebra generalizada de la confianza en las instituciones por su inercia y falta de correlación con los problemas concretos de las personas; por la falta de honestidad y credibilidad de algunos de sus titulares y por el bloqueo del sistema que los escoge ya no se puede esconder<sup>144</sup>.

Entiende que la cuestión es realmente estructural, ya que la ley, a diferencia de las reglas jurídicas que se desarrollan sobre aspectos y personas concretas, establece una abstracción, reduciendo a uno lo que es múltiple, dando relevancia a uno de los elementos de la experiencia plural sobre los demás y positivando, en un enunciado textual, la representación escrita en esa opción, dando lugar a través de esa generalización y abstracción, a la separación del espíritu de su objeto.

Otra cuestión estructural que expone guarda relación con la propia imperatividad del Derecho.

Considera que el Derecho es ajeno a la imposición por la fuerza de la solución por los poderes legítimos y competentes del Estado, ya que la solución de un conflicto por la aplicación de una ley impuesta por la fuerza de quien tiene el poder no es una solución jurídica, ya que solo lo es la adhesión voluntaria de las partes y la intervención de un jurisprudente, con el compromiso previo de aceptación de tal solución en la confianza inherente al modo de construcción jurisprudencial de la misma.

La paz proviene de las reglas jurídicas y la norma legal coercitivamente impuesta por el Estado impone un orden, una seguridad y una tranquilidad pública pero no la paz ni la armonía social, de manera que la fuerza legitimada por la ley tiene que estar aliada de la razón jurisprudencial, con capacidad de convencer al que pierde<sup>145</sup>.

El ser humano tiene, *per se*, existencia propia y no es una creación del Derecho pero la persona humana como titular de derechos y de deberes, esto es, como sujeto de derecho sí es una creación del Derecho cuya personalidad y dignidad se debe garantizar siempre, lo que no puede quedar al arbitrio de doctrinas o ideologías sea cual fuere la moda, la demagogia o la mayoría que pretendan con palabras, causas o banderas engañosas vulgarizar a la persona humana y fragilizar el Derecho<sup>146</sup>.

En esta tesis se pretende conseguir un doble objetivo: destacar la falta de realidad que supone considerar una gran novedad el sistema procesal de Derecho Administrativo, que tradicionalmente se situaba en la Revolución Francesa cuando, realmente, constituye las aspiraciones de los monarcas

---

<sup>144</sup> La apatía cívica, el inmovilismo en la sociedad civil o la hartura consumista de los países ricos o el refuerzo de los lazos comunitarios en torno a las características innatas en perjuicio de opciones políticas, el hermetismo de los partidos políticos o el entretenimiento como cultura, el negocio de las comunicaciones como libertad de empresa, la individualidad exacerbada son apenas síntomas de una situación que requiere reformas urgentes, también en las fuentes del Derecho.

<sup>145</sup> Fernanda Pirie, que como antropóloga para nada se plantea las cuestiones tan específicas como las que aquí se abordan, destaca que las primeras leyes dictadas por los reyes ( Mesopotamia) fueron poco más que normas pragmáticas y mundanas con las que, aparentemente, los gobernantes pretendían gestionar sociedades complejas aunque puede decirse que, en muchas ocasiones no fueron esencialmente prácticas e incluso tampoco tenían por objeto la resolución problemas jurídicos sino contenían promesas de justicia social o propiamente propaganda u otros fines higiénicos, estéticos, religiosos o que promovían la perfección física, cómo se debería comer, dormir, vestirse o mantener relaciones sexuales, que no se podían unir juntos a un buen buey y a un burro o mezclar lana y lino al tejer, cuando no una ordenación social pero siempre se han utilizado para consolidar su poder, ampliar sus dominios y disciplinar a sus poblaciones. Fernanda Pirie, *Ordenar el mundo. Cómo 4000 años de leyes dieron forma a la civilización*, Crítica, 2022, pp. 10 a 17.

<sup>146</sup> Eduardo Vera Cruz Pinto, *Introdução ao estudo do Direito Romano. As questões fundamentais*, AAFDL editora, Lisboa, 2021, pp. 51-66.

Absolutos, que es donde, en verdad, no solo hunde sus raíces ideológicas sino sus instrumentos, como se acreditará.

De otro lado también se pretende advertir del peligro que supone esta concentración de poder.

La justicia es una aspiración del ser humano sin la que no puede vivir en paz y libertad y al margen de los diversas interpretaciones que se han atribuido o tenga la expresión “hay jueces en Berlín”, con ella no se está apelando por los sufridores humanos sino a una situación que objetiva, mayoritariamente y de forma atemporal puede ser reconocida como tal<sup>147</sup>.

La civilización nos ha demostrado y el Derecho internacional público puede ser hoy un ejemplo, que la resolución heterocompositiva de las controversias constituye el mejor camino pero en él se cruzan los más variados intereses para perturbar su buen orden, en el que frente al autorizado sistema se plantea la nueva *auctoritas* que como verdaderos potentados tienen esa manifestación en *El mejor alcalde rey* o en *El alcalde de Zalamea* de nuestra literatura.

Como se ve el peligro de que la *potestas* se revista de *auctoritas* o que el sistema político cree el Derecho en vez de ser el que determine lo legitimado políticamente.

Esteve Pardo destaca la aportación que realizaron las ciencias de la mente: psicología, psiquiatría y la intuición que destacaba Bergson en el Institucionalismo, confesando tanto Hauriou como Duguit y Renard, la influencia del pensamiento aristotélico y especialmente de Santo Tomás por su noción de bien común<sup>148</sup>.

---

<sup>147</sup> José Esteve Pardo. *Hay jueces en Berlín. Un cuento sobre el control judicial del poder*. Marcial Pons, 2020.

<sup>148</sup> José Esteve Pardo. *El pensamiento antiparlamentario y la formación del Derecho público en Europa*, Marcial Pons, 2º edición, 2020, pp. 135-142.



## II. ELEMENTOS ESENCIALES QUE CONFIGURAN AL ESTADO MODERNO Y CONTEMPORÁNEO TIENEN SU ORIGEN EN LA EDAD MEDIA

Hablar de Edad Media es, sin lugar a dudas, referirse a un concepto inventado con posterioridad, ya que los ciudadanos que vivieron en el transcurso de ese tiempo, que la historiografía de nuestros días considera como Medievales, no tenían la sensación de vivir en una época que se conociera con esta denominación<sup>149</sup>.

Durante la Ilustración se creó una imagen atroz de la Edad Media y Voltaire señaló que cuando el Imperio Romano fue destruido por los bárbaros se formaron muchas lenguas con los despojos del latín y los conquistadores germanos llevaron por todo el Occidente su ignorancia y su barbarie, pereciendo todas las artes, que no comenzaron a renacer sino 800 años después, no siendo la escultura ni la arquitectura de aquellos tiempos sino un grotesco conjunto de groserías y de baratijas, conservando los monjes la lengua latina pero para corromperla.

De aquella situación, solamente se salvaban, en la Baja Edad Media, algunos precursores de la Modernidad: Dante, Petrarca y Boccaccio.

Pero debe contestarse a Voltaire que, precisamente, estas lenguas trajeron las de la actualidad y no tienen desperdicio ni el arte románico ni el gótico, aún hoy no superados; la reaparición del teatro, olvidado mucho tiempo o el cántico gregoriano, típico de la Edad Media, que constituye la base de la música moderna.

Durante el Romanticismo y el s. XIX, muchos países perciben que las raíces de su sustancia deben buscarse en la Edad Media, aunque algunos las mezclan con las pasiones y la irracionalidad.

En Alemania, además de la creación de la reivindicación del Sacro Imperio Romano Germánico y de la elaboración de la *Monumenta Germaniae Historica* (en Portugal, la *Monumenta Portugalia Historica*) se buscaba en esa época también el espíritu del pueblo, la Iglesia reivindicaba a sus pensadores como Inocencio III o Tomás de Aquino, en un periodo que caracterizaban de cierta unidad, paz y armonía, y los británicos intentaron conocer sus raíces a través del *common law*, la Carta Magna o el nacimiento del Parlamentarismo.

---

<sup>149</sup> La primera vez que se utilizó esa expresión lo fue con una finalidad filológica por el Obispo italiano Bussi en 1469 (*media tempestas*) para referirse a unos tiempos medios, que se distinguían entre una época lejana y sumamente gloriosa, como la Antigüedad Clásica y la que se vivían en el siglo XV, y ello derivado del aprecio que por las lenguas clásicas se tenía en el Renacimiento.

En los s. S XVI, XVII y XVIII existía, sin embargo, un concepto de Edad Media, al menos en el viejo Continente y su entorno inmediato, muy diferente por el olvido que se había producido de la rica y fecunda tradición grecolatina, existiendo también un desprecio hacia esos siglos, apoyado por la imperiosa necesidad que predicaba Martín Lutero de volver al cristianismo primitivo, abandonando la tradición de los siglos Medievales, en que se consideraba que la Iglesia había ejercido un dominio tiránico sobre los fieles, equivaliendo lo Medieval a la mediocridad, el retraso o el arcaísmo, en una larga noche de 1.000 años.

## 1. UNA ÉPOCA ESPLENDOROSA DE TRANSICIÓN HACIA LA MODERNIDAD Y CONTINUACIÓN DE LA EDAD ANTIGUA

La Edad Media fue en realidad una época luminosa, oscurecida y enfriada por la Modernidad para desacreditarla pero no se deben pasar por alto las raíces Medievales del mundo Moderno y Contemporáneo.

En el Medievo se pusieron los cimientos de Europa: en el Concilio de Constanza, a comienzos del s. XV, con objeto de poner fin al peligro de cisma en que encontraba envuelta la Iglesia y en el que ya tenían voto cinco naciones: Francia, Inglaterra, Alemania, Italia y España.

En esta época se forjaron las instituciones más representativas de nuestro mundo político, como lo son los Parlamentos y los municipios, las lenguas, los regadíos y la convivencia de religiones de la que España puede ser un ejemplo, destacándose la Escuela de Traductores de Toledo como receptores del legado griego a través de los árabes e incluso, la realidad de la España de las Autonomías.

No hubiera sido posible la expansión europea hacia las Indias, si olvidamos el pasado Medieval de los conocimientos náuticos y de los viajes realizados en el Medievo y precisamente es, en la Edad Media, donde nace el espíritu laico o la obra de Ockham<sup>150</sup>.

En la Edad Media existieron además de las catedrales románicas y góticas, insuperadas<sup>151</sup>, castillos y mezquitas, puentes y sistemas de regadío<sup>152</sup>.

Su convicción de intercambio favoreció la realización de calzadas por la que transitaban los universitarios, que con su lengua franca, el latín, acudían a recibir lecciones en diversas universidades, y no nos estamos refiriendo al moderno Erasmus sino a algo más profundo<sup>153</sup>.

En esta época es cierto que también se inventa el reloj y aparece el concepto del tiempo y del hombre como un elemento más de la sociedad para la producción de bienes y servicios con objeto de obtener un lucro y, por ello, también puede considerarse para la destrucción de la naturaleza.

---

<sup>150</sup> Julio Valdeón Baroque, "La valoración histórica de la Edad Media: entre el mito y la realidad" en José Ignacio de la Iglesia Duarte y José Luis Martín Rodríguez (Coordinadores), *Memoria, mito y realidad en la Historia Medieval: XIII Semana de estudios Medievales, Nájera, del 29 de julio al 2 de Agosto de 2002*, pp. 311-329.

<sup>151</sup> En las catedrales se reemplazaron los techos planos de madera por grandes cúpulas de piedra conocidas como bóvedas de cañón, con contrafuertes, arbotantes, vidrierías de colores y zapatas para resistir los enormes pesos, la mayor longitud de los arcos y la mayor vistosidad de las construcciones, que incluso hoy nos maravillan.

<sup>152</sup> Las principales fuerzas de potencia en la Edad Media, con la esclavitud en decadencia, fueron la fuerza hidráulica, el viento y el caballo, concentradas en las ruedas, las turbinas hidráulicas, los molinos de viento y las velas, las carretas, los carruajes y el aumento de capacidad en los barcos.

<sup>153</sup> Además de las Cruzadas, los medievales fueron grandes viajeros como acredita Marco Polo en su libro escrito durante la cautividad en una guerra de venecianos contra genoveses, *El Libro de las Maravillas*, describe al imperio mongol, que abarcaba casi toda Asia, las expediciones vikingas a Islandia y Groenlandia o el del autor anónimo *Viajes de Juan de Mandeville*, caballero inglés que no existió, y que supuestamente, recorrió Asia tras su peregrinación a Jerusalén, señalando en tal obra, la posibilidad de llegar a Oriente atravesando el Atlántico, algo que puso en práctica el último viajero Medieval, Colón, y se puso de manifiesto en la Modernidad por Vasco Núñez de Balboa.

Inventaron el carnaval, nuestras notas musicales y los humildes villancicos, los romances épicos, y creyeron y amaron con energía y entusiasmo, realizando viajes de miles de kilómetros como el Camino de Santiago, el santuario de Mont- Saint- Michel o el Purgatorio de San Patricio en Irlanda.

Crearon las universidades: París, Bolonia, Oxford, Praga o Salamanca para estudiar con expertos en leyes, medicina, filosofía o teología y los títulos que expedían eran válidos en todas ellas.

De esta época son *La divina comedia* de Dante, *Los cuentos de Canterbury* de Chaucer, *Las leyendas del Rey Arturo* de Chretien de Troyes, *El cantar de mio Cid* o *La Chanson de Roland*.

Aunque el comienzo de la Edad Media se sitúa en el año 476 después de Cristo, con la caída del último emperador de Roma, y se señala el final con la caída de Constantinopla 1453 o con el descubrimiento de América en 1492, se ha de destacar que, precisamente, Carlomagno creó el Sacro Imperio Romano Germánico, por imitación de la grandeza de Roma y fue un gran protector las letras y las artes, llevando a cabo una gran revolución cultural al establecer la enseñanza obligatoria.

Entiende Eugenio D'Ors, que el elemento más característico que produce el cambio de época desde la Edad Media a la Moderna no es ni la caída de Constantinopla en 1453 ni el descubrimiento de América en 1492 sino la sublevación Luterana contra la Iglesia en 1517, que ha venido a desembocar en el individualismo jurídico y en el positivismo legalista, con cierta alarma de la locura de la inmoralidad capitalista<sup>154</sup>. Más adelante se hará referencia a la importancia de Westfalia y a la influencia de Lutero en el alumbramiento de la Modernidad.

La separación de Francia del Sacro Imperio con “Felipe el Hermoso”, en el s. XIII, lo fue por la presión de los burgueses, ya que las ciudades también se crearon durante la Edad Media y serían burgueses, también, quienes pasaron de apoyar a la monarquía Absoluta para desgastar el poder de la nobleza y el clero oficial, a cortarle la cabeza a su propio rey en el S. XVIII<sup>155</sup>.

La Edad Media no fue un periodo oscuro sino que se produjeron avances significativos en los distintos campos del saber y la Modernidad no supuso una caída en el vacío desde la que todo comenzó de nuevo sino que, realmente, significó una evolución de lo que se estaba gestando en la fase anterior, especialmente, en la Baja Edad Media.

Nuestra idea de la Edad Media no es sino un tópico que desfigura la realidad y que tiene un matiz más acentuado en el S. XVII, en el que se extendió una idea, ya muy avanzada durante el Humanismo, que consideraba que la Edad Media había sido un periodo de estancamiento.

Francis Bacon, en su obra *Novum Organum*, afirmaba que las edades transcurridas entre la Antigüedad y la suya propia habían sido desfavorables para las ciencias, pues ni los árabes<sup>156</sup> ni los

---

<sup>154</sup> Álvaro d'Ors, “Retrospectiva de mis últimos XXV años”, *Atlántida*, 13, Madrid, 1990, p. 99.

<sup>155</sup> Claro está que esta afirmación o acusación necesita una justificación, como lo es su consecuencia, la apropiación del todo, de los bienes de dominio público, que están al servicio de todos pero que es a una clase social a quienes enriquece con el dinero que los demás pagamos, a pesar de ser nuestros pero que precisan de su adecuada gestión (¡nadie puede llevarla a cabo por unos u otros motivos!), por los que deben cobrar millones por el mero hecho de asistir, una vez al mes, al consejo de administración o ¡justificados! motivos similares. La apropiación de paso también de los bienes de la Iglesia, que comienza con las Iglesias Reformadas, continúa con las desamortizaciones y después con la real apropiación del espacio público.

<sup>156</sup> Apreciación que no es coherente con que Al-Zaytunah en Túnez y Al-Azhar en El Cairo crearan Universidades o Centros de Estudio que se remontan a más de 1.000 años y sirvieron de modelo a las primeras europeas como Bolonia, Heidelberg, Sorbona o Salamanca y el traje académico de gorra y toga se originó en la de Al-Azhar de El Cairo. El observatorio

Escolásticos merecen ser mencionados, ya que en los tiempos intermedios, más que aumentar el peso de la ciencia, la aplastaron con multitud de tratados, señalando Condorcet, que el cristianismo fue la causa de la completa decadencia de la filosofía y de las ciencias, lo que fue acrecentado en el s. XIX, con la sensación de que el Renacimiento fue la liberación de la razón del calabozo, el doble descubrimiento del mundo exterior e interior, como un estallido del espíritu de libertad.

A principios del s. XX, el físico y filósofo Durhem propuso una visión completamente diferente y tras el estudio de las obras Medievales de matemáticos y filósofos de la naturaleza concluyó que la mecánica y la física, de la que los tiempos modernos están justificadamente orgullosos, procede, por una serie ininterrumpida de mejoras, de las doctrinas profesadas en el corazón de las escuelas Medievales y según su revolucionario planteamiento de la interacción entre teología cristiana y filosofía natural Escolástica, constituyendo las universidades Medievales, una clave sin la que no era posible comprender, adecuadamente, la evolución del pensamiento científico y esta tesis de la continuidad ha presidido desde entonces la cuestión entre los investigadores del S. XX, que se acentuó tras la II Guerra Mundial, en que se avanzó, decididamente, en la investigación histórica de la ciencia Medieval, destacándose dentro de esta controversia, la atribución a la ciencia moderna de un método adecuado para la práctica científica, es decir, de un cambio de mentalidad, que suponía la ruptura con la visión oscura y atrasada del mundo Medieval.

La polémica continúa pero precisamente desde el punto de vista metodológico se constata que la ciencia no da saltos en el vacío, avanzando sobre la nada sino que lo hace sobre la base de pequeños saltos.

En la Baja Edad Media se producen una serie de progresos, avances y novedades, en determinados ámbitos, que merecen ser reseñados, tales como las gafas para tratar la presbicia, aunque sobre la base de la idea se desarrollará para otros ámbitos en siglos posteriores; la pólvora y su uso o el reloj mecánico que ya se ha mencionado, que suponía una nueva escala de las cosas, la del tiempo humano, con los efectos que ello producía en la matemática<sup>157</sup>, la medicina<sup>158</sup>, la mentalidad y en el pensamiento abstracto, por ejemplo.

A partir del S. XII, el mundo Occidental latino comienza a disponer de un conjunto de obras provenientes del mundo griego e islámico, tratados de matemáticas, astronomía, óptica, meteorología o medicina, que son objeto de estudio y debate, y que servirán a los pensadores de los S. XIII y XIV para crear una serie de obras científicas o filosóficas.

---

de Mugharah fue construido por Hulagu y fueron árabes los que inventaron el primer astrolabio y el cuadrante, lo que condujo, no solo avances en astronomía sino también en la navegación oceánica, contribuyendo a la exploración en la Edad Europea. Al-Idrisi, erudito musulmán que servía a un Tribunal siciliano, hizo mapas muy precisos incluido el mapa del mundo con todos sus continentes, montañas, ríos y ciudades famosas, y Al-Muqdishí fue el primer geógrafo en realizar mapas en color. Al-Biruni estableció la trigonometría como parte de las matemáticas. Los musulmanes no solo inventaron el número cero sino el sistema decimal de base 10. Al-Khawazari desarrolló el álgebra, etc...

<sup>157</sup> Dentro de la matemática se avanzó en la aritmética, el álgebra o la trigonometría, en los modernos métodos de multiplicación y división, en la aplicación del nº 0, el interés simple o compuesto y en el descuento, así como en la contabilidad de doble entrada.

<sup>158</sup> En el campo de la medicina, la primera comisión de higiene pública es de Venecia de 1343 y se realizaron las primeras autopsias en las Universidades, entre ellas, Guadalupe, en donde se hizo la primera o Valladolid, en donde se realizaban con cierta frecuencia.

Así aparecen los *Elementos* de Euclides, el *Almagesto* de Ptolomeo, el *Álgebra* de Al-jwarizmi, la *Óptica* de Ibn al-haytan o el *Canon de Medicina* de Avicena, que fueron recibidos con entusiasmo así como las obras de Aristóteles y sus comentadores, entre los que se encontraban Avicena y Averroes y, precisamente, por la vía de la crítica de las obras de Aristóteles se sientan los pilares que se van a desarrollar en los siglos postreros.

Ignacio Verdú va demostrando, paso a paso, cómo se fueron desmontando las teorías de Aristóteles como sucede con sus tesis sobre el tiempo y el espacio, llegando a las conclusiones de la redondez de la Tierra o el movimiento de los planetas, y la autoridad aristotélica se vio contestada por la teoría de los epiciclos y las excéntricas de Ptolomeo, que durante la época Medieval se impuso al modelo de Eudoxo.

Es en esta época en la que se aplican las matemáticas a las ciencias de la naturaleza, y más en concreto a la física, para la adecuada comprensión y explicación del cambio y en especial del lugar, es decir, del movimiento: uniforme o disforme, acelerado positiva o negativamente o la velocidad instantánea.

Ockam, que puede considerarse el padre del método empírico de la investigación, también vivió y desarrolló su pensamiento en la Edad Media.

La sublimación de Ockham por lo concreto y más por el cómo que por el porqué constituye, sin lugar a dudas, la fuente de la experiencia y del conocimiento empírico, lo que, realmente, se encuentra fuera del pensamiento Aristotélico pero no del cristiano.

El cristianismo, precisamente, se basa en la decisión libre de su omnipotente Creador y, por lo tanto, en la existencia de una legalidad metafísica universal y original, que debe darse por sobreentendida, fundando las manifestaciones que solo Hume, cuatro siglos más tarde, sería capaz de concretar.

Todo lo contrario de la intransigencia que se le suele imputar<sup>159</sup> por lo que merece nuestro reconocimiento y resulta asombroso que en algún momento haya podido ser minusvalorada, teniendo en cuenta, además, que quienes se han embarcado en el estudio de la ciencia y el pensamiento de los s. XIII y XIV hayan terminado, tarde o temprano, envueltos en la difícil tarea de discernir hasta qué punto, lo hecho en los S. XVI y XVII e incluso en el s. XVIII se debía a lo pensado por los hombres de la época Bajo- Medieval<sup>160</sup>.

Santo Tomás defendía la compatibilidad de la ciencia con la fe.

El cristianismo es el catalizador de las energías dispersas tras la caída del Imperio Romano y la cristiandad aparece como la *res publica christiana*, como encarnación de ese ideal de comunidad política, única y universal, pensamiento que es emulado, repetidamente, hasta el día de hoy.

En ese contexto, la sacralidad del Derecho se considera que Dios es Derecho y ese Derecho es justicia, apareciendo la costumbre como santa, tradicional y antigua, encarnación de la conciencia y fruto de una determinada comunidad sobre la que Dios ha procedido a verter su conocimiento.

---

<sup>159</sup> De esta época ingenio, la audacia, el afán por descubrir y la creatividad que desarrollaron los filósofos que empeñaron sus esfuerzos en repensar la formidable herencia recibida de culturas ajenas como la griega y la musulmana pero profundamente admiradas.

<sup>160</sup> Ignacio Verdú Berganza, "La ciencia en el final de la Edad Media", *Pensamiento*, V. 71, nº 269, 2015, pp. 1277-1293.

Se considera que todo Derecho nace de la divinidad y no debe ser creado por el hombre sino que debe ser recogido de la naturaleza por quienes tengan un especial conocimiento, de manera que la bondad y la antigüedad han de ser halladas por el intérprete para acceder al conocimiento de lo jurídico.

El Derecho, ya se encuentra formulado: no es dogma ni lógica sino praxis, no es razón sino sobre todo intuición y sentido común, conciencia jurídica popular y colectiva, en el que la oralidad adquiere un protagonismo fundamental, constituyendo también estos siglos<sup>161</sup>, la garantía, por antonomasia, de las vidas, libertades, propiedades y demás atributos de los individuos tanto en su dimensión personal como colectiva.

Las bases del Derecho Altomedieval pueden ser halladas en cuatro principios: la antigüedad del Derecho y su propia evolución, el poder de los señores, la realización del orden natural y la concepción intrínseca del Derecho como un orden de utilidad, como herramienta que permite alcanzar la felicidad terrenal y con ella, aspirar a la ulterior celestial, produciéndose una evolución desde la Alta, a la Plena y a la Baja Edad Media, que se resume en el monasterio, la catedral y el palacio, apareciendo Dios con un rostro más humano, iluminado y paternal, y apartándose, cada vez más, el Derecho de la teología hacia un saber más secularizado y en el que se permite un rey-juez, nunca legislador ni administrador, que serán pasos sucesivos en la evolución del Derecho<sup>162</sup>.

La rotura del Sacro Imperio Germánico supuso la contemporaneidad de lo que se llamará, en un primer momento, Reino y más tarde Estado.

## **2. EN LA EDAD MEDIA APARECEN LAS IDEAS DE SOBERANÍA, CONCENTRACIÓN DEL PODER PÚBLICO, LA LEY COMO FUENTE ESENCIAL DEL DERECHO, LAS PRIMERAS MANIFESTACIONES DEL ANTIFORMALISMO PROCESAL, EL DERECHO AL JUEZ ORDINARIO PREDETERMINADO POR LA LEY Y LAS CAUSAS Y EL INICIO DE LA POSTERGACIÓN DE LOS JURISTAS**

Durante la Edad Media se llevó a cabo la *Compilación* de Justiniano, se redactaron *Las Partidas* o se produjo la recepción del Derecho romano clásico en la entonces denominada Cristiandad y es también en esta época cuando nace el Parlamentarismo (Cortes de León de 1188) y el Constitucionalismo (Carta de Juan sin tierra de 1215).

Es en esta época también cuando se produce la mayor expresión del principio de autoimposición normativa, como lo es regirse por las propias costumbres que, como se sabe, constituyen la reiteración de un comportamiento social y se considera la más directa plasmación del principio de justicia por la propia sociedad que la va a aplicar y por ello no precisa de ninguna apelación a fuerza extraña o exterior para su aceptación y aplicación. Los fueros extensos de los S. XII y XIII (hoy sin embargo totalmente defenestrados de nuestro mundo jurídico por poco democráticos<sup>163</sup>) constituyen la

---

<sup>161</sup> Muy en contra de lo que normalmente se enseña pero como se va a acreditar.

<sup>162</sup> Faustino Martínez Martínez, "La idea Medieval del Derecho", e- *SLegal History Review*, 2, 2006.

<sup>163</sup> La propia autoridad del Derecho debe fundarse en su propia aplicación y razón de sus preceptos, que consiste, de hecho, en la facultad de suscitar el consentimiento por parte de sus destinatarios y torna legítimo el poder institucional que crea,

plasmación más clara de lo que se trata, y esta es la época de filósofos tan eminentes como San Agustín y Santo Tomás.

Pero la sorpresa es mayúscula cuando se descubre que la legitimación de lo civil por vía de la religión laica tiene su origen, primero y fundamental, en la doctrina teísta de la voluntad divina en la Baja Edad Media<sup>164</sup> desarrollada posteriormente por Lutero.

El Medieval había sido un orden donde no existía un solo sujeto del poder sino una gran variedad de sujetos políticos, que reflejaban una variedad correlativa de órdenes, ninguno de los cuales pretendía acaparar todo el poder porque cada uno lo ejercía en su ámbito respectivo y solo el orden Moderno y Contemporáneo, el que nace teóricamente con Rousseau, Kant y Hegel, fue capaz de imponer a la sociedad el canon coactivo basado en la validez<sup>165</sup>.

Esta unidad esencial de lo político, correlativo a una diversidad de lo jurídico, característica del Medievo se debe a que el poder, mostrando desinterés por la dimensión jurídica, permite que esta dimensión no se organice siguiendo el modelo establecido desde arriba sino según las necesidades que emergen de la cotidianidad y de la experiencia, y el resultado serán las diferentes dimensiones en que la sociedad se autodisciplina, cada una con su propio orden.

El poder político no tiene la pretensión de controlarlo absolutamente todo, y el motivo de esa renuncia al control total es que el poder Medieval, pese a su aparente brutalidad y su vinculación a modos de control espiritual muy poderosos, no es ni puede ser tendencialmente totalitario sobre lo social porque, en sentido estricto, tampoco hay sociedad<sup>166</sup>.

---

aplica y ejecuta las normas jurídicas, al margen del cumplimiento por sanciones, premios o recompensas, al margen de la vinculación a una supuesta ley anterior y fundamental que resultaría que un pacto social originario o de una obligación moral derivada en términos subjetivos Racionalistas. Como regla objetiva de práctica, que no puede confundirse con una simple opinión sobre los valores o como un juicio de probabilidad sobre su existencia y valor. Vasco Duarte de Almeida, "Sobre o valor da dignidade da pessoa humana", *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, V. 46,1, 2005, pp. 644, 645 y 647. En este sentido quiero traer a colación el pensamiento de Gregorio Peces Barba, *La dignidad de la persona desde la filosofía del Derecho*, segunda edición, Madrid, 2003, pp. 12 y 13, y 21-64, que sitúa el origen de la dignidad de la persona en el movimiento Moderno- Iluminista de un hombre, que además de ser el centro del mundo se encontraría centrado en el mundo, esto es, un hombre secularizado, independiente, que decide por sí mismo, que piensa y crea por sí mismo, y que comunica y dialoga con otros hombres y decide, libremente, sobre su moralidad privada, en un proceso de secularización y emancipación del hombre. Más adelante se tratará la cuestión de la dignidad humana como fuente del resto de los derechos humanos declarados y se destacará, igualmente, que la dignidad no es un concepto formal, escrito, propio del mundo moderno ni tampoco puede considerarse fruto de los resultados tan mediocres a los que se ha conducido al ser humano. Este autor también participa de la teoría de los derechos humanos como público subjetivos, que necesitan del Estado para su declaración y protección.

<sup>164</sup> Para la exposición, en estas líneas generales que constan a continuación, de la evolución de la Modernidad sobre el germen de las ideas que aparecen la Baja Edad Media, con el nacimiento del método que se sigue aplicando en nuestros días y con ello, el del sujeto, el Estado, la disolución de lo político en lo jurídico y la definitiva absorción del Estado por el sistema en la posmodernidad vamos a seguir, esencialmente, a José Luis Muñoz de Baena Simón, *La abstracción del mundo. Sobre el mal autoinmune de la juridicidad moderna*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018, especialmente, lo que figura en las pp. 27-29, 37-63, 83-93, 102, 103, 127, 128, 236-240, 260-270, 343 y 529.

<sup>165</sup> Frente un sistema tan oprobioso como se considera la Edad Media, en que se cumplen las normas jurídicas por propia voluntad surge el sistema basado, supuestamente en la libertad, en que las normas se cumplen por el cañón.

<sup>166</sup> Como se verá a lo largo de esta obra, las críticas a este sistema que emerge tras la Escolástica franciscana va a venir de la mano de pensadores que pudiésemos denominar Neotomistas pero como señala José Luis Muñoz de Baena Simón ( *La abstracción del mundo. Sobre el mal autoinmune de la juridicidad moderna*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales,

La visión orgánica del mundo Medieval, la *ordinatio ad unum* que permitía establecer mediaciones entre la divinidad y los seres humanos a través de la ley natural<sup>167</sup> es desplazada por el advenimiento del Voluntarismo teísta<sup>168</sup> (Escoto y Ockham) y no teísta<sup>169</sup>, con un laicismo que encubre su origen teológico, más tarde, tras la Reforma<sup>170</sup>.

Santo Tomás era dominico y Escoto y Ockham representan a la Escolástica franciscana, la otra Orden mendicante cuyos frailes no se vinculaban a un convento concreto y destacaban en su carisma, la dedicación al estudio.

---

Madrid, 2018, pp. 127 y 128) es el propio Marx, en su *Crítica a la filosofía del Estado de Hegel*, el que considera que en el Medioevo todo lo social es político y el hombre aunque carezca de libertad es el principio real del Estado y el filósofo alemán lo expresa perfectamente en esta frase: “la oposición abstracta y consciente entre la vida del pueblo y la del Estado es exclusiva del mundo Moderno. La Edad Media es el dualismo real y la Edad Moderna el dualismo abstracto”.

<sup>167</sup> “La existencia de Dios y otras verdades naturales que acerca de Él podemos conocer por discurso natural, como dice el Apóstol, no son artículos de fe sino preámbulos de los artículos y de esta manera la fe presupone el conocimiento natural como la gracia presupone la naturaleza y la perfección lo perfectible”.

Santo Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, (1265-1273), 1, q, 2,a, traducción de F. Barbado, V.I, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid 1947, p. 151.

“Pero la criatura racional participa intelectual y racionalmente de ella; por eso la participación de la ley eterna en la criatura racional se llama con propiedad ley, pues ley, como hemos dicho ya, es algo propio de la razón. pero las criaturas irracionales no participan de este modo de la ley eterna.” *Ibidem*, 1-2, q, 91, a, 3, V.I, p.55.

“En lo que toca a los principios generales, la ley natural no puede ser borrada en modo alguno de los corazones de los hombres. Pero se borra en las obras particulares, cuando la razón es impedida de aplicar los principios comunes a las obras particulares por la concupiscencia o por la pasión....Pero si miramos a los efectos secundarios, la ley natural puede borrarse del corazón humano, sea por las malas persuasiones ... costumbres perversas y los hábitos corrompidos, como en algunos pueblos no se reputan pecados los robos y los vicios contra naturaleza, según dice el Apóstol”.

*Ibidem*, 1-2, q, 94,a,6, V.I, p.140, Cit. Francisco José Contreras, *La Filosofía del Derecho en la Historia*, Tecnos, 2016, pp. 44, 49, 55.

<sup>168</sup> La *recta ratio* de Ockham le da la vuelta al razonamiento de Santo Tomás, ya que no es la razón la que nos ayuda a conocer a Dios sino que no existe razón y conocimiento de las cosas sino a través de Dios pero como nos enseña Francisco José Contreras (*La Filosofía del Derecho en la Historia*, Tecnos, 2016, p.79), junto a la moral divino-positiva, propia de un Voluntarista, aparece una moral natural, al parecer independiente de la voluntad de Dios, una moral laica integrada por principios evidentes *per se*, que como indicará Grocio tres siglos más tarde válidos, incluso si supiésemos que Dios no existe. Aunque otros pensadores que cita piensan que en Ockham, esta segunda hipótesis es también una manifestación de la voluntad de Dios, ya que al hacer cognoscibles ciertos principios prácticos estaba ordenando, implícitamente, que los hombres se comportaran en la forma exigida para ellos.

<sup>169</sup> Un ejemplo del sistema que exponemos y su vigencia lo constituye lo que señala Paul Edward Gottfried, que considera que también la izquierda europea actual realiza una transposición de temas cristianos entretreídos en una tapicería política, produciéndose así una sacralización de lo político, como sucedió con los movimientos Totalitarios de entreguerras, es decir, disfrazando y apropiándose de las imágenes y mitos cristianos. Considera que las religiones políticas poscristianas han tomado los elementos imaginarios y narrativos involucrados en las mentalidades y prácticas de aquellos a quienes se intenta influenciar. Paul Edward Gottfried, *La extraña muerte del marxismo. La izquierda europea en el Nuevo Milenio*, Ciudadela libros, Madrid 2007, pp. 41 y 42.

<sup>170</sup> Ockham, que pasó los 20 últimos años de su vida en la corte imperial de Munich, tras haber huido de Aviñón, donde se le había convocado para responder ante una comisión de teólogos, como conciliarista consideraba, como Marsilio de Padua, que no existía una soberanía universal del Papa, ya que los poderes se contrapesan “dar al César lo que es del César”, tesis que será utilizada más tarde por Lutero. Francisco José Contreras, *La Filosofía del Derecho en la Historia*, Tecnos, 2016, pp. 82-85.

## - LAS IDEAS DE SOBERANÍA Y DE CONCENTRACIÓN DEL PODER PÚBLICO

Dante de Alighieri, en 1300, afirmaba que todo podía ser modelado por la voluntad del monarca<sup>171</sup> y Marsilio de Padua, en su obra *Defensor Pacis* de 1327, significa la ruptura con el modelo de supremacía del poder espiritual y eclesiástico de la *Res pública cristiana*, distinguiendo entre el poder temporal del César y el espiritual de la Iglesia<sup>172</sup>.

Lutero (1483-1546) siguiendo esta línea vinculaba al príncipe directamente con Dios, ejerciendo el Protestantismo una corriente de pensamiento que otorgaba a los príncipes un poder ilimitado y excluía cualquier intervención Papal, en el ejercicio de su actuación gubernativa.

Consideraba que los hombres deben obedecer a sus gobernantes y debían someterse a ellos, con temor y reverencia, toda vez que su autoridad se fundaba en Dios, motivo por el que debían obedecer sus dictámenes, ya que era obedecer a Dios.

Esta opinión constituyó la causa por la que Lutero condenó severamente a los campesinos insurrectos, si bien consideraba que si el príncipe se encontraba equivocado era preciso obedecer a Dios (justicia) antes que a los hombres<sup>173</sup>.

Thomas Mann (1875-1995) consideró al pensamiento de Lutero una gigantesca encarnación de la naturaleza alemana por su extraña idea de la libertad política, al considerar que el concepto alemán de libertad se dirige siempre hacia el exterior, ya que para el interior no es más que el derecho de ser alemán, apenas alemán y nada más que eso, lo que considera que constituyó la causa de su sorprendente sumisión a la opresión.

Estas ideas entiende que pudieran encontrarse en cierta interpretación de la defensa de la libertad de conciencia de los cristianos hecha por Lutero así como en su tesis sobre la igualdad de cada persona ante Dios y sus semejantes, que constituyeron los destellos de la organización del poder político y de los límites a los que debe subordinarse, lo que se desarrolló por el calvinismo y fue una importante fuente de inspiración del Constitucionalismo democrático de los s. XVII y XVIII en la Europa Occidental y América del Norte.

Esta doctrina de Lutero, basada en el Nominalismo de Ockham, determinaba una obediencia incondicional a las autoridades seculares y ahí se encontraría la raíz y algunos trazos distintivos de la personalidad colectiva de los alemanes, considerando Lutero al Derecho como una cosa enteramente terrenal y religiosamente indiferente<sup>174</sup>.

Durante la Edad Media, el poder del rey también se consideraba de origen divino, de manera que el monarca católico se encontraba protegido, tanto frente a sus súbditos como ante el Papa. Por ello, el problema se planteaba cuando se producía el divorcio entre las autoridades papales y temporales, ya que los reyes no podían mandar algo contrario a la ley de Dios, a la que se encontraban sometidos y obligados, en cuyo caso, al considerarse también que el Estado era necesario para la defensa de la

---

<sup>171</sup> *Monarquía*, Libro I, cap. XI.

<sup>172</sup> Es decir, que tenía una visión laica contraria a la teocrática de los teólogos de la curia papal.

<sup>173</sup> Paulo Otero, *Instituições políticas e Constitucionais*, V. I, Almedina, 2016, pp. 113, 114, 133, 134-141.

<sup>174</sup> Dário Moura Vicente, *Direito comparado*, V. I, *Introdução e Parte Geral*, Almedina, 2011, pp. 122 -124.

Iglesia, la única salida posible era la defensa pasiva, sufriendo sus consecuencias, aspecto en el que influirá la crisis religiosa del s. XVI.

Lutero no duda en mantener la primacía del poder de los señores temporales como guías espirituales y Calvino, por la hostilidad de Escocia hacia su iglesia calvinista, pidió la muerte de quienes se opusieran al deber cristiano de enseñar la verdadera religión, que los calvinistas franceses convierten en un derecho del pueblo, apareciendo en el último cuarto del s. XVI, la teoría de los hugonotes franceses denominados monarcómanos por combatir al rey, conocida como del doble pacto, para evitar la divergencia producida por la diferente religión de la profesada por el soberano y el pueblo.

Lo que se expone constituye el germen de la prevalencia del poder civil sobre el eclesiástico a través de la dualidad del pueblo erigido en Iglesia, que debe reverenciar a la divinidad, y del pueblo como titular del poder, que exige que el rey gobierne bien y con justicia, lo que igualmente sucede en el lado católico, con la tesis esencialmente defendida por los jesuitas, que afirman el origen divino del Papa mientras que el de los reyes se encuentra en la propia comunidad, que pasa ahora a ostentar la titularidad del poder.

De esta manera el rey podrá exigir a sus súbditos una obediencia absoluta<sup>175</sup> y el Papa no podrá intervenir en cuestiones temporales<sup>176</sup>.

Esta concentración del poder público, que tiene origen en la Baja Edad Media y especial continuidad en la Modernidad a través de la monarquía Absoluta y luego en los Estados-nación, determina que, realmente, la Modernidad pueda considerarse pre-Medieval en el sentido de la concentración de poderes que produce, lo que tiene su manifestación en el Derecho, que bascula al romano clásico en la búsqueda de la Roma Imperial, dejando a salvo el poderío de la burguesía, que primero apoya al rey frente a la nobleza y termina por cortarle la cabeza cuando se cree capaz de apoderarse de la dirección del Estado con los instrumentos que caracterizan al nuevo poder público y con el que consiguen los bienes de las Iglesias e incluso la explotación de los bienes de dominio público e incluso de los más diversos sectores a través de la supuesta reserva o participación en favor del Estado de manera directa pero indirecta a su favor, y por la importancia económica de la empresa un nuevo feudalismo, en el que estas empresas van adquiriendo una importancia creciente coparticipadora de los poderes del Estado, lo que afecta a la calidad democrática.

## - LA LEY COMO FUENTE ESENCIAL DEL DERECHO

El nacimiento del Estado, alrededor de 1500, se produce sobre la base de un poder absoluto, que desplaza a los estamentos de las Cortes y a los poderes feudales para proclamarse, no solo juez absoluto sino legislador absoluto, sin que de ello pueda desprenderse su falta de limitación frente a las leyes divinas y naturales.

---

<sup>175</sup> Que por obra de Hobbes alcanzará un poder inatacable, al garantizarle al pueblo su seguridad a través de la cesión incondicional de su poder.

<sup>176</sup> Aquilino Iglesias Ferreirós, *La creación del derecho. Una historia de la formación de un derecho estatal español*, Marcial Pons, segunda edición corregida, 1996, pp. 463-468.

Este fenómeno que determina la prevalencia de las leyes, en sus más diversas manifestaciones frente cualquier otra fuente del Derecho, tiene su antecedente en la Baja Edad Media, que a su vez constituye una evolución desde la Alta Edad Media.

Durante la constitución de los reinos europeos ( s. IX a XII) se llega a considerar al Derecho como una emanación del poder político y la jerarquía de las normas dependen de la legitimación de los poderes políticos constituyendo, tanto la emanación como su aplicación, una consecuencia de la legitimación del poder político, insistiendo la *Glosa* en el carácter publicístico del poder, al considerar a la *iurisdictio* como: “*potestas de publico introducta cum necessitate iurisdicendi, et aequitatis statuendae*”.

Es decir, que el poder introducido por la autoridad pública tiene la facultad de decir el Derecho o estatuir la equidad.

La novedad introducida por los Comentadores, sobre todo por Baldo, fue la de afirmar que los poderes existentes en la sociedad tenían un origen natural, independiente de cualquier concesión superior, de manera que el poder político era considerado como algo perteneciente al propio orden de las cosas, como facultad de autopromoción y estatuidos en virtud del Derecho de Gentes, y así como el gobierno no puede existir sin leyes ni estatutos ha de reconocerse un gobierno implícito, tal y como incluso sucede entre los animales, merced al espíritu y alma<sup>177</sup>.

Uno de tantos ejemplos podemos verlo en Castilla, donde Alfonso X “el Sabio” pretende la uniformidad del Derecho de su Reino, constituido con un carácter personal, lo que incluso pasará a la Edad Moderna, que no desprecia esta forma de Estado-nación formado por varios reinos y a pesar de la diversidad de los reinos sobre la base de la persona del monarca.

Esta uniformidad la lleva a cabo Alfonso X, a través de la confirmación de los fueros antiguos (que quedan anquilosados y su actualización se llevará a cabo a través de nuevas leyes), el otorgamiento de nuevos (que no eran sino el *Liber Iudiciorum*), el *Fuero Real* y Las *Partidas*, como medio de evitar la aplicación de las costumbres y a través de las *fazañas*, ya que desde la tradición Altomedieval, el rey es sobre todo juez, ya que el rey había sido establecido por Dios para juzgar y hacer justicia, juzgando, y abriéndose paso la idea de que la equidad ruda de la justicia también debe convertirse en Derecho.

Esta es la razón por la que Alfonso X se declara “*facedor de la ley*”, pudiendo crear Derecho pero con los límites de no poder ir contra la naturaleza, la razón, al servicio de Dios ( que era el que instituía su poder en la Tierra) y a pro-comunal, y tales leyes debían hacerse, al principio, con el consentimiento de las Cortes y posteriormente, aunque se hagan con su concurso es, realmente, irrelevante, ya que son propiamente leyes del rey<sup>178</sup>.

Se plantea, entonces, una cuestión que se desbocará con la Revolución Francesa, cual es la cuestión conceptual entre lo viejo y lo nuevo que, finalmente, bascula hacia el rey en el Estado Moderno, que inicia su apoderamiento como rey Absoluto frente a los brazos estamentales, que de esta manera van perdiendo el poder frente a la burguesía.

---

<sup>177</sup> Manuel Hespanha, *Cultura Jurídica Europea*, Almedina, 2018, pp. 204 y 205.

<sup>178</sup> Hasta la Pragmática-Sanción de 1387, en que se equipara la Carta Regia fuera de Cortes y la dada en Cortes. Cit. Aquilino Iglesias Ferreirós, *La creación del derecho. Una historia de la formación de un derecho estatal español*, Marcial Pons, segunda edición corregida, 1996, p. 59.

Más tarde se reencaminará hacia las Cortes, que representan a la nación en el Estado Contemporáneo, fruto del poder burgués y que constituye su definitiva consagración.

Esta clase social que para desplegar su poder se inició con el apoderamiento al rey y terminó cortándole la cabeza para desplazar el poder a las Cortes, a la nación, es decir, a sí mismos.

Ese poder monopolístico del rey se consolida a través de su aplicación práctica, tanto por ser el juez supremo como por ostentar el monopolio exclusivo del nombramiento de los jueces, que han de examinarse de sus leyes para poder practicar la profesión, desterrando las costumbres y las *fazañas*.

La equidad ruda, que permite al rey el enjuiciamiento de las cuestiones en la Alta Edad Media, va a servir para que también extienda su labor como legislador en la Baja Edad Media<sup>179</sup> y sobre la base de la soberanía, que tampoco constituye un concepto novedoso del Estado surgido de la Revolución Francesa, imponer su voluntad legislativa en la ley.

El rey se reserva, a través de la ley, el monopolio de la creación del Derecho nuevo, permitiendo, al principio, el lastre de los jueces foreros, señoriales o municipales, y tal labor y preeminencia de sus fuentes normativas tiene su determinación definitiva en el Ordenamiento de Alcalá de 1348, que constituye el fundamento de su interpretación, creación en su racionalidad<sup>180</sup>, como exige expresamente la *Ley de Estilo* (238), el *Espéculo* ( Prólogo), y cuya corrección en su caso, corresponde al propio monarca (*Partidas* 1.1. 18 ; 3, 22,14 ó 3, 18, 30)<sup>181</sup>.

Esta racionalización no solo está presente en la elaboración de las leyes sino también en su presentación y aplicación.

Las Recopilaciones en la Edad Moderna dan respuesta a una necesidad sentida desde finales de la Baja Edad Media y durante el s. XV.

Los estamentos elevan a los reyes sus deseos de ver recopiladas, en un solo volumen, las leyes del reino, su Derecho propio, para lo que era necesario seleccionar las leyes vigentes y presentarlas de forma que pudiera facilitar su conocimiento.

Era necesario, en definitiva, racionalizar el Derecho existente, puesto que la racionalización de la vida jurídica conduce a facilitar el conocimiento del Derecho propio mediante su recopilación, a través de su fijación, sistematización y publicación, en un solo volumen.

Esta labor se considera imprescindible, no solo por la existencia de diversos reinos sino por la interacción que de tales Derechos del reino se producía con el Derecho común, que integraban el ordenamiento jurídico del reino.

Esta racionalización exigía la realización de dos tareas previas diferentes, aunque íntimamente ligadas entre sí: establecer, de un lado, un orden de prelación entre los distintos Derechos que configuran el ordenamiento jurídico de los reinos y, de otro, reunir el Derecho propio de esos reinos

---

<sup>179</sup> Aquilino Iglesias Ferreirós, *La creación del derecho. Una historia de la formación de un derecho estatal español*, Marcial Pons, segunda edición corregida, 1996, pp. 12 y sgts.

<sup>180</sup> Veremos la diferente racionalidad existente entre la derivada del cosmos o de la naturaleza (griega), la derivada de Dios también conexas con la naturaleza (cristiana) o de la subjetividad racional humana, primero de Dios, luego aunque sin Dios (Grocio) y más tarde incluso contra Dios (Kant).

<sup>181</sup> Aquilino Iglesias Ferreirós, *La creación del derecho. Una historia de la formación de un derecho estatal español*, Marcial Pons, segunda edición corregida, 1996, pp. 39, 40 y 54.

para facilitar su conocimiento y aplicación dentro de un contexto político, marcado por la afirmación de la soberanía del rey y en la que reaparecen los vestigios de las fuerzas estamentales en la determinación de tal Derecho.

En Castilla aparece en 1592<sup>182</sup> la recopilación realizada por Felipe II con el nombre de *Recopilación de las leyes destos Reynos* que tendrá una refundición en 1640, otra a mediados del s. XVIII y que perdura hasta que aparece en 1805, *La Novísima Recopilación de la Leyes de España*<sup>183</sup>.

Por tanto, atribuir al modelo surgido de la Revolución Francesa los atributos del legicentrismo, estatalismo y circunscripción económica al Estado, de ser real, no sería sino la culminación de una evolución comenzada mucho tiempo atrás, en los periodos a que se está haciendo referencia, esto es, en la Baja Edad Media sobre la base de lo acontecido en la Alta Edad Media, y fruto de esa evolución surge el propio Estado Moderno de la mano del poder absoluto del monarca, con el monopolio de la ley, el estatalismo y la clara tendencia a la centralización económica, propia de ese modelo de organización territorial y política<sup>184</sup>.

Tanto en esta época como más tarde a través de los Códigos y antes a través de las *Recopilaciones*, las normas del Estado y del rey no se consideran sino la *ratio scripta* romana<sup>185</sup> y, en consecuencia, no solo se consolida la ignorancia del *ius rusticorum* del que nos habla Hespanha, con lo que significa de la parte más esencial del Derecho popular y cercano al sentir de la práctica jurídica sino también a los fenómenos que destaca Aquilino Iglesias Ferreirós<sup>186</sup>, quien señala que durante la Monarquía Católica, el Derecho gira alrededor del Derecho común, que es el que de diversas formas se había introducido en los distintos Reinos y se consolidó gracias a la enseñanza exclusiva del Derecho romano y canónico en las universidades frente al de los respectivos Reinos<sup>187</sup>.

La soberanía del rey conducirá, progresivamente, a la negación del Derecho consuetudinario, destacando un fenómeno que también tendrá constatación más tarde, aunque se ignore completamente, que: “en toda comunidad donde el poder político pretende asumir de forma exclusiva la creación del Derecho tiene que producirse un divorcio entre el Derecho oficial y el derecho de la

---

<sup>182</sup> En 1595 sancionó este mismo rey, que reinaba con el nombre de Felipe I en Portugal, las *Ordenações Filipinas*, que no entraron en vigor sino en 1603.

<sup>183</sup> Aquilino Iglesias Ferreirós, *La creación del derecho. Una historia de la formación de un derecho estatal español*, Marcial Pons, segunda edición corregida, 1996, pp. 335 y sgts.

<sup>184</sup> Ver lo que ya se ha expuesto al respecto en la Introducción de esta obra con relación a las tesis de Santiago Muñoz Machado, *Tratado de Derecho administrativo y Derecho Público general*, Madrid, 2011.

<sup>185</sup> Como se ha señalado Clavero Salvador destaca que la Revolución Francesa, a través de los Códigos se pretendía el abrazo de la tradición jurídica representada por el Derecho romano (Bartolomé Clavero Salvador, *Razón de Estado, razón de individuo, razón de historia*, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 11, 46 y 226-229) pero que se irá modificando a través de la voluntad la Nación como nuevo modelo de conducta entre los particulares con lo que Hayek denomina normas de recta conducta, aspecto al que se hará especial referencia más adelante.

<sup>186</sup> Aquilino Iglesias Ferreirós, *La creación del derecho. Una historia de la formación de un derecho estatal español*, Marcial Pons, segunda edición corregida, 1996, pp. 448 y 449.

<sup>187</sup> Ello pese a los notables esfuerzos de algunos monarcas, que intentaron forzar a quienes quisieran entrar al servicio de su Administración de Justicia para que acreditasen el conocimiento de las leyes de los distintos reinos pero que en la práctica los resultados fueron escasos, y que los Borbones intentaron con mayor ahínco pero con iguales resultados, a través de la propia reforma de las Universidades.

práctica”<sup>188</sup>, constituyendo una de sus manifestaciones “*obedézcase más no se cumpla*”<sup>189</sup>, que aunque en un principio pueda circunscribirse a una disposición Real contraria a Derecho, ello se produce sobre la base de su injusticia notoria en la práctica<sup>190</sup>.

Vera-Cruz considera que el verdadero método juricente es el romano de la justicia concreta que no puede abstraerse ni sistematizarse con facilidad y en absoluto mezclarse con lo político, lo que ya se pretendió en la propia Roma, continuó con las Compilaciones de Justiniano, en la recepción del Derecho romano durante la Edad Media, de manera dramática en el Constitucionalismo y continúa en la actualidad, lo que entiende que puede producir, incluso en breve, la propia muerte del Derecho a manos de la ley<sup>191</sup>.

García de Enterría, Muñoz Machado, Ibon Hualde y Vasco Pereira nos dan cuenta de una cuestión que podría muy bien constituir el antecedente del actual control de constitucionalidad de las leyes y a la que se le pone fin en el Estado instituido tras la Revolución Francesa, cual es la intervención de los Tribunales en la promulgación y publicación de las leyes o incluso en la decisión de suspenderlas, potestad *d'enregistrement* de los parlamentos judiciales, que era una prerrogativa de los Tribunales durante el Antiguo Régimen y ejercida muy intensamente en su periodo final.

La entrada en vigor de los actos de naturaleza legislativa del monarca iba precedida de su registro, lo que se había convertido en un requisito constitutivo de la ley misma y cuyo cumplimiento era inexcusable para su perfeccionamiento.

Puede entenderse que estas competencias de los *parlements* pueden asimilarse a las técnicas Constitucionales posteriores de sanción y promulgación, y que los Constituyentes franceses eliminaron por completo, al quitar a los Tribunales de justicia cualquier derecho de verificación sobre las leyes aprobadas por la Asamblea.

Sanción y promulgación, que aparece en el Constitucionalismo francés, estrenando una terminología que será utilizada posteriormente desde entonces en todos los sistemas Constitucionales y que corresponden al monarca: la primera de carácter legislativo mientras que la segunda es una potestad del Ejecutivo, que consiste en dictar la orden de que la ley se registre, ejecute y publique<sup>192</sup>.

---

<sup>188</sup> Nos remitimos en este punto a lo expuesto al denominado *ius rusticorum* desarrollado por Hespanha.

<sup>189</sup> Aquilino Iglesias Ferreirós, *La creación del derecho. Una historia de la formación de un derecho estatal español*, Marcial Pons, segunda edición corregida, 1996, pp. 409 y 410.

<sup>190</sup> Un trabajo muy interesante sobre esta cuestión tan importante puede verse en el trabajo de Benjamín González Alonso, “La fórmula “Obedézcase pero no se cumpla” en el Derecho castellano de la Baja Edad Media”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, nº 50, 1980, pp. 469 -488.

<sup>191</sup> Eduardo Vera-Cruz Pinto, “Jurisprudencia” versus “ciência do directo”: o fim da constituzonalizaçao/codificaçao do direito é condiçao de sobrevivência do jurídico”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, V. 54, 1-2, 2013, pp. 24-40.

<sup>192</sup> Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, I, cuarta edición, editorial Civitas, 1988, p. 469. Santiago Muñoz Machado, *Tratado de Derecho administrativo y Derecho Público general*, T: I, *La formación de las instituciones públicas y su sometimiento al Derecho*, tercera edición, Madrid, 2011, pp. 527 y 528. Ibon Hualde López, “ Algunas consideraciones sobre el Tribunal y el recurso de Casación Civil francés”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo, 2017, V. 9,1,p. 170; y Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva, *Em busca do acto administrativo perdido*, Almedina, 1995, p. 22 y *Para un contencioso administrativo dos particulares. Esboço de una teoría subjetivista do recurso directo de anulaçao*, Almedina, 2005, p. 22.

En la Edad Media existen las Cortes y el rey, basculando el poder hacia el segundo, en tanto que, incluso las leyes de Cortes serán las suyas, ya que la burguesía aspiraba al crecimiento del poder Real, que debilitara de esa manera a las clases sociales divergentes y estamentales, si bien, como se ha dicho, en un momento posterior se bascula hacia las Cortes en el Estado-nación, para pasar a que la burguesía tenga directamente la nave de la dirección política y económica del Estado, y de esa forma también la jurídica.

Quiero adelantar que, en mi opinión, la Revolución Francesa de 1789 no fue ni constituyó ninguna innovación favorable a la ciudadanía en el campo de la justicia y que tras florales postulados teóricos, simplemente, constituyó una forma de poder en el que la burguesía gestiona los bienes de dominio público e incluso de la Iglesia y que con el comunismo será el partido el que se haga cargo del dominio público (y del privado), asumiendo el Estado la explotación de los mismos para llegar de esta manera a una justicia social que la realidad ha desmentido<sup>193</sup>.

En la actualidad y dentro de las mismas coordenadas ha derivado hacia el sistema creado por las élites capitalistas, en feliz amalgama con el posmarxismo, previo tránsito por el extasiador Estado Social de Derecho, fenómeno que solamente es posible en una dinámica del Derecho en manos de la ley, como ciencia del poder cuya legitimación determina en sí su justicia y contraviniendo la función que desde siempre había desempeñado.

Señala Carneiro, que el Derecho responde a las aspiraciones más profundas de la sociedad y que solo comprendiendo de esta manera el fenómeno jurídico puede entenderse su excelencia y respeto a la dignidad humana, de manera que las concepciones ambiguas como el Funcionalismo, Consensualismo, Procedimentalismo o su perspectiva de suficiencia económica o social (aspectos muy propios de la Modernidad), aunque pueden contribuir a la comprensión del fenómeno jurídico no agotan su contenido y no hacen sino confundir al cristal con las piedras preciosas.

Entiende que el Relativismo desemboca en el Nihilismo pero debe presuponerse que es posible alcanzar la verdad, el bien o al menos un progreso en su conocimiento, sin que pueda prescindirse de la experiencia suministrada por la realidad social y el reconocimiento de un orden moral y jurídico desde una perspectiva objetiva, ya que tales metas o fines son inalcanzables desde una visión meramente individualista y subjetiva<sup>194</sup>.

---

<sup>193</sup> La revolución burguesa que se manifiesta en 1789, al margen de la propaganda, constituye simplemente un apoderamiento de los bienes públicos e incluso de los de la Iglesia católica que se inició con las Reformadas y que tendrá su parangón máximo, como el resto de ideologías, en los Estados comunistas.

<sup>194</sup> Considera que el relativismo antropológico es muy pobre por no decir paupérrimo, utilizando para la acreditación de esta aseveración el concepto de felicidad, ya que nadie puede ser plenamente feliz sin descubrir el sentido de su vida, en una dimensión de perfección de su propio ser, lo que significa un esfuerzo en el reconocimiento de la verdad, tan grande cuanto sea posible, verdad que trasciende a la finitud y contingencia de cualquiera de nosotros, incluyendo la verdad de cada uno y la verdad objetiva, entre lo que una persona es y a lo que aspira, y con esta finalidad trae a colación el poema “*pastor do monte*” de Fernando Pessoa que dice: “Pastor del monte, tan largo de mí como de tus ovejas, ¿qué felicidad es esa que pareces tener, la tuya o mía?, la paz que siento cuando te veo ¿me pertenece o te pertenece?, ni a mí ni a ti nos pertenece, solo a la felicidad y a la paz, ni tú la tienes porque no sabes que la tienes ni yo la tengo porque sé que la tengo, ella solo existe en cuanto recae sobre nosotros como el sol que te da en las costillas y te calienta, y tú piensas en otra cosa indiferentemente y me golpea en la cara y me ofusca y yo solo pienso en el sol. Manuel A. Carneiro da Frada, “Relativismo, valores, directo, *Revista da Faculdade de Direito de Lisboa*, V. 51, 1-2, 2010, pp. 153 y 154.

Considera que debe desterrarse de ese estudio la fenomenología del Derecho: tanto el relativismo como el subjetivismo y dogmatismo, y rehabilitar a la razón, herida de muerte por el relativismo gnoseológico.

Postula que no existe un derecho al error, ya que ni el bien ni el mal se pueden determinar desde un punto de vista subjetivo.

La dignidad humana está asociada y es consecuencia de una verdad ética, que no puede existir, realmente, sin la perspectiva de la libertad del sujeto, ya que la convicción es libre, no coactiva, siendo preciso practicar la recta conciencia, no siendo posible desentenderse o descomprometerse de la verdad ni puede concebirse a la verdad como un concepto negativo, como la ausencia de obstáculos o de coacción sino que debe dirigirse a vislumbrar los elementos trascendentales al ser: verdad, bien y belleza, siendo cierta y real la dignidad de las personas y el debido desarrollo de su personalidad<sup>195</sup>.

### - EL DERECHO AL JUEZ ORDINARIO PREDETERMINADO POR LA LEY Y LAS PRIMERAS MANIFESTACIONES DEL ANTIFORMALISMO PROCESAL

El derecho al juez natural o al juez ordinario predeterminado por ley, que aparece en el artículo 17 de la Ley francesa de 16-24 de Agosto de 1790, de donde pasa a la Constitución de 1791<sup>196</sup>, replicándose en toda Europa<sup>197</sup> y que aparece en nuestro tiempo en los textos legales de mayor rango, tales como la Declaración Universal de los Derechos del hombre (art.10), el Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 6.1) o el Pacto Internacional sobre derechos civiles y políticos (art.14.1), y también en las Constituciones de nuestro entorno como la española de 1978 (art. 24), la italiana de 1947 (art. 25), la alemana de 1949 (art. 25) o la portuguesa de 1976 (art. 32), considerándose como un principio fundamental en Europa<sup>198</sup>, tiene su origen remoto, según João Andrade Nunes<sup>199</sup>, en la *episcopalis audientia* y del que se hacía mención en el artículo 39 de la Carta Magna de 1225 de Juan Sin Tierra<sup>200</sup>.

---

<sup>195</sup> Manuel A. Carneiro da Frada, “Relativismo, valores, directo”, *Revista da Faculdade de Direito de Lisboa*, V. 51,1-2, 2010, pp. 141-173.

<sup>196</sup> La Ley de 1790 establecía que el orden Constitucional de jurisdicciones no puede ser alterado ni los justiciables distraídos de su jueces naturales por ninguna comisión ni por atribuciones o evocaciones que no sean las establecidas por la ley mientras que la Constitución de 1791, la expresión de jueces naturales se cambio por jueces establecidos en la ley, considerando Picardi que tal mutación obedecía a la intención de eliminar cualquier referencia al derecho natural, dando preferencia a la separación de poderes con primacía del legislativo. Nicola Picardi, “Le juge naturel- principe fondamental en Europe”, *Revue internationale de droit comparé*, , V. 62, 1, 2010, p. 35.

<sup>197</sup> Constitución de Cádiz de 1812, Portuguesa de 1822, Brasileña de 1824 y del resto de países del Continente como Austria, Bélgica o Prusia.

<sup>198</sup> Nicola Picardi, “Le juge naturel- principe fondamental en Europe”, *Revue internationale de droit comparé*, , V. 62, 1, 2010, p. 29.

<sup>199</sup> João de Andrade Nunes, “O principio do juiz natural na tradição romanística”, *Revista da Faculdade de Direito de Lisboa*, V. 60,1, 2019, pp. 217-242.

<sup>200</sup> Tal apreciación en la Carta la deriva del reconocimiento a un juicio entre sus pares. “Ningún hombre libre podrá ser apresado o encarcelado o privado de sus libertades o libres costumbres o proscrito o exiliado o de alguna manera privado de sus intereses sino por la ley del país merced al juicio de sus pares. A nadie se la pueda privar o demorar la justicia”.

Tras el Edicto de Milán de 313, Constantino otorgó en el 318, la jurisdicción eclesiástica a los Papas, a los Concilios y a los obispos que actuaban como tribunal de justicia conocido como *episcopalís audiencia*<sup>201</sup>.

San Agustín alertó sobre el crecimiento de esta jurisdicción eclesiástica en perjuicio de la secular, que podía perjudicar los deberes pastorales y Graciano, en una constitución de 376, apartó a los Obispos de la Galia e Hispania del conocimiento de causas penales salvo las referidas a prescripciones religiosas sobre delitos de menor importancia y en los años 398 y 399, Arcadio en Oriente y Honorio en Occidente solo permitieron a los obispos funciones arbitrales, prohibiéndose, desde el 452 por Valentiniano III, cuestiones que afectasen al Derecho Común y conservando las propias religiosas.

Considera João Andrade Nunes, que el derecho fundamental de que tratamos vendría provocado por cuestiones en materia represiva de carácter territorial<sup>202</sup>.

Como emanación, aunque todavía primitiva, del principio al juez natural surgió la necesidad de proveer tribunales imparciales, lo que rápidamente se verificó en la jurisdicción eclesiástica, que se entendían como condición intrínseca del juzgador<sup>203</sup> y apoyándose en Vismara considera que las condiciones intrínsecas del juez, juntamente con las referidas a las reglas procesales de circunscripción territorial de la *episcopalís audiencia* tendieron a la aminoración de las eventuales manipulaciones de la justicia, dando lugar a una preferencia de la ciudadanía por la jurisdicción eclesiástica, en detrimento de la secular<sup>204</sup>.

Esta determinación del juez natural sobre la base de la generalidad y previo establecimiento considera este autor que constituye el embrión de las garantías procesales, entre las que destaca la separación de poderes, la imparcialidad y objetividad del juez, el establecimiento de leyes procesales y de organización judicial generales y abstractas, con prohibición de tribunales de excepción<sup>205</sup>.

---

<sup>201</sup> Este Tribunal Diocesano, que aparecía conformado por el Obispo de la Diócesis y auxiliado por sus clérigos y presbiterio pasa, posteriormente, de unipersonal a colegiado, sobre todo para la resolución de cuestiones de naturaleza penal de sus clérigos y que resolvía, además de cuestiones estrictamente religiosas, conflictos de orden privado entre los seculares que les habían sometido la cuestión a su consideración, de materia civil e incluso penal, y cuyas resoluciones se apoyaban, normalmente, en el Derecho romano.

<sup>202</sup> Durante los siglos IV y V, la competencia territorial del órgano encargado de su enjuiciamiento venía determinado por el lugar de comisión del delito, el lugar donde se encontraba el presunto responsable, la víctima o los testigos y, por lo tanto, su determinación dependía de la información disponible, lo que en principio no presentaba problemas, dada la vasta circunscripción territorial de las diócesis y por cuanto que el tribunal estaba compuesto por obispos de varias diócesis pero como este tribunal no siempre se mostró favorable a los presuntos responsables y dado el carácter discrecional de su nombramiento ( que a veces era nombrado por el emperador) subyacía la puesta en duda de su imparcialidad, por lo que en determinadas circunstancias se podía exigir que el tribunal estuviese compuesto, al menos, por 15 obispos, existiendo diferencias con las causas disciplinarias eclesiásticas, en que el juzgador era el obispo de la diócesis y solo él podía conocer de estas cuestiones sucedidas en su episcopado.

<sup>203</sup> Tal afirmación la basa en San Ambrosio, “Expositio Psalmi CXVIII”, 20.36-38, *Corpus Scriptorum Ecclesiasticorum Latinorum*, V. LXII, Akademie der Wissenschaften, Wien, 1913, p. 462; en San Agustín “Epistolae III”, 153.23-24, *Corpus Scriptorum Ecclesiasticorum Latinorum*, V. XLI, Akademie der Wissenschaften, Wien, 1904, p. 423 y en Giulio Vismara, *La Guirisdizione Civile dei Vescovi (secoli I-IX)*, Guiffre editore, Milano, 1995, pp. 65 y sgts.

<sup>204</sup> Giulio Vismara, *La Guirisdizione Civile dei Vescovi (secoli I-IX)*, Guiffre editore, Milano, 1995, pp. 60 y 61.

<sup>205</sup> João Andrade Núñez, “O principio do juiz natural na tradição romanística”. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, V. 60, 1, 2019, pp. 217-242.

Otra de las cuestiones que pudiéramos considerar de rabiosa actualidad es el antiformalismo y la necesaria calificación de los hechos, tanto en vía administrativa como judicial, pudiera tener prácticamente un milenio, al señalar una Decretal del Papa Alejandro III en el año 1160 ( libro segundo, título primero “*de judiciis*”, capítulo VI), que dispensaba a las partes de expresar en la demanda el nombre de la acción, bastando la exposición clara de los hechos motivadores del derecho que se solicitaba<sup>206</sup>.

Más adelante, en el apartado referido a la justicia y la Administración en el periodo anterior a la Revolución Francesa, se hará mención al control que en la aplicación del Derecho se reservan los órganos políticos en el Derecho Continental, lo que no desaparece con la Revolución Francesa sino que se mantiene o acentúa y que tiene una evolución a lo largo de la Edad Media, se acentúa con el Absolutismo y se mantiene en la Contemporánea en este ámbito del Derecho europeo continental<sup>207</sup>.

### **-LAS CAUSAS Y EL INICIO DE LA POSTERGACIÓN DE LOS JURISTAS**

Como señala José María Pérez Collados, la figura del jurista se construye en Europa durante la Edad Media sobre el recuerdo mitificado del pasado imperial romano y ese mismo recuerdo mítico de Roma sirve para promover la construcción de entidades políticas, que terminarán convirtiéndose en los actuales Estados.

Las figuras, jurista y Estado, de un mismo recuerdo histórico, el de Roma, terminarán constituyendo entidades del todo contradictorias, un auténtico oxímoron, hasta el punto, que el desarrollo del Estado supondrá, inevitablemente, la desaparición del concepto histórico de jurista, lo que considero debe referirse al modelo de Derecho Continental, no al anglosajón.

Considera este autor, que la concepción subjetivista del Derecho, propia de la Alta Edad Media basada en el Derecho divino<sup>208</sup> permite al rey, sobre la base de considerarse un representante de Dios en la Tierra y a través de la equidad ruda, con el sustento de la *ratio scripta* del Derecho romano y más tarde del canónico, pasar del modelo de la Glosa (que no se atrevía a más aditamento que la *aequitas* para mantener la literalidad) a una transformación objetiva del Derecho, al situar por delante a la realidad a que se refiere ese Derecho frente al ideal tradicional, que se contenía en las normas jurídicas.

A partir del s. XII se producen dos fenómenos: el primero, protagonizado por la Escuela del Comentario, que se basa esencialmente en el análisis directo de la realidad y que servirá al desarrollo del sistema político y jurídico inglés, con mantenimiento de la tradicional figura del jurisconsulto y,

---

<sup>206</sup> Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, “O formalismo valorativo no confronto com o formalismo excesivo”, *Revista da Faculdade de Direito de Lisboa*, V. 47,1-2, 2006, p. 270, afirmación que funda en los autores que menciona.

<sup>207</sup> Ibon Hualde López, “ Algunas consideraciones sobre el Tribunal y el recurso de Casación Civil francés, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo, 2017, V. 9,1, pp. 161- 214.

<sup>208</sup> En la Alta Edad Media no se puede hablar de Derecho sin hablar de religión o cuando menos de una muy estrecha vinculación entre el Derecho y Dios, ya que el orden jurídico y la divinidad no conocen fronteras ni límites nítidos, ya que el universo es una gigantesca armonía edificada por la misma divinidad que impregna, perfila y colorea la totalidad de ese orden general y de cada una de sus partes. Faustino Martínez Martínez, “La idea Medieval del Derecho”, *e-SLegal History Review*, 2, 2006.

de otro lado, al subjetivismo, cuya justificación religiosa se hundirá en la sociedad civil a través del Luteranismo, que operará una transformación en los tradicionales conceptos de *imperium*, *potestas* y *auctoritas*, que llega a detentar, conjuntamente, la ley en el Estado Contemporáneo

Santo Tomás, sobre la base del pensamiento de Aristóteles, considera que las normas generales solo son idóneas en los ámbitos en donde los sucesos se producen, con arreglo a las leyes de la necesidad pero en los asuntos humanos, las leyes de la necesidad no operan, puesto que en ellos puede decirse que algo es cierto en general y, sin embargo, no serlo en supuestos concretos.

Tanto Santo Tomás como Aristóteles señalaron, lo que desarrollará Ockam, que lo auténticamente real no eran las ideas ni los universales sino la realidad concreta y específica, de manera que para Santo Tomás, la ley es una realidad incompleta y por su propia naturaleza no puede abarcar el ámbito del ser humano y frente a ello, el jurista haría referencia a la justicia que exigiría el contexto de cada realidad concreta, haciendo imprescindible la presencia del jurista para aplicar la *epiqueia* del caso concreto, para alcanzar la justicia de cada caso específico y concreto.

Si a partir del s. XII nuestra evolución jurídica estuvo inspirada en Aristóteles y Santo Tomás, a partir del s. XVI, el relevante será Cicerón sobre la base de la modificación de los principios de *imperium*, *potestas* y *auctoritas*, con esta adquisición de la *auctoritas* por la ley y en un proceso que se consolidará en el Estado Contemporáneo pero que tiene gran empuje en el Estado Moderno con raíces en la Baja Edad Media, y en la que se llegará a la desaparición del jurista, figura por la que Pérez Collados entiende algo más que quien lleva a cabo una deducción axiomática.

En el Estado Contemporáneo se produce la confirmación de las teorías de Hobbes y de Grocio, en las que ya no tiene cabida la figura del jurista romano ni Tomasino, y en la que el Derecho debe imponerse de forma mecánica y fría sobre la realidad, pasando el jurista a ser un mero instrumento literal de un discurso ajeno, un agente despersonalizado que el Estado habría acabado por devorar.

La actual autoridad de la ley en el Estado Social de Derecho y su carácter esencial dentro de la fuentes del Derecho tiene sus orígenes dogmáticos en la Baja Edad Media, donde se comienza a considerar, a través de la función que se atribuye al poder político de los reyes, lo que va adquiriendo carta de naturaleza en el Estado Moderno, que abre las puertas a la Ilustración y al Estado Contemporáneo<sup>209</sup>.

---

<sup>209</sup> José María Pérez Collados considera que en la República romana aparece el equilibrio entre los tres poderes: el *imperium* de los magistrados, la *maiestas* de los comicios populares y la *auctoritas* del Senado y en ese contexto político, el Derecho era fruto de la *auctoritas* y la ley era productos de la *potestas*. Los magistrados estaban imbuidos de la *potestas* que le venía delegada por el *populus* a través de los comicios del pueblo, que delegaba la *potestas* de promulgar leyes. La *potestas* tenía dos atributos: era delegable y se refería a una circunscripción territorial mientras que la *auctoritas* no era delegable ni se refería a ningún ámbito territorial, concibiéndose la *auctoritas* como algo inescindible y vinculado a la *prudentia* de quien la poseía y por lo tanto ni se podía delegar ni estaba circunscrita a territorio alguno, por lo que el Derecho, en su ámbito privado, emanaba de la *auctoritas*, que resolvían las controversias entre particulares del mismo modo que el Derecho, en su ámbito público, emanaba de la autoridad del Senado, pudiendo concluirse que el Derecho sería la obra de la *auctoritas* de los juristas y del Senado, y distinta sustancialmente del Derecho sería la ley, que se definía como la *potestas*, lo que se modifica sustancialmente cuando Augusto decide que las respuestas de los juristas descansan en la autoridad del príncipe, que no del jurisconsulto, haciendo depender una instancia basada en la *auctoritas* en una fundada en la *potestas*, lo que acabó en una confusión entre autoridad y potestad, que concluye en la aparición de un nuevo tipo de *imperium*, el del emperador, que gobernaría con un tipo de potestad superior al ordinario, ya que su fundamento se encontraba en la autoridad, y la forma característica de este poder sería la ley, que se fundamentaría en sí misma en tanto que proviene de una instancia basada en la autoridad. El jurista Medieval, sin saberlo, está dentro de esta contradicción histórica en su

Como se verá más adelante, al tratar con detalle la cuestión del derecho subjetivo, a pesar de que pudiesen encontrarse antecedentes remotos en Roma, realmente, aparece con la Glosa y Ockam, lo que tendrá trascendencia en la Escolástica española y en el movimiento Luterano y afectará a la propia estructura del Derecho, constituyendo el bálsamo de Fierabrás de la justicia y del respeto a la persona a través de la teoría de los derechos humanos, incluida la construcción de los derechos públicos subjetivos, del Estado actual.

Ciertamente que el proceso de formación del Estado Contemporáneo ha sido largo y complejo pero hunde sus raíces originarias en la Baja Edad Media y no alcanza su perfil más acabado hasta después de las Revoluciones Francesa y Americana.

El soporte sobre el que se va a producir esta transformación política y la creación de este concepto de Estado es el rey, en el reino que emerge con nuevos rasgos y con extraordinaria pujanza en el periodo Bajo-Medieval, abriéndose paso entre las dos instancias entonces universales del imperio y el papado<sup>210</sup>.

### **3. EL FACTOR RELIGIOSO ESTABLECE LAS COORDENADAS PARA EL DESARROLLO DE LA MODERNIDAD Y CONTEMPORANEIDAD: DEL REALISMO TOMASINO AL ESCOTISMO Y NOMINALISMO A TRAVÉS DE LA TEOLOGÍA DEL FIDEISMO (SAN AGUSTÍN) QUE TRAJERON EN LA MODERNIDAD EL ADVENIMIENTO DEL VOLUNTARISMO: ABSTRACCIÓN, POSIBILIDAD, FORMALISMO, DECONSTRUCCIÓN, ESTADO, DERECHO Y SISTEMA**

Como en parte ya se ha desarrollado, el actual concepto de poder público o social del Estado tiene su origen, realmente, en la Edad Media, que va basculando progresivamente del Papa al Rey, a través de la disociación del poder espiritual y temporal, con el golpe decisivo que supuso la postura de Lutero en la Revuelta de los campesinos, producida entre 1524 y 1526.

Como ya se ha dicho, Eugenio D'Ors considera que el elemento más característico que produce el cambio de época desde la Edad Media a la Moderna no es ni la caída de Constantinopla en 1453 ni el descubrimiento de América en 1492 sino la sublevación Luterana contra la Iglesia en 1517, que ha

---

labor cotidiana, ya que el aristotelismo tiene su fundamento en la función de la jurisprudencia basada en la autoridad del juez, lo que fue modificado por Octavio Augusto y los príncipes europeos adquirirán conciencia de su autoridad y poder al crear Derecho mediante la ley, y de esta manera la relación entre la ley y la realidad social, ya no será la misma y tendrá como consecuencia, que la figura del jurista comenzará a ponerse en cuestión, lo que tendrá su verdadero auge en los s. XVII, XVIII y XIX. El jurista ya no podrá contemplar la realidad e intuir en ella una forma de justicia que proclama para su fundamento, al tener la ley autoridad en sí misma, lo que da lugar a una modificación de las funciones del jurista, puesto que en la Edad Media, como se dice, se considera que no existe una única respuesta correcta para un estándar tipo de problema sino que exige su propio dictamen, que constituye su función, como habían hecho en su momento los jurisconsultos romanos y consideraba Aristóteles. Esta situación comienza a desmoronarse en el s. XVI con la autoridad de la ley y el Derecho que no se basa en la autoridad de los juristas sino en la autoridad de la ley, basada en el poder y autoridad del monarca, que abre las puertas a Hobbes, Pufendorf y a través de la voluntad popular al Estado Social de Derecho. José María Pérez Collados, "El concepto de jurista y su deconstrucción durante el proceso histórico de formación del Estado", *e-S legal History Review*, 18, 2014, pp. 11 y sgts.

<sup>210</sup> José Antonio Souto Paz, "El Estado Moderno y la libertad religiosa", *Revista General de Derecho Público Comparado*, nº 1, septiembre 2007. p. 1.

venido a desembocar en el individualismo jurídico y en el positivismo legalista, con cierta alarma de la locura de la inmoralidad capitalista<sup>211</sup>. Más adelante se hará referencia a la importancia de Westfalia y a la influencia de Lutero en el alumbramiento de la Modernidad.

El Concilio de Constanza (1414-1418) declaró la supremacía del Concilio sobre el Papa como una manifestación de la concepción democrática de las primeras comunidades cristianas mientras que en el Concilio de Basilea (1431-1449) se invirtió el principio, al declarar la supremacía del Papa sobre el Concilio y el Cisma de Occidente tiene como base, según Hans Küng, las siguientes circunstancias estructurales: la caída de la soberanía universal pontificia, la división Occidental de la Iglesia y el doble o triple Papado simultáneo así como la configuración de los Estados nacionales tales como Francia, Inglaterra o España, la ineficacia de los Concilios para la Reforma, la suplantación de la economía natural por la economía del dinero, el invento de la imprenta y la muy extendida demanda de formación y de Biblias, el absolutismo centralista de la curia y su desenfadada política financiera, su testaruda resistencia a las reformas, la inmoralidad e implicación en las querellas italianas, el boato del Renacimiento y el negocio de las indulgencias para la reconstrucción de la iglesia de San Pedro, que fue considerado en Alemania como el culmen de la depreciación curial<sup>212</sup>.

La Revuelta de los campesinos provocó en Lutero una reacción adversa que le movió a poner a la Iglesia en manos de los príncipes, a los que convierte en obispos y muy pronto en amos de la Iglesia, de manera que el rechazo al poder Papal se tradujo en la sumisión al poder político, completando de esta manera el marco competencial del Absolutismo monárquico, con la asunción de la plena competencia del poder civil en materia religiosa y la aparición del Derecho Eclesiástico del Estado, que acoge las disposiciones del príncipe en materia religiosa, en sustitución del Derecho Canónico y por ello, en las antípodas de la separación entre Iglesia y el Estado.

Supuso la creación de la Iglesia de Estado con la mayor y más eficaz represión de los disidentes, incluidos los Reformadores que proponían una reforma distinta, como los anabaptistas, apelando al poder político para su persecución y pretendida restauración de la libertad y por consiguiente de la libertad religiosa.

Por ello, la Reforma Protestante no abrió en Alemania el camino de la libertad religiosa sino que favoreció el Estado autoritario y el absolutismo principesco<sup>213</sup>.

Las críticas que hoy se producen hacia el incremento desmesurado del poder público y el individualismo social pueden tener su justificación en las Iglesias Reformadas, que inclinan la balanza que, hasta entonces, se encontraba en una situación de cierto equilibrio en el duopolio imperio/papado, hacia el poder territorial del Estado, ahora protector de la religión oficial, que en la contemporaneidad, tras la Revolución francesa, en el modelo Continental de Derecho, bien puede ser el laicismo.

Cuando nos refiramos al Estado de Derecho alemán, a la centralidad del Estado y la facilidad de desplazarse hacia fenómenos totalitarios debemos tener presente los antecedentes Medievales de la lucha entre papado e imperio, teniendo en cuenta que el Derecho divino suponía la base ontológica

---

<sup>211</sup> Álvaro d'Ors, "Retrospectiva de mis últimos XXV años", *Atlántida*, 13, Madrid, 1990, p. 99.

<sup>212</sup> Hans Küng, *En busca de nuestras huellas: la dimensión espiritual de las dimensiones del mundo*, Círculo de lectores, 2004, p. 535.

<sup>213</sup> María Elvira Roca Barea, *Imperiofobia y leyenda negra, Roma, Rusia, Estados Unidos y el Imperio Español*, Siruela, Madrid, 2016, pp. 168-175 y 186.

del Derecho en la Escolástica clásica y que la negación del mismo por la Iglesias Reformadas conduce a la necesidad de la búsqueda de una nueva legitimación.

Esta Escolástica franciscana representa una reacción conservadora frente a la influencia del aristotelismo en la filosofía cristiana que practicaba Santo Tomás.

La obra de Escoto y Ockham marcan el final de la Escolástica, en la medida en que dejan de armonizar razón y fe, y consideran que la visión griega y cristiana del cosmos son incompatibles.

Frente al necesitarismo helénico, los pensadores Franciscanos propondrán un universo contingente, en el que todo depende de la libérrima voluntad divina, una voluntad desvinculada por la razón al estilo tradicional ni por esencias universales. La destrucción de los universales encuentra su sentido en este impulso de fondo intransigente de la contingencia de lo creado y la voluntad divina, y no debe verse limitado en su acto creador.

Dios crea individuos y no especies, que se relaciona directamente entre ellos, sin necesidad de intermediarios, y suprimida la pantalla de los universales, el Nominalismo ockhamista deja al Creador y a las criaturas solos, cara a cara, y en este mundo contingente resultará imposible remontarse demostrativamente desde lo creado hasta el Creador, ya que solo donde hay necesidad racional hay demostrabilidad y la mayor parte de los contenidos de la fe son indemostrables<sup>214</sup>.

Para Aristóteles y Santo Tomás, la cosa y el sujeto mantienen una relación directa en la que Escoto introduce la iluminación divina.

Aristóteles consideraba que la sustancia individual se componía de sustancia y forma, y Escoto introduce entre ambos, el concepto *ex natura rei*.

Tanto para Aristóteles como para Santo Tomás no existen sino distinciones reales o de razón, que solo existen en la mente de quien lo piensa pero Escoto introduce un tercer elemento, la razón razonada o el *tertium quid*, de manera que, una única cosa puede presentar realidades diferentes, precisamente por esa formalidad que constituye la preponderancia del elemento epistemológico frente al ontológico, con capacidad de multiplicar los conceptos, lo que se denomina abstracción del mundo social, que es una de las características de la Modernidad<sup>215</sup>.

---

<sup>214</sup> Francisco José Contreras, *La Filosofía del Derecho en la Historia*, Tecnos, 2016, p. 65.

<sup>215</sup> Como se desarrollará en su momento, Paul Edward Gottfried, citando a Nietzsche en la *La gaya ciencia*, que consideraba que donde acechaban las grandes deshonestidades de los conservadores de todas las épocas era en su tendencia a acumular mentiras. En este sentido él trae como ejemplo de ese fenómeno a la evolución de la izquierda marxista en Europa Central y Occidental desde los años sesenta del siglo pasado, por su tendencia a inventar realidades improvisadas en defensa de un hábito de pensamiento que resulta conveniente pero que se basa en las circunstancias de cada momento y entre los que menciona a los Neomarxistas representados Habermas, que eran muy selectivos respecto de lo que se debía considerar marxista, y a pesar de su indulgencia hacia los líderes comunistas, estas opciones no implicaban que estuviesen dispuestos a adoptar un materialismo dialéctico sin credenciales.

Considera Gottfried, que el recorrido de la Escuela de Frankfurt desde su fundación en la Alemania de entreguerras pone en evidencia lo que pareciera ser una relación ambivalente con el poder comunista. Los mismos de la Escuela que apoyaron los regímenes comunistas o expresaron su preferencia por los mismos frente a sus enemigos capitalistas también procuraron tendencias heterodoxas que fueron severa y reiteradamente condenadas por los movimientos comunistas. Habermas, en su adaptación selectiva del marxismo en *Conocimiento e interés* (1965), retoma el problema cognoscitivo de la obtención de la información social e histórica fidedigna, elaborando una definición de democracia que solamente puede lograrse en un Estado socialista y las sociedades revolucionarias marxistas, lo sean o no las que actualmente se reivindican como tales eran necesarias para revertir los males de un mundo no socialista y el punto en cuestión no era si el marxismo-

Los conceptos de *ex natura rei*, *esse obiectivum* y *esse repraesentatum* constituyen los elementos para que la iluminación divina proporcione el sujeto y las representaciones objetivas que permiten conocer las cosas exteriores.

Este garantismo prelude el cartesianismo plenamente coherente con el Voluntarismo de Escoto, ya que Dios garantiza el acto de conocimiento mediante la representación objetiva, a lo que añade Ockham la voluntad omnipotente de Dios, hasta el punto de hacerle incompatible con cualquier orden necesario e incluso hasta que el proceso de conocimiento sea tal, que pueda prescindir incluso del objeto, pues la voluntad divina constituye la causa primera en el orden del conocimiento y tal acto del conocimiento se encuentra a entera disposición de Dios, incluyendo que Dios, al no estar vinculado a lo realmente existente, puede crear otro modo posible, de manera que así aparece otro concepto inescindible de la Modernidad, la posibilidad frente a la actualidad Aristotélica y Tomista.

Los géneros y las especies desaparecen, ya que solo están en la mente de quien los crea a través de Dios, que solo crea cosas concretas, de manera que la desontologización bascula la cuestión al proceso de conocimiento y con ello a la subjetividad de la mano de la voluntad divina.

No existe, por tanto, un orden inmanente en el mundo, como señalaban Aristóteles y Santo Tomás, y la escisión sujeto-objeto en el acto de conocimiento, determinado por la voluntad absoluta de Dios, conduce a que Dios pueda producir la representación del objeto en la mente del sujeto, de modo que dicha representación tiene entidad propia frente a la del sujeto y a la del objeto de conocimiento según Escoto, lo que se eleva por Ockham a la consideración de que Dios podría producir un acto de conocimiento de una cosa inexistente.

Descartes abre la vía a la singularidad de la Modernidad a través de las ideas claras y distintas creadas por Dios y con ello del predominio de la abstracción frente a lo concreto, el triunfo de la realidad frente a lo actual y la mediación de la representación en el acto de conocimiento a través de

---

leninismo aporta un completo y adecuado sistema de ideas o si los líderes soviéticos dicen la verdad, y así cuando Habermas analiza las precondiciones para lograr individualidades comunicativas llegará a establecer ciertas normas para la regulación de sus interacciones y destaca debidamente el hecho de la privación material, que no se subvertirá hasta que no sea gestionado por un Estado de Bienestar. Una versión menos compleja puede encontrarse en la Teología de la Liberación, que atribuye una capacidad para un cuestionamiento radical del orden social a quienes estén situados en los estratos más bajos de la sociedad y así Gustavo Gutiérrez, un sacerdote radical, elogia en la Teología de la Liberación a los desheredados, que les permite rechazar la teología dominante característica del pensamiento burgués; impulsos revolucionarios sociales de adoctrinamiento que pretenden tener justificación cristiana para la toma marxista del poder en el Tercer Mundo.

La Escuela de Frankfurt es otro ejemplo de deconstrucción de la realidad y su americanización y la tercera vía por la que se abandona el comunismo y da lugar a una nueva dimensión del posmarxismo con el multiculturalismo y el Estado Social reproduce la mezcla del progresismo norteamericano, con el posmarxista europeo tiene como uno de sus ejes la ideología multicultural, que es una tarea de deconstrucción que subvierte sus propios fundamentos civilizatorios, sobre todo por el énfasis puesto en la masiva inmigración del Tercer Mundo como una experiencia enriquecedora para los Occidentales pero que hace poco probable que los emprendedores del experimento cultural puedan preservar lo que han forjado como factor de reemplazo, dado el bajo índice de natalidad de los nativos europeos, muy rezagado respecto al correspondiente de los grupos introducidos por el multiculturalismo en sus países para su “enriquecimiento”. No obstante considera Gottfried, que este movimiento de ingeniería social tiene pocas posibilidades de conformar un sucesor a largo plazo de la sociedad cristiana burguesa por su carácter gerencial del emprendimiento político y cultural actual, que impide que la religión posmarxista tenga un liderazgo sostenido, ya que los defensores del régimen actual son predominantemente funcionarios civiles, lentos e inofensivos o jueces o figuras parlamentarias que intentan apoyar a las feministas, los inmigrantes y los gays, en donde no existen los viriles y belicosos líderes de las antiguas ideologías y más desarrolladas religiones políticas, que ya no tienen lugar aquí. Edward Gottfried. *La extraña muerte del marxismo. La izquierda europea en el Nuevo Milenio*, Ciudadelalibros, Madrid 2007, pp. 81-87 y 43.

la reificación de las cosas, lo que conduce a Descartes y Spinoza a concebir de forma geométrico-matemática, lo real.

La escisión sujeto-objeto y la epistemología son formalistas, lo que trasladado al orden jurídico-político alumbrará los sistemas Iusnaturalistas, el Positivismo y el formalismo jurídico más tarde, con la progresiva reducción del Derecho a la ley.

Del Voluntarismo emergerá el pacto de voluntades autoritario de Hobbes (a través del pacto social) o democrático de Spinoza o Rousseau (a través del contrato social), dando lugar este formalismo al movimiento de la persona moral con Suárez, a través del príncipe o de Rousseau, a través de la democracia popular.

El subjetivismo como fuente del poder y del Derecho también es consecuencia del Voluntarismo, disolviendo cualquier orden en la simple concurrencia de voluntades<sup>216</sup>.

La cesión de derechos al soberano<sup>217</sup>, obra de un yo reificado y abstracto, resultado de una construcción formal, no puede ser sino absoluta y el Leviatán no se puede producir sino dentro de este esquema, no cabría en otro o una construcción instrumental como el Estado o más tarde el sistema.

El Estado y la ley serán la voluntad del gobernante y el derecho subjetivo, un poder de voluntad o facultad que se desarrollará en el Derecho alemán en el s. XIX, que es reconocido con estos caracteres en Suárez, como poder o facultad moral sobre lo que es suyo o se le debe pero que tiene su origen en Ockham, que es el primero que acuña una formulación del Derecho como *potestas*<sup>218</sup>, creando un

---

<sup>216</sup> La voluntad es soberana y no está obligada a querer aquello que el entendimiento le presenta como bueno : “todo hombre experimenta que, por mucho que su razón le indique algo, su voluntad puede quererlo o no quererlo”, Ockham, *Quodlibeta septem*, q.16. Cit. Francisco José Contreras, *La Filosofía del Derecho en la Historia*, Tecnos, 2016, p. 73.

<sup>217</sup> “Así, el Estado procede siempre de la naturaleza, lo mismo que las primeras asociaciones (la familia y la aldea), cuya culminación última es el Estado. Porque la naturaleza de una cosa es precisamente su fin y lo que es cada uno de los seres cuando ha alcanzado su completo desenvolvimiento se dice que es su naturaleza propia... De donde se concluye, evidentemente que el Estado es un hecho natural, que el hombre es un ser naturalmente sociable y que el que vive fuera en la sociedad...es ciertamente o un ser degradado o un ser superior a la especie humana (un Dios)”. Aristóteles, *Política*, I,1, trad. de P. de Azcárate, Espasa-Calpe,1985, p. 23. Como señala Francisco José Contreras , *La Filosofía del Derecho en la Historia*, Tecnos, 2016, pp. 34, 35 y 37 y mantenemos en esta obra, suele considerarse que la filosofía política moderna surge cuando se abandona la naturalidad de la comunidad política y nacería con los teóricos del contrato social (Hobbes, Locke, Rousseau, etc...) que conciben al Estado como el resultado de un pacto y por tanto los derechos son artificios, convenciones y no realidades naturales, ya que tanto para Aristóteles como más tarde para Santo Tomás, la comunidad política del Estado es una realidad natural, ya que el hombre es un animal político, lo que no significa que haya habido Estados desde que existen hombres, ya que el Estado fue precedido por otras comunidades más simples como la familia o la aldea. “La consecuencia más evidente que se desprende de nuestra discusión es que la soberanía debe pertenecer a las leyes fundadas en la razón y que el magistrado, único o múltiple, solo debe ser soberano en aquellos puntos en que la ley no ha dispuesto nada por la imposibilidad de precisar en reglamentos generales todos los pormenores”, nos dice Aristóteles, *Ibidem*, pp. 94-95.

<sup>218</sup> Existe en este punto una cierta controversia como veremos al tratar más en profundidad la cuestión del derecho subjetivo, ya que existen autores como Antonio Truyol y Serra (*Historia de la Filosofía del Derecho y el Estado*, V. 1, Alianza, Madrid, 1987, p. 418, que señalan que quizás se haya desmesurado la supuesta genialidad innovadora de Ockham en este campo, ya que el concepto de derecho subjetivo no parece haber sido desconocido en la tradición jurídica romana, en cuanto reflejo de un estatus o bajo la forma de prerrogativa derivada del Derecho como norma y por otra parte, el reconocimiento de un derecho subjetivo no implica, de suyo, una concepción subjetivista del Derecho, a menos que se pretenda excluir el primero. No obstante, como ya se verá, la cuestión sí es trascendente y relevante, toda vez que por la vía de los

punto de inflexión en el tránsito desde el lenguaje jurídico romano con su perspectiva objetivista del derecho *agendi*, al moderno subjetivista como *facultas agendi*.

Con todo esto se produce el trascendental paso en la cuestión que especialmente nos ocupa, cual es que el Derecho deja así de identificarse con lo jurídico en el sentido del orden justo de las cosas y sus relaciones<sup>219</sup> para entenderse, cada vez más, con el derecho subjetivo, que a la vez que se objetiviza en la ley, es cada vez más el derecho a, con la paradoja de que la libertad ha cristalizado en el mandato del cuerpo constituido en la ley en que se disuelve el Derecho, con una alienación del poder de base filosófica a través de la teorización política en el s. XVII con Hobbes, Thomasius, Pufendorf o Wolf, a través de una cesión de la soberanía del pueblo al príncipe, que legitima regímenes despóticos pese a su perfil Ilustrado para derivar, más tarde, hacia formas democráticas pero que, igualmente, constituyen una alienación del poder y crea los derechos públicos subjetivos<sup>220</sup>.

Considera Muñoz de Baena que si el Derecho tiene alguna posibilidad, lo es en relación con una concepción de lo justo dentro de la solución de un caso concreto, sin principios de justicia formalizados, siendo esto último lo que ha pretendido realizar una parte de la hermenéutica filosófica desde hace medio milenio.

El sujeto continúa siendo una imputación abstracta, un entrelazamiento de derechos y deberes pero en los últimos decenios, el punto de equilibrio entre unos y otros se ha roto a favor de una auténtica cultura de los derechos<sup>221</sup>, con una pulverización del Derecho en derechos subjetivos y una

---

derechos subjetivos se llegará a la modificación del Derecho objetivo, cuestión impensable en el Derecho romano.

<sup>219</sup> Tal y como señala Santo Tomás: “la ley no es más que una prescripción de la razón en orden al bien común, promulgada por aquel que tiene el cuidado de la comunidad”; “Las leyes humanas o son justas o son injustas. Si son justas tienen poder para obligar en el foro de la conciencia....Las leyes son justas: por razón del fin, cuando se ordena las bien común; por razón de su autor, cuando la ley establecida no excede la potestad del legislador, y por razón de la forma, cuando se imponen las cargas a los a los súbditos con igualdad y proporcionalidad”. “El derecho positivo se divide en derecho de gentes (*ius gentium*) y Derecho Civil (*ius civile*) según los dos modos que una cosa se deriva de la ley natural... Porque el Derecho de gentes pertenece a aquellas cosas que se derivan de la ley natural como las conclusiones se derivan de los principios: por ejemplo, las justas compras, ventas y cosas semejantes, sin las cuales los hombres no pueden convivir entre sí... Pero las cosas que se derivan de la ley natural por vía de determinación particular pertenecen al Derecho civil, en virtud del cual toda ciudad determina qué es lo más conveniente a su prosperidad”. *Suma Teológica*, (1265 1273), 1-2, q. 90,a, 4, V. VI, p. 42, traducción de F. Barbado, VI, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid 1947; *Ibidem*, 1-2, q. 96,a, 4, V. VI, p.184 e *Ibidem*, 1-2, q. 95,a, 4, V. VI, p.173. Cit. Francisco José Contreras, *La Filosofía del Derecho en la Historia*, Tecnos, 2016, pp. 46, 59 y 61.

<sup>220</sup> Sobre el concepto y evolución de los derechos públicos subjetivo en Alemania durante el Estado de Derecho alemán puede consultarse a Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva, *Em busca do acto administrativo perdido*, Almedina, 1995, pp. 212-281 y del que se hará un examen más pormenorizado más adelante.

<sup>221</sup> Si los derechos humanos y fundamentales, en todas sus formas, han mostrado siempre un fundamento autorreferente tomado de la filosofía del sujeto que los produce, como su producto más característico, esa condición se radicaliza en los que forman la denominada cuarta generación de derechos humanos, en los que la desaparición de todo referente real se torna más radical y se habla del derecho a tener derechos y su despliegue acaba por invadir todos los ámbitos: ético, jurídico, político, estético con el efecto de una progresiva reducción de todo discurso al discurso de unos derechos y así es la Declaración de Derechos Humanos Emergentes de Monterrey de 2007, bajo el común denominador del derecho a la democracia en sus cinco formas: de democracia igualitaria, plural, paritaria, participativa, solitaria y garantista se incluyen los derechos a la seguridad vital e integridad personal, trabajo, asistencia sanitaria, paz, habitar el planeta y al medio ambiente, igualdad de derechos, libertad de conciencia, representación paritaria, a la belleza urbanística, a habitar zonas urbanas con carácter de centralidad, a participar en el bien común universal, al derecho y deber de erradicar la pobreza extrema..., amalgama de derechos constituyen un buen ejemplo de cómo la volatilidad a través del inflación es un perfecto

hipersubjetivización del Derecho, con explosión de los derechos subjetivos imputados a grupos progresivamente reducidos de población en virtud de condiciones cada vez más determinadas, así como políticas públicas que avalan la existencia de estos derechos con programas de actuación que tienden a fragmentar el todo social, en múltiples identidades independientes.

De esta manera, la identidad antes configurada por criterios abstractos es ahora la confluencia de multitud de terminaciones combinables entre sí, no siendo extraño que de modo paralelo a la inflación de nuevos derechos aumente la vigilancia sobre los ciudadanos por parte de los Estados, resultando también paradójico que el dominio sobre uno mismo produzca una alienación, ya que se actúa hacia uno mismo pero no en nombre de un proyecto de mejora personal sino por una acomodación al sistema de signos vigente.

El concepto de sujeto (*sub-jectum*) es una construcción, el resultado de un modo de concebir el mundo que se inició en el Renacimiento y el sujeto no es el ser humano natural como tampoco lo es la persona (máscara griega del actor en la representación teatral) sino que es fruto del recurso a la representación del Escotismo, que la convierte en la realidad<sup>222</sup>.

Esta Modernidad abstracta, formal, de deconstrucción de la realidad y el hombre en varias perspectivas epistemológicas y formalistas crea el lenguaje y el conocimiento con fines en sí mismos, como elementos de representación de la realidad posible, que adquiere términos absolutos: voluntad de Dios y la del hombre, que constituyen los ejes absolutos del poder en los mundos imaginarios, con alienación del poder y su retorno en forma de derechos subjetivos.

La filosofía ockhamista y en particular la filosofía política ockhamista proporciona a la reflexión filosófica de los tiempos modernos, no solo la estructura de su pensamiento sino también sus principales temas políticos: de una parte, los temas del derecho natural subjetivo, de la constitución convencional del Derecho positivo objetivo, la voluntad absoluta del hombre, la soberanía del pueblo y por otra parte, igualmente, los temas antagonistas de la obligación por ley *a priori*, del derecho divino del príncipe o de la alineación de la soberanía popular en favor del príncipe.

Por ello, cuando Jellinek sostiene que la idea misma de la limitación del poder es germana y que los sistemas romanizados se caracterizan por su absolutismo dice una verdad a medias, ya que los derechos naturales traslucen una concepción absoluta del poder, por más que supongan una limitación al ejercicio de este pero no hay contradicción en que el poder se vea limitado y sea a la vez absoluto.

En sentido estricto, absoluto se opone a relativo y el poder durante la Modernidad es absoluto porque se ejerce en la forma de una soberanía que tiene ese carácter, que se mantendrá tras su

---

trasunto de la posmodernidad jurídica, en un mundo que cada vez conoce mayores dificultades para realizar los derechos de primera generación y desterrado al olvido los de segunda se asiste al nacimiento de una nueva categoría que reúne aquellos con estos en una enumeración cuya falta de criterio resulta llamativa y con mezcla con deberes y con figuras singulares como los derechos sobre los derechos y la resistencia, tratándose de derechos que resultan o bien inanes o bien imposibles pero la irrealizabilidad no es el auténtico escollo, dada su condición empírica sino que los problemas conceptuales son los realmente los graves. José Luis Muñoz de Baena Simón, *La abstracción del mundo. Sobre el mal autoinmune de la juridicidad moderna*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018, pp. 276 y 277.

<sup>222</sup> Todo ello no habría sido posible sino mediante la radicalización del amor divino que, coherentemente con su omnipotencia no es accesible a la razón humana y como tal no se puede sujetar a cualesquiera esencia, ley o naturaleza salvo con la fe.

juridificación total acometida por Kant, resultando revelador que ni en este autor ni en Rousseau, Hegel o Jellinek sea posible plantear, si quiera, un derecho de resistencia, que sí se encuentra en el romanizado Suárez<sup>223</sup>.

La creación de objetos formales no está sujeta a una regla sino que genera sus propias reglas, precisamente por las posibilidades, casi infinitas, de su autorreferencia.

Bajo la égida del modo de pensamiento formalizador y abstracto, cuyos orígenes se sitúan en el s. XIII, todo lo real pasa, casi de inmediato, a ser considerado empírico o fenomenológico, abstracción cuyo resultado es un progresivo apartamiento de las cosas, con el resultado de una creciente artificialización de lo real.

La exacerbación de esta manera de pensar condujo a mediados del s. XX a que la propia figura del hombre fuese cuestionada, aunque fruto de la deconstrucción que señalamos y que permite una mejor manipulación al no observar el ser en su plenitud sino sobre la base de lo que interese<sup>224</sup>.

Mientras que la filosofía aristotélica tiene al acto como constante referencia, la Modernidad, al basarse en la posibilidad, es el ámbito de lo potencial, de lo posible, de ahí, el constante despliegue de formas, de recomposición necesaria de estructuras.

Esta forma de pensar condujo en el ámbito jurídico-político al sistema dialéctico hegeliano, que a partir de la reconducción del discurso al Estado le resultaba inevitable la reificación de sus conceptos fundamentales: el pacto o contrato social, la soberanía, la ley, la voluntad general... y terminó por subsumirse en el mismo Estado.

Nueva subjetividad jurídica abstracta, como Administración sometida a un Derecho identificado con la ley, que en la fase positivista y en la totalitaria se encuentran muy vinculadas entre sí, ya que la legalidad estatal se hizo absoluta y capturó y engulló todo el discurso.

Incluso hoy, periclitada la Modernidad e incluso en sus epígonos empiristas, el Voluntarismo vuelve por sus fueros y lo hace de nuevo en clave Nominalista, lo que se debe, una vez más, al puro y simple agotamiento del Voluntarismo escotista y a su incapacidad para proporcionar nuevos contextos objetivadores.

El largo reinado de la representación entre sujeto y objeto, entre materia y forma para encontrar una unidad condujo a la reificación del sujeto, que una vez hipertrofiado bajo la forma de persona jurídica traducida en el Estado Burocrático (como estructura envolvente) será cada vez menos la

---

<sup>223</sup> Lutero, que tiene la peor opinión sobre los príncipes, no contempla el alzamiento en armas contra el príncipe arbitrario sino en casos extremos, como los atinentes a la fe y ello con la mera desobediencia y arrastrando las correspondientes consecuencias, y él que invoca el amor y el derecho natural como criterio en el juicio sobre las relaciones entre particulares, sin embargo, los excluye como causa de la resistencia o el tiranicidio, posición que es lejano antecedente de la postura kantiana. Martín Lutero, "Sobre la autoridad secular: hasta dónde se le debe obediencia", en *Escritos políticos*, Madrid, estudio preliminar y traducción, J. Abellán, 1986, (1523), pp. 30, 61 y 62. Para Suárez, el derrocamiento de un rey legítimo pero tiránico, a cargo de la comunidad, es posible, si bien debe pasar por el Papa y esto es así también en el caso de crímenes en materia espiritual, *De Legibus*, Libro III, 4,6, pp. 43-44. Cit. José Luis Muñoz de Baena Simón, *La abstracción del mundo. Sobre el mal autoinmune de la juridicidad moderna*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018, pp. 102 y 103.

<sup>224</sup> El hombre es un pequeño mundo decían ya los griegos, que en Hobbes es el *homo homini lupus*, el *homo cogitans* cartesiano, el *homo faber*, *oeconomicus* o *consumans*, como aspectos de reificaciones determinadas de los humanos y olvido, en cada caso del resto.

persona ni siquiera el sujeto individual, supuesto creador del sistema y más una función de dicho sistema. Un centro de imputación que se define por el entrecruzamiento de derechos, con frecuencia meramente nominales.

Lógicamente, si dramática era la desaparición del Derecho de los juristas a manos de los filósofos o politólogos mucho peor es la desaparición del sujeto, que aunque como se ha dicho, no es un ser humano concreto sino una abstracción levantada sobre lo que no es sino un punto pasajero de estabilidad para una construcción que, precisamente por su separación del todo social, está llamada a desplazarse de continuo.

Cuando Foucault sugiere en el memorable final de *Las palabras y las cosas*, la posibilidad de que el hombre termine por borrarse está haciendo algo más que una hermosa metáfora, ya que previene contra la esencial inestabilidad de una idea, de genealogía reciente, una construcción que no es sino el resultado de una vicisitud histórica como la filosofía del sujeto que, aunque tiene sus raíces en la Edad Media, comenzó a desarrollarse en el Renacimiento y alcanzó su culminación en el Idealismo alemán a pesar de que el núcleo esencial de esa filosofía de la subjetividad es el cartesianismo, con su pretensión de reducir todo a ideas claras y distintas.

El sistema de conocimiento y de poder trabado por la filosofía política y jurídica clásica funcionó perfectamente dentro de sus esenciales limitaciones, cuya principal característica es el desaforado consumo de las formas, que ya anticipaba la extrema artificiosidad que caracterizó a la filosofía Idealista alemana y la crisis que esta acabaría por producir.

En apenas tres generaciones, transcurridas entre la Revolución Francesa y la crisis de mediados del s. XIX, la situación cambió radicalmente, trayendo a un primer plano, al lenguaje unívoco.

La recuperación del sistema, en un mundo Nominalista, es la de un orden creado por el sujeto, que se torna tan autónomo como este pero que termina por disolverlo como una pieza más, como lo demuestra la ciencia jurídica de Kelsen, en que las formas Nominalistas del sistema son *autopoieticas* y acaban con la validez de cualquier representación, al hacer imposible la primacía del objeto del conocimiento, en el proceso de conocer pero esta nueva crisis sobre la crisis mantiene la preterición del sujeto.

El concepto de sistema solo pretende ordenar lo que de hecho es caótico.

La filosofía clásica, el Barroco, acometido el proyecto consciente de su artificiosidad, de la necesidad de construir un mundo derrumbado, en el que la consolidación ordinaria no era válida y se plantea el problema consistente en que desaparecido lo real no resta sino el recurso lingüístico, que se encuentra siempre ante una alternativa o se desprende de toda pretensión de significado, como sucede con Luhmann o la encomienda al consenso que realiza Habermas.

En la actualidad, ante el triunfo universal de la economía de mercado, la abstracción del mundo tiene por finalidad proporcionar una imagen adecuada a las características del capitalismo y en particular del capitalismo financiero, ya que ha generado una escisión entre las modernas sociedades y sus referentes éticos.

Por el fenómeno del fraccionamiento extremo de la cultura, desarrollado en la Modernidad, se produce la escisión entre lo jurídico y lo ético, fruto de la escisión del Derecho en la ley, que alcanzó su culmen en los s. XIX y XX, y la renuncia a cualquier postulación de una vida buena por parte del Liberalismo jurídico y político y su instrumento, el Positivismo jurídico formalista.

Estos movimientos han profundizado en la consideración de los seres humanos como sujetos de una imputación abstracta, que los convierte en meras constelaciones de derechos y deberes, una vacuidad de contenido, que no aparecía en un modo tan extremo en Kant pero cuya profundización, hasta su límite, resultaba tan inexorable como epistemológicamente posible y si algo caracteriza al pensamiento Moderno es su tendencia a explorar todas las posibilidades, y a sistematizarlas y hacerlas efectivas como formas morales, jurídicas y políticas.

Esta abstracción del mundo tiene como última referencia en la actualidad al sistema (sistemas de conocimiento y de poder que se apoyan y constituyen mutuamente), que ha sido descrito por Habermas<sup>225</sup> como “toda ética deontológica y a la vez cognoscitiva formalista y universalista debe su concepto relativamente riguroso de moral a energías y abstracciones”.

Considero que constituye una grave irresponsabilidad no actuar ante las perversas consecuencias totalitarias que produce esta construcción, cuyos precedentes más significativos son las grandes matanzas del s. XX, merced a las dos Guerras Mundiales (o civiles europeas según se mire) y las grandes mortandades producidas por el nazismo y comunismo en sus diversas manifestaciones.

Entiendo que la constitución del sistema eleva potencialmente el peligro de repetir una experiencia todavía más desagradable porque ignora al ser humano en su correcta dimensión real, como se hizo desde el principio, considerándolo sujeto (*sub-jectum*) e incluso persona como se pone de manifiesto, a mi juicio, con la inadmisión a trámite mediante resolución inmotivada de recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional y en los recursos presentados por vulneración de los derechos humanos ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o su admisión, en caso de representar una cuestión novedosa o de trascendencia general, así como el régimen establecido en los recursos de casación civil y contencioso-administrativa, y que preludian la muerte de los derechos fundamentales, a través de su banalización, merced a su proliferación en los de segunda, tercera y cuarta generación.

Consentir el hurto del Derecho a manos de la ley constituye, sin duda, un elemento importante pero en esta construcción, los juristas prácticos debemos reivindicar, como sucede en el sistema inglés y en la labor que desarrollaron en la época más gloriosa del Derecho, una función esencial, y no consentir su desplazamiento a filósofos, politólogos o informáticos, sobre todo, dados los peligros que ello encierra y la gran labor que el Derecho desempeña en la estabilidad social de la manos de los juristas, como consta acreditado<sup>226</sup>.

La persona (el ser humano) debe observarse como un todo, en la integridad de sus dimensiones<sup>227</sup>.

---

<sup>225</sup> J. Habermas, *Escritos sobre moralidad y eticidad*, traducción e introducción de M. Jiménez, Barcelona, Paidós, 1998, (1986), p. 127. Cit. José Luis Muñoz de Baena Simón, *La abstracción del mundo. Sobre el mal autoinmune de la juridicidad moderna*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018, p. 262.

<sup>226</sup> Porque como señala Elio A. Gallego García, sin jueces no hay derecho puede haber leyes pero no Derecho. Elio A. Gallego García, *Fundamentos para una teoría del derecho*, Dykinson, 2015, p. 161.

<sup>227</sup> El gnosticismo antropológico tiene la tendencia a reducir al ser humano a su mera dimensión biológica y esta visión de la persona, libertad ecológica y personal, que deriva en el aumento de la autodeterminación y el libre arbitrio existencial y la libertad política (*sub-jectum*) le priva de su potencia privada de actualización, pues la dignidad del ser humano no es el honor personal o social sino que tiene un valor intrínseco y soberano, inalienable de la persona ante cualquier circunstancia. Vasco Duarte de Almeida, “Sobre o valor da dignidade da pessoa humana”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, V. 46,1, 2005, pp. 623-648.

El liberalismo teológico, síntesis de la herencia formada con la Ilustración y la ciencia histórica del s. XIX, daría lugar al llamado Protestantismo Liberal, en que se apoyó la idea de Estado nacional, si bien hubo que esperar a la teoría cristológica del Estado de Barth, para que se pusiera en marcha una profunda revisión de la doctrinas anteriores<sup>228</sup>.

En la doctrina Protestante se sigue considerando que la concepción de la libertad de Lutero ha ejercido una importante influencia en el Derecho y según esta concepción, la libertad se alcanza mediante la fe.

Hasta la entrada en vigor de la Constitución de Weimar, el concepto de “encargo público” no pudo desarrollarse por la concepción existente hasta entonces en el pensamiento Protestante, que consideraba que los señores territoriales tenían competencia sobre las Iglesias pero Barth aporta la teoría cristológica del Estado, la fundamentación del Derecho pacticio y la responsabilidad del Estado a través de las Iglesias en la determinación de la verdad cristiana<sup>229</sup>.

De esta manera se otorgaba toda la importancia al Derecho secular sobre el religioso, que despliega especial influencia en el matrimonio y donde el Código Civil de Napoleón de 1808 no hace sino cristalizar la mentalidad de Westfalia y es por ello que la Constitución de Weimar 1919 protege, de modo específico y por primera vez, al matrimonio y a la familia, y en Austria, tras su anexión por el Tercer Reich en 1938, se introdujo el matrimonio civil obligatorio<sup>230</sup>.

Lutero considera que el hombre se salva sin necesidad de cumplir ninguna ley y en el orden de la salvación todo se resuelve al margen del cumplimiento de cualquier ley, incluida la divina y según la certeza subjetiva, que cada uno tenga de haber sido justificado por la mera imputación de los méritos de Cristo.

La subjetividad se convierte así en el lugar hermenéutico de toda la revelación cristiana y este radical subjetivismo está en la base, al menos en potencia y que se irá desarrollando convenientemente, de los planteamientos filosóficos subyacentes de tantas corrientes contemporáneas de pensamiento, que tienen como punto de partida, para interpretar el ser, la subjetividad humana que crea la verdad.

Para los Escolásticos, la ley encuentra su fundamento en el orden natural, que a su vez lo encuentra en Dios, no teniendo otra finalidad que el bien común pero la Modernidad es la historia de la radicalización de la subjetividad<sup>231</sup>.

En lugar del Derecho Canónico, las Iglesias Protestantes pasaron a depender del señor territorial y desde el s. XVI hasta la República de Weimar, estas Iglesias tuvieron un Derecho particular que atribuye al señor territorial, la competencia sobre las cuestiones eclesiásticas, y es a partir del 1920

---

<sup>228</sup> Este autor, que no considera que su teoría del Estado derive del orden de la creación sino de Cristo y de la teoría de la justificación, constituye una reacción contra el Idealismo alemán, que llegó a la divinización del Estado y a su sublimación hasta llegar a sustituir a la religión, debiendo quedar ahora el Estado reducido a su función de servidor y garante del Derecho y de la paz. La doctrina Barthiana fue decisiva para que la Iglesia evangélica adquiriera conciencia y asumiera lo que hoy se denomina carácter público.

<sup>229</sup> Como se considera la competencia indubitada del Estado en las cuestiones religiosas no dejaban paso al pensamiento de libertad religiosa en el sentido que tiene en la actualidad.

<sup>230</sup> María J. Roca, “La influencia de la Reforma Protestante en el Derecho”, *e-Legal History Review*, 14, 2012, pp. 26 y sgts.

<sup>231</sup> María J. Roca, “Incidencia del pensamiento de Lutero sobre la fundamentación del derecho objetivo y subjetivo”, *e-Legal History Review*, 24, 2017.

cuando las iglesias comenzaron a dotarse de constituciones propias y a regular sus propios asuntos.

El sistema territorial designa así la teoría y la práctica de una forma de relaciones Iglesia- Estado, que reconoce en sus diversas formas la competencia sobre cuestiones internas y esenciales de la Iglesia y las entrega al poder Estatal de cada territorio, surgiendo así las primeras manifestaciones del territorialismo de un modo deductivo racional, que tiene a su vez un origen histórico pragmático y de orden jurídico positivista.

De ello se deduce que los argumentos sobre las relaciones entre Iglesia y Estado provienen del Derecho romano bizantino, del pragmatismo y especialmente del Derecho estatal Moderno, basado en la doctrina de la soberanía de Bodino, constituyendo los principios dogmáticos del territorialismo, los consiguientes postulados políticos y religiosos.

Con la Ilustración el sistema territorial alcanza su culminación teórica a través de un desarrollo Ilustrado y secularizado de la Escuela Racional del Derecho natural, fundamentado en la religión natural, en la moral, en las doctrinas del pacto social y en el absolutismo estatal.

La soberanía estatal posee un poder absoluto sobre cualquier ámbito social y un poder jurídico coactivo y excluyente sobre todos los individuos y asociaciones, de manera que es la soberanía estatal, la que determina la salud pública.

Al considerarse que hay un solo poder en la comunidad social, el Estado, la Iglesia figura en este sistema dentro del Derecho del Estado, como una creación arbitraria del señor territorial, con sus ministros como empleados del príncipe y su doctrina como norma del Estado<sup>232</sup>.

Como reacción a la doctrina del Territorialismo surge, en el s. XVIII, el sistema colegial, que intenta liberar a la Iglesia Reformada de las garras de la soberanía estatal<sup>233</sup>.

El colegialismo considera que la Iglesia visible es una comunidad libre e igual a la comunidad civil pero sus representantes, de acuerdo con el espíritu de los tiempos, permitieron a Hobbes o Grocio fijar el fundamento social en el pacto social<sup>234</sup>.

Desde el año 800 había dominado en el mundo cristiano la idea de papado/imperio. El imperio se dispersará en una pluralidad de Estados y dos siglos y medio más tarde, la unidad de la Iglesia es una pluralidad de Iglesias.

Se pone como ejemplo de lo sucedido respecto de este fenómeno a Federico II, que al ser nombrado rey de Sicilia convirtió a este reino en lo que se ha podido calificar como el primer Estado Moderno, al atribuir al rey la facultad de hacer y abolir las leyes, competencia hasta entonces exclusiva del emperador, de manera que el rey no solo tendrá el deber de guardar el Derecho viejo sino también la facultad de crear Derecho nuevo y de abolir las leyes y costumbres contrarias a estas manifestaciones<sup>235</sup>.

---

<sup>232</sup> El poder del Estado deja de tener una fundamentación teológica para legitimarse completamente en el pacto social.

<sup>233</sup> El sistema territorial pretende sentar sus principios en las propias constituciones eclesiásticas, con objeto de que se le permitiera volver a recibir sus derechos, lo que suponía una limitación de la jurisdicción de los príncipes territoriales sobre la Iglesia, lo que afectó, aunque poco, a las relaciones de Iglesia-Estado, ya que a los señores territoriales se les traspasa el ejercicio de los poderes eclesiásticos, teniendo ahora como título, un acto de cesión, según el método racional del Derecho.

<sup>234</sup> María J. Roca, "La influencia de la Reforma Protestante en el Derecho", *e-Legal History Review*, 14, 2012.

<sup>235</sup> Manuel García Pelayo, "Federico II de Suabia y el nacimiento del Estado moderno", *Obras Completas*, Centro de Estudios

También aparece en la tradición Medieval el principio *Rex est Imperator in regno suo*, la juridificación o capacidad de poder hacer leyes que obligan a los súbditos pero no al propio rey. Y si está exento de las leyes de sus predecesores, lo estará también de sus propias leyes siendo *legibus solutus*.

Mientras que los presupuestos doctrinales de la Edad Media consideran que aunque el poder procede de Dios es otorgado a la comunidad que lo delega en el rey, en el Absolutismo político, sin embargo, se basa en la concepción divina del poder otorgado directamente al rey, y niega a la comunidad y a los individuos, espacio de libertad que contravenga o limiten los poderes del monarca, diciendo Hobbes que la libertad de un súbdito radica en la regulación que de sus obligaciones ha determinado el soberano hasta el principio de *cuius regio eius religio*.

Al hablar del Estado Social de Derecho se hará referencia a las funciones que desempeñan los partidos políticos, las minorías o el triunfo de comisiones para tratar de cuestiones que pudiésemos denominar poco democráticas y en este sentido se debe tener presente que, a pesar de los principios mayoritarios a que ya se ha hecho referencia con relación a la moral cristiana Reformada y que afectarán e influirán decisivamente en los sistemas políticos y desembocarán en el contrato social y en la voluntad general, todo ello debe matizarse, como se hizo desde el principio, con el de *amicabilis compositio*<sup>236</sup>.

Estas reglas del procedimiento tuvieron una importancia decisiva, no solo para el futuro sino en las propias negociaciones de la Paz que se desarrollaron mediante el reconocimiento y aplicación de estos principios.

En las negociaciones de Westfalia, los Protestantes consiguieron que todos los estamentos imperiales tomaran parte en las negociaciones de paz y las cuestiones religiosas no fueron tratadas sino en el momento en que contaron con la ayuda de Suecia.

No se decidieron según el procedimiento habitual de la Dieta, que era el de la mayoría ( del que eran partidarios los católicos) y a través de la dirección del emperador como *executor* sino mediante una negociación entre los partidos religiosos, de modo *corpore ad corpus*, de manera que la formación de estos dos cuerpos: Protestantes y Católicos dentro de los estamentos imperiales desempeñó una función decisiva en la extensión de la Reforma.

Los Protestantes se unieron para presentar sus intereses de modo conjunto frente a los Católicos y estos *dos corpora* llegaron a ser una de las instituciones más importantes de la constitución del imperio, hasta que a lo largo del Ilustrado s. XVIII dejaron de ser un instrumento de las discusiones religiosas y se convirtieron en un instrumento de poder político, destacándose el concepto futuro de paridad<sup>237</sup>.

---

Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 1125 y 1143.

<sup>236</sup> Se trata de los principios de tolerancia y la paridad como principios procedimentales de carácter Protestante que alumbraron la Paz de Westfalia y merced a los que los Protestantes consiguieron que las cuestiones religiosas no fueran decididas por la mayoría, pues los católicos constituían la mayoría de los estamentos.

<sup>237</sup> María J. Roca, "La influencia de la Reforma Protestante en el Derecho", *e-Legal History Review*, 14, 2012, pp. 21-23. De este mismo autor "Derecho pacticio y relevancia pública de las confesiones. La fundamentación de los acuerdos desde la perspectiva protestante". *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, Iustel, 11. 2006 y "Entidades eclesiásticas y Derecho de los Estados", *Actas del Simposio Internacional de Derecho con concordatario, Almería 9-11 de noviembre de 2005*, M. M. Martín (edit.), Granada, 2006 pp. 619-633.

No puede entenderse el Estado Contemporáneo sin la teoría de los derechos fundamentales que, como se verá, hunden sus raíces en la Segunda Escolástica o Escolástica española, que no se puede entenderse sin el Franciscanismo Medieval de Ockham, ya que frente al Tomismo que considera al Derecho como una realidad objetiva, los Franciscanos contraponen los aspectos de propiedad y posesión, y dada la incapacidad de la razón y la importancia del Creador imprimirán un subjetivismo al Derecho, que Francisco de Vitoria vinculará al Tomismo a través del concepto de *ius* como *lex*, considerando Ramis Barceló, perfectamente equiparables los conceptos de *facultas* de Suárez con el de *qualitas moralis* de Grocio, no reconociendo grandes distancias dogmáticas, en el fondo, entre tales autores<sup>238</sup>.

García Pelayo<sup>239</sup> señala que dentro de la teoría del contractualismo social y político cabe señalar dos etapas: el contrato considerado como un hecho histórico y otra claramente a partir de Rousseau, como acción especulativa que comienza a dibujarse con Althusius y sobre todo con Locke y en el que Grocio, a pesar de su lugar destacado en la historia de esta teoría, pertenece a la primera tendencia.

Entiende que Hobbes, Pufendorf y Locke, si bien en su origen lo consideran un hecho histórico, lo racionalizan en su contenido y efectos, a pesar de alguna desviación de su ruta, como sucede con Grocio y Hobbes y considera que la nueva faceta de la teoría contractualista aparece claramente en Rousseau, que no puede, sin embargo, ser considerado como una separación tajante en las fases de la historia del contrato, pues las cuestiones que plantea para ser resueltas mediante este origen del Estado, ya habían sido formuladas por la mayoría de los tratadistas desde los tiempos Escolásticos (soberanía popular, individuo, derecho de resistencia, etc...), si bien nadie como él sabe construirlo y de una forma tan correcta y sin ninguna relación con su origen histórico, que estudia en su *Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres*.

Más tarde, las cuestiones que Rousseau había resuelto por intuiciones son examinadas por Kant, a la luz de la metafísica y de la lógica, para una elaboración de mayor pureza filosófica pero que no admite, como el filósofo ginebrino, el derecho de rebelión contra el tirano<sup>240</sup>.

Los orígenes de la teoría contractualista, que en nuestro país alcanzó una gran difusión merced a Soto, Vázquez de Menchaca, Mariana, Fox Morcillo y otros que pertenecen a la tendencia democrática se encuentran, especialmente, en Francisco de Vitoria y Francisco Suárez.

Francisco de Vitoria entiende que el poder público es una institución de Derecho natural, no de Derecho positivo y que lo único que este hace es concretar la persona en que ha de recaer el poder.

Su contractualismo no considera a los hombres en una situación pre-social sino en una extracción de la vida política o Estado y en este sentido todos nacen iguales en derechos, de donde puede verse, un adelanto de la racionalización de la idea del contrato posteriormente alcanzada con Rousseau y

---

<sup>238</sup> Rafael Ramis Barceló, "Consideraciones sobre el derecho-facultad y el nacimiento de la subjetividad jurídica en la Modernidad", *e-Legal History Review*, 9, 2010.

<sup>239</sup> Manuel García Pelayo, *Obras completas*, V.III, Centro Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, pp.3081-3084. Tomado de la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* sobre la recensión del libro de Luis Recasens Siches, *Las teorías políticas de Francisco de Vitoria (con un estudio sobre el desarrollo de la idea del contrato social)*, Madrid, 1932, T. 161, pp. 143-147.

<sup>240</sup> Rousseau tampoco lo admitía como se verá más adelante.

Kant. Pero Francisco de Vitoria encuentra el fundamento de sus teorías en San Pablo<sup>241</sup> y Santo Tomás<sup>242</sup>.

En Suárez aparecen dos contratos: el social y el político. El político no pertenece a ninguna persona particular y tampoco pertenece a su conjunto porque nadie es capaz de adquirir lo que no tiene, juntándose con semejantes que también carecen de ello, cuestión que resuelve por la existencia de dos contratos: uno en virtud del cual, el conjunto de los simples individuos se convierte en un todo social conexo y otro, en el que este todo social otorga el poder político a un titular y en la forma que a la comunidad le parezca justa: monarquía, aristocracia o democracia, teniendo en cuenta que la potestad del monarca se encuentra limitada por el Derecho natural<sup>243</sup>.

La Edad Media constituye, sin duda, el gran banco de pruebas que tendrá su desarrollo en la Moderna e inclusive en la Contemporánea, y por la falta de asimilación de sus enseñanzas reincidiremos en sus errores, y no ya en manos de sabios sino de la propaganda de los modernos sistemas de comunicación, el primero de ellos, la imprenta.

Cuando se analicen las agudas críticas de Alejandro Nieto a nuestra actual democracia en España quizás nos sobrevuelen las banderías de la nobleza en la Edad Media y su reparto del botín en que consistía la cosa pública y la victoria de su partido, con abandono total del concepto Tomista de interés común, que de la mano de las ideologías y los personalismos apoyados en algo parecido pero diferente, como lo es la voluntad general o el interés general se justifica el reparto del botín del poder público, de la mano de los partidos políticos en la actualidad.

La estirpe monárquica que sirve de excusa a la centralización del poder en el rey, con menoscabo del poder de los nobles y de la Iglesia (más tarde) no será sino un ardid de la propiedad de la corona en la familia reinante; escuela que servirá de aprendizaje a las ideologías que, en vez del bien común, apostarán por el interés general que pasará, inexorablemente en todos ellos, por el personalismo y las banderías ahora denominadas políticas.

Como señala Rafael Alvira, aunque Santo Tomás utiliza diversas expresiones para referirse a la noción de interés común como utilidad común, bienestar público, felicidad común, tranquilidad pública, unidad y paz, etc... la subjetivación moderna y el posterior olvido, tanto del objeto como del

---

<sup>241</sup> Con relación a la justificación del poder público se basa en la conocida fórmula de San Pablo: *omnis anima potestati sublimiuribus subdita sit, non est erim potestas nisi a Deo: quae autemsunt, a Deo ordinates sunt*, que reelaborada por Francisco de Vitoria considera que el poder público encuentra su origen en el Derecho natural, más como quiera que el autor del Derecho natural es Dios, es aquí donde se encuentra la justificación de la autoridad del Estado y con esta fórmula se evita el peligro de suponer que la autoridad de una determinada persona tenga un origen divino, y una vez resueltos estos problemas del poder público se plantea el de quién es por derecho natural su titular primario y la Escolástica resuelve este problema, entendiendo que es la comunidad, la que posee esta potestad política y la que la transmite a quien le parece y de esta concepción nace la idea del contrato social como origen del Estado y del Derecho.

<sup>242</sup> Santo Tomás señaló que siendo el fin de la sociedad el bien común y no estando este sujeto a determinado individuo sino a la comunidad toda, es a esta a quien corresponde el nombramiento del titular del poder, nombramiento que no implica, en modo alguno, una renuncia a que la comunidad sea quien, en último término radica el poder, no siendo el titular otra cosa que el administrador de este poder, por así decirlo.

<sup>243</sup> Manuel García Pelayo, *Obras completas*, V.III, Centro Estudios Políticos y Constitucionales, tomado de la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* de la recensión del libro de Luis Recasens Siches, *Las teorías políticas de Francisco de Vitoria (con un estudio sobre el desarrollo de la idea del contrato social)*, Madrid, 1932, T. 161, pp. 143-147.

sujeto determinan que la noción de bien común se cambie por la de voluntad general y acabe por ser casi olvidada.

Como la voluntad es considerada cada vez más autónoma resulta progresivamente difícil encontrar criterios sólidos para el juicio político, puesto que no hay nada objetivo en lo que apoyarse.

Santo Tomás de Aquino considera que no hay alternativas que sustituyan a la noción de bien común, por la sencilla razón de que una comunidad no posee una forma que la constituya y como toda forma objetiva y, según dice Aristóteles en el libro V de la *Metafísica*, es un límite y tal forma y límites es el bien común de esa sociedad.

El verdadero bien común posee a cada uno y no cada uno al bien común y aunque en cierto sentido él es también propiedad de todos, lo es porque todos lo perfeccionan y lo que cada uno posee en exclusiva particularidad es lo que le separa de los otros mientras que lo que nos une a todos es lo que nos posee a todos.

El gobierno no es posible sin un acuerdo común acerca precisamente del bien común y requiere a personas seleccionadas, que para Tomás de Aquino no son meros representantes de la voluntad general sino más bien alguien que conoce mejor y más profundamente el bien común de la comunidad y precisamente por eso puede gobernar<sup>244</sup>.

Las ideologías retorcerán el pacto tácito Tomista (siguiendo a Aristóteles que consideraba a la sociedad como ente natural) por otro totalmente ficticio y por lo tanto falso, a la vista de su constatada realidad como lo es el Hobbesiano y más tarde de la mano de un auténtico incapaz mental y moral (Rousseau), cambiando el concepto espiritual de bien común, de arraigado contenido espiritual y moral, por el más material y tangible del interés general<sup>245</sup>.

Más adelante se hará mención de las tesis de Alejandro Nieto y Jaime Rodríguez-Arana respecto del mito de la voluntad general y respecto de la trascendencia de la cuestión debe tenerse presente que esta voluntad general determina el interés general o público, que constituye a su vez la finalidad última de la acción pública y cuya versión Voluntarista debe desecharse, ya que entiende que no constituye ni una alianza de intereses ni la suma de intereses individuales ni el resultado de un proceso de síntesis de los diferentes intereses particulares y considerándose dinámico se conectan con los principios del Estado Social de Derecho, lo que entiendo que viene a coincidir con la idea de bien común concebida por Santo Tomás, mayormente porque ese interés general no es ni el de un particular o conjunto de ellos ni siquiera el de la Administración local autora de la actuación, como nos recuerda la STS de 5 de febrero de 2008 (rec. 773/2004), recordando lo que se expuso en la de 26 de julio de 2006<sup>246</sup>.

---

<sup>244</sup> Rafael Alvira, "Sobre algunos conceptos políticos fundamentales en el pensamiento de Tomás de Aquino", *Revista Española de Filosofía Medieval*, 10, 2003, pp. 347 y 348.

<sup>245</sup> Como señala José de Oliveira Ascençao, la noción de bien común expresa de forma exacta e íntegra a otras por las que se sustituye como el interés general o el interés colectivo, con marcado carácter de lo que se denomina el interés, expresando el bien común, la unidad moral de suma de seres conscientes, autónomos y responsables, sobre la base de ser la persona (considero que más bien debería haber dicho el ser humano) una realidad ontológica que constituye una realidad que no se puede entender sino dentro su propia naturaleza. José de Oliveira Ascençao, "O "fundamento do Direito" entre o Direito natural e a dignidade da pessoa" *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, V. 52,1-2, 2011, pp. 42 y 43.

<sup>246</sup> Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, "El interés general en el Derecho Administrativo: notas introductorias", *Revista Jurídica de Canarias* n° 24, 2012.

La doctrina del religioso- santo será alterada por los dictadores más sangrientos que ha conocido la Humanidad, desde Napoleón a los distintos líderes nazis y comunistas.

#### 4. ¡ EL FELIZ MUNDO DE LA MODERNIDAD !

El pensamiento individualista griego (el hombre es un pequeño mundo) y el personalismo cristiano, asentado sobre el anterior por obra de Alejandro Magno y continuado por el Imperio romano se basaban en la continuidad social fruto de la razón natural, cuyas fuentes eran la lógica y la naturaleza, que se desarrollaba sobre la base de acontecimientos.

En la Edad Moderna y especialmente durante el Renacimiento se dice que sobre la base de la sociedad clásica y la civilización grecorromana se aspira a una sociedad ejemplar, que en el Iluminismo es concebida por el déspota iluminado y cuya razón personal se considerará válida para todo tiempo y lugar, y que Hegel remitirá al campo de la filosofía, que no al del Derecho, tal y como hasta entonces se concebía.

Tal paso no puede producirse sino por la transmisión de los derechos personales a la colectividad, de la que surgirá la cultura de los derechos del individuo ( conjugando de esta manera ambos elementos: individualidad y colectividad) a través de los derechos subjetivos, columna de construcción de los derechos humanos, a través de la teoría de los derechos públicos subjetivos, que ahora serán categorías estudiadas por la filosofía del Derecho, el Derecho Internacional, el Derecho Constitucional y por la Ciencia Política y bajo la perspectiva de los derechos de la personalidad se estudiarán en el Derecho Civil.

La evolución constante de la sociedad precisa de la del Derecho, que debe ser pareja a las mutaciones sociales<sup>247</sup>.

En el Occidente Medieval europeo y en otros Continentes se pensaba que el mundo era regido por un orden natural impuesto por Dios y la propia naturaleza, estructuras inalterables que era preciso respetar, considerando a las perturbaciones, que de vez en cuando sucedían como resultado de las infracciones de la ley del cosmos.

El mundo era una especie de máquina, que el hombre podía romper pero que acababa siempre por reconstruirse.

En el Occidente cristiano existía, durante la Edad Media, la idea de que los hombres seguían colectivamente un camino, con principio, medio y fin, desde la creación hasta el fin de los tiempos, entre el punto de partida y el de llegada, desde el Génesis a la Apocalipsis.

Fuera de la Europa cristiana no se creía en una intervención tan próxima de Dios.

La historia se basaba en la sucesión de las estaciones del año, después del frío del invierno venía la primavera y de ahí el calor del verano, para volver más tarde el otoño y el invierno, y así comenzaba el ciclo, que traía la muerte pero también la renovación periódica de la naturaleza; a las noches le

---

<sup>247</sup> José de Oliveira Ascensão, “O “fundamento do Direito” entre o Direito natural e a dignidade da pessoa”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, V. 52,1-2, 2011, pp. 31-43.

sucedían los días y así sucesivamente.

Los imperios tenían sus épocas de triunfo y sus días de infortunio.

Las civilizaciones y las religiones condenaban las desigualdades, y siempre se ha dicho que se debía ayudar a los pobres, atribuyéndose a los detentadores del poder, la obligación de minorar el sufrimiento en todas las épocas y latitudes, siendo preciso, en todo caso, reparar el mal causado indebidamente.

Simplificando mucho, se puede decir, que cuando los europeos comenzaron a conocer a otras civilizaciones se dieron cuenta de su superioridad técnica a través del dominio militar y pensaron que su poder podría dominar todo el mundo y caminar hacia una sociedad que abarcara la Humanidad entera.

Sin lugar a dudas fueron España y Portugal las pioneras en estos viajes y la puesta en escena más explícita de este fenómeno lo constituye la conquista de México por Hernán Cortés.

Esta idea duró siglos y constituyó el germen de los principios de acción que se acentuaron con la Revolución Francesa y perduran todavía de manera dominante en la sociedad europea, basados en la creencia económica y técnica derivada de la capacidad humana, manifestada por los inventos y el desarrollo económico, que junto con la aplicación de la racionalidad en la política, a través de la conquista generalizada de la libertad individual y colectiva, y la lucha por la igualdad de todos los hombres y la supresión de las desigualdades y las injusticias, traería el bienestar para todos.

El descubrimiento de las leyes de la evolución de las especies del reino animal y vegetal, interpretadas como un proceso de perfeccionamiento constante, vinieron a dar apoyo científico a estas ideas y a finales del s. XIX parecía absurdo no creer en el progreso universal, tornándose la Modernidad, en la concepción no solo dominante sino absoluta, tanto en Europa como en América.

Desde el triunfo del Iluminismo se pasó a concebir la evolución de la Humanidad como un proceso que excluye la irracionalidad de las ideas, que se consideraba que hasta entonces (erróneamente como se verá) habían guiado al mundo, asegurando el triunfo progresivo de la razón, considerando al hombre constructor exclusivo de su propio destino y ello, además, a través de una razón tendencialmente totalizante.

La Humanidad pasó a ser dirigida de acuerdo con tales principios de interpretación, que se consideraban universalmente válidos, tratando a los eventuales fracasos como una cuestión que se podía y debía solucionar a través de la razón.

La globalización vino a cerrar todavía más el horizonte, al considerarse rechazable la sacralidad de los valores diferentes a los de la Modernidad, como un principio sin retorno.

La tendencia a la apropiación del poder fue capaz de vencer todas las resistencias y la exclusión de soluciones parciales, y lo que se consideraba el mejor régimen político, la democracia, fue preciso imponerla a todos los países como acciones derivadas de la exclusividad del principio racional y totalizante, que implicaba que se debía abandonar cualquier postulado trascendental de lo absoluto, como aquellos en los que se apoyaban los sistemas Antiguos y Medievales.

Se imponía la degradación de los valores sagrados, que dejaron de ser incontestables mientras que los nuevos sí que lo eran y de los que se decía que se tenía hasta evidencia empírica, lo que, realmente, no era sino una convicción, ya que no se podían tener, todavía, pruebas medianamente

fiables.

A partir del principio de Modernidad, la conciencia del mal generalizado fue más intensa, y este fenómeno dio lugar a la construcción de sistemas destinados a repararlo o a promover la reforma de las estructuras sociales, con la imaginación de tiempos y lugares donde desaparece el mal, de manera que, por la actuación eficaz de los nuevos valores y conceptos, llegaría a afectar a la sociedad.

Al sistema de organización social se llamó ideología y la imaginación de lugares donde reina la armonía perfecta, que se alcanzaría en un tiempo razonable, se llamó utopía<sup>248</sup>.

Para valorar adecuadamente esta situación hemos de tener en cuenta el progreso de la Humanidad.

Si nuestros antepasados, incluidos el *homo neanderthalensis* y *homo sapiens*, tardaron aproximadamente un millón de años en llegar a utilizar las piedras como instrumento de doble filo para cortar y, prácticamente, otro millón de años para la utilización de los cuchillos de sílex y del dominio del fuego, y comenzó hace 10.000 la revolución Neolítica hacia la agricultura debe considerarse impresionante y vertiginoso, el cambio que ha sufrido el hombre en los últimos 400 años, con una aceleración progresiva en las últimas centurias y los retos que se divisan en el horizonte del hombre de hoy.

Fruto de la burbuja en que se encontraba Occidente, Fukuyama predicó El fin de la historia sobre la base de que el Liberalismo económico y político, ideas Occidentales que finalmente se habían impuesto en el mundo, con agotamiento de las ideologías alternativas.

Los nacionalismos habían sido derrotados, la integración europea estrenaba moneda única y el comunismo había desaparecido, de manera que, como la razón científica conducía, inexorablemente, al capitalismo y el libre mercado facilitaba la iniciativa personal y la competencia para permitir la innovación tecnológica, con respeto de los derechos humanos se pensaba haber alcanzado la más absoluta perfección y felicidad.

Sin embargo, no debe olvidarse que tal idea del fin de la historia por haberse encontrado la perfección no es originaria sino que su mayor difusor fue Karl Marx, que la tomó de Hegel, siendo bien conocido, sin embargo, el error de toda la ideología relativa a la infraestructura, la superestructura y el método dialéctico de resolución de conflictos.

Como ya se ha señalado, la gran parte de los filósofos, historiadores e investigadores, y la mayor parte de la sociedad europea Occidental, completamente absorta en esa nueva religión civil, que se dice laica, tienen la sensación de vivir o haber vivido en el mejor de los mundos pero tal fenómeno no es real sino un mero sofisma o voluntarismo, que descubriremos en toda su extensión cuando nos liberemos de los prejuicios.

Aunque se dice que desde la *Bill of Rights* de 1869 en Inglaterra quedaba definitivamente encarrilada en la vía Liberal de Gobierno limitado, separación de poderes, sufragio y reconocimiento de derechos con la libertad de expresión y asociación, de propiedad y de integridad física, con

---

<sup>248</sup> José Mattoso, *Levantar o Céu. Os labirintos da sabedoria*, Circulo de leitores e temas e debates, 2012, pp. 61 y sgts. Este profesor portugués, que se doctoró en Historia por la Universidad Católica de Lovaina (Bélgica) ha sido galardonado con el Premio de Historia Medieval Alfredo Pimenta (1985), el Premio de Ensayo Pen Club (1986), el Premio Pessoa (1987), el Premio Böhus-Szögyény de Genealogía (1991) y el Trofeo Latino en 2007. Desde Mayo de 2010 es el Presidente del Consejo Científico de las Ciencias Sociales y Humanidades de la Fundación para la Ciencia y la Tecnología.

abolición de la tortura, libertad de empresa y religiosa se produjeron con posterioridad severas discriminaciones contra los puritanos y especialmente contra los los católicos durante el s. XVIII, con la prohibición de matrimonio entre católicos y protestantes en vigor hasta 1778 e imposibilidad de que los católicos sirviesen en el ejército, la exclusión de puritanos y católicos del sufragio y la prohibición de que los católicos heredasen tierras de un protestante o el ejercicio de la abogacía hasta 1793; siendo las últimas discriminaciones legales contra los católicos de 1829, incluida la interdicción, hasta entonces vigente, que impedía a los católicos el ejercicio de la función judicial<sup>249</sup>.

La idea que atribuye a los católicos la defensa férrea de su religión a través de la Inquisición mientras que la libertad religiosa es obra de los anglicanos, como grandes defensores de la libertad de conciencia, no obedece sino a la leyenda negra que contra el imperio español se utilizó en los Países Bajos, especialmente por Guillermo de Orange y prueba de ello es el *Mayflower*, en el que viajaban congregacionistas, cuáqueros, menonitas, luteranos y toda la grey de raíz calvinista, que se conoce con el apelativo de puritanos.

El catolicismo ha sido objeto de represión constante en Inglaterra desde que en 1534, Enrique VIII, a través del “Acta de Supremacía” se proclamó jefe absoluto y único de la Iglesia de Inglaterra y dueño de sus propiedades, a lo que, como se sabe, se opusieron personajes tan importantes como Tomás Moro y fue rechazada por 7 conventos Franciscanos mientras que los cartujos de Londres eran decapitados y descuartizados .

Tras la muerte del Rey, María I, hija de Catalina de Aragón, restableció el catolicismo, surgiendo en esta época, porque así se denominaban a sí mismos, los anglicanos, es decir, ingleses, como si los católicos no lo fueran.

Isabel I, hija de Enrique VIII y Ana Bolena, se apoyó en la nueva religión como forma de fortalecer su posición y estableció “el juramento de Supremacía” para quienes desempeñaran cargos eclesiásticos y civiles, con obligación de acudir a los actos religiosos del nuevo culto y de denunciar a quienes no lo hiciesen, con graves sanciones en ambos casos.

En 1585 el Parlamento inglés dió 40 días de plazo para que los sacerdotes católicos abandonaran el país y se prohibió la misa católica pública y privadamente.

Hasta 1850 no existieron cementerios católicos en Inglaterra cuando nuestra Inquisición Española hacía mucho tiempo que había desaparecido.

Y esta intolerancia no es exclusiva de los ingleses sino que se respiraba en todo el territorio protestante, incluidos los “civilizadísimos” escandinavos.

En 1536, el rey de Dinamarca Christian III decretó la conversión obligatoria de todos sus súbditos y en 1624 entró en vigor la ley que condenaba a muerte a todo sacerdote católico sorprendido en territorio danés.

Quienes se convirtieran al catolicismo sufrirían la confiscación de sus bienes, negándoseles también el derecho de hacer testamento, de manera que al morir, todas sus posesiones pasaban automáticamente a la Corona.

---

<sup>249</sup> Francisco José Contreras, *La Filosofía del Derecho en la Historia*, Tecnos, 2016, pp. 163-165 y 175-180.

Hasta 1860 todo danés, sueco o noruego que abjuraba de la religión oficial incurría en pena de exilio y confiscación de sus bienes.

Se va a hacer referencia a continuación, a una cuestión de especial gravedad, no solo por las circunstancias y ámbito geográfico en el que se produce sino por la fecha.

Como señala Elvira Roca, es muy grave acusar a un pueblo de genocidio y no puede hacerse a la ligera pero describe las circunstancias que concurren en el caso y la postura de varias asociaciones y del *Famine Museum* de Irlanda en EEUU, que defienden lo que ellos consideran un genocidio, es decir, el intento sistemático y deliberado de acabar con un pueblo, y así se estudia en las escuelas de varios Estados de USA.

Se trata de la hambruna que vivió Irlanda a mediados del siglo XIX, que se suele imputar al escarabajo de la patata, epidemia que también vivieron Finlandia y Escocia, siendo evidente, que la patata no es el único alimento con el que una persona puede sobrevivir, destacando que a diferencia de Escocia, los puertos irlandeses aumentaron la exportación de alimentos entre un 30 y un 40%, la población protestante no sufrió hambruna y el ejército británico desplegó unos 200.000 hombres para garantizar el flujo de las exportaciones.

Se rechazaron las ayudas de EEUU y del sultán otomano y los cuáqueros ofrecieron abierta y públicamente alimentos para los católicos irlandeses y fueron pocos los que denunciaron la situación<sup>250</sup>.

Un millón de Irlandeses murió de hambre y otro millón tuvo que emigrar, lo que constituyó el inicio del fin de la ocupación de Irlanda, ya que cuando los inmigrantes se establecieron, constituyeron una fuente inagotable de ayuda, con la que Irlanda pudo declarar su independencia en 1922<sup>251</sup>.

Puede decirse, con gran fundamento que nunca la Humanidad ha sufrido tanto ni se han producido tantas víctimas, incluso mortales, como en los S. XIX y XX, desde los fenómenos revolucionarios franceses, las distintas revoluciones liberales, las dos Guerras Mundiales, la Guerra Fría, Stalin y la Unión Soviética, China y su revolución cultural, los conflictos del Sudeste asiático, Pol Pot en Camboya o el tablero Africano, no siendo ajeno a esta mentalidad y método de resolución de la felicidad humana, el actual fenómeno de las emigraciones masivas.

Considero, al igual que la Red Española de Filosofía, que la desaparición en 2012 de la asignatura de filosofía en nuestras enseñanzas Medias constituye una pésima noticia para nuestro sistema educativo, y para el adecuado y firme desarrollo de nuestra sociedad, sin que sirva de justificación su desaparición en los estudios medios del resto de países Europeos salvo Francia e Italia, e incluso de la universidad en los países Nórdicos y Anglosajones.

Esta asignatura ayuda a pensar y tener un espíritu crítico, de manera que desarrollan la inteligencia y crean una capacidad de impugnar el orden preexistente por otro más adecuado, motivo por el que

---

<sup>250</sup> La madre de Oscar Wilde lo tuvo que hacer bajo pseudónimo. Thomas Carlyle dijo que Irlanda era como una rata medio muerta que se cruzaba en la senda de un elefante y a la que se debía suprimir y un editorial del periódico *The Times* de 2 de septiembre de 1846 decía que pronto el celta sería tan raro en las riberas del Shannon como un piel roja en las riberas de Manhattan.

<sup>251</sup> María Elvira Roca Barea, *Imperiofobia y la leyenda negra, Roma, Rusia, Estados Unidos y el Imperio Español*, Siruela, Madrid, 2016, pp. 204-215.

existen intereses para que no se desarrolle y sea conocida.

La filosofía recoge nuestra tradición y constituye una respuesta y un método de reflexión sobre los conceptos que preocupan al hombre<sup>252</sup>.

Resulta sorprendente que desde que se produjo lo que podríamos llamar la liberación del hombre de Dios, de la que puede ser ilustrativa la frase de Nietzsche “Dios ha muerto”, la emancipación del hombre no parece que esté al alcance de la mano sino que quizás se encuentra más alejada, toda vez que en la actualidad, todo parece global y anónimo.

No solo porque desconocemos el último fundamento y razón de nuestro ser sino porque parece ser, que nos encontramos en un mundo en el que no se sabe, realmente, quién toma las decisiones ni nadie parece hacerse responsable de lo que sucede cuando, precisamente, la emancipación del hombre proviene de ser consciente de lo que hace, sentirse responsable de sus decisiones y, cada vez más, se tiene la sensación de que la participación, la opinión, la cooperación, la colaboración y la capacidad de oponerse se diluye ante lo desconocido.

Los medios de comunicación digital provocan disfunciones que no favorecen el desarrollo de una capacidad de vivir sabiamente, de pensar en profundidad y de amar con generosidad.

Los grandes sabios del pasado, en este contexto, correrían el riesgo de apagar su sabiduría en medio del ruido dispersivo de la información, que no contribuyen, como debieran, a un nuevo desarrollo cultural de la Humanidad, colaborando en un deterioro de su riqueza y sabiduría más profunda<sup>253</sup>.

---

<sup>252</sup> Privar a los estudiantes de la asignatura de filosofía significa borrar, para una parte muy importante de la sociedad, el conocimiento de nuestros orígenes culturales y ello no solo para estudiantes de Letras sino también para los de Ciencias o Artísticos, ya que en el siglo de la postverdad, los algoritmos o la robótica se requiere de una gran reflexión sobre los nuevos cambios tecnocientíficos y la filosofía articula, en general, las competencias ciudadanas como la argumentación, no entendida como enfrentamiento sino como diálogo. El debate y el juicio crítico ayudan a pensar como medio de resolución de los conflictos y problemas, y a librarnos de las exigencias que pretenden imponernos los dogmatismos”. La filosofía en pie de guerra”, *El País*, 14 de julio de 2017, p. 27.

La filosofía nos ha invitado a hacernos dueños de nuestra actuación, para poder pensar antes de actuar y sobre todo para alcanzar independencia de juicio y autonomía de acción pero la sociedad actual se caracteriza por el ruido constante de nuestras vidas, de nuestros oídos, nuestros ojos y nuestro tacto a través de nuestro teléfono móvil o nuestra tablet, que nos están llamando constantemente la atención. Se debe acallar el molesto ruido de nuestro alrededor para reconquistar nuestra emancipación y no ser esclavos del entorno del conocimiento y de la sociedad, ya que la rapidez y aceleración de nuestra época nos impiden poner en cuestión los distintos imperativos a los que nos someten los ideales de progreso, éxito y felicidad, y la exposición a la que estamos sometidos es la propia expresión de los valores comerciales y del centro comercial en que se mueve la sociedad, ya que las redes se convierten en datos que las empresas y la publicidad emplean para dirigir nuestra conducta hacia los objetos y modelos que no se determinan de un modo democrático, a la vez que vivimos en la sociedad de la vigilancia lo que se debe revertir para no ser esclavos de nosotros mismos y dar paso a cabo un diálogo directo a través de la palabras reflexionadas y argumentada con los demás.

<sup>253</sup> La verdadera sabiduría, producto de la reflexión, del diálogo y del encuentro generoso entre las personas no se consigue con una mera acumulación de datos, que termina saturando y nublando a las personas, en una especie de contaminación mental y reemplazando, además, las relaciones con los demás.

Uno de los desafíos que implica la comunicación por internet es que da lugar a un nuevo tipo de emociones artificiales, que tienen que ver más con dispositivos y pantallas, que con las personas y la naturaleza, de manera que los medios actuales permiten que nos comuniquemos y compartamos conocimientos y afectos pero sin tomar el debido contacto directo con la angustia, con el dolor y la alegría del otro.

Debemos ser conscientes de que junto con la abrumadora oferta de estos productos se desarrolló una profunda y melancólica insatisfacción en las relaciones interpersonales y una soledad dañina.

Como pone de manifiesto Alejandro Nieto nada hay tan fácil como lavar cerebros, haciendo creer, sentir y comportarse a los individuos como sus manipuladores quieren, que es lo que se ha hecho desde siempre por la política y es por ello que, gracias a estos embaucamientos, los vasallos han soportado con mansedumbre a sus señores laicos y eclesiásticos, y han participado, incluso con entusiasmo, en las más diversas vicisitudes de la historia, en luchas dinásticas y religiosas, que poco o nada les importaban.

Con relación a la materia que más directamente nos interesa señala que un eslogan que nadie entiende sirve para desviar nuestra atención de una pregunta que sí que tiene significado, como lo es el sentido de la justicia, el derecho y la ley, cuestiones cuya altura produce vértigo y cuya respuesta puede desasosegarnos e impulsarnos a seguir preguntándonos y eventualmente a distanciarnos del pensamiento de los dominantes y hasta a exigir responsabilidades.

Pero como esto no es lo que quiere el poder, de ninguna de las maneras, la política da una larga cambiada que desconcierta al toro intelectual y le engaña con el capote que no es más que trapo y aire, metiéndole en el terreno del imperio de la ley, el Estado de Derecho, el principio de legalidad y otros latiguillos semejantes que entretienen a los juristas con eslóganes huecos que presenten ventajas irresistibles, dado que ofrecen la seguridad de una compañía numerosa y son cómodos, puesto que están bien fabricados, no necesitan de reflexión individual propia y mantienen buena conciencia, produciendo, más bien, sentimientos que estados intelectuales.

Esto lo sabían muy bien quienes inventaron los eslóganes del imperio de ley y el Estado de Derecho, y tejieron en torno a ellos, una leyenda tan hermosa como irreal.

Considera que existen dos tipos de intelectuales: uno que considera que la justicia ha abandonado definitivamente la Tierra y hace, sencillamente, lo que cree que debe hacer, sigue su camino y pase lo que pase no se preocupa de lo que hagan los demás, ya que, únicamente, le importa su salvación personal.

Este comportamiento estoico solo incide directamente en la vida social a través del ejemplo, puesto que el jurista estoico, ya sea juez, abogado o profesor, aborda los conflictos con honestidad y dignidad, por lo que se trata de personas que siempre han sido admiradas por la sociedad y, además, proporcionan a los ingenuos, la esperanza de que algún día, si todos obraran justamente, la sociedad entera se volvería justa.

Otra postura es la de quienes, con cierta desesperanza y considerando la justicia una utopía, realizan su labor al servicio de la sociedad, poniendo al descubierto los falsos paradigmas<sup>254</sup>.

Frente a la limitación del poder soberano y el respeto de los derechos humanos apuntado por la Segunda Escolástica, los derroteros de la Modernidad serán muy diferentes.

Dante D'Alighieri, a comienzos del siglo XIV, afirmaba que todo podía ser modelado por la voluntad del monarca y Bodin, que después de Dios nada hay de más importancia que los príncipes soberanos y que quien menosprecia a estos príncipes desprecia a Dios, ya que constituyen su imagen sobre la Tierra.

La soberanía del Estado condujo al modelo Absolutista del poder Real, evolución en la que

---

<sup>254</sup> Alejandro Nieto, *Balada de la Justicia y la Ley*, edit. Trotta, Madrid, 2002, pp. 287-298.

desempeñó una función trascendente Lutero, con su contribución a la desaparición de la unidad cristiana y la subordinación de los príncipes al Papado en la república cristiana, en la línea marcada por Marsilio de Padua en el siglo XIII, al considerar que el poder secular cristiano debe ejercer su ministerio, libremente, sin impedimentos que puedan objetar el Papa, los obispos o los sacerdotes.

El Protestantismo ha constituido un firme aliado del poder absoluto de los príncipes que, no obstante, sobre la base del fundamento racional de las leyes entendía que si el príncipe se encuentra errado no existe obligación de obedecerle, si bien existe el previo deber de los hombres de obedecer con temor y reverencia a sus gobernantes, ya que su autoridad se funda en Dios por lo que puede considerarse a Lutero precursor del “Estado obediencia”. Maquiavelo apuntaba en términos de utilidad práctica y al margen de la moral, la conducta de *El Príncipe* <sup>255</sup>.

Desde el tratado de Westfalia de 1648 hasta nuestros días, el territorio ha sido el lugar geográfico en el que los poderes del Estado han desplegado su máxima capacidad por lo que el principio de territorialidad ha ocupado en la ciencia política y en la praxis internacional una función determinante, disponiendo el monarca sobre el territorio del Estado un poder similar al del *dominus* en el Derecho romano, es decir, de una potestad total.

La Revolución Francesa trasladó esa titularidad a la nación, cambiando la titularidad pero no el contenido del derecho, porque continuó siendo absoluto y se siguen aplicando, por lo tanto, las mismas reglas del Derecho romano con relación a los inmuebles.

No debe olvidarse que la Humanidad necesita espacios globales, que la Tierra es de todos, y no de todos los Estados sino de todos los hombres, sin mediación de entes artificiales, que el pueblo es incluyente, la nación Ilustrada no lo fue jamás y que la comunidad ha de ser incluyente.

El mundo no es ancho ni ajeno, por lo que Domingo Oslé también destaca el gran interés que para la ciencia del Derecho cumple la generalización de la expresión patrimonio común de la Humanidad <sup>256</sup>.

Esta civilización de los derechos ha conducido a los hombres a una mediocridad.

La felicidad es sustituida por la publicidad, la propaganda y la lisonja e ignora la realidad ética del hombre, cuya libertad, que se reclama como personal y social, se llena de reivindicaciones y derechos pero que se convierte, realmente, en un enemigo, en una declaración latente de guerra compuesta de armisticios localizados y precarios, que constituyen un obstáculo insalvable para alcanzar, lo que desde siempre se ha considerado constituye el contenido de la felicidad.

Un concepto de dignidad que a la vez que sirve para todo no sirve para nada y cuya utilización acrítica y promiscua desgasta las palabras <sup>257</sup>

---

<sup>255</sup> Paulo Otero, *Instituições políticas e Constitucionais*, V. I, Almedina, 2016, pp. 133-143.

<sup>256</sup> Utilizada por primera vez en la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1970, en la Declaración sobre protección de los fondos marinos y oceánicos y hoy firmemente consolidada. Rafael Domingo Oslé, *¿Qué es el Derecho global?*, Premio Rafael Martínez Emperador, 2007, CGPJ, 2008, pp. 19 y 105-127.

<sup>257</sup> José de Oliveira Ascensão, “O “fundamento do Direito” entre o Direito natural e a dignidade da pessoa”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, V. 52,1-2, 2011, pp. 38-41.



### III. RELIGIÓN, POLÍTICA, RAZÓN Y DERECHO

A pesar de que razón, religión, política y Derecho son conceptos dotados de autonomía por referirse a distintos aspectos no puede negarse que lo hacen de una misma realidad y por lo tanto se encuentran interrelacionados y condicionados entre sí<sup>258</sup>, sobre la base esencial de afectar o tener como una de sus finalidades de estudio, la faceta del deber ser, que es determinada por la mente humana siguiendo determinado criterio.

Entiendo, no obstante, que es la religión, la que existe de forma primigenia y de forma más directa, la que condiciona a la razón y a la política, y a través de ellas, al Derecho<sup>259</sup>.

Aunque en este apartado se pretende estudiar a cada uno de ellos, con cierta independencia, resulta necesario apelar a los otros para obtener un resultado más cabal de su evolución y contenido.

Partiendo de los principios siguientes, se puede llegar a las consecuencias que se van a exponer: 1) que los pensamientos complejos surgen con posterioridad a los simples, 2) que los pensamientos simples se encuentran con mayor facilidad que los complejos entre las mentes menos desarrolladas, 3) que con el tiempo, una mente, una persona o una civilización menos desarrollada puede llegar a un mayor desarrollo, 4) que la voluntad es connatural al ser humano mientras que la razón, sobre todo si por tal concepto se entiende la rectamente entendida, como la obtenida a través de la deducción, la inducción, la analogía o cualquier juicio correcto sobre una materia, precisa de un examen sereno, reflexivo, de cierta intensidad y duración en las personas. La cuestión de si se debe desconectar de la tradición o de la autoridad por fluir directamente del hombre ordinario es una cuestión que también se abordará<sup>260</sup>.

A Platón y a Aristóteles ya les consideraban sus contemporáneos personas de una gran capacidad intelectual y desde entonces, la admiración de los mortales por sus obras y apreciaciones no ha hecho más que aumentar. Todos los filósofos tienen presentes sus aportaciones al conocimiento humano.

---

<sup>258</sup> Su interdependencia puede ser mayor o menor e incluso puede decirse que sus relaciones pueden estar revestidas de una mayor o menor coherencia. En este sentido, considero que se debe tener presente que Eduardo Vera-Cruz Pinto destaca la necesaria equidistancia que debe existir entre estos elementos en un Estado de Derecho, si bien, al ser necesarios los consensos normativizados bajo formas de relación y cooperación sea preciso una interrelación entre ellos, si bien sin bajar nunca completamente las barreras. Eduardo Vera Cruz Pinto, *Introdução ao estudo do Direito Romano. As questões fundamentais*, AAFDL, Lisboa, 2021, p. 59.

<sup>259</sup> William Blackstone destacó en una clase de 25 de octubre de 1758 que el Derecho es la más útil y racional rama del aprendizaje. Cit. Gary Slapper y David Kelly, *O sistema jurídico inglês*, 2011, prefacio.

<sup>260</sup> Por todo ello considero que: A) un concepto más simple sobre la deidad, su existencia y características que la adornan, guarda más relación con la mera voluntad. Para los hombres más primitivos, una explicación sobre Dios y sus atributos se asentaba sobre la mera voluntad de la existencia de Dios, sus obras y manifestaciones. No se preguntaban los mortales si sus obras eran buenas o malas, simplemente eran, porque lo había querido aquel que se consideraba tan poderoso como el sol, el viento, el rayo, el fuego o el causante de las fatalidades o del giro del sol (los dioses griegos, por su mera voluntad, juegan con los hombres) B) el monoteísmo y la consideración del bien y del mal sobre la base y la existencia de un ser supremo bueno, todopoderoso, que premia a los buenos y castiga a los malos, como categoría capaz de ser asimilada por los hombres, sobre la base de una experiencia y capacidad de conocer, y al propio Dios como parte de sí mismos constituye, sin duda, una posibilidad solo al alcance de una mente muy desarrollada, tanto desde el punto de vista de la concepción o entendimiento de la religión, como de la propia aptitud del sujeto capaz de captarlo.

La religión cristiana, por los elementos que utiliza, no puede decirse que utilice conceptos que no hayan sufrido una evolución desde los orígenes de la concepción de la deidad o se base en fenómenos, cuyas características sean fácilmente desvirtuables.

Precisamente en el s. XIII, con Santo Tomás, confluyen estas tendencias religiosa y filosófica, aspecto en el que ya había incidido San Agustín en el s. IV, que nos describe a un Dios adornado de tales elementos complejos elaborados por los teólogos cristianos, que tienen presente el conocimiento de los filósofos griegos.

José Manuel Sáiz<sup>261</sup> destaca que tras los errores de la II Guerra Mundial, Europa se tuvo que levantar por Konrad Adenauer, Alcide de Gasperi, Jean Monnet y Robert Schuman, siguiendo los mismos parámetros que se han utilizado desde sus inicios cristianos, como una opción espiritual a favor del perdón y una voluntad de superar la violencia por el diálogo y la solidaridad.

El Luteranismo valora la fe sobre la base de cierta teología Agustiniense<sup>262</sup>, los argumentos que había vertido contra el pelagianismo y las circunstancias políticas y Papales, que ya habían aparecido antes y habían sido derrotadas por la postura española, así como el principio *cuius regio eius religio*, que se encontraba en contra de la tradición Medieval<sup>263</sup>.

Como ya pusieron de manifiesto los maestros de Salamanca o el jesuita Gracián, las tesis de Maquiavelo en *El Príncipe*, como basculaban el poder en el soberano y no en el orden moral a que también debía someterse, desembocarían, inevitablemente, de un lado, en la inmoralidad y, de otro, en el despotismo, si el príncipe prescinde del orden moral.

De acuerdo con la primera Reforma católica, con notable influencia en la doctrina hispana, desarrollada en tres escenarios: italiano, renano y español, y que se plasma en las obras *Imitatio Christi* y *Exercitationes Spirituales*, el Concilio de Trento destaca tres puntos: 1) el que viene marcado por un optimismo filosófico: la naturaleza humana, pese a las consecuencias del pecado original, conserva todas las facultades para obrar el bien, 2) el conocimiento científico no queda reducido a la observación y experimentación, reconociendo la importancia de estas pero también destaca que existen campos para el conocimiento especulativo que sirve a la razón, y a veces mucho más importante que aquellas, 3) no es la letra de la ley la que salva sino el espíritu que la informa, de modo que el simple cumplimiento de las normas, aunque sea imprescindible, no basta.

---

<sup>261</sup> José Manuel Sáiz, “La visión cristiana de los padres de Europa”, *Unidad de Investigación sobre Seguridad y Cooperación Internacional (UNISCI)*, nº 14, 2007, pp. 115-129.

<sup>262</sup> Señala Manuel Villegas Rodríguez, que aunque es innegable que San Agustín tuvo cierta influencia en Lutero, sobre la profundidad de esta influencia se opina de manera desigual en la doctrina, considerando que Lutero leyó algunas de sus obras durante el periodo que enseñó como profesor de la Universidad de Wittenberg, hasta el año 1520, más o menos, pero los estudios históricos demuestran que esa influencia fue muy diversa según las etapas de su vida y que desde esa fecha Lutero le cita de forma selectiva y fuera de contexto aunque mantiene un gran aprecio por su persona. Manuel Villegas Rodríguez, “San Agustín en los escritos de Lutero”, *e-Legal History Review*, 24, 2017.

<sup>263</sup> Lutero llegó a tres conclusiones que significaban, para la Reforma española, una verdadera destrucción: 1) que el daño sustancial infligido a la naturaleza humana por el pecado original niega a esta su albedrío, 2) como la razón no tiene capacidad para obtener conocimientos ciertos, solo las Sagradas Escrituras contienen la verdad, 3) que deben ser puestas directamente a disposición de los fieles, sin tener en cuenta, el magisterio de la Iglesia.

Es la fe con obras pero tampoco pueden admitirse las obras sin la fe, si bien como señala San Juan de la Cruz : “desengañate, a la tarde te examinarán en el amor”<sup>264</sup>.

Las aportación de Escoto y Ockam se centran en el voluntarismo de Dios y la inexistencia de los universales, que posteriormente servirán a los no creyentes, a otro tipo de creyentes dentro de la religión cristiana e incluso a los católicos, tras una evolución de las ideas.

Considero que tales aportaciones de estos dos autores ni son tan relevantes ni puede decirse que contengan un espíritu real contrario a las consecuencias a las que se ha llegado<sup>265</sup>.

Estos autores de los s. XIII y XIV son posteriores a Santo Tomás, que desarrollan una faceta del pensamiento cristiano que no parece pudiese haber pasado desapercibida a los pensadores cristianos hasta esa fecha, dada la naturaleza de la fe y las creencias religiosas, por lo que se debía admitir que eran más simples y no podían desarmar la perspectiva de Santo Tomás<sup>266</sup>, que ya abordó la cuestión y le da una respuesta más desarrollada, considerando que la voluntad no es la primera norma, ya que está dirigida por el conocimiento y no solo en nosotros sino también en Dios<sup>267</sup>.

Frente a este conocimiento a través de la razón, de lo que constituyó la tradición griega y cristiana, se alza el Voluntarismo también del Derecho.

Si los únicos sujetos son los entes singulares no queda otra alternativa en el campo jurídico, que reducirlo a las meras prerrogativas de esos sujetos y además, si del Derecho y de su configuración se prescinde de la realidad y de la justicia y depende de la mera voluntad, la confluencia es lo va a determinar su dinámica, como se pone de manifiesto en las teorías de Hobbes o Rousseau.

---

<sup>264</sup> Luis Suárez Fernández, *Lo que España debe a la Iglesia Católica*, Homolegens, 2012, pp. 201-210.

<sup>265</sup> Este Nominalismo, no lo olvidemos, se formó en personajes y pensadores eminentemente católicos: Franciscanos y de este extremo no debe presentarse duda alguna. Por lo tanto, extraer consecuencias de estos pensamientos en contra de la religión supone desvirtuar su espíritu. Estos autores tampoco ponen de manifiesto la vacuidad de las obras. Su fideísmo aspira a subrayar la espiritualidad cristiana fuera de la contaminación de los filósofos helenísticos, especialmente, de Platón. Elio A. Gallego, *Tradición jurídica y derecho subjetivo*, Dykinson, 2005, p. 104. Quizás tampoco pueda descartarse una oposición a un Papado totalmente dominado por Francia, que quizás se ponga de manifiesto en la controversia de la naturaleza de los bienes de la Orden Franciscana.

<sup>266</sup> Manifestar que lo que Dios manda es bueno porque lo manda Dios no es sino un voluntarismo de los primeros tiempos religiosos del hombre, con el añadido de que Dios es bueno. Cuestión de menor calado intelectual, sin duda, que la desarrollada sobre la esencia del Dios cristiano contrastado con la filosofía griega. Ese voluntarismo, como se ha dicho es, prácticamente, connatural al ser humano, si bien más desarrollado al encontrarse ya dotado de ciertos atributos intelectuales, que atribuye bondad al Dios omnipotente. Si bien, supone un triunfo a la voluntad sobre el intelecto, propio de las culturas, civilizaciones o personajes menos desarrollados.

La voluntad de Dios, no solo del cristiano, es, sin duda, muy anterior y los primeros creyentes ya se debieron plantear este extremo de la voluntad de Dios en épocas muy pretéritas y superadas, siendo quizás la aportación de la bondad posterior. Cualquier persona con los sentidos intactos es capaz de constatar la existencia de un objeto y solo una mente más desarrollada, que quizás no se encuentre en los primeros meses de nuestra vida o de nuestra estancia en la Tierra, es la que tiene capacidad de deducir o de inducir un modelo tipo de nuestra mente, fruto de un mayor desarrollo intelectual, y como todo lo que allí se forja, como pensamiento abstracto que es, carece de existencia práctica ( el mito de la caverna de Platón hacía mucho tiempo que había sido formulado).

<sup>267</sup> *De Veritate*, 23, 6. Por ello parece más propio del desenvolvimiento humano que el pensamiento de los Nominalistas debiera tener algún desarrollo, raíces o fundamento no solo en Santo Tomás sino a momentos previos al desarrollo humano de la época de Platón, que incluso se abordara y no se considerara enervante de lo que se sostenía como más adecuado y propio de una mente más desarrollada frente a un deísmo y conocimiento más desarrollado.

La ley, por obra de estos autores, será la fuerza capaz de imponerse por el Derecho/ derecho surgido de la confluencia. El derecho terminará por entenderse como la potestad o facultad sobre la cosa otorgada por el Derecho reducido a la ley, entendida como confluencia de facultades y sujetos.

Señala Díez Picazo que:

“En el terreno del derecho, la deuda no es tanto el deber del deudor de pagar cuanto el poder del acreedor en exigir y el poder subsidiario de poner en marcha una serie de mecanismos para que su interés en el cobro sea satisfecho. Lo prueba el hecho de que el acreedor puede renunciar a su crédito o perdonarle la deuda al deudor. De la misma manera, el deber de respetar la propiedad ajena presupone la posibilidad del propietario de exigirlo. Nada impide que el propietario renuncie a la propiedad o a reclamar la restitución de quien le ha despojado injustamente”.

El concepto primario en el terreno jurídico, señala Díez-Picazo, no es el concepto de deber sino el concepto de poder o tener derecho<sup>268</sup>.

De lo expuesto se deduce la primacía de la facultad del acreedor sobre el concepto de deber mientras que la realidad pone de manifiesto lo inverso, que es previo el deber a la exigencia del mismo, lo que parece más claro en los denominados derechos irrenunciables, en donde el deber existe al margen de su exigencia.

La corriente Realista del Derecho<sup>269</sup> destaca la insolidaridad que introduce el concepto de derecho subjetivo que no se salva acentuando la idea del deber, ya que el derecho ni es un poder exigir ni tampoco un deber sino un débito, que entraña tanto un deber como un poder exigir, sin ser exactamente ni lo uno ni lo otro, ya que el Derecho es una subjetiva vinculación de cosas y personas, una adecuación, una reciprocidad, una igualdad que implica deberes pero también al tiempo su exigibilidad.

La moderna teoría del derecho subjetivo desembocará, por esta perspectiva, en una sociedad más violenta y conducirá al Positivismo jurídico<sup>270</sup>.

Es muy numerosa la doctrina que considera que la teoría del derecho subjetivo ha afectado al propio concepto de Derecho, de sociedad e incluso al de persona.

Unos fundan sus bases en ella (de forma consciente o inconscientemente, mencionándolo directamente, dándolo por supuesto o partiendo de puntos de partida más formales) y otros la combaten pero casi todos le otorgan una importancia esencial.

---

<sup>268</sup> Luis Díez-Picazo, *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, Ariel, 1993, p. 75.

<sup>269</sup> Elio A. Gallego, *Tradición jurídica y derecho subjetivo*, Dykinson, 2005, pp. 65 y 72.

<sup>270</sup> A Gallego tampoco le parece convincente la teoría del derecho subjetivo como voluntad del sujeto de Windscheid, ya que con esta concepción no serían admisibles los derechos irrenunciables ni tampoco la consideración de los derechos subjetivos como intereses jurídicamente protegidos de Ihering, en tanto que de acuerdo con tales teorías, aun admitiendo su existencia dogmática, no todo interés jurídicamente protegido podría constituir un derecho subjetivo como podría ser el caso de la defensa nacional ni tampoco lo constituiría la combinación de ambos o las simples situaciones jurídicas protegidas, destacando también este autor, que las normas del *Digesto* y los diferentes conceptos que utilizan van a ser interpretadas, posteriormente, con diferentes parámetros de lo que lo fueron en su momento dentro del Derecho romano. Además esta afirmación de la primacía del derecho sobre el deber nos trae consecuencias que, en absoluto, se pueden considerar gratuitas.

Por experiencia ciudadana podemos concluir que cuando los grupos reclaman “sus derechos” de una manera más virulenta, las consiguen más fácilmente, de donde se deduce que los más débiles y realmente necesitados son los que tendrán menos derechos.

El hombre natural, aislado, nacido en condiciones de absoluta libertad e independencia, respecto de los demás hombres y en posesión de derechos fundamentales en esta misma libertad e independencia es una mera abstracción sin realidad alguna, ya que, de hecho en todos los casos, el hombre nace ya miembro de una colectividad, ha vivido siempre en sociedad y deseado mayoritariamente vivir en familia.

No se conoce un hombre, que se haya desarrollado adecuadamente, que no haya vivido en sociedad<sup>271</sup>.

Las consecuencias en el Derecho, como se verá, tampoco albergan mayor alegría: del derecho subjetivo se pasará al Derecho de manos del contrato social, que a todos nos convertirá, en el mejor de los casos y en mayor medida, en esclavos, como elemento arbitral de modelación de los egoísmos individuales, que traerá consigo el desplazamiento de la justicia por la fuerza, cuyo Leviatán no puede ser detenido, en estas condiciones, por los derechos fundamentales.

La realidad se pretende sentar sobre ficciones, que así se admite que son, lo que, de entrada, nos aleja de cualquier esperanza: el contrato social basado sobre un estado individual en la naturaleza, con una desposesión voluntaria y atribución de nuestros derechos por obra del Derecho, salvo de los denominados, aparentemente<sup>272</sup>, fundamentales.

Partiendo del Derecho en términos bien sustanciales si no absolutos, llegamos al derecho por manos del Derecho .

Partiendo de negar los universales por la confluencia de los particulares, los reconoceremos abstraídos de la confluencia, a través de su negación y superación, como máxima aspiración de la paz social de la mano del Derecho. De esta manera, sociedad y Derecho, Estado y Derecho se confunden<sup>273</sup>.

En una sociedad de separación de poderes o de supuesta limitación de los mismos, nunca el Leviatán había sido tan poderoso.

Si con el Renacimiento y la Modernidad se pretendía una vuelta a la Antigüedad Clásica, nunca como en estas épocas se habrían ignorado de forma tan evidente a sus filósofos más reputados: Platón y Aristóteles.

---

<sup>271</sup> Toda la doctrina sobre el fundamento del derecho subjetivo canaliza en un individualismo y presenta a la sociedad como algo opresor del individuo, de sus libertades y derechos, y además de tratar, sin duda, de una cuestión totalmente huérfana de realidad, que presenta una imagen triste y pobre de nuestra convivencia, en la que se nos hace pensar que nos sentimos arrastrados hacia una especie de maldición, que ha caído sobre los hombres, sin saber cómo ni porqué ni la causa por la que se ha llegado, necesariamente, a estas circunstancias. Elio A. Gallego, *Tradición jurídica y derecho subjetivo*, Dykinson, 2005, pp. 70, 93, 95, 96 y 97.

<sup>272</sup> Aparentemente, en tanto que se dicen preexistentes pero son los que dice el Derecho que son.

<sup>273</sup> Gary Slapper y David Kelly destacan que el Estado de Derecho se caracteriza por una alteración fundamental en la naturaleza del Derecho, abriendo amplios poderes discrecionales al poder público y limitando, de esta manera, el control del juez, con una extensión desmesurada de la resolución extrajudicial de las controversias y al margen de los procesos del Derecho, lo que que significa una disminución previa del poder del Derecho, que aparece configurado con un estatus de falta de autonomía, en pos, del interés general que preconiza el Estado y que cuando actúa dentro de este concepto lo hace, realmente, como un aspecto más de la actividad política. Gary Slapper y David Kelly, *O sistema jurídico inglês*, 2011, pp. 22-23.

Como dirá Sartre, el infierno son los otros y como diagnosticará Freud, la sociedad y la cultura son la causa de la neurosis y de la angustia, señalando Rousseau que el hombre era bueno hasta que la sociedad lo hizo malo. Todo lo cual no es cierto si se observa desde el adecuado punto de vista.

Según Santo Tomás, el hombre no puede vivir sin verdad y alegría, que le hacen más grande.

El hombre religioso de la tradición es un hombre con raíces y conciencia de pertenencia a una familia o a una sociedad, ya que el bien particular se ordena al bien común y la razón de ser de la parte se encuentra en el todo<sup>274</sup>.

Todo lo contrario a algo aislado, solitario y abstracto de los filósofos de la Modernidad.

Como señala Gallego, tras el acontecimiento cristiano, su sociabilidad no se agota en su pertenencia a la comunidad política.

Este arranque comunitarista o individualista es el que determina las sustanciales diferencias en el concepto de Derecho y avoca a radicales consecuencias, tanto respecto del concepto de Derecho como de colectividad.

Se quiere destacar que, como señalan los clásicos, Aristóteles y Santo Tomás, siendo la justicia más bella que el atardecer y la aurora, y siendo preferible sufrir la injusticia a cometerla, no nos damos cuenta hasta qué punto la justicia es una exigencia básica de nuestro ser, cuyo alcance no valoramos hasta que no sufrimos la injusticia, y ello aunque la raíz primera de la vida social no es la justicia sino el afecto, y sin afecto, los preceptos de la justicia serán insuficientes, si por debajo de los mismos no echa raíces el amor<sup>275</sup>.

La idea de derecho subjetivo como poder o facultad del individuo, con negación de los universales y la necesaria concurrencia para la construcción de la sociedad con el innegociable pacto social, que teniendo su origen y dominio absoluto en el individuo ( derecho subjetivo) pasa a ser desposeído totalmente.

De esta manera se pasa del derecho al Derecho a través de los pensamientos de Hobbes y de Espinoza, en términos absolutos y desposeedores (monarquía Absoluta), para proteger la *property* en Locke (Liberalismo) y en Rousseau de la mano de la voluntad general, pero que no es la voluntad de la mayoría ni la de todos sino una abstracción de la razón obtenida individualmente como se verá.

Esta sociedad, fruto del pacto social, aun conocido y reconocido su carácter ficticio, se utilizará en el sentido práctico y más radical, y el Derecho, obra del Leviatán, que otorga la unidad, realizará la función de la argamasa central del cuerpo atomizado de los intereses individuales ( y egoístas), enfrentados pero ahora en convivencia, abriendo las puertas al Positivismo jurídico, con el peligro que este constituye, no solo para la conceptualización del Derecho sino para la paz social como acredita la historia.

El Derecho no concebido como lo justo objetivo por obra de la razón sino como el equilibrio de fuerzas y facultades en las que, además, el poder del individuo cede en beneficio del todo o ante la

---

<sup>274</sup> Para Aristóteles, el hombre es un ser naturalmente sociable y aunque no lo dijera Aristóteles, de la experiencia no podemos extraer otra conclusión, ya que como observa Santo Tomás de Aquino, el hombre nace indefenso y aunque Dios no le ha dado garras ni vestidos de piel ni medios de defensa, si le ha dado una inteligencia, que le permite aprovechar las cosas y servirse de ellas en su provecho y el sentimiento familiar o de grupo le protege en situaciones de incapacidad y de todas maneras, el hombre tiene necesidad de acercarse a los demás, no solo por razones de sexualidad sino de supervivencia.

<sup>275</sup> Elio A. Gallego, *Tradición jurídica y derecho subjetivo*, Dykinson, 2005, pp. 73-83 y 137.

resistencia de la *property* (con el peligro de cómo es posible la reacción, dominados los Tribunales) da lugar a un Derecho basado en la fuerza, que no en el valor relativo de la justicia, que ya no pivota en el centro del Derecho.

En la época de la exaltación de la división de poderes se llega a la consecuencia de una unidad absoluta, inclusive ajena a la crítica, de un Derecho único que, como se verá, no admite realmente control, de la desconocida mano del Iusnaturalismo racionalista, que curiosamente en su formulación inicial presenta a Dios en su lugar central y del que luego se prescinde absolutamente sobre la base de una razón<sup>276</sup>, que se dice única y universal, siendo evidente y constatable que tal concepto no existe, ya que lo razonable es distinto no solo para diferentes épocas y culturas sino a nivel individual o de grupos.

No solo es que los elementos en que se basa son reconocidamente inexistentes (pacto social y voluntad general como base del Derecho de fuente natural) sino que tal fundamento no admite la cláusula de cierre, los derechos fundamentales<sup>277</sup>, que se dice que existen pero no pasan al pacto social por su carácter indisponible.

Para los ingleses la existencia abstracta y al margen de catálogos de los derechos humanos se concreta en la garantía inviolable que presta su sistema judicial realmente independiente mientras que en el sistema Continental, a través de los supuestamente absolutos sustantivos de manos del Derecho pasan a ser meramente otorgados, a la vez que los derechos humanos se configuran como la tabla de salvación del sistema Positivista y se aprovechan, ideológicamente, para deslegitimar otros pensamientos.

Como se verá más adelante, Hayek considera más adecuado el planteamiento evolucionista del Derecho y rechaza tanto las teorías racionalistas del Derecho natural como del Racionalismo jurídico. Tanto la interpretación del Derecho como algo construido por una fuerza sobrenatural como por una interpretación o construcción racional de cualquier mente humana.

Para este autor, el verdadero Derecho es el que canaliza realmente el libertad en la sociedad espontánea, que es lo que denomina normas de recta conducta frente a las normas de organización impuestas como normas del gobierno a la sociedad y con diferente finalidad.

En ese orden espontáneo se abstraen los principios generales para decidir la controversia y es por ello que tiene especial trascendencia el juez en el desenvolvimiento social libre, que actualiza ese orden abstracto dentro de las circunstancias concretas<sup>278</sup>.

---

<sup>276</sup> Grocio cita constantemente a Francisco de Vitoria, y aunque reconoce que tal teoría sería válida aunque Dios no existiera se formula sobre la base de la existencia de Dios. Cit. Santiago Muñoz Machado, *Tratado de Derecho administrativo y Derecho Público general*, T. I, *La formación de las instituciones públicas y su sometimiento al Derecho*, tercera edición, Madrid, 2011, p. 448.

<sup>277</sup> Téngase presente que no se sabe, al día de la fecha, cuáles son realmente los derechos humanos y su crecimiento no puede ser objeto de ninguna especulación con garantía de acierto, no se conoce ni su número ni su contenido. Es evidente que no siendo conocidos no se puede saber cómo se van a defender, si bien, por el momento, el Positivismo reinante se conforma con defender los existentes, que siendo anteriores y superiores al Derecho escrito no tienen sin embargo otra forma de reconocerse.

<sup>278</sup> Friedrich A. Hayek, *Derecho, legislación y libertad. Una nueva formulación de los principios liberales de la justicia y de la economía política*, 2ª edición, Unión Editorial, 2014, pp. 97 y sgts.

Por otra parte, también existe una Iglesia Reformada en Inglaterra, país que no ha admitido sino hasta fecha reciente y con cautelas el concepto de derecho subjetivo<sup>279</sup>, que es al que los Neorrealistas imputan la fatal deriva social y jurídica, y que, sin embargo, constituye, precisamente, el supuesto modelo de libertad, estabilidad y progreso, que en las sociedades democráticas se considera más adecuado, destacando Hayek que este modelo de Derecho jurisprudencial es el que más ha contribuido como elemento social de estabilidad a la libertad y al progreso.

Pedro Fernández Sánchez considera que la historia Occidental puede resumirse en que en los momentos de crisis nos preguntamos sobre las relaciones entre las manifestaciones legislativas y jurisdiccionales en el ejercicio del poder, entre *legislatio* y *jurisdictio*, que a su vez tiene como trasfondo las interrelaciones entre poder y personas, es decir, al tratamiento que se debe otorgarse a la persona humana individualmente considerada, que se relaciona con el poder.

Es decir, entre los principios del Estado de Derecho y el principio democrático que se conjuga en la actualidad a través del Estado Social y Democrático de Derecho, con una congruencia basada en la dignidad personal, que constituye la base de su fundamento democrático.

Señala que lo que pudiéramos denominar las bases de nuestra historia Occidental surge en Israel hace 3.500 años<sup>280</sup> al entender que cada persona humana viva y concreta, ya que tiene una existencia empírica constituye la imagen y semejanza de Dios, característica distintiva de los demás seres vivos y ya en el Antiguo Testamento se dividía el sistema organizatorio con una compartimentación rígida entre el poder religioso-normativo y el poder secular-ejecutivo y de las doce tribus ninguna podía acumular las dos funciones, de donde puede deducirse la prohibición de acumulación en una misma persona o tribu de las funciones legislativas y ejecutivas- judiciales<sup>281</sup>.

Dadas las características de esa persona humana existía una separación radical entre la ley humana y la divina como medio de garantizarla.

Platón, como se ha dicho, consiguió el difícil objetivo de armonizar elementos distintos de raíz helénica, heraclitiana, órfica, pitagórica, sofística y socrática en un sistema de pensamiento transversal en todos los campos del conocimiento humano, dando respuesta a las necesidades filosóficas,

---

<sup>279</sup> Dário Moura Vicente, *Direito comparado*, V. I, *Introdução e Parte Geral*, Almedina, 2011, p. 564.

<sup>280</sup> Puede decirse que la historia jurídica de los últimos 2000 años de Occidente es realmente un tanto repetitiva, ya que siempre nos planteamos las mismas cuestiones, constituyendo también el discurso jurídico una tradición de discutir que determina cuáles son las cuestiones relevantes y hasta cierto punto la forma en que se deben responder, no siendo extraño que palabras y expresiones que perdieron su sentido original se utilicen más tarde de manera diferente, como meras fórmulas retóricas que los juristas transmiten de generación en generación como argumentos aparentes cuyo valor subsiste porque nadie se acuerda cuestionarlos. António Manuel Hespanha, *Cultura Jurídica Europeia*, Almedina, 2018, p. 452.

<sup>281</sup> Desde un primer momento se consideró que ningún candidato al poder sería susceptible de ser considerado como un gobernante infalible y es por ello que el poder no podía estar concentrado, si quiera, en una jerarquía religioso-sacerdotal ni con el pretexto de confiar el gobierno a quien se encontrase más cerca de Dios, que podría seguir más fielmente sus mandamientos, lo que no evitaría el peligro de la utilización de sus prerrogativas en beneficio personal, tornándose su dominio tan tiránico como aquel que resultaría de simples instituciones de carácter secular. La elección de un gobernante secular separado del religioso tampoco se tornaría más garantista si todos los poderes hubieran sido delegados activamente en un monarca. Por ello, se optó por una codificación atribuida a Dios e indisponibles para el monarca que tendría que respetar y cumplir, atribuyendo al poder religioso la cualidad de guardián de la ley y de desarrollar su regulación, realizando una tarea normativa secundaria y complementaria de la ley, que el monarca ejecutaría y aplicaría. Cit. Pedro Fernández Sánchez, *Lei e Sentença. Separação dos poderes Legislativo e Judicial na Constituição Portuguesa*, V. I, AAFDL, 2018, pp. 59 y 60.

gnosológicas, religiosas y políticas para todos los hombres de diferentes épocas, de ahí su trascendencia en los siguientes 24 siglos, si bien su profundo idealismo se derivaba de la compartimentación radical entre el mundo físico y el ideal, de la existencia empírica de un cuerpo físico y un alma inmortal y de esta manera apareció junto al ser humano empírico, el hombre ideal que no tiene existencia.

Partiendo de una concepción específica de la justicia asociaba la integración del individuo en el Estado y su subordinación personal a la determinación del Estado como parte de un todo, lo que se conseguía, tanto a través de la coacción como de la persuasión, abriendo con ello paso a una concepción colectivista del Derecho, en términos equivalentes al razonamiento que señala que aquello que es bueno o malo para el Estado lo es también para el individuo, permitiéndose así prácticas de selección eugenésica e incluso de los matrimonios en función de la utilidad de la causa pública.

Por ello, es a Platón al primero que se le atribuye la potencialidad del acto legislativo sobre la base de su capacidad regulatoria, orientada de carácter general y totalitaria, ya que elimina cualquier esfera de autonomía privada que sea impenetrable a la ley y cualquier derecho de resistencia.

Distingue entre actividades legislativas y jurisdiccionales, atribuyendo a esta segunda, la tarea de la aplicación estricta de la ley.

Aristóteles, el más brillante seguidor de Platón pero no el más fiel, establece un equilibrio entre ambas y aunque es cierto que atribuye un plano secundario y derivado a la segunda señala que no puede ser ciega a las circunstancias del caso para llegar a una solución justa, de manera que los magistrados deben tener libertad para resolver con justicia, encontrándose también en este pensador, el embrión de la distinción entre justo legal y justo natural.

San Agustín, partiendo de los males causados en la naturaleza humana por el pecado considera que la justicia es un ideal tal, que la sociedad no se constituye en un Estado si no existe una verdadera justicia que se sujete a los principios y a la voluntad de Dios.

Santo Tomás no es tan pesimista con relación a los efectos producidos por el pecado original, ya que por su sagrada naturaleza no se le impide al hombre conocer la verdad a través de la razón con la ayuda de Dios<sup>282</sup>, atribuyendo una especial función en el asentamiento y desarrollo de la Modernidad a Marsilio de Padua, Escoto y Ockham, y posteriormente en su desarrollo a Bodin, Hobbes, Locke, Rousseau, Kant, etc...<sup>283</sup>.

---

<sup>282</sup> Cristo da un mandamiento nuevo, el del amor, el del amor de los unos a los otros como yo os he amado, el del amor de Dios, padre que sacrifica a su hijo en carne mortal, considerándose que todo ser humano tiene un valor sagrado y posee una dignidad que incluso el propio Dios respeta, que constituye la base por la que Cristo exigió la derogación casuística de actos legislativos susceptibles de producir lesiones intolerables en la faceta antropológica de la dignidad de la persona, señalando los ejemplos respeto de no trabajar el sábado o el no respeto de las reglas de la cuarentena, entre otras acciones que podrían ser no aplicadas en casos concretos, incluso en casos de leyes elaboradas por un legislador omnisciente, y no sobre la base de un error sino por la concreta ofensa del valor de la dignidad humana, que se presenta como barrera a su operatividad, no por la promulgación de una ley imperfecta sino simplemente porque una norma general y abstracta, pensada para una multiplicidad de personas, situaciones y lugares, podría ser genéricamente buena pero dañosa para una situación específica, por lo que, mayormente, todas las leyes humanas están sujetas a una vigilancia y fiscalización más intensa y que va más allá de la certeza, bondad y coherencia intrínseca de la propia de la ley. Cit. Pedro Fernández Sánchez, *Lei e Sentença. Separação dos poderes Legislativo e Judicial na Constituição Portuguesa*, V. I, AAFDL, 2018, pp. 61-64.

<sup>283</sup> Pedro Fernández Sánchez, *Lei e Sentença. Separação dos poderes Legislativo e Judicial na Constituição Portuguesa*, V. I, AAFDL, 2018, p.23- 92 y 92 sgts.

# 1. LA RELIGIÓN Y LA POLÍTICA: LAS IGLESIAS REFORMADAS LUTERANA Y CALVINISTA OTORGAN EL FUNDAMENTO TEOLÓGICO Y FILOSÓFICO DE LA REDUCCIÓN DEL DERECHO A LA LEY Y CONSTITUYEN EL GERMEN DE LA VOLUNTAD GENERAL COMO ORIGEN DE LAS LEYES Y DE LA MODERNA CONCEPCIÓN DEL DERECHO CONTINENTAL DE LA DIVISIÓN DE PODERES. LAS NUEVAS ESFERAS DEL PODER, EL DERECHO PÚBLICO Y LA LEGÍTIMA FUNCIÓN QUE EN LA ACTUALIDAD LE ES EXIGIBLE A LOS JUECES EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO.

Durante la Modernidad va a tener lugar el primer desarrollo destacado de las ideas que ya habían aparecido durante la Edad Media relativas a ciertas concepciones religiosas, que servirán de base a las Iglesias Luterana y Calvinista, que darán lugar a un fortalecimiento del poder público, en un primer momento del rey y luego de la nación en forma de Estado.

De estas concepciones religiosas se desprenderá el libre examen individual, que bajo el nombre de razón servirá de cobertura a la denominada voluntad general, a la que hoy se considera claramente un mito

Este fortalecimiento del poder público sirve de fundamento a la prestación de la justicia en su nombre y con ello al denominado tercer poder que se pretende, de forma totalmente torticera, imputar a Montesquieu, estableciendo un determinado concepto de justicia, que se aparta del debido y practicado modelo de justicia y de jurista.

Como ya se ha expuesto, Lutero se sirve del Voluntarismo escotista y del Nominalismo ockhamista para hacer depender el orden moral de la ley y el jurídico de la voluntad de quien tiene el poder, que constituye el motivo por el que, aunque originariamente consideraba justas las peticiones de la Revolución de los campesinos se volvió en su contra y a favor de los Príncipes, al resultar vencedores y Hegel, un luterano coherente, dirá en su madurez, que lo racional es real y lo real es racional, Idealismo, que ha servido de soporte a las ideas políticas de la Modernidad, constituyen el fundamento del derecho subjetivo y de la teoría moderna de los derechos humanos<sup>284</sup>.

Como se ha visto, sobre la base de los precedentes de la diferentes escuelas filosóficas y teológicas: Aristóteles y los estoicos, San Agustín y Santo Tomás inspiraron el imaginario de la Escolástica Franciscana de Escoto<sup>285</sup> y Ockham, con la afirmación del providencialismo o voluntad absoluta del Creador, que dió origen, posteriormente, por la necesaria imbricación, al contractualismo absolutista (Hobbes), Liberal (Locke) o Racionalista (Rousseau) y con ellos, a la divinización social y al Laicismo, al Iusnaturalismo racionalista (Grocio y Pufendorf) e incluso los Totalitarismos más delirantes de mano de la ideología e incluso a las democracias actuales.

Más tarde constituyó el fundamento del pensamiento de Descartes y al Voluntarismo o Idealismo actual (*cogito luego existo*) por la cuestión de los universales, al considerar que Dios creó cosas singulares, siendo propio de la mente humana su catalogación o denominación (*nomina*), es decir, introduciendo un nuevo imaginario social y jurídico, muy diferente al que dominó la Edad Media, lo

---

<sup>284</sup> Danilo Castellano, *Martín Lutero. El canto del gallo de la Modernidad*, Marcial Pons, 2016, pp. 102-104.

<sup>285</sup> Defensor de una cuestión si cabe más difícil y que tras él no paró de añadir adeptos hasta que en el S. XIX el Papa la considerase dogma de fe, cual es el de la inmaculada concepción.

que permitió la idea referente a la figuración de un nuevo contrato político que salvaguarde el interés público, con un desarrollo del poder público con pretensiones de omnipotencia en los más diversos ámbitos que invade y pretensiones de totalidad.

La religión a través de las Iglesias Reformadas traerá consigo un nuevo concepto de política y de razón, lo que afectará al Derecho, en el que desempeñará ahora una función esencial la ley sobre la base un contrato social, civil o político pero que en el fondo obedece al concepto luterano de religión, y que incluso se abrirá paso dentro del catolicismo en la mención de pueblo de Dios.

En líneas generales podemos decir que el sistema idílico de la Escolástica, en que el sistema social y político se basaba en la razón asistida por Dios se desmoronó cuando el Humanismo Renacentista negó la influencia del Derecho Divino<sup>286</sup> para mantener el edificio de la organización política y jurídica, motivo por lo que los filósofos acudieron a un Derecho natural racional como nuevo parámetro referencial de todo el Derecho positivo.

Tal tesis, que ya manejaban los estoicos, se presentó como totalmente novedosa bajo la faz de la Tierra, como si hasta entonces no se le hubiese ocurrido a nadie, lo cual es sorprendente por su carácter elemental.

La voluntad del príncipe no se deducía de un principio religioso, del valor relativo de una historia falsa o de una técnica ilusoria sino de la constatación de una realidad, que se encontraba por encima de cualquier discusión, pues el príncipe tenía fuerza suficiente para imponerse a todos pero esta construcción se vino abajo porque se derrumbaron las monarquías Absolutas y la figura del príncipe fue desplazada por el Estado.

En el siglo XIX, el Constitucionalismo Liberal entregó al Estado el monopolio de la creación, ejecución y aplicación del Derecho, lo que puede considerarse como el secuestro del Derecho por el Estado, que se convierte así en un instrumento declarador del mismo, con más medios para su imposición, que los mayores déspotas de la historia.

En la teoría del Estado de Derecho, la legitimación es recíproca pero esta situación no puede dar mucho de sí porque el secuestrador tiende, inevitablemente, a abusar de su posición a la primera oportunidad, que es lo que ha sucedido con el Estado de Derecho, que no pasa de ser una quimera como señala uno de nuestros autores más avisados<sup>287</sup>, que considera falsa la equiparación entre el Derecho y la ley, que fue acogida por el Liberalismo decimonónico en términos radicales de sabor jacobino: el Derecho era la ley y nada más que ella, a la que están subordinadas todas las actividades políticas y sociales, lo que ya fue puesto en tela de juicio en el siglo XIX por la Escuela Histórica del Derecho y por la Pandectística, de manera que este nuevo Derecho debe aprovecharse del resto de saberes del resto de disciplinas y de otro tipo de saberes.

---

<sup>286</sup> Cuando en la Biblia judía, el último de los profetas se refiere a la pretensión de “volver el corazón de los padres a los hijos y el corazón de los hijos a los padres” (Malaquías 3,24) no hace sino reiterar la pretensión atemporal de la justicia pagana, simbolizada en Atenea, diosa de la sabiduría y la justicia, de apelar a la justicia divina como base de la humana. Debe tenerse en cuenta que Dios dio a Moisés las tablas de su ley.

<sup>287</sup> Alejandro Nieto, *Crítica de la razón jurídica*, edit. Trotta, Madrid, 2007, pp. 128 y 129, y *Balada de la justicia y la Ley*, edit. Trotta, Madrid, 2002, pp. 20-48.

## - LA RELIGIÓN Y LA POLÍTICA

Considero que todos los sistemas jurídicos se encuentran, en mayor o menor medida, influenciados por sus convicciones religiosas.

El mayor grado de autonomía del poder del Estado frente a la religión encuentra su base en el cristianismo, a través de sus Evangelios y ello aunque todas las religiones del *Libro* de Oriente Medio contengan preceptos (en el caso de los cristianos, los cinco primeros libros de la Biblia o Pentateuco) directamente aplicables a la conducta de las personas.

Sin embargo, en algunas religiones se viene a producir la práctica total absorción del Derecho por parte de la religión, en atención al escaso margen que permiten al Estado, como sucede en el Derecho musulmán, que puede calificarse de religioso y en el que no existe, propiamente, separación entre el Estado, el Derecho y la religión, que encontramos en Occidente.

La importancia de la religión y su influencia en el Derecho puede servirnos para clasificar los diferentes sistemas jurídicos, y desde ese punto de vista se pueden distinguir aquellos en los que existe una completa subordinación del Derecho a la religión, tal y como sucede en el sistema musulmán, judaico o hindú, cuyos libros sagrados contienen preceptos jurídicos directamente aplicables a los casos singulares y establecen la determinación personal de su aplicación, en razón de la pertenencia del individuo a una religión determinada, de aquellos que podemos denominar laicos, en donde la importancia de la religión es menor y del Estado mucho mayor.

En este segundo grupo de países, la independencia es un tanto recíproca, en cuanto las propias convicciones morales y de justicia también afectan a la religión, como ha sucedido con las Iglesias Reformadas tras el Luteranismo y el Calvinismo y que, difícilmente, acontece en las primeras<sup>288</sup>, y así en el Derecho hindú, el sanscrito no contiene una palabra para denominar al Derecho positivo pero sí dharma, que puede traducirse como patrón de conducta exigible al miembro de determinada casta, de acuerdo con el conjunto de circunstancias que afectan a su vida, concepto jurídico y religioso, que determina su conducta de acuerdo con la voluntad divina<sup>289</sup>.

La relación entre Estado y la Iglesia ha sido siempre difícil y tormentosa, y la historia así lo acredita, incluso cuando el Estado no tenía las actuales características y pretensiones.

Desde su origen, la Iglesia encontró no solo otro poder sino un contrapoder y no podía aceptar su dependencia del poder público, de ahí que se le haya acusado de la decadencia del Estado.

Más adelante, reconocida su autonomía, se planteó el problema de la relación entre los dos poderes, siendo esencial en esta materia, la doctrina del Papa Gelasio en el S. V que, con la puntualización del Papa Gregorio VII en el s. XI, ha llegado hasta nuestros días, aunque con cesiones parciales y transacciones incluso clericales<sup>290</sup>.

---

<sup>288</sup> Un ejemplo de lo que se dice puede resultar del principio de igualdad, propio y característico de los países cristianos.

<sup>289</sup> Dário Moura Vicente, *Direito comparado*, V. I, *Introdução e Parte Geral*, Almedina, 2011, pp. 82-86, 380-382 y 460-461.

<sup>290</sup> El evangelista Mateo dice que se debe dar al César lo que es del César y a Dios lo que es de Dios pero Pablo de Tarso, basándose en el evangelista Juan, sobre la base de la respuesta que da Cristo a Pilatos, cuando este le dice que tiene el poder de mandarle crucificar o dejarle libre y Cristo le responde que no tendría poder alguno contra él, si no lo hubiera recibido de lo alto, sirve de fundamento a la afirmación de Agustín de Hipona, que manifiesta que la República romana

El Papa Gelasio, en el s. V, afirmó su independencia frente al imperio y confirmó su autoridad, si bien el Estado Moderno se apropia de la *auctoritas*, merced a la intervención de Lutero, considerándose a la soberanía del Estado, la apótesis de la confusión entre autoridad y potestad, cuya supuesta soberanía, según ciertas corrientes de pensamiento, constituye la causa de la miseria de nuestra época, del salvajismo con que el hombre ha tratado al hombre en nuestro tiempo y el progresivo declinar de la libertad humana pero que se dice lograda, paradójicamente, utilizándose como bandera por la democracia Liberal<sup>291</sup>.

Esta doctrina contiene un principio fundamental: la autoridad sagrada corresponde a la Iglesia y la potestad regia al emperador, basándose a su vez en la consideración de que la Iglesia como institución había recibido de Cristo, que no de los concilios, la *universitas fidelium*, de ahí la importancia de Pedro y sus sucesores, y definió el poder de la Iglesia como *autoritas* y el del emperador como *potestas*.

Se consideró que estos poderes no se encuentran totalmente separados, en cuanto que el poder temporal autónomo debía considerarse sujeto a la Iglesia pero este tampoco era extraño a las cosas de la Iglesia, si bien se rechazaba el cesaropapismo, ya que los emperadores no se consideraba que tuviesen las competencias doctrinales y ello aunque a menudo los emperadores y sobre todos los bizantinos lo considerasen propio de su poder.

Los obispos debían reconocer la potestad que Dios había dado al emperador y obedecer sus leyes, y el emperador, por su parte, debía obedecer a los que estaban encargados de dispensar los sagrados

---

no fue una verdadera república porque nunca existió en la misma la verdadera justicia, ya que la organización política no existe si no reina en la misma la verdad de la justicia, lo que constituyó el inicio de la teoría que desembocó en la concepción ministerial del poder secular.

En la teoría política del Agustinismo político, que se hace realidad en la *res publica christiana*, que rigió en el reino visigodo y más tarde con Carlomagno en el Imperio, desaparece la idea de que la organización política tiene su razón de ser en la naturaleza social y política del hombre, como había afirmado Aristóteles, confundiendo, de esta manera, organización política y organización eclesial, presentándose la cristiandad Altomedieval como una república cristiana, constituida por todos aquellos que participan en la comunión de la misma fe y en la que los reyes cristianos, que tenían un poder de origen divino, eran los titulares del poder en las diferentes organizaciones políticas desarrolladas dentro de la Iglesia pero que debían actuar cristianamente, planteándose virulentos conflictos, al tener los poderes temporales y espiritual un mismo origen en Dios y, realmente, el problema se plantea cuando se acusa a un rey de haber perdido su condición por no actuar rectamente, lo que condujo a la *lucha de las investiduras* con la excomunión de Enrique IV por Gregorio VII y a una reelaboración de la teoría del origen divino del poder, en que se decía que el Papa era el único que había recibido directamente de las manos de Dios su poder mientras que el emperador lo recibía a través del Papa, lo que significaba su sumisión al poder espiritual, lo que da lugar a dos posiciones: la teocracia pontificia, que afirma la sumisión del emperador al Papa, y el cesaropapismo, al contrario. Enrique IV intentó deponer al Papa con la colaboración de un concilio y Gregorio VII, siguiendo las prescripciones del Concilio de Constanza, intenta impedir la intervención de los laicos en los asuntos de la Iglesia, estableciendo también Gregorio VII, la única potestad de hacer nuevas leyes.

Se siguió una corriente ecléctica que ni reconoció al Papa su supremacía ni se reconoció su derecho a deponer al emperador, ni al emperador, su derecho a oponerse a un Papa herético, de manera que las soluciones extremas no lograron imponerse en la práctica política, resonando la concepción Altomedieval del Derecho como obra divina, de manera que nadie podía arrogarse, en exclusiva, la pretensión de ser el único que podía identificar ese derecho divino y como nadie puede arrogarse el papel de ser el juez supremo, aquel que dirá la última palabra, en el campo de la identificación del derecho divino, ya que es el único juez supremo, será al mismo Dios a través de las ordalías. Aquilino Iglesias Ferreirós, *La creación del Derecho. Una historia de la formación de un derecho estatal español*, Signo, Barcelona, 1992 pp. 257-270.

<sup>291</sup> Frederick Wilhelmsen, "La filosofía política de Alvaro D'Ors", *Glossae, Revista de historia del Derecho europeo*, 4, 1992, Instituto de Derecho Común, Universidad de Murcia, p. 181.

misterios<sup>292</sup>.

El Luteranismo y el Calvinismo se apartan de la concepción de la Iglesia Católica acerca de la libertad y de la justificación del hombre.

Martín Lutero invierte esta relación Iglesia/ Estado teorizada por la Iglesia Católica y afirma, decididamente, el primado del Estado sobre la Iglesia, ya que para Lutero, la Iglesia no es una fundación sino una asociación y la espada prima sobre la cruz, idea que se deriva de la maldad humana, ya que el Estado existe para controlar y contener sus efectos y, en el límite de lo posible, corregirlos.

De lo expuesto se deduce que el concepto de Estado que nace de la Reforma es totalitario, ya que da lugar a una *potestas* que se convierte en poder y en donde el bien común es sustituido por el bien público, la política es sustituida por la ciencia política o el arte para el mantenimiento del poder en sí mismo, constituyendo las leyes, las fuentes de la moral y el Derecho, como de manera más beligerante expondrá el Positivismo.

La libertad, en los términos absolutos que defiende Lutero al considerar que se encuentra por encima, no solo de los votos perpetuos eclesiásticos sino de los pactos civiles por la importancia del señorío de su titular determina que toda obligación moral o jurídica no es vinculante salvo su compromiso con Dios que, realmente, es lo que tu subjetividad quiere que sea o diga o, sinceramente nada, como más adelante se andará, de ahí que sea una libertad realmente agnóstica, ya que todos somos sacerdotes y tenemos derecho a la interpretación de la palabra revelada, sin intermediarios.

Lutero define a la Iglesia como la unión de todos los creyentes en Cristo sobre la tierra, comunidad espiritual de almas unidas, que desde esa perspectiva no es una fundación sino una asociación, no habiéndose entregado las llaves tan solo a San Pedro sino a toda la comunidad, que es la que tiene la potestad y, por ello, el obispo obra en nombre de la comunidad en la que los cristianos son solo socios de esas sociedad<sup>293</sup>, que en su día, tras la correspondiente transmutación, constituirá la democracia y el origen de lo que luego se conocerá a nivel político como comisarios del pueblo (Marx, lógicamente partía del más absoluto ateísmo, liberando al hombre del sacerdote interior de Lutero, de su conciencia, que entendía constituía la verdadera solución de la Reforma).

Sus ideas no solo influirán en la Modernidad sino que darán lugar a movimientos sociales Revolucionarios o a grandes Revoluciones tales como la Francesa de 1789 ó la Bolchevique de 1917, al permitir la construcción de idearios tales como la doctrina política hegeliana, en las que Lutero

---

<sup>292</sup> Aquilino Iglesias Ferreirós, *La creación del Derecho. Una historia de la formación de un derecho estatal español*, Signo, Barcelona, 1992 pp. 257-270.

<sup>293</sup> Danilo Castellano considera que el concepto de pueblo de Dios en que se basa Lutero ha terminado por impregnar incluso a la Iglesia Católica y sirve de soporte a las teorías Modernas sobre el Estado y la democracia, al poder constituyente con que la nación se presentará y se considerará, gradualmente, como legitimadora del Estado, y estas doctrinas religiosas, con las consecuencias políticas que se acaban de exponer, son las que, en realidad, explican la rápida expansión e importancia que se ha otorgado a las ideas de Lutero, que sirvió de base a la "libertad religiosa" con el principio *cuius regio eius et religio*, rechazada no solo por los Católicos sino también por los Protestantes que no tenían asentamiento y que dio lugar a su emigración a América, con la consecuencia, en mi opinión, del genocidio de los nativos americanos. Más tarde, los Católicos se han conciliado con los Protestantes más radicalizados por su oposición a las Dictaduras europeas del S. XX. El autor también comenta los antecedentes que esta postura de Lutero tiene en otros pensadores de la Iglesia, que ni cita ni tiene presentes, como a Marsilio de Padua, Cicerón, Gayo, la Escuela de Bolonia, Irnerio o Baldo de Ubaldis. Danilo Castellano, *Martín Lutero. El canto del gallo de la Modernidad*, Marcial Pons, 2016, pp. 126-157 y 97-107.

constituye no solo su fuente y alimento sino que, incluso, ha influido en quienes se le han opuesto, por ejemplo, a la Segunda Escolástica española y particularmente a Suárez, ya que parte de la doctrina<sup>294</sup> considera que su opinión, en la que no se transmite la potestad a los gobernantes sino al pueblo, sigue permitiendo su poder incluso en presencia de gobiernos fuertemente autoritarios y será la precursora de la democracia moderna sobre la base, igualmente, de ideas de gabinete que prescinden de la realidad.

Pero el Luteranismo no está río arriba del Liberalismo del Estado, que lleva del Absolutismo a la soberanía del Estado y al Totalitarismo sino al Totalitarismo invertido que implica la democracia moderna, es decir, a la democracia como fundamento del gobierno y no como simple forma del gobierno, que magistralmente teorizó Rousseau.

Metodológicamente debemos preguntarnos qué son las normas jurídicas.

Sabemos que existe un ámbito del ser y otro del deber ser. Dentro de este segundo podemos distinguir entre usos o normas sociales, morales y jurídicas<sup>295</sup>.

En la determinación de lo que está bien o mal, hasta el punto de preverse una sanción en caso de incumplimiento, desempeña, indiscutiblemente, una labor muy importante la moral que, indefectiblemente, se encuentra muy influida por los valores religiosos.

No puede negarse el ámbito lícito e inexorablemente presente del deber ser.

Señala Dworkin<sup>296</sup> que no debemos excluir del debate político, las convicciones más profundas de las personas, y como destacan Prieto Sanchís<sup>297</sup> y Dalla Torre<sup>298</sup>, el Derecho termina reflejando doctrinas morales, concepciones del mundo y de la vida<sup>299</sup>.

Consecuencia de este modelo es que la ley, como es lo ordinario, recogería estos valores morales de la nueva religión laica del Estado, convirtiendo a los Tribunales en oráculos que expresan, mediante juicios de legalidad, cuestiones de carácter moral, de manera que se resolverían en juicios de legalidad, cuestiones que son, en realidad, juicios de ética pública, trasmitiéndose a la sociedad, una determinada idea del bien y del mal.

Como destaca Palomino<sup>300</sup>, de esta forma, el Estado de Derecho terminaría convirtiéndose en una

---

<sup>294</sup> Sobre la postura de Suárez con relación a la organización social, como precursor de las tesis de Hobbes o Rousseau o continuador de Santo Tomás puede verse la polémica que se mantiene y de la que nos da cuenta Daniel Schwartz Porzecanski, "Francisco Suárez y la tradición del Contrato Social", *Contrastes*, Revista Internacional de Filosofía, V. X (2005), pp. 119-138.

<sup>295</sup> Ahora bien, dentro de estas normas jurídicas, el supuesto de hecho al que se aplican las consecuencias, lo puede constituir un hecho natural, en ocasiones, y en otras, que son las que nos interesan, un acto humano.

<sup>296</sup> Ronald, Dworkin, *La democracia posible. Principios para un nuevo debate político*, Paidós, 2006, p. 89.

<sup>297</sup> Luis Prieto Sanchis, "Religión y Política (a propósito del Estado laico)", *Persona y Derecho*, 53, 2005, p. 126.

<sup>298</sup> Giuseppe Dalla Torre, "Laicità: un concetto giuridicamente inutile", *Persona y Derecho*, 53, 2005, p. 144.

<sup>299</sup> Es de sobra conocida, la trascendencia que tiene la religión en nuestras ideas morales, y la función que estas han desarrollado durante siglos, de manera que es evidente que quienes pretenden que en el espacio público solamente se hable de valores cívicos, lo que realmente pretenden es alterar este pensamiento ético y religioso, de forma que ahora sería el Estado, el que dictaría este nuevo patrón de valores morales.

<sup>300</sup> Rafael, Palomino Lozano, "Aconfesionalidad, Laicidad y Ética Pública: los jueces ante el fenómeno religioso", *Estado Aconfesional y Laicidad*, Cuadernos de Derecho Judicial, I-2008, p. 387. Como señalaba Condorcet, Robespierre es un cura y nunca será más

cuasi-religión con sus propios textos Sagrados (la Constitución y las Leyes), con sus propios vehículos de adoctrinamiento (las escuelas públicas), sus propios héroes y Santos (los personajes de la Patria, muchos de ellos mártires de la causa democrática), y por supuesto, con su propia instancia de declaración de moralidad (los Tribunales de Justicia). Es decir, su positivismo ético se convertiría en un totalitarismo<sup>301</sup>.

Al no surgir del propio desarrollo social por sus cauces naturales e imponerse de forma despótica, a través del Normativismo, precisa del necesario correctivo penal para materias valorativas o propias de la investigación histórica, coartando a quienes piensan de forma diferente o llegan a diferentes conclusiones por su saber científico, constituyendo los odiados delitos de opinión<sup>302</sup>.

Un punto de partida realista es considerar que el poder político no es el sustento de la religión sino que es la religión la que con sus ideas éticas y morales sustenta un determinado modelo político, como se podría desprender de lo hasta aquí tratado.

En este punto quiero destacar la opinión de Gregory, que señala que la domesticación de la religión o de las creencias subjetivas por el Estado no vino ni por la imposición de una opinión uniforme ni por la prohibición de otras sino por la libertad individual de culto, en la versión del americanismo, ya que el Estado, al permitir que todos los individuos practicaran libremente en sus iglesias los ritos piadosos que aceptan voluntariamente, obtuvo como contrapartida la obediencia que refuerza su poder y lo sostiene establemente, de manera que la libertad religiosa protege a la sociedad de la religión y en consecuencia se han secularizado la religión y la sociedad<sup>303</sup>.

Precisamente eso es lo que se pretende cambiar, dirían unos. Más adelante se verá que tal controversia constituye un falso debate y los peligros que conlleva.

No debe menospreciarse la importancia de la religión, que constituye un elemento definidor de cada pueblo, lo cual es cierto hasta en la actual Modernidad, pues la irreligión, el anticlericalismo, la proliferación de sectas y tantos otros fenómenos que caracterizan ciertas facetas del mundo Contemporáneo no pueden entenderse sino teniendo en cuenta el fenómeno religioso<sup>304</sup>.

La libertad religiosa no es un comportamiento pasivo ante la religión sino la concurrencia y promoción de las mismas.

Podría pensarse que la libertad de conciencia y de religión existe, en tanto que así lo permite la Constitución política del Estado. Nada más alejado de la realidad.

Con esta u otra Constitución existirá el fenómeno religioso, con esta forma de Estado o con otra forma política, que hoy nos es desconocida, habrá religión y el hombre tendrá un código de valores surgidos, más o menos de forma directa, de la religión.

Se dice que la idea de libertad religiosa constituye el germen del Estado moderno y el origen de todas las libertades.

---

que eso. Cit. Todorov Tzvetan, *L'esprit des Lumières*, Editions Laffont, Paris, 2006, p. 5.

<sup>301</sup> Ver los votos particulares de las STS nº 340, 341 y 342 de 11-2-2009 (recls. 905, 948 y 1013/2008).

<sup>302</sup> Más adelante se hará mención de las leyes que se refieren a la valoración que se hace de los acontecimientos históricos.

<sup>303</sup> Cit. Juan Fernando Segovia, "Lutero y los orígenes religiosos de la secularización", *Consecuencias político-jurídicas del protestantismo. A los 500 años de Lutero*, Marcial Pons, 2016, p. 76.

<sup>304</sup> Rafael Diaz Salazar y Salvador Giner, (coordinadores), *Religión y Sociedad en España*, Madrid, 1993, p. XI.

Quienes así piensan deberían tener presente que Gengis Kan respetaba todas las religiones, y que el gran defensor de los derechos humanos, Gandhi, como ya se ha señalado y se desarrollará con mayor detalle en el apartado siguiente, estaba en contra de la excesiva unilateralidad con que se consagraba la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, ya que no hacía mención de los deberes del hombre, teniendo presente que: “el Ganges de los derechos nace en el Himalaya de los deberes”, señalando los pecados capitales de la Modernidad<sup>305</sup>.

Un sector notable de la intelectualidad europea, que durante décadas ha vivido frustrada por no poder aplicar en la Europa Occidental la doctrina del Marxismo, y que aún al día de hoy no se ha percatado de la caída del muro de Berlín y, por lo tanto, siguen enfrascados en conceptos tales como la democracia real o el respeto efectivo no sólo de los derechos políticos de las democracias burguesas sino también de los derechos económicos y sociales, no se han dado cuenta todavía de la desdicha política, económica y moral, que tuvieron que soportar aquellas personas que vivieron bajo aquel sistema político que consideraban perfecto, hasta el punto de considerar que algunos de aquellos principios pueden ser útiles en su día<sup>306</sup>.

Ya se ha visto como la razón sirvió para la actualización de los textos romanos clásicos y justinianos por los Glosadores y por la Escuela del Comentario, lo que se acentúa en los s. XVI y XVII, cuando se encuentra bien asentada la idea del rey no solo juez sino legislador, pasando de esta manera su *auctoritas* a quien disponía

---

<sup>305</sup> Como señala Souto Paz, en la actualidad se cuestiona la autenticidad de una política de derechos humanos apoyada en una política económica del mundo Occidental, que se interpreta como depredadora el Tercer mundo, unido a la circunstancia de que junto el bienestar creciente en los países Occidentales y la miseria de los países subdesarrollados se califica como una explotación económica contradictoria con la vigencia real de los derechos humanos, lo que unido al hedonismo Occidental se considera incompatible con otras culturas y religiones. Los Estados árabes suscribieron en su día la Declaración Universal de Derechos Humanos aprobada por la ONU dentro del panarabismo liderado por Nasser, si bien en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 se advierte una modificación del texto sobre la libertad religiosa contenida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, ya que en el primero se hablaba que la libertad incluye la de cambiar de creencia y en este nuevo se dice que este derecho incluye la libertad de tener o adoptar la religión o las creencias de su elección, suprimiéndose así la expresión de cambiar de religión.

Se trata de una modificación solicitada por diversos Estados árabes, dado que la religión islámica prohíbe el abandono de la religión.

El fracaso del panarabismo y la emergencia del panislamismo ha planteado problemas nuevos con relación a esta cuestión y en la Declaración Universal Islámica de Derechos Humanos de 9 de septiembre de 1981 se destacan las obligaciones, según los términos de la Alianza con Dios, que tienen prioridad sobre los derechos y en la declaración de El Cairo de Derechos Humanos en el Islam, proclamada por los Estados miembros de la Organización de la Conferencia Islámica el 5 de agosto de 1990, se señala que todos los derechos y libertades estipulados en esa declaración están sujetos a la ley islámica pero en la Carta árabe de Derechos Humanos de 1994, los Gobiernos de los Estados miembros de la Liga Árabe se reafirman en los principios de los textos internacionales citados, considerando que no están limitados por la interpretación y aplicación de la ley islámica, por lo que puede considerarse documento homologable a los demás textos, destacando el autor el tratamiento que hace el Concilio Vaticano II sobre esta materia, que reconoce el derecho a la libertad religiosa e insta a los Estados a su reconocimiento y a su incorporación en sus respectivos ordenamientos jurídicos, en tanto que la libertad religiosa concierne tanto a los ciudadanos como a los grupos sociales, a los poderes civiles, a la Iglesia y a las demás comunidades religiosas, de manera propia a cada una de ellas, conforme a sus obligaciones respecto del bien común. José Antonio Souto Paz, “El Estado Moderno y la libertad religiosa”, *Revista General de Derecho Público Comparado*, nº 1, septiembre, 2007, pp. 12-16.

<sup>306</sup> Curiosamente en la evolución que se confirma es a la inversa. Se analizará, más adelante, el pensamiento de Habermas pero valgan aquí las opiniones de Fidel Castro, desmarcándose del mensaje de la religión como el opio del pueblo y apuntándose a la moral de ética cristiana, basada en aspectos como la familia, la honradez, la caridad o el amor al prójimo, *Fidel y la religión: conversaciones con Frei Betto*, 1985.

de la *potestas*, lo que acrecienta Lutero, al otorgar el poder religioso al civil que, además, se considera que recibe directamente el encargo de Dios.

## **- LOS ESTADOS DEL CONTINENTE EUROPEO Y EL TRATADO DE WESTFALIA DE 1648**

La historia va poniendo negro sobre blanco ( más bien sobre rojo) sobre el verdadero alcance de los celebrados acontecimientos, consecuencia de la mentalidad impuesta por la Modernidad en la Paz de Westfalia de 1648, por el nacimiento del Estado-Nación y en el que tanta importancia desempeñaron las ideas religiosas de la Reforma, basadas en una supuesta libertad religiosa.

Esta afirmación se hace en atención a los efectos bélicos que vienen asolando Europa en los siglos XIX y XX, y en la actualidad, en su incapacidad de construir la Unión Europea. Lo que aquí se exponga como método de alcanzar los acuerdos a través de la mayoría tiene hoy toda su vigencia en el actual Estado democrático de Derecho en donde las minorías, adecuadamente formadas, vienen a imponer sus criterios que es lo que sucedió en Westfalia y viene a desvirtuar la idea rectora de las mayoría como criterios o elementos de gobernación.

Otra de sus manifestaciones lo constituye el fracaso que supone el concepto de Estado en su generalización mundial, fruto del expansionismo político y cultural del mundo Occidental, como pone de manifiesto el fenómeno de la descolonización, que ha puesto de manifiesto por la falta de respeto a la organización tribal africana, que ha desencadenado un conflicto permanente, por ejemplo, en el Congo, Siria, Somalia o Afganistán.

La paz de Westfalia de 1648 supuso el fin de los modelos de unidad basados en los conceptos de Cristiandad e Imperio y dio paso a los Estados-Nación.

El tiempo determinará si no hubiera sido más conveniente para el bien europeo y común, una reforma Erasmista como la defendida por Carlos I y Felipe II, que también atajaba la crisis de la Iglesia Católica pero desde una perspectiva más global y unitaria.

La idea del Estado-nación se ha saldado, no solo con episodios bélicos hasta ahora desconocidos por su crueldad e importancia sino por la vulneración cuantitativa y cualitativa de los derechos humanos y la constatación de la necesidad de órganos internacionales de cohesión e integración para la salvaguarda de los derechos humanos.

La “leyenda negra” española está vinculada por su base al subsuelo de muchos nacionalismos europeos, ya que la España católica ocupó en ellos el lugar del malvado enemigo que los nacionalismo que, normalmente, se crean contra algo para poder emerger, apoyados por las iglesias Protestantes, que nada tenían de tolerantes y que su represión ha sido, verdaderamente, desbordante y numerosa, y enormemente más cruel que la española.

El “Católico” imperio español representó la defensa de una Europa unida y plurinacional, que los Protestantes nacionalistas procuraron destruir, y a pesar de su evidencia nadie lo destaca ni es objeto de estudio, y como todos los nacionalismos actúan se apodera del nombre y de la palabra del pueblo.

Frente al Erasmismo, netamente español, triunfan la desunión, la razón de Estado y las monarquías Absolutas, constituyendo el Protestantismo la principal carga de profundidad con que se voló este proyecto de unidad europea.

El Católico no necesita pensar en el Protestante para existir, ni busca desacreditarlo para pensar que su Catolicismo es el correcto mientras que la identidad colectiva de los pueblos Protestantes está levantada sobre la denigración de los Católicos, de manera que al levantarse debía ser sobre algo muy malo y pusieron todo su empeño en ello<sup>307</sup>.

Aunque se suele destacar que las iglesias Protestantes vienen a significar la libertad religiosa, la libertad que los Protestantes otorgan para la interpretación de las Sagradas Escrituras es nula, ya que Lutero o Calvino fueron los que decidieron, lo que la gente debía creer y prohibieron cualquier otra interpretación, y las persecuciones entre las facciones Protestantes provocaron más muertes que las guerras con los Católicos, sin pasar por alto las confiscaciones de los bienes de la Iglesia Católica<sup>308</sup>.

A Lutero se le considera el héroe del germanismo y según el filósofo alemán Jaspers, en su profundo antisemitismo se encuentra el programa nazi reunido<sup>309</sup>.

Los modernos Neorrealistas sí que tienen presente el significado de Wesfalia, que Miguel Ayuso<sup>310</sup> considera constituye el quinto hito en la desaparición de la cristiandad o ruptura definitiva del cuerpo místico cristiano y el resurgimiento de los Estado-nación o de Europa.

En el periodo 1517 hasta 1648, la intolerancia del propio Estado Moderno de la Paz de Augsburgo de 1555 obligó a muchos Protestantes a abandonar Europa para poder preservar sus propias convicciones: partiendo del libre examen de Lutero, que dará lugar a la ruptura de la unidad religiosa, lo que trasladará Maquiavelo a las conductas éticas, Bodin a la ruptura política, y Grocio y Hobbes a la jurídica.

Es evidente que el principio *cuius regio eius religio* otorga un poder determinante al poder civil sobre el religioso, la perversión de la carne (según Lutero y en contra de Santo Tomás) incapacita la razón como medio de alcanzar la guía política y jurídica correcta, y la sola fe (en opinión de Lutero, siguiendo a los Nominalistas) basta, al margen de los hechos, elementos que avanzarán hacia la secularización y el subjetivismo, tanto en la moral como en el Derecho, devaluando a este, a manos de la ley civil.

---

<sup>307</sup> Mientras que los imperios no suelen ocuparse de defender su reputación, ya que normalmente suelen tener preocupaciones superiores y suelen responder cuando existe una seria amenaza pero ni Inglaterra ni los Países Bajos fueron nunca amenaza para el Imperio español, ya que eran un territorio más entre otros muchos, al contrario que para Flandes, cuya guerra imperial era importantísima.

<sup>308</sup> Calvino, en Ginebra, empezó a eliminar cualquier atisbo de oposición a su doctrina y la intolerancia calvinista alcanzó, en una ciudad de 10.000 habitantes, a un total de 500 personas en un periodo de 10 años, algo impensable en la España Inquisitorial, país en el que a nadie se le ha ocurrido levantar una estatua a Torquemada, a pesar de su comparación con Calvino, que tiene una estatua monumental, aunque frente al ginebrino no pasase de simple aprendiz de la represión María Elvira Roca Barea, *Imperiofobia y leyenda negra, Roma, Rusia, Estados Unidos y el Imperio Español*, Siruela, Madrid, 2016, pp. 189 y 190.

<sup>309</sup> María Elvira Roca Barea, *Imperiofobia y leyenda negra, Roma, Rusia, Estados Unidos y el Imperio Español*, Siruela, Madrid, 2016, pp. 180-188 y 191-192. La cita en concreto se encuentra en la p. 182 y se basa en Franklin Sherman, *Foi transformée: les rencontres avec juifs et le judaïsme*, edit. John C. Merkie, Collegeville, Minnesota: Liturgical press, 2003, pp. 63 y 64. Esta autora destaca la influencia de Lutero en la personalidad y patriotismo alemán sobre la base del pensamiento de Lutero, que también destaca, basándose en Thomas Mann, Dário Moura Vicente, *Direito comparado, V. I, Introdução e Parte Geral*, Almedina, 2011, p. 123.

<sup>310</sup> Miguel Ayuso, "La matriz protestante de la política y el Derecho modernos", *Consecuencias político-jurídicas del protestantismo. A los 500 años de Lutero*, Marcial Pons, 2016, pp. 208 y sgts.

Esta asunción de la *auctoritas* por parte del Estado se produjo a consecuencia de la ruptura de la unidad religiosa, de la contestación a la autoridad del Romano Pontífice y de la postulación de la Iglesia como una comunidad espiritual de naturaleza carismática, lo que provocó la absorción de lo religioso en su esfera externa y comunitaria por parte del Estado.

Es esta situación, la que provocó los aspectos más específicamente totalitarios que se siguen del pensamiento de Lutero, en contraposición a los postulados gelasianos<sup>311</sup>.

Luis Suárez destaca el absolutismo del poder, que se venía a reconocer ya como un hecho consumado en la Paz de Westfalia y los perversos efectos del principio *eius regio cuius religio*, describiendo los entresijos del mero poder temporal que dieron lugar al enfrentamiento entre los Católicos en beneficio de los Protestantes y trayendo a colación el manuscrito de Quevedo encontrado en el Archivo Histórico Nacional, en donde habla de Richelieu como “cardenal sin iglesia, rey sin reino, malo para todo y bueno para nada”, en una época en el que al otro lado del Canal de la Mancha se trabaja sobre el leviatán.

Conforme los Estados se alejaban más y más de la fe de Cristo se incrementaban los motivos del odio; la Iglesia sufrió mucho y también España pero aprendió una de las lecciones más importantes que conlleva su fe: Cristo redimió a la Humanidad con el sufrimiento y con la muerte.

Tras Westfalia, la paz se mantendría con un equilibrio que impidiera a cualquiera de los príncipes aspirar a la hegemonía pero era un fuerte engaño pues cada uno iba a intentar, sucesivamente, reunir armas y soldados en cantidades suficientes para imponerse a los demás, de manera que Westfalia no trajo la paz sino la guerra, como medio normal de relación entre naciones<sup>312</sup>.

Primero Francia, luego Inglaterra y por último Alemania harían, en esos 300 años sucesivos, proyectos para imponer su hegemonía y el resultado serán las guerras de Luis XIV para despojar a los Habsburgo de sus dominios, luego la de la Sucesión española, la de la Pragmática que se jugaba el cambio hacia Prusia, la de los Siete años que tuvo ya escenarios fuera de Europa, las de la Revolución Francesa y el Imperio Napoleónico, la de Crimea, la del Setenta, la del 14, la del 39 y la del 45; y cada una de ellas se diferenciaba de la anterior por haber multiplicado el número de víctimas, alcanzando también y de manera creciente a los civiles<sup>313</sup>, aspecto que también trata Gabriel Albiac y que se abordará al tratar a la Revolución Francesa, cuyo origen sitúa en el Estado Absoluto.

Para Smitt, al igual que para su admirado Donoso Cortés, la Reforma Protestante supuso un gran escándalo político, social y religioso, y el germen de la tiranía.

Con la aparición del Estado Moderno en el S. XVI se dio paso a un pluriverso político que puso fin a la *Christianitas* Medieval, pasando la religión a ser un asunto privado del individuo y tanto la

---

<sup>311</sup> A pesar de algunos vectores Regalistas y Totalitarios que aparecieron aquí y allá en la cristiandad para que el imperio no llegase a tener control absoluto sobre la sociedad, quedando ese modo, de alguna manera, controlada cualquier tendencia totalitaria así como la tendencia hacia un clericalismo desaforado. Luis María de Ruschi, “Los orígenes protestantes del Estado Moderno”, *Consecuencias político-jurídicas del protestantismo. A los 500 años de Lutero*, Marcial Pons, 2016, pp. 143 y 144.

<sup>312</sup> Las paces eran simplemente periodos de descanso cuando se había llegado a un agotamiento de los recursos y dejando a un lado a España e Italia, consideradas como factores secundarios, aunque importantes.

<sup>313</sup> Luis Suárez Fernández, *Lo que España debe a la Iglesia Católica*, Homolegens, 2012, pp. 227-232.

Iglesia como el Estado se convirtieron en algo relativo, que solo podía derivar su valor de aquel único valor absoluto: el individuo, renegando Smitt del sistema de derechos fundamentales<sup>314</sup>.

La aparente libertad religiosa se establecía con culto privado en algunos casos.

Tras la publicación de Westfalia, quien cambiase de religión tendría que emigrar en el plazo de 10 años salvo que tuviese dificultades para vender sus bienes o trasladar su domicilio, en cuyo supuesto se le concedía un plazo adicional de 5 años más y estos derechos eran reconocidos, tanto a los que emigraban voluntariamente como a los que lo hacían de manera forzosa<sup>315</sup>.

La doctrina de Lutero caracteriza todas las teorías políticas de la Modernidad: el Absolutismo, el Liberalismo y la democracia Moderna o la politología Contemporánea, tratándose de teorías políticas que se apoyan en la misma asunción, aunque tengan desarrollos y consecuencias muy diferentes.

Se pretenderá poner remedio a los resultados de esta doctrina política, reacciones internas en la misma esfera pero ninguna de ellas ataja el error originario del método, ya que si se parte de convenciones, solo se pueden alcanzar los objetivos que se han prefijado pero no se conoce la realidad en que consiste la vida humana que, como ya se ha señalado, se basa en la comunidad como elemento natural y sin artificios.

Lutero, que desarrolla con mas fuerza el Idealismo es, por ello, radical enemigo de Santo Tomás, San Agustín, Platón y Aristóteles.

Como se desarrollará más adelante, Miguel Ayuso considera que el Liberalismo, el Laicismo, el Totalitarismo son fenómenos Occidentales y herejías cristianas a un tiempo, en tanto herejías nacidas en el seno de la civilización cristiana, que han terminando extendiéndose por el mundo entero, dando

---

<sup>314</sup> Cit. Carmelo Jiménez Segado, "El Poder Judicial y la defensa de la Constitución en Carl Smitt", *Revista de Estudios Políticos*, número 161, Madrid, 2013, pp. 51 y 52.

<sup>315</sup> De manera que la supuesta tolerancia que se dice que se reconocía en Westfalia con ejercicio privado de la religión, en algunos casos, debería haber hablado, claramente de la emigración obligatoria, por lo que el documento es en cierta manera contradictorio y de ninguna manera puede decirse que recoge el principio de libertad religiosa. En el Tratado de Westfalia se distinguía entre *religio reprobata*, *tolerata* y *recepta*. A las primeras no se les permitía el ejercicio de la religión de ningún tipo, a las toleradas se les permitía el derecho al culto doméstico o ejercicio privado de la religión y a los tres partidos religiosos cristianos aceptados por el Imperio: Católico, Luterano y Reformado se les reconocía el derecho al culto público, imponiéndose a los príncipes Protestantes, en caso de reconversión Protestante, que ambas fuesen *receptae*, ejemplo por el que cuando en 1614, el príncipe Federico Guillermo de Brandenburgo se convirtió al Calvinismo permitió que los Luteranos irreductibles siguieran practicando su religión, dejando que existieran dos *ecclesiae receptae*, la de los Luteranos y la de los Reformados, y después de 1611 para los Católicos, y que a partir del Edicto de Postdam de 1685 se permitiría a los hugonotes franceses ser acogidos como inmigrantes en el norte de Alemania, posibilidad a la que se acogieron unas 15.000 personas pero al ser los hugonotes Calvinistas padecieron si no el ejercicio de la violencia, sí numerosas dificultades y así en Halle, en el año 1689, se quejaron de que a sus mujeres, niños y sirvientas les arrojaban en el mercado la fruta podrida y que sus actos de culto eran interrumpidos, de manera que en este tipo de manifestaciones, no solo estaba presente el odio religioso sino también rechazo a lo extraño.

Cuando en 1718, el incendio de la ciudad de Magdeburgo se extendió a las casas de los Hugonotes, algunos gritaban que dejaran arder las casas de los franceses, impidiendo que otros colaborasen en la extinción del incendio. El acuerdo al que se llegó entre los imperialistas y los suecos para la elaboración del documento de Paz de Westfalia puede resumirse en el equilibrio final de 1647, que preveía que quien de algún modo, por el uso prolongado o la convivencia disfrutaba del ejercicio de la religión del modo público y privado en el año 1624, podía seguir manteniéndola y quienes perteneciesen a otra confesión, sin disfrutar de ejercicio público o privado de la religión, en ese año, debían ser tolerados o disfrutar de la libertad de conciencia, no permitiéndose que sufriesen desventajas en el ámbito civil o económico, lo que no se permitía a quienes cambiasen de religión tras la publicación de La Paz de Westfalia, que como se ha dicho deberían de emigrar. María J. Roca, "La influencia de la Reforma Protestante en el Derecho", *e-Legal History Review* 14, 2012, pp. 23-26.

lugar a un nuevo tipo de cristiano y de bárbaro: el bárbaro cristiano, trayendo a colación a San Pío X en *Pascendi* y la rendición de la Iglesia y de la cultura Católica como Pío IX había condenado en el *Syllabus*.

Entiende que la rendición del catolicismo comenzó en la cultura política, continuó en la filosofía, más tarde en la teología y luego en la cultura.

El mundo Protestante derivó en la Ilustración y la cultura Católica resistió en Francia como pudo al haberse perdido la filosofía cristiana, pero la derrota de la Iglesia vino con la revolución Liberal política y de ahí vino la primera cesión que se dio en ese orden, el Liberalismo católico, luego la democracia cristiana, más tarde en cristianos para el socialismo. El Concilio Vaticano II es en este orden, el arquetipo de lo sucedido antes durante y después, un desastre total y tras la Segunda Guerra Mundial, la cultura católica se entregó al Americanismo por temor al Comunismo.

La cultura francesa constituiría el paso del laicismo a la laicidad, no existiendo choque entre Estado e Iglesia sino en cuanto dos modos de concebir la libertad y la propiedad, que la Modernidad considera solamente secuencia de la soberanía, entendida como Bodino.

El privilegio de la preeminencia de los derechos de identidad colectiva como Estado o República llevó a la subordinación del individuo por el Estado, haciéndose la República garante de la tutela de las libertades, en concreto de la conciencia, a condición de que este ejercicio se llevase a cabo dentro de los límites y, por tanto, de conformidad con lo que establece el ordenamiento jurídico sacralizante.

Dicho de otro modo, la religión civil, de manera que el individuo es libre dentro de la libertad concedida por el Estado y sus derechos, puesto que, convencionalmente, son derechos civiles y de contenido variable aunque se presenten como naturales e imprescriptibles, que es lo que sucede cuando son, realmente, del individuo y no del Estado.

La Constitución italiana de 1947 introdujo formalmente la laicidad, que ha seguido Alemania tras la Ley Fundamental de Bonn y el mundo hispánico, resultando desoladora la secularización acelerada producida por los resultados del Concilio Vaticano II y sus premisas y ello en un mundo que parecía más católico que otros y en donde existe una oposición muy minoritaria, que en otras partes es más visible.

La influencia del modelo francés y americano ha constituido la pérdida de unidad, destruyendo el bien de la unidad católica con el pluralismo religioso y moral, que a la corta más que la larga sirve, paradójicamente, para que el Estado se imponga como monopolizador de los juicios morales<sup>316</sup>.

---

<sup>316</sup> Miguel Ayuso, ¿ocaso o eclipse de la cultura política católica?, *La Cultura política y los católicos: del siglo XX al XXI*, Fundación Elías de Tejada, 2018, pp. 287-309.

## - LA VOLUNTAD GENERAL COMO ORIGEN DE LAS LEYES. LAS FASES DE LA EVOLUCIÓN Y SU INFLUENCIA EN LA SEPARACIÓN DE PODERES QUE MONTESQUIEU QUERÍA PARA FRANCIA IMITANDO A INGLATERRA. LAS NUEVAS ESFERAS DEL PODER Y EL DERECHO PÚBLICO

Los Iluministas franceses preferían que el cambio se produjese a través de un rey Iluminado, en vez de por la turba no Iluminada y su concepto de la ley, fruto de la voluntad popular, debía encontrarse en el seno de una persona singular (no como un conjunto o asamblea de ellos), emanada de la razón y que se encuentra en la mente humana por su propia naturaleza y sin más aditamentos (a la manera de los estoicos).

Finalmente terminó por imponerse la tesis de Sièyes, que consideraba que la Nación tiene prioridad sobre todo, su voluntad es siempre legal e igual que la propia ley, lo que supone la contravención de las ideas de *Emilio*: el hombre es bueno por naturaleza pero la sociedad lo pervierte.

Sociedad que implicaba al pueblo y la nación, trayendo consigo el Festival del Ente Supremo a la República de la Virtud, como religión de fe civil encargada de transformar al individuo y de educarlo.

La voluntad popular recayó en la Asamblea merced a la representación, legitimación que del pueblo pasó a la Asamblea y llevó a Napoleón a concluir, que como su gobierno era representante del pueblo soberano no debería tener contraposición<sup>317</sup>.

Como pone de manifiesto Miguel Ayuso<sup>318</sup>, trasponer y trasplantar la voluntad popular por la Parlamentaria significa una grave infidelidad al pensamiento rousseauiano, como señala Vallet de Goytisolo<sup>319</sup>, al traer a colación las palabras de Rousseau plasmadas en el *Contrato Social*, en donde considera que:

“la soberanía no puede ser representada por la misma razón que no puede ser alienada; consiste esencialmente en la voluntad general, y la voluntad general no se representa para nada; es la misma o es otra, no existe término medio. Los Diputados del Pueblo no son ni pueden ser sus representantes, no son sino sus comisarios. Toda ley que el pueblo en persona no ha ratificado es nula; no es una ley. El pueblo inglés piensa ser libre y se equivoca mucho; no lo es sino durante la elección de los miembros del Parlamento: tan pronto son elegidos es esclavo, no es nada. El uso que hace de su libertad en los breves momentos en que la tiene le hace merecedor de perderla. La idea de representación es moderna; nos viene del gobierno feudal, de ese inicuo y absurdo gobierno en el cual la especie humana fue degradada, y el nombre del hombre se deshonoró (libro III, capítulo XV). Para que exista verdaderamente voluntad general esta ha de ser: “siempre recta y tendente a la utilidad pública”, pues “hay a menudo una gran diferencia entre la voluntad de

---

<sup>317</sup> Friedrich A. Hayek, *Derecho, legislación y libertad. Una nueva formulación de los principios liberales de la justicia y de la economía política*, 2ª edición, Unión Editorial, 2014, pp. 162-163.

<sup>318</sup> Miguel Ayuso, “Concreción del derecho y separación de poderes”, *Ethos*, Revista de filosofía práctica, Buenos Aires, 2011, pp. 125 y 126.

<sup>319</sup> Juan Vallet de Goytisolo, “Voluntad popular, voluntad parlamentaria y confusión de poderes”, *Verbo*, nº 315-316, 1993 pp. 485 y sgts.

todos y la voluntad general, a esta no concierne sino el interés común, a la otra, el interés privado, y no es sino la suma de las voluntades particulares” (libro II, capítulo III).

Aunque reflejamos la realidad española no creemos que exista inconveniente en referirla al resto del continente europeo.

Existen, sin duda, ciudadanos que creen a pies juntillas, que la ley es obra del pueblo, fruto de las discusiones de razón que se celebran en el Congreso aunque es muy dudoso que piensen lo mismo los Diputados que han asistido a tales discusiones y participado en las negociaciones secretas, en las negociaciones con los sindicatos, en las concesiones a los partidos políticos no gubernamentales dispuestos a votarlas a cambio de otras ventajas, sugerencias de la Banca o de los americanos, coacciones y vetos de grupos de presión, intercambio de favores institucionales, etc... entendiendo que hay que estar muy ciego o ser muy consentidor para aceptar las imputaciones de paternidad tan inverosímil como la voluntad popular.

Tal y como señala Alejandro Nieto, en un tiempo, los dominados previamente educados en la religión aceptaban mansamente su destino, por considerar que su yugo había sido impuesto por Dios pero desaparecida las condiciones religiosas fueron sucedidas por la ideología democrática actual, como otro opio del pueblo.

La situación es tan pintoresca, que los dominados se niegan a ver la realidad y están convencidos de que son ellos los dominantes o dicho sea con precisión, que los dominantes son designados, y en esta ideología democrática se insertan con carácter imprescindible, las claves del Derecho y la justicia<sup>320</sup>.

La evolución del Derecho en los últimos tiempos pone de manifiesto la pretensión de conseguir una equiparación entre lo justo natural y lo justo legal, con el tránsito del Iusnaturalismo racionalista en el Positivismo jurídico, dando lugar al fenómeno concatenado de la crisis del Derecho a manos de la ley, que de significar un ordenamiento de la razón hacia el bien común se convierte, simplemente, en un mandato a individuos singulares, y con ello se produce una crisis de la ley clásica en la ley moderna.

Esta independencia de la ley respecto del Derecho desliga la función de los filósofos y moralistas de los jurisprudentes, siendo el Derecho natural derrotado por el positivo.

La supuesta apoliticidad de los hombres conduce a fundar sus lazos en el contractualismo, que a su vez se constituye en los fundamentos del Estado y de la ley, Positivismo puro que precisa del freno, que desde el Derecho natural proporcionan los derechos fundamentales, que a su vez sirven de límite al legalismo en el que los derechos, más que reconocidos son conferidos por el Estado totalizante, que interviene, paradójicamente, en todos los aspectos de la vida humana, imponiendo todo tipo de soluciones a la sociedad y a los jueces, cayendo en el desprestigio por su carácter totalizador, lo que determina su falta de obediencia, es decir, una ley progresivamente invasora e impotente al mismo tiempo<sup>321</sup>.

Manifestar que las leyes contienen la voluntad general es retórico y voluntarista porque todos saben, que las leyes son el resultado de negociaciones personales llevadas a cabo en un restaurante o

---

<sup>320</sup> Alejandro Nieto, *Balada de la justicia y la Ley*, edit. Trotta, Madrid, 2002, pp. 20-48.

<sup>321</sup> Miguel Ayuso, “Las aporías presentes del derecho natural ( De retorno en retorno)”, *Direito e Justiça, Verdade, Pessoa Humana e Ordem político-Jurídica*, Universidad Católica Portuguesa, Faculdade de Direito, 2008, págs. 51-78.

en un despacho por media docena de políticos, que luego se llevan a las Cortes para allí, ritualmente, ser aprobadas por una mayoría, conocida de antemano, a la que solo le corresponde votar lo que le indican.

En este proceso no hay ni la menor intervención popular pero como reconocer que esta realidad supondría negar la sustancia democrática del Estado y a tal sinceridad no pueden estar dispuestos a llegar ni los políticos ni los ideólogos, y lo mismo sucede con la manipulación posterior de la ley, por lo que entiende que detrás de la voluntad del pueblo nos hemos encontrado con la de sus representantes y detrás de estos con los representantes de la mayoría y tras estos con el partido gobernante y detrás con poderes fácticos.

En tales condiciones es imposible determinar, con precisión, quien es el verdadero señor de la ley, de manera que decir que las leyes son obra del legislador no es más que una simplificación formalista y quien crea en ella no podrá entender nunca lo que son la ley y el Derecho<sup>322</sup>.

Se debe concluir que, al contrario de lo que aparenta, realmente, nos encontramos ante una situación mucho más idealista e ideologizada de la que se pretende atajar, al haber sido, tradicionalmente, el Derecho, obra esencial de los juristas prácticos, de manera que al pasar el eje de rotación del Derecho a la ley, como creación esencial del Estado Moderno, pasa a ser construcción de filósofos.

Al contrario de lo que pudiese parecer, el Derecho natural es el más real<sup>323</sup> como se pone de manifiesto al aparecer de una forma efectiva en las crisis del Derecho positivo, de ahí la aparición de los derechos fundamentales como límite a la actuación del Estado y límite de las leyes en la labor jurisprudente creadora del Tribunal Constitucional.

Señalaba Burke que los derechos de los ingleses proceden de la tradición como la propia Constitución, destacado la real contradicción y ajenidad de las ideas Revolucionarias francesas de las de Inglaterra, en las en las que se dicen inspirar, considerando a Rousseau como un escritor desprovisto de orientación, en todos los sentidos de la palabra, que los derechos de los ingleses son concretos y materializados, no abstractos como los de los franceses, considerando fatal para el orden, la paz, la tranquilidad y la unidad considerar que la corona del rey inglés obedece a una elección del pueblo y no a un orden de sucesión establecida en las leyes del reino<sup>324</sup>.

Es a Montesquieu, sobre la base de lo que señala en su obra *El espíritu de las leyes*, a quien se ha atribuido la doctrina de la separación de poderes, llamada otras veces división de poderes. Pero este autor nunca mencionó esta última y una vez solo la primera en sentido negativo, al referirse “al poder de juzgar en relación con los otros dos” esto es, sin concernir a estos, de manera que tanto la división de poderes como la separación de poderes traicionan el pensamiento de Montesquieu.

Lo que verdaderamente preocupaba a Montesquieu era crear un equilibrio institucional que a la vez consistiera en un equilibrio social, lo que no supone una sociedad política artificial compuesta de

---

<sup>322</sup> Alejandro Nieto, *Crítica de la razón jurídica*, edit. Trotta, Madrid, 2007, pp. 128 y 129, y *Balada de la justicia y la Ley*, edit. Trotta, Madrid, 2002, pp. 20-48.

<sup>323</sup> Emilio Bigotte Chorão, Apêndice, “Memoria de uma experiência pedagógica (Apontamentos de lições propedêuticas sobre o conceito de Direito”, *Direito e Justiça, Verdade, Pessoa Humana e Ordem político-Jurídica Universidad Católica Portuguesa, Faculdade de Direito*, 2008, p. 313.

<sup>324</sup> Paulo Otero, *Instituições políticas e Constitucionais*, V. I, Almedina, 2016, pp. 268-272.

tres entidades distintas: legislativa, ejecutiva y judicial sino diversos elementos o fuerzas reales, sociológica e históricamente imbricadas en el seno de un todo unitario (Estado o nación) que regule sus intereses conforme a un postulado de Derecho, que no es la traición del Derecho a manos de la ley positiva, voluntad del Estado.

Finalmente, se impuso la versión Revolucionaria Jacobina del Poder Judicial sometido a la soberanía del Parlamento, conforme al principio democrático de la soberanía popular, lo que significa una infidelidad grave al pensamiento rousseauiano, al trasponer y trasplantar la voluntad popular por la Parlamentaria, destacando que así como el órgano de gobierno de los poderes Legislativo y Ejecutivo se residenció, respectivamente, en cada uno de ellos, no fue así con relación al Judicial, primando al Ejecutivo en sus relaciones con el Judicial, que se encuentra en la actualidad en una especie de emancipación parcial de sus postulados, puesto que los jueces y magistrados no pueden depender, en cuanto a su designación, ascenso y cargos de ellos ni pueden desempeñar los jueces y magistrados cargos en ninguno de los poderes políticos: ni del Legislativo ni del Ejecutivo ni tampoco en los partidos políticos que dominen uno u otro o los dos<sup>325</sup>.

Hayek describe magistralmente los términos de la involución.

El cuerpo legislativo inglés, la madre de todos los Parlamentos, surgió en un país en el que durante mucho más tiempo que en cualquier otra parte se daba por supuesto, que las reglas de recta conducta, el *common law*, existían con independencia de la autoridad política e incluso se consideraban a estas normas de recta conducta como algo dado y más o menos inmutables pero como el gobernante tenía, a menudo, que obtener la aprobación de sus súbditos para adoptar medidas especiales y la más importante de estas medidas eran las relativas a los impuestos, las instituciones Parlamentarias o cuerpos representativos constituidos con este fin se ocuparon, al principio, de las materias gubernativas más que de producir Derecho en sentido estricto del término.

Por ello, la principal actividad de los cuerpos legislativos ha sido siempre la dirección y control del Gobierno y puede decirse, en general, que el Parlamento británico no ha tenido tiempo ni ganas de ocuparse del Derecho de los juristas, considerando que el término ley no es una *thesis* que ordena a alguien realizar una determinada acción.

En las discusiones del s. XVII, en Inglaterra, se daba por entendido y se concebía la actividad legislativa como actividad distinta de la propia de Gobierno y la idea se fue expresando cada vez con mayor claridad, que el término legislación habría carecido de sentido, si todo acto del legislativo se hubiese denominado ley, así como que la ley debía pronunciarse en términos generales y el legislativo no podía introducir casos particulares.

Así deben interpretarse el *First Agreement of the people* de 1647 y el *Instrument of Government* 1653, y John Locke lo expresó con toda claridad, al decir que la autoridad legislativa consiste en obrar de un modo particular...( y) quienes poseen tal autoridad deberían promulgar solo leyes generales y tal fue la opinión dominante en Gran Bretaña en el s. XVIII y de ella tomó Montesquieu su informe sobre la constitución Británica, de manera que el término legislatura se halla íntimamente ligado a la teoría de separación de poderes.

---

<sup>325</sup> Miguel Ayuso, "Concreción del derecho y separación de poderes, *Ethos*, Revista de filosofía práctica, Buenos Aires, 2011, pp. 123-127.

Esta opinión fue cuestionada en el s. XIX por las concepciones de los filósofos radicales y en particular por la propuesta de Bentham<sup>326</sup> de un legislativo omnicompreensivo, que condujo a James Mill a sustituir el ideal de un Gobierno sometido a las leyes, por el ideal de un Gobierno controlado por una asamblea popular, libre de cualquier clase de acción aprobada por dicha asamblea.

Señala que si no queremos que la palabra legislatura o cuerpo legislativo nos confunda debemos tener presente su origen, tratándose de un título honorífico otorgado a las asambleas que se formaron, ante todo, como instrumentos del gobierno representativo del que se derivan los cuerpos legislativos modernos, que proceden de estas asambleas y que existían antes de que la creación deliberada de las normas de recta conducta se consideraran como propias de su función y que, con posterioridad, asumieron estas funciones, a pesar de las funciones tan diferentes que al principio se les confiaron.

El término legislatura no aparece hasta mediados del s. XVII y no es sino a partir de esa fecha cuando legislativo se convirtió, simplemente, en un nombre para designar a las asambleas representativas, cuya función era dirigir y controlar al Gobierno y origen, realmente, en la teoría de separación de poderes, con ánimo de evitar, precisamente, que estas asambleas representativas no controlaran las actividades del Gobierno y trae como el ejemplo frases atribuidas a Napoleón, citadas por otro autor pero confiesa que no lo ha conseguido encontrar en la correspondencia de Napoleón hasta ahora publicada:

“Nadie más que yo puede tener el mayor respeto por la independencia del poder legislativo. Pero legislación no significa política financiera, crítica de la administración y otras noventa y nueve cosas de que se ocupa el Parlamento de Inglaterra. El Legislativo debería legislar, es decir, hacer buenas leyes sobre la base de principios científicos del derecho, pero debe respetar la independencia del Ejecutivo si quiere que sea respetada la suya”.

Expuesta la concepción de las funciones que corresponden al Legislativo según Montesquieu sobre la base de la separación de poderes, que limitaba el poder del único cuerpo existente de representantes del pueblo se habría adoptado la postura de Napoleón que, precisamente, les facultaba a establecer normas de recta conducta, privándoles de todo poder de Gobierno sobre la base de la verdadera formación de la asamblea de la que salía el Gobierno.

La asamblea representativa consideró inaceptable la postura de dejar de controlar al Gobierno pero el término legislatura se considero atractivo para un cuerpo predominante gubernativo de poder ilimitado y soberano, que según la opinión tradicional pertenecía solo al legislador, en sentido estricto del término y, de este modo, las asambleas legislativas, cuyas principales actividades debían ser controladas por la ley, adquirieron la capacidad de imponer todo lo que les viniera en gana, simplemente, llamando leyes a sus propias decisiones.

Destaca la dificultad de distinguir entre Derecho Público y Privado, y la errónea concepción de considerar que el primero atiende el interés general mientras que el segundo está al servicio, únicamente, del bienestar de los individuos particulares, entendiendo que el Derecho de la organización del gobierno no es propiamente Derecho, en el sentido de normas que definen el tipo de

---

<sup>326</sup> Jeremy Bentham, *Constitucional Code, en Works*, IX, 1843, p. 119: “Por qué hacer la legislación omnicompreensiva?... Porque de este modo se ayuda a que lleve a la práctica la voluntad del supremo constituyente y hace que progresen los intereses y la seguridad de los miembros del estado... Porque la práctica que por tal omnicompetencia se elimina es, en una constitución como la presente, generadora de males de todo tipo. Cualquier limitación se haya en contradicción con el principio general de la felicidad”.

conducta justa sino que se trata de directrices relativas a lo que deben hacer determinados funcionarios u organismos públicos.

Señala que la reflexión sobre los principios generales de la legislación han caído casi enteramente en manos de los expertos en Derecho Público, es decir, que hoy los especialistas de la legislación son los que a menudo tienen escasa simpatía por el Derecho de los juristas, aunque resulta difícil poder calificarlos de juristas, y los que en nuestro tiempo dominan, casi enteramente, la filosofía del Derecho y los que proporcionan del marco conceptual para toda reflexión jurídica y mediante su influencia sobre las decisiones judiciales han conseguido influir profundamente también sobre el Derecho Privado.

El hecho de que la ciencia del Derecho, especialmente en el continente europeo, haya estado reservada casi enteramente a los juristas públicos, que conciben el Derecho, sobre todo, como Derecho Público, enteramente, como organización es la causa principal no solo del Positivismo jurídico, que en el campo del Derecho Privado es un concepto carente de sentido sino también de las ideologías Socialistas y Totalitarias, que en ellas están implícitas.

La confusión entre normas de regla conducta y normas de organización es más manifiesta en el Derecho Constitucional, al que habría de denominarse formal, según la doctrina alemana de la última parte del s. XIX y pone de manifiesto, la diferencia entre las normas de gobierno y de recta conducta, habiéndose puesto de manifiesto que, incluso en períodos Revolucionarios, mientras que el Derecho Público pasa<sup>327</sup>, el Derecho Privado pertenece; considerando igualmente que el Derecho Financiero guarda relación, a pesar de los efectos que tiene sobre los particulares, con las leyes de gobierno y lo mismo sucede con el Derecho Administrativo y Policial, en cuanto que tienden a conseguir ciertos objetivos particulares y previsible y, por lo mismo implican, necesariamente, discriminación y discrecionalidad.

En la tradición jurídica de habla inglesa se ha dado por supuesto que las entidades Administrativas, en sus relaciones con los ciudadanos privados, están sujetas a las mismas reglas generales, *common law y statutes*, y a la misma jurisdicción ordinaria que cualquier otro ciudadano y ello aunque los servicios que el Gobierno presta a los ciudadanos tienden a ampliarse cada vez más, de donde surge, obviamente, la necesidad de normativas que regulan estos servicios<sup>328</sup>.

Más recientemente, la justicia no se interesa por el resultado de las diversas transacciones sino solo porque las propias transacciones sean equitativas<sup>329</sup>.

Entiende que el empeño inspirado en la fatua idea de justicia social ha sido la principal responsable de la graduada transformación de las normas de recta conducta, de normas de Derecho Privado en normas de organización con un fin específico o de las propias normas de Derecho Público; y esta justicia social ha hecho que los Gobiernos acaben tratando a los ciudadanos y a sus propiedades

---

<sup>327</sup> Como nos enseña Vasco Pereira da Silva determinados principios de Derecho Administrativo pueden considerarse propios de una constitución sustantiva al permanecer mientras cambian los diferentes regímenes políticos y Constitucionales.

<sup>328</sup> Considera que aunque el Código de la Circulación establezca que se circule por la derecha o por la izquierda, norma que a menudo se cita como ejemplo de regla general, no es realmente una auténtica norma de recto comportamiento y así como otras reglas relativas al uso de instituciones públicas como las normas de tráfico, que aunque deban ser las mismas para todos o por lo menos deberán asegurar los mismos beneficios a todos los usuarios no constituyen normas de recta conducta, ya que no definen una conducta como justa.

<sup>329</sup> Friedrich A. Hayek, *Derecho, legislación y libertad. Una nueva formulación de los principios liberales de la justicia y de la economía política*, 2ª edición, Unión Editorial, 2014, pp. 97-179.

como objetos de la Administración pública en orden a asegurar ciertos resultados particulares, en beneficio de determinados grupos organizados, lo que inciden en los conceptos de democracia y voluntad mayoritaria, a que haremos referencia más adelante.

Los intentos de socialización del Derecho han tenido lugar en la mayoría de los países Occidentales durante muchas generaciones y han llegado ya, al punto de excluir el atributo característico de las normas generales de conducta, la igualdad de todos los ciudadanos ante las mismas normas de Derecho.

Esta legislación, que se inició en Alemania en el s. XIX con el nombre de *sozialpolitik*, se difundió primero en el Continente y luego en Inglaterra, y durante el s. XX también en Estados Unidos. En Alemania se reconoció ampliamente que la persecución de estos objetivos sociales comporta la progresiva sustitución del Derecho Privado por el Público.

En efecto, los líderes del pensamiento socialista en el campo de los derechos formularon abiertamente la óptica según la cual, el Derecho Privado, el que se ocupa de coordinación de las actividades individuales, debe ser sustituido, progresivamente, por un Derecho Público basado en la subordinación y en lo que respecta al orden social y jurídico, el Derecho Privado debe considerarse, únicamente, con un sector provisional y cada vez más limitado de la iniciativa privada, temporalmente tolerado, dentro de la esfera omnicompreensiva del Derecho Público.

Esta situación se agrava por la condición de que una asamblea interesada por la organización tienda a concebirse, a sí misma, como un cuerpo que no solo presta algunos servicios en pro de un orden que funciona independientemente sino que hace funcionar el país de manera que tiene poder para controlarlo todo<sup>330</sup>.

Uno de los axiomas de la tradición de la libertad es que la coacción solo es admisible cuando es imprescindible para fomentar el bienestar general o el bien público .

Las normas de recta conducta designan a aquellas normas no referidas a un fin y que contribuyen a la formación de un orden espontáneo, es el *nomos* en que se sustenta la sociedad abierta y el Derecho Privado mientras que las normas de organización se ordenan un fin particular y en la medida en que son ley, constituyen el Derecho Público que determina la organización de Gobierno.

Prácticamente todas las normas de recta conducta son negativas en el sentido de no imponer, normalmente, obligaciones positivas y en términos jurídicos.

Las normas no confieren derechos a personas singulares sino que establecen las condiciones con arreglo a las cuales pueden adquirir tales derechos y la justicia conseguir un orden espontáneo.

Considera que el progresivo deterioro de la libertad individual es en gran medida atribuible a la pérdida de convicción en que la ley ha de servir a la justicia y no a los intereses particulares o a los fines particulares del gobierno<sup>331</sup>.

---

<sup>330</sup> Desde esa perspectiva no puede negarse a aceptar cualquier responsabilidad, y como todo caso particular tomado en sí mismo suele ser capaz de vencer todas la dificultades al mismo tiempo cuando es un hecho que las dificultades en que se encuentran determinados individuos o grupos solo pueden superarse con medidas que crean nuevas dificultades y la política no puede considerarse como la eliminación de toda causa de descontento, ya que algunas causas del descontento son legítimas.

<sup>331</sup> Friedrich A. Hayek, *Derecho, legislación y libertad. Una nueva formulación de los principios liberales de la justicia y de*

El pecado original del sistema de Derecho europeo Continental viene determinado por la existencia derechos fundamentales no otorgados sino reconocidos por el Derecho positivo (señala el art. 10.1 de la CE de 1978 que: “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 fundamento del orden político y de la paz social”, luego existe algo previo al Derecho positivo y las leyes positivas, que no queda mas remedio que reconocer no son las únicas que reconocen derechos, a diferencia de los derechos subjetivos reconocidos por la ley, aceptándose que el catálogo de derechos fundamentales no es cerrado.

### - LA LEGÍTIMA FUNCIÓN QUE EN LA ACTUALIDAD LE ES EXIGIBLE A LOS JUECES EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO

Castán<sup>332</sup>, que ejerció de juez precisamente en una época de ausencia de libertades, entendía justificada la reacción frente al Positivismo cimentado en la ideología Liberal y en la politización del Derecho, que hace depender a este, exclusivamente, de su contenido legalista, relegando al jurista a la imagen de un mero técnico.

Consideraba que el Derecho es mucho más complejo y no debe depender de factores exclusivamente políticos para explicar su origen, fundamentación y la función que debe desempeñar el ordenamiento jurídico, independiente de su formulación legislativa, examinando críticamente sus condiciones y las normas que lo califican, desarrollando continuamente el sistema del Derecho según los resultados de esta crítica y tendiendo a la investigación hacia el bien común, como una especie de saber práctico, de autoridad o científico, lo que convierte a la ciencia del Derecho, en una sociedad pluralista, en una ciencia práctica y alejada, por igual, tanto de las complicadas disquisiciones metodológicas, dependientes de un planteamiento filosófico y de las disputas ideológicas.

No considero que exista un gran peligro para la causa de la justicia por el uso de la discrecionalidad judicial ni que la voluntad general del legislador se mueva, inexorablemente, en los términos del interés general, como pone de manifiesto la práctica de *lobbis* o el fenómeno tan acentuado de la corrupción política, que como pone de manifiesto García de Enterría ha determinado, tanto la extraordinaria vocación de los partidos políticos por el poder y derivado de este fenómeno como un enfrentamiento entre los poderes políticos y los jueces<sup>333</sup>.

Como se verá, lo que realmente Montesquieu no admitía, en modo alguno, es que una persona, clase, grupo o facción de personas dominase el Poder Legislativo, el Ejecutivo o el Judicial, que es la situación real en que nos encontramos en la actualidad.

---

*la economía política*, 2ª edición, Unión Editorial, 2014, pp. 155-179.

<sup>332</sup> José Castán Tobeñas, *Derecho Civil Español, Común y Foral, T.I Introducción y parte general*, V. I. *Ideas generales. Teoría de la norma jurídica*, Madrid, 1991, pp. 63 y sgts.

<sup>333</sup> Eduardo García de Enterría, “La aplicación del derecho en los sistemas políticos continentales”, *La crisis del derecho y sus alternativas*, CGPJ, Madrid, 1995, p. 22.

En una entrevista concedida a un periódico<sup>334</sup>, el presidente del CGPJ y del Tribunal Supremo, Carlos Lesmes contestó que lo que más le preocupaba de la Justicia era que debía tener una reputación porque para que hubiese confianza debía tenerla, preocupándole la mala imagen de la Justicia, de manera que a la pregunta de si era cierto que existían Vocales de 1ª y de 2ª dijo que : “a los jueces se les controla con el palo y la zanahoria”.

Alejandro Nieto ya denunció que las causas por las que no existe un Poder Judicial independiente se deriva de que los políticos practican con ellos, la técnica del palo y la zanahoria, y que permite al Gobierno no encontrarse indefenso ante un eventual comportamiento independiente de jueces dignos, puesto que se encuentran en condiciones de colocar, legalmente, a sus amigos en los puestos claves de la Judicatura.

Entiende, que las reglas del juego no pueden ser más claras: el que quiere ascender hasta el techo de la Carrera sabe que tiene que ganarse la confianza del Partido que maneja al Consejo General del Poder Judicial. Entiende que aquí no caben sorpresas salvo que haya habido error en el cálculo del grado de servidumbre del candidato.

Sobre la cuestión, trae a colación lo que él considera un temprano y certero juicio del también catedrático de Derecho Administrativo Parada Vázquez:

“ El Ejecutivo, que no puede destituir o trasladar al Juez, sí puede ponerse de acuerdo con él para promocionarle en la Carrera judicial por intermedio de sus fieles en el CGPJ o con el directamente, en cualquier otra esfera de la política o de la Administración guardándole la titularidad del órgano oficial que venía desempeñando por el tiempo que tenga por conveniente. La conclusión es obvia: las ambiciones de los Jueces y los intereses políticos partidarios se han hecho primar sobre la exigencia de neutralidad e independencia judicial que la Constitución consagra. Dicho en términos vulgares: la Ley Orgánica de 1985 protege la inmovilidad judicial frente al palo, frente a la sanción, pero no la protege de la zanahoria profesional, es decir, del ascenso inmerecido a las Presidencias de los Tribunales, ni de los mandatos parlamentarios o de los nombramientos gubernativos”<sup>335</sup>.

De lo expuesto concluye que el sistema jurídico es más democrático que el sistema político porque la democracia política es un ideal que se niega o se manipula mientras que la democracia jurídica es una realidad que se practica espontáneamente y no hay fuerza política capaz de evitarlo.

Por ello considera que constituye un deber para los juristas ir eliminando los obstáculos que se oponen al desarrollo de esta espontaneidad social como son la ignorancia, la opresión estatal y el peso de la rutina dogmática.

Los juristas entiende que no podemos sustraernos del valor esencial que desempeña el Derecho

---

<sup>334</sup> Se publicó en *El Mundo*, el 27-3-2014.

<sup>335</sup> Ahora bien, tal juicio de Parada, lo temple también con el caso Gómez de Liaño, de quien señala que es un juez bienaventurado, en cuanto que padeció persecución por la justicia y desde la altura de sus amargas experiencias escribió que:

“No puede haber Jueces independientes si el Poder Judicial no es lo es su conjunto. Porque ¿de qué le sirve al Juez ser independiente si sus resoluciones pueden ser renovadas y revocadas por un tribunal superior que sólo lo es funcional y orgánicamente pero no científica ni moralmente? ¿De qué le sirve a ese Juez ser independiente si puede ser sancionado, procesado y condenado, respectivamente por un CGPJ y por un tribunal -incluido el Supremo repleto de magistrados obedientes—por dictar resoluciones desde su independencia judicial y conforme a la ley? Aunque un Juez se empeñe no puede hacer justicia independiente si por encima de él, otros manchados por la negrura del temor o guiados por la ceguera de la ambición, echan por tierra la tenaz independencia del inferior”.

ni perder el punto cardinal de la justicia, que ha sido su finalidad en todo tiempo, teniendo además en cuenta, que la pérdida del valor de las leyes ha propiciado el protagonismo de los jueces, que no han sabido aprovechar esta oportunidad histórica, de ahí que el sistema judicial se haya venido abajo al no poder soportar las presiones políticas y mediáticas ni el exceso de trabajo.

La situación ha llegado al límite que todos los poderes del Estado y el pueblo están contaminados políticamente y los jueces no administran justicia sino que se limitan a quitarse los papeles del medio.

El Estado de Derecho debe garantizar el equilibrio de poderes, la legalidad de la actuación administrativa y la eficacia de los derechos individuales, de manera que parece ser que la salud del Derecho se encuentra en manos los jueces.

Pero los jueces han abdicado de la justicia y son meros instrumentos de la política, al encontrarse institucionalmente tan limitados, que no pueden aplicar libremente la ley.

Una vez paralizado el Poder Judicial, el Estado de Derecho se evapora, el Gobierno se desmanda, la Administración abusa y los poderosos actúan a su ejemplo.

Los jueces tardan 6 u 8 años en dictar sentencia y donde no hay jueces eficaces, no hay justicia, de manera que el monopolio jurídico estatal considera que ha fracasado .

Los partidos políticos quieren jueces que le sean totalmente fieles, con independencia de que tengan o carezcan de prestigio, a lo que se podría añadir la búsqueda individualizada de jueces políticamente idóneos para procesos singulares.

Por ello, los ciudadanos tienen motivos para perder su inocencia y saber exactamente a qué atenerse y las prácticas políticas de la democracia española de los últimos años ha sido tan escandalosas que han terminado abriendo los ojos a la opinión y desengañando a los más ilusos, tanto por las negociaciones para la conformación del Consejo General del Poder Judicial como en el Tribunal Constitucional.

Es sabido que el juez indócil no puede ser cesado ni postergado pero, con toda seguridad, no será fulgurante su Carrera mientras que al juez dócil se le abren todas las posibilidades de promoción y destinos apetecibles.

Los jueces no solo conocen de asuntos en los que está interesado el poder político sino incluso actos en los que el propio poder público es parte, de ahí el interés que tienen los entes políticos en que sean determinados jueces quienes les juzguen.

De esta manera, aunque el juez no tenga interés directo se ve involucrado, personalmente, en los resultados de la sentencia, toda vez que una de las partes tiene poder para influir en el destino, situación y Carrera del juez.

Por otro lado se encuentran los jueces preocupados, exclusivamente, por la aplicación de las normas y su interpretación e inconscientes de los enormes intereses individuales y colectivos que existen detrás de cada caso, siguen, deliberadamente, el partido de la justicia, con la dimensión ética de su función, de acuerdo los imperativos de su conciencia.

En este último supuesto considera que, con certeza, serán denostados implacablemente y se les considerará un individuo raro, ideológicamente sospechoso y hereje académicamente, condenado a la marginación colectiva, oveja negra que mancha el ordenado rebaño de los servidores del principio de legalidad estricta, y así se pronunciarán, no solo los perjudicados con sus decisiones sino también,

los que tienen otras ideas sobre la justicia y sus relaciones con el Derecho justo.

Según nuestro sistema jurídico, los jueces no tienen que buscar la justicia, ya que el ordenamiento jurídico no le obliga a ello y el juez no suele ser sensible este problema, ya que su formación universitaria y profesional le ha enseñado que hacer justicia consiste en la aplicación correcta de la ley y el juez no debe ni funcionalmente ni personalmente valorar la justicia en las leyes sino que debe utilizar, acríticamente, los instrumentos que le proporciona el Estado con su manejo neutral<sup>336</sup>.

En este punto quiero traer a colación la opinión de un importante magistrado, que dentro del sistema que estamos tratando le pide al juez que tenga cultura y conocimientos<sup>337</sup>, ya que considera que los juicios dependen de lo que el juez sabe.

Entiendo que acabada la aventura del Movimiento Alternativo del Derecho de los países Continentales y su marcha hacia ningún lado, comenzó la lucha de determinados jueces, quizás dentro de la ideologización que se ha señalado, que destacaban la percepción de que los jueces tienen ideas políticas<sup>338</sup>, que considero no es decir mucho pero como se las hacía coincidir con las de los partidos políticos<sup>339</sup>, ha producido una lucha en la Judicatura y su mayor politización, con las consecuencias de la menor estabilidad de la jurisdicción y de la sociedad, para entrar de lleno en la política de partidos como algo, como se ha señalado, bastante perturbador, encontrándonos con la afirmación de Guiseppe Borrè<sup>340</sup> que la obediencia a la ley implica la desobediencia a lo que no es la ley, de lo que se deriva la ilegitimidad de la sujeción a cualquier disciplina de partido, iglesia, poderes formales o fácticos y a la posible sugerencias procedentes de la cima de la propia organización.

Al contrario de lo que se acaba de señalar, el juez con conocimientos de historia o filosofía o de otra índole cultural es considerado como un ser raro, ya que la cúpula, los considera muy peligrosos, puesto que pueden poner al descubierto las fallas del sistema, y sus compañeros los criticarán con dureza, al disponer de esos elementos necesarios para conocer el Derecho y de los que ellos carecen.

Lo peor de todo, no es solo que el juez ya no sea el sacerdote de la justicia, inclusive de la ley sino un individuo que maneja desmesurados poderes públicos y políticos porque la Administración de justicia es una pieza de un sistema complejo, en el que el factor político condiciona los movimientos de cada uno de sus elementos y aunque el Gobierno está sometido a las decisiones del Poder Judicial, este, a su vez, de encuentra sometido a las maniobras del poder político, que es el que nombra a quienes ascienden, vigilan y disciplinan a los jueces y aunque los jueces se muevan con cierta independencia, lo harán siempre dentro de los límites que le permite el poder político, que les indica cuándo, cómo y hasta dónde pueden llegar.

---

<sup>336</sup> Alejandro Nieto, *El Desgobierno Judicial*, Trotta, Madrid, 2004, pp. 136 y sgts., 166-167 y 298; y *Crítica de la razón jurídica*, edit. Trotta, Madrid, 2007, pp. 138 y 139 y 178.

<sup>337</sup> Perfecto Andrés Ibáñez, “¿ Qué cultura Constitucional de la jurisdicción?”, *El juez y la cultura jurídica contemporánea*, T.III. *La función y los poderes del juez en una sociedad democrática*, CGPJ, 2008, pp. 300 y siguientes

<sup>338</sup> Como señala António Manuel Hespanha, *Cultura Jurídica Europea*, Almedina, 2018, pp. 496-510, tales movimientos corporativos no fueron sino una forma orquestada por los partidos de izquierdas para alcanzar el poder de otra forma, tras los sucesivos fracasos electorales de los partidos comunistas europeos.

<sup>339</sup> Una apreciación no necesariamente verdadera, ya que como decía Unamuno, él en su partido era el presidente y secretario general y si alguien se apuntaba, él se borraba.

<sup>340</sup> Perfecto Andrés Ibáñez, “Estos diez años”, *Jueces para la democracia*, 30, 1997, p. 3.

El ordenamiento jurídico es tan amplio, que siempre dispone de una ley para castigar a los ciudadanos, a todos y a cada uno, ahora bien, el sistema deja, deliberadamente reserva para no intervenir en determinadas ocasiones, lo que los creyentes consideran benevolencia, otros sentido común y Alejandro Nieto piensa que se trata de una maniobra de coacción porque así tiene el Estado, en sus manos, a todos los ciudadanos, incluidos los jueces.

La consecuencia más perversa de esta circunstancia no se deriva de lo explícito expuesto sino de la constatada circunstancia de que con estos parámetros se puede aplastar con la ley a uno u otro, según interese.

La ley se aplicará a uno u otro según se comporten, ya que a unos (los que no sigan correctamente las directivas) les recaerá todo su peso mientras que a otros (los que actúen de forma políticamente correcta) no.

De esta manera los jueces, aunque ellos conocen este mecanismo por aplicárseles a ellos habitualmente, resultarán ser cómplices del sistema, ya que aplicará, formalmente, la ley pero al carecer de la debida sensibilidad (debido a su formación y a las órdenes recibidas) no percibirá actuar con total iniquidad (no cabe alegar el principio de igualdad en la ilegalidad dice constantemente nuestro Tribunal Constitucional, por lo que si te cogen y al resto no, pues mala suerte).

La justicia, aunque en sus últimas manifestaciones es un mito, también es un bien común reconocido y apreciado por lo que nuestra Constitución, como se pretende en todos los sistemas políticos y religiosos, se manifiesta expresamente y se convierte en una aspiración política de actuación de los poderes públicos, ya que los casos concretos se constituyen en referencias plurales por la interiorización de los valores que contienen, de ahí su trascendencia social, lo que afecta a las esperanzas que la sociedad tiene depositadas en los jueces.

Si en un primer momento, el rey se arrogó la potestad-deber de asegurar la justicia dentro del Reino, tal tarea se abandona en el siglo XIX cuando se llega al convencimiento de que la justicia es una idea inaprensible, rigurosamente subjetiva y variable y, en su lugar, se compromete a garantizar la ley, que no siendo perfecta ni necesariamente justa ofrece a los ciudadanos la ventaja de la previsibilidad del comportamiento de los demás y la seguridad de todos.

La ley se convierte en el mínimo garantizado y en una justicia convencionalmente establecida.

Lo malo del caso es que ni siquiera este mínimo queda a salvo, ya que carece de fuerzas o de interés para cumplir esta tarea actual. Es como el perro del hortelano que ni hace ni deja hacer, por lo que la pasividad del Estado es un vicio permanente y la cuestión es tanto más importante desde el momento en que hacer justicia no se limita a resolver conflictos jurídicos, a resolver litigios sino que es un principio ordenador de la propia actividad del Estado<sup>341</sup>.

Hayek critica el Racionalismo constructivista y su evolución en el Positivismo jurídico hoy, en contra de los tradicionales principios de la legislatura, que es propia de las normas de recta conducta y no de gobierno, que no constituyen, a su juicio, realmente Derecho y que perturban el orden espontáneo para el desarrollo de la libertad individual y social.

Señala que al conferir al legislador un poder necesariamente ilimitado, la libertad individual se

---

<sup>341</sup> Alejandro Nieto, *Balada de la justicia y la ley*, edit. Trotta, Madrid, 2002, pp. 20, 26, 27, 35, 36, 47, 48, 68, 96, 97, 99, 103, 104, 246, 247, 250, 252, 288 y 289.

convierte en algo que está más allá de la salvación y la libertad acaba convirtiéndose en la libertad de la comunidad, esto es, la democracia, aclarando que el socialismo es la ideología surgida del deseo de obtener el control total del orden social y la confianza en poder determinar, conscientemente, todos los aspectos de ese orden social, otorgando una especial importancia a la propiedad privada como elemento inseparable de la libertad.

Dentro de este conjunto de postulados destaca que siempre que a lo largo de la historia, la independencia jurídica del juez no ha prevalecido y este ha estado sometido a las órdenes de un monarca Absoluto, dictando sentencias contraria a las normas de justicia reconocidas como válidas, resultaba que el juez había actuado de acuerdo con la ley.

Los jueces que obedecieron los preceptos establecidos por el régimen nazi deben merecer nuestra conmiseración y solo produciríamos confusión si mantuviéramos que su comportamiento estuvo gobernado por el verdadero espíritu del Derecho.

Señala que ha sido el Positivismo jurídico y esta idea de la ley sin control en los principios y con un poder público totalmente dominador, propio de las Dictaduras, lo que hizo que los guardianes del Derecho se hallaran sin defensas contra el nuevo avance del gobierno arbitrario y que según la teoría de Kelsen eran realmente Derecho.

Ya los primeros técnicos del Derecho Comunista advirtieron abiertamente que el Comunismo significa la victoria del Socialismo sobre todo derecho y la gradual extinción del Derecho como tal, ya que en una comunidad socialista, toda ley se transforma en Administración y todas las reglas fijas en valoraciones discrecionales y en consideraciones de utilidad.

Destaca el error de considerar que todas las teorías contrarias al Positivismo jurídico son etiquetadas y agrupadas (especialmente por los Positivistas), insistiendo en la falsa dicotomía del planteamiento constructivista, que solo permite que el Derecho sea producto de la intención humana o de una inteligencia superior mientras que el Derecho es realmente producto, no de una voluntad racional sino de un proceso evolutivo y selección natural, no deliberadamente buscado y cuya función se puede comprender pero cuyo significado actual puede ser completamente distinto de las intenciones de sus creadores.

Por ello este planteamiento evolucionista del Derecho tiene poco que ver con las teoría Racionalista del Derecho natural o del Positivismo jurídico y rechaza tanto la interpretación del Derecho como algo construido por una fuerza sobrenatural como su interpretación como construcción racional de cualquier mente humana o divina, de manera que ni se sitúa dentro del Positivismo jurídico ni dentro de la mayor parte de las teorías del Derecho natural, de las que difiere en una dimensión diversa.

En esta función considera que desempeña un papel esencial el juez sobre la base de actualizar los principios abstractos de la sociedad que ha consagrado en su orden espontáneo y que se actualizan con los casos concretos que va resolviendo<sup>342</sup>.

---

<sup>342</sup> Friedrich A. Hayek, *Derecho, legislación y libertad. Una nueva formulación de los principios liberales de la justicia y de la economía política*, 2ª edición, Unión Editorial, 2014. Lo señalado constituye los principios generales de esta obra y pensamiento, si bien pueden encontrarse tales ideas, esencialmente, en las pp.250-258. En este sentido téngase presente lo ya expuesto por García Gallego, que señala que sin jueces habrá leyes pero no Derecho. Elio A. Gallego García, *Fundamentos para una teoría del derecho*, Dykinson, 2015, p. 161.

## 2. EL PROBLEMA DE LA RAZÓN VÁLIDA PARA EL DERECHO: LA RAZÓN EN LA ANTIGÜEDAD Y EL PROTAGONISMO GRIEGO DE NUESTRA TRADICIÓN, QUE YA UTILIZA LOS CONCEPTOS DE ALMA; RAZÓN, LEY POSITIVA Y NATURAL. LA RAZÓN EN EL CRISTIANISMO: DE SUS PRIMERAS MANIFESTACIONES A LA MODERNIDAD

Adorno y Horkheimer, entre otros autores, piensan que los poemas Homéricos y en concreto *La Odisea*, en cuanto que inician la llegada al “uso de la razón”, marcan también el comienzo del período ilustrado de la humanidad Occidental, caracterizada por un despotismo de la racionalidad y una inhibición de la inmensa riqueza vital del hombre<sup>343</sup>.

En los alrededores del s. VI antes de Cristo se realizan, en diversas latitudes sin que conste una relación entre ellos, reflexiones semejantes, referentes a la toma de conciencia de la identidad individual y personal del hombre, que se considera constituye el centro de la reflexión filosófica, abandonando la hasta ahora dominante preocupación cósmica.

Desde la India a China, pasando por Persia, Grecia o Israel se produce la revolución filosófica que conduce al despertar de la autoconciencia del hombre, en términos de objeto de su propia reflexión y, en este sentido, Protágoras (492-422) considera al hombre un ser de razón, que en Grecia se pone de manifiesto al considerarlo la medida de todas las cosas, entendiendo por tales, tanto las que existen por encontrarse en la naturaleza como las que no existen y sobre las que se dé una explicación sobre su inexistencia. Demócrito (420-360) considera que el hombre es un pequeño mundo.

De Eurípides (480-406) surge la idea de que el hombre es libre por naturaleza y Sócrates (470-369) considera que la razón es el elemento que nos identifica como seres humanos, considerando que la libertad y el pensamiento constituyen el presupuesto de toda la filosofía, sin perjuicio de nuestras limitaciones intelectuales, que deben ser conocidas por el hombre, de ahí la frase de “conócete a ti mismo”. Estas limitaciones constituirán la base de las que se deben imponer a los gobernantes, siendo la filosofía estoica, el seno en el que se desenvolverán las ideas de humanidad e igualdad entre todos los hombres y el entendimiento de cada cada hombre es un pequeño mundo<sup>344</sup>.

Como se verá, estos ingredientes estoicos constituirán el germen del moderno concepto de Derecho natural, a partir de los términos de evidencia, generalidad, racionalidad, carácter objetivo y tendencia a la positividad, si bien al conceptuarse al Derecho positivo como la consecuencia misma de la razón misma desembocará en el positivo y más tarde en el concepto autorreferente kelseniano<sup>345</sup>.

Sócrates (470-399 a. C) y Platón<sup>346</sup> ( 427- 347 a. C) consideran que el cuerpo es la prisión del

---

<sup>343</sup> Jacinto y Pilar Choza, *Ulises un arquetipo de la existencia humana*, Ariel, Barcelona, 1996, pp. 7 y siguientes

<sup>344</sup> Paulo Otero, *Instituições políticas y Constitucionais*, V. I, Almedina, 2007, pp. 62-64 y 87-90.

<sup>345</sup> Más adelante se abordará esta cuestión de la mano de José Lamego, “O papel do kantismo na configuração disciplinar da filosofia do Direito”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, V. 51, 1-2, 2010, pp. 47-59.

<sup>346</sup> No obstante Platón, en una primera época y siguiendo a Jenofonte y al modelo espartano, concibe un modelo totalitario de sociedad política que, como se verá posteriormente, guarda cierta simetría con el Estado de Derecho alemán sobre la base de la función central que se atribuye al Estado, en el que la ley debe tener como fin la felicidad de todos, encontrándose el legislador vinculado a alcanzarla a través de la solución más justa, si bien entiende que no existe para garantizar la libertad de los ciudadanos y para hacer lo que a estos agrada, otorga al Estado la facultad de seleccionar a los ciudadanos, ya que el individuo solo existe dentro del Estado y para el Estado, en un modelo de total ausencia de cualquier noción de los derechos de la persona, dentro de un régimen en que se debe autorizar el matrimonio y en el que las mujeres solo tienen

alma y siendo esta libre comulga con lo divino, estableciendo los principios de igualdad natural de todos los hombres, en cuanto participan, todos ellos, de la razón divina y de este modo destacan la idea de individuo, en detrimento del estatuto de ciudadano<sup>347</sup>.

Con Sócrates aparece el particularismo, ya que la decisión de cada uno se toma sobre la base del diálogo y es en Grecia donde se considera, por primera vez, que el Derecho, con la consiguiente soberanía de la ley, es una obra que depende de la voluntad humana, por naturaleza mutable en atención al tiempo y lugar.

Aristóteles (384-322 a. C) distingue entre justicia natural y justicia convencional.

Puede decirse que la gran contribución de los griegos a la civilización fue la primacía de la razón humana y la superación del misticismo; racionalismo que no se basaba solo en la ética y en el conocimiento científico en general sino también en el conocimiento de la autonomía de la persona humana y su subordinación voluntaria a la ley<sup>348</sup>.

Cicerón (106-43) señala en *La República*, que existe una ley conforme a la naturaleza, que siendo común a todos es inmutable, eterna y universal, no pudiendo ser sustituida ni derogada, por lo que todos le debemos obediencia salvo que se atente contra la propia naturaleza del hombre.

En su libro *De legibus* señala que la naturaleza del Derecho es la propia de la naturaleza del hombre y no de la voluntad de los pueblos o de las autoridades, señalando que la ley natural o razón soberana es autoría de Dios e inherente a la naturaleza humana y constituye la ley suprema y común a todos los tiempos, precede a la ley escrita y a la constitución de cualquier Estado.

Considera que el hombre ha sido creado por Dios y ha nacido para la justicia, lo que es posteriormente desarrollado por San Agustín (355-430), que define al hombre como animal racional creado por Dios a su imagen y semejanza<sup>349</sup>.

## - LA RAZÓN EN EL CRISTIANISMO: DE SUS PRIMERAS MANIFESTACIONES A LA MODERNIDAD

San Isidoro de Sevilla (562-636) en sus *Etimologías* transmite a la Edad Media europea, la cultura clásica griega y romana, que desarrolla, sintéticamente.

Santo Tomás de Aquino (1225-1274) en su *Suma Teológica* destaca la relación del hombre con sus semejantes a través del bien común, de donde deduce el origen de los derechos del hombre frente al poder temporal, lo que fundamenta tanto la posible desobediencia ante leyes injustas como ante la

---

hijos para la ciudad y para el Estado, hijos que son separados de los padres para que el Estado les facilite la educación e instrucción. Considera que el filósofo debe ser identificado con el sabio, en una especie de paternalismo del Estado, en que los gobernantes no se encuentran subordinados al Derecho. Esta postura que se defiende en *La República* se abandona en *Las Leyes*, en que se reconoce la necesidad de la existencia de leyes y de que los hombres las obedezcan. Cit. Paulo Otero, *Instituições políticas y Constitucionais*, V. I, Almedina, 2007, pp. 76-80.

<sup>347</sup> Paulo Otero, *Instituições políticas y Constitucionais*, V. I, Almedina, 2007, p. 64.

<sup>348</sup> Dário Moura Vicente, *Direito comparado*, V. I, *Introdução e Parte Geral*, Almedina, 2011, pp. 95-97.

<sup>349</sup> Paulo Otero, *Instituições políticas y Constitucionais*, V. I, Almedina, 2007, pp. 81-87 y 100-103.

actuación de esos gobernantes que las dictan<sup>350</sup>.

Por lo tanto, la idea de la razón derivada de la naturaleza humana no es original ni del primer cristianismo ni de la Iglesias Reformadas ni tampoco de aquellos que prescinden de la religión para observar la razón natural del hombre como hace la Ilustración<sup>351</sup>.

La existencia de un Derecho concorde con la naturaleza es una idea nacida entre los griegos, que se mantiene con las peculiaridades del cristianismo durante la Edad Media y se instala de nuevo en la Edad Moderna.

Tanto Aristóteles como Santo Tomás creían en la existencia de un orden natural, que se encontraba tanto a las cosas físicas (*entia physica*) como en las humanas y que ya existía entre los filósofos griegos, que consideraban que las cosas de este mundo se encuentran organizadas por la naturaleza, con tendencia a relacionarse unas con otras y por impulsos naturales: las plantas tienden hacia la altura, el macho hacia la hembra y los hombres buscan la cooperación entre sí y la asociación, lo que da lugar a un gobierno y una ley.

La creencia cristiana de un Dios inteligente y bueno, creador del mundo se encuentra en esta dirección, considerándose que Dios, es la causa primera de todas las cosas y habría determinado su organización, existiendo un orden en todas las criaturas creadas, y lo mismo sucede entre la sociedad y los hombres.

La idea del Derecho natural parte precisamente de esta idea, de la organización profunda y espontánea de las cosas, inherente a su naturaleza más íntima y necesaria, y formando parte del orden que impuso Dios a la creación<sup>352</sup>.

El Derecho, al igual que el resto de disciplinas, debe guiarse por la observación, en la que se incluye la experiencia del pasado, completada por la razón y las facultades morales, y cuya síntesis se denomina *recta ratio*, constituyendo la ciencia del Derecho natural, la formulación de un código de reglas permanentes y universales, en que la justicia debía encontrar, en cada caso, lo justo.

San Agustín eran más pesimista con relación a las posibilidades de la razón y del entendimiento humano para comprender la creación, poniendo su acento en la fe.

Ulpiano en el s. III, según se recoge en el *Digesto*, consideraba que el Derecho natural es el que la naturaleza enseña a los animales y Cicerón fundó su Derecho natural en la filosofía estoica, que considera que en todas las cosas y, especialmente, en los seres vivos habría una parte del Creador, y en todo, un *logos spermatikos* y consideraba que la naturaleza es la fuente del Derecho, en cuanto contiene una centellada del *logos*, de voluntad esclarecida de la razón.

Como se acaba de ver, la base ontológica del Derecho en la Escolástica clásica, en el Derecho

---

<sup>350</sup> Paulo Otero, *Instituições políticas y Constitucionais*, V. I, Almedina, 2007, pp. 90-94.

<sup>351</sup> Resulta ciertamente llamativo, que uno de los que se consideran sus más acreditados autores, Montesquieu, no apelara a la razón como principio político o social, ya que abordaba sociológicamente las instituciones de cada país en su *Espíritu de las leyes*, obra en que la razón se encontraba ausente y observaba la religión a través del espíritu de cada país: la Católica en Francia y la Anglicana en Inglaterra, despreciando el ateísmo, lo que nos conduce al siguiente problema: el de la determinación de la razón válida.

<sup>352</sup> Como señala Manuel García Pelayo, *Obras completas*, V.III, Centro Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, pp. 2099-2113, en San Isidoro el Derecho natural equivale al divino.

natural cristiano, se fundaba en un Derecho divino, que suponía una verdad ontológica permanente, ya que desde una concepción Escolástica, la ley encuentra su fundamento en el orden natural y a su vez, la ley natural encuentra su fundamento en Dios.

Elías de Tejada considera que la Reforma dio lugar a cinco rupturas: la religiosa del Luteranismo, la ética del Maquiavelismo, la política del Bodinismo, la jurídica del Hobbesianismo y la más palpable, la sociológica<sup>353</sup> y Moura Vicente entiende que con el Protestantismo se abrió un nuevo *usus modernus protestantium*, que se rebela fundamentalmente hostil al Derecho canónico y recusa al Derecho romano la condición de *ratio scripta*, ya que considera que los principios orientadores del Derecho secular deben buscarse, antes de nada, en la razón y en la conciencia cristianas<sup>354</sup>.

En la Escolástica, la ley humana, para ser justa, debía respetar o al menos no contradecir, la ley divina o natural, y no podía tener otra finalidad que el bien común, esto es, el de toda la sociedad.

Por ello puede decirse que para la Iglesia Católica, el Derecho siempre mereció acogida y respeto pero el Luteranismo supuso la devaluación del Derecho en beneficio de la ley civil y de su autor, el legislador, ya que la Reforma situó a la conciencia como fuente autónoma de moralidad, desplazando a Dios de su centralidad en el Derecho y poniendo en su lugar a la subjetividad.

Se desequilibraban así el polo objetivo y subjetivo del Derecho.

La negación del Derecho divino como objetivo avocó al Derecho a la necesidad de buscar nuevas instancias de legitimación y, con frecuencia, esas fuentes han supuesto un fortalecimiento del Estado o de las distintas instituciones del poder público.

En Lutero no hay espacio para la justicia jurídica y reserva tal nombre para la justicia bíblica.

Como la naturaleza es mala, el Derecho no puede formarse según ella sino contra ella.

El Derecho deja de ser lo justo. Se rompe entonces toda relación entre el Derecho y la justicia.

De acuerdo con esta concepción, como el Derecho es la ley que actúa contra la naturaleza, las leyes positivas serán el Derecho y la ley humana debe encontrar su legitimación en otra instancia y la encuentra en el acto de ser dictada por el gobernante, prescindiendo de su contenido, es decir, que mucho antes de Kelsen, el Derecho aparece degradado a una técnica social coactiva<sup>355</sup>.

De ello se deriva la consideración de que la bondad o la maldad proviene, simplemente, de la voluntad divina, que si quiere que algo sea bueno así lo será y por el contrario, si quiere que sea malo entonces lo será, por lo que se puede decir que, en estas condiciones, la razón humana nada puede hacer para discernir la acción buena de la mala.

Tradicionalmente se consideraba que la ley implicaba el conocimiento del bien humano según se descubre a partir de sus inclinaciones naturales, siendo buenas cuando convienen al hombre pero para el Luteranismo, la ley ya no puede brotar de un conocimiento racional del fin de las inclinaciones

---

<sup>353</sup> Francisco Elías de Tejada, *¿Qué es el carlismo?*, Madrid, Escellier, 1971, p. 75. Cit. Danilo Castellano, *Martín Lutero. El canto del gallo de la Modernidad*, Marcial Pons, 2016, p. 185.

<sup>354</sup> Dário Moura Vicente, *Direito comparado*, V. I, *Introdução e Parte Geral*, Almedina, 2011, p. 124.

<sup>355</sup> Héctor Gómez, "La progenie protestante del derecho subjetivo y los derechos humanos", *Consecuencias político-jurídicas del protestantismo. A los 500 años de Lutero*, Marcial Pons, 2016, pp. 119-127.

naturales porque la naturaleza se encuentra totalmente corrompida por el pecado<sup>356</sup>, por lo que, por un lado, las inclinaciones que subsisten no pueden ser sino pecaminosas y, por otro, la razón, en tanto corrompida, no puede conocer las inclinaciones ni la voluntad divina a partir del bien, que no se encuentra en las cosas sino que solo es cognoscibles por la fe<sup>357</sup>.

Si para el pensamiento clásico, la ley positiva tiene validez en la medida en que refleje lo justo natural, para Lutero, el legislador deberá tener solamente en cuenta las órdenes de Dios, subjetivas e inasequibles y no a la naturaleza.

Para el Luteranismo, la ley debe ser obedecida porque actuar contra ella es desobedecer el mandato del príncipe, que es de Derecho divino, tal y como se establece en Romanos, 13, y ya no existirá más el Derecho natural como barrera para los abusos del Derecho positivo y como San Pablo manda a los cristianos la obediencia a la autoridades temporales, Lutero otorga un valor absoluto a los mandatos del príncipe, sin posibilidad alguna de resistirle incluso si sus mandatos van contra la ley divina positiva<sup>358</sup>.

Al cortar el circuito que va de la fe a la razón, de la gracia a la naturaleza se deja al hombre natural como autoridad soberana en los asuntos religiosos y humanos, con una autoridad que está incluso por encima de la teología pues se considera que la razón humana es supraconfesional y ecuménica, como después señalarán, con total rotundidad, Descartes, Hobbes, Spinoza ó Kant.

La supremacía de la razón individual en materia de fe engendró las religiones naturales de la Ilustración y se tradujo en la libertad de conciencia, que es la cuna del individualismo moderno.

Lutero enseñó que la autoridad secular está puesta por Dios mientras que la autoridad eclesiástica es invención del hombre, estableciendo a la autoridad secular como la única mediadora en el mundo<sup>359</sup>.

A partir del Renacimiento, esta idea del Derecho natural universal, que rige racionalmente el mundo, está cada vez más presente, provocando la disgregación del pensamiento Tomista<sup>360</sup>.

---

<sup>356</sup> Por ello, la ley humana pasa a pertenecer a un orden distinto e independiente del orden sagrado, quedando independizada del orden espiritual. Se entrega totalmente el legislativo al poder civil y al legislador humano, proliferando, más tarde, las teorías políticas que afirmaron que la voluntad humana es el fundamento último de la ley. El cristianismo pasa a ser una cuestión interior puramente espiritual, que nada tiene que ver con el orden temporal, cuya única finalidad es mantener un mínimo orden para evitar el caos social. El acatamiento de los poderes seculares y la obediencia a la ley temporal no implican ninguna relación con la esfera religiosa, ya que el Derecho no tiene ningún orden superior.

<sup>357</sup> No se tratará de buscar lo justo en esta tierra, ya que la verdadera justicia, la del reino de Cristo, es solamente asequible por la vía de la fe y no de la inteligencia, como un claro anticipo del Positivismo.

<sup>358</sup> Luis María de Ruschi, "Los orígenes protestantes del Estado moderno" *Consecuencias político-jurídicas del protestantismo. A los 500 años de Lutero*, Marcial Pons, 2016, pp. 151-153.

<sup>359</sup> Juan Fernando Segovia, "Lutero y los orígenes religiosos de la secularización", *Consecuencias político-jurídicas del protestantismo. A los 500 años de Lutero*, Marcial Pons, 2016, pp. 76 y 77.

<sup>360</sup> Una de las versiones de estas ideas tradicionales sobre la relación entre el orden natural del mundo y el Derecho, puede decirse, que se defendió bajo el impacto de la Contrarreforma en las universidades ibéricas que, si bien fueron fieles al Tomismo, en su doctrina aparecen elementos culturales modernos: la llamada Escuela ibérica de Derecho natural que tiene desenvolvimiento Tomista y aunque parte de las concepciones de Santo Tomás integran una parte filosófica del Renacimiento, con un conocimiento del Derecho más empírico y racional. Más adelante se hará referencia a que, aunque ciertamente se manejen nuevos conceptos, se hacía en defensa de los antiguos y que, posteriormente, en realidad, se sacan de contexto. Valga los ejemplos que se mencionarán de Suárez respecto del pacto social o del derecho subjetivo.

Se entendía que las leyes naturales serían suficientemente explícitas para ser conocidas por la razón humana, que pasa a

La historia del Derecho desempeñó un papel legitimador durante un largo período en la historia jurídica Europea, en la que prevalece una matriz cultural tradicionalista, que defiende que lo antiguo era lo bueno y en este contexto, el Derecho justo era identificado con el Derecho practicado durante largo tiempo como, por ejemplo, eran las costumbres, la opinión comúnmente aceptada por los especialistas o las prácticas de los Tribunales, razón por la que la historia desempeñó un papel de legitimación de las soluciones jurídicas conocidas a través de la historia.

Aunque este extremo mantuvo trascendencia hasta el s. XIX, ya que en Alemania, la filosofía jurídica de la Escuela Histórica consideró que el Derecho alemán debía buscarse en la tradiciones, que no eran sino el Derecho romano actualizado, su punto de inflexión se produjo en la Modernidad y fue precisamente, también, merced a un gran protagonismo de Alemania, al dividir la Cristiandad en los nacientes Estados, con el abandono del *ius commune* por la búsqueda de un Derecho nacional<sup>361</sup>.

Este espíritu tradicionalista fue abandonado con el Racionalismo, que se considera capaz de enfrentarse, directamente, por sí mismo, sin ningún otra ayuda y por primera vez en la historia, a la resolución de los problemas que se plantean.

### **- EL PROBLEMA DE LA RAZÓN VÁLIDA PARA EL DERECHO: EL ILUMINISMO FRANCÉS Y LA RAZÓN. RAZÓN Y AUTORIDAD**

Un problema que inmediatamente se planteó con el devenir de la Modernidad es la determinación de la razón válida: la que determinaba la voluntad popular, la razón jurídica, el elitismo social, el positivismo de base científica o el Derecho racional derivado del Estado, conocido por Estado de Derecho<sup>362</sup>.

### **- EL ILUMINISMO FRANCÉS Y LA RAZÓN**

Se considera que la Revolución Francesa constituye la ideología de la razón, que sirve para modificar la filosofía tradicional, sobre la base de la idea de que así como el sol y los planetas se encuentran en el firmamento, el hombre se rige por su cabeza, que sin mas aditamento crea el

---

ser concebida como la primera fuente del conocimiento del Derecho natural, en el ámbito de una organización dependiente del orden natural e independiente de la voluntad de Dios, pudiéndose construir un derecho natural con medios humanos y, dado que la creación estaba organizada por principios racionales, sería posible deducir los principios racionales del Derecho, merced a reglas jurídicas evidentes, eternas e inmutables, fundadas en principios evidentes que son desarrollados por los Iusracionalistas a partir del s. XVII. António Manuel Hespanha, *Cultura Jurídica Europeia*, Almedina, 2018, pp. 301-308.

<sup>361</sup> Sin embargo, a este modo premoderno, basado en un orden preestablecido natural (Aristóteles) según el modelo cristiano de la creación (San Agustín) se califica posteriormente como salvaje, primitivo, arcaico y tradicional, entendiéndose que cada nueva generación actuaba de forma inconsciente y sin reflexión, reproduciendo los equilibrios naturales y sociales que se consideraban espontáneos y no planeados globalmente, y la legitimidad del Derecho venía establecida por algo tan real y positivo como la organización establecida. En el *Digesto* se considera que el derecho natural es el que la naturaleza enseña a los animales y define la prudencia como el saber práctico del Derecho.

<sup>362</sup> António Manuel Hespanha, *Cultura Jurídica Europeia*, Almedina, 2018, pp. 377-399.

pensamiento y por el que se percibe la realidad.

Sobre esta ideología de la razón se construye el anticlericalismo, ya que la Iglesia Católica es vista como autoritaria, represiva y cómplice de un Estado de tales características, considerándola como una invención de cínicos, que atemorizan a los creyentes ignorantes, considerando que cualquier hombre sensato y honrado debía tener horror al cristianismo.

Todavía peor era la visión de los judíos, que debían ser castigados por su mala conducta, barbarie y haber llenado las diversas naciones con fábulas impertinentes, motivos por los que se era partidarios de la desinstitucionalización de la Iglesia y de la emancipación del hombre, regulando el matrimonio civil y el divorcio<sup>363</sup>.

La voluntad general, fruto de la razón, constituye la guía por la que ha de regirse la sociedad, que constituye el fundamento de las leyes.

El Iluminismo francés pivota sobre la idea de la voluntad general, que debe circunscribirse a la razón humana, dando lugar al fenómeno que ha venido en denominarse legicentrismo, que tiende puentes entre la ley natural, derivada de la razón ( los derechos humanos) y la ley positiva.

Pero en el fondo, tal planteamiento contiene una contradicción esencial, ya que de un lado, los derechos humanos son los que la ley establece y, de otro, se dice que se otorga carta de naturaleza a otros connaturales, anteriores y superiores al propio Derecho, prácticamente reducidos a la ley, con un crecimiento de los mismos.

Esta razón, extraída directamente de la naturaleza humana y que sirve de elemento determinante del contenido de la ley, obtenida de un ser humano Ilustrado o de un conjunto de ellos o de la propia naturaleza no es algo tan novedoso como pudiera pensarse, puesto que como ya se ha analizado, Santo Tomás consideraba que la ley natural era algo razonable y teóricamente cognoscible por la razón, y en el contexto teológico y apologético de la obra de Santo Tomás, se entronca a la ley natural con el legislador.

Entendía que la razón conduce a las criaturas hacia su fin, que en su conjunto es el bien común, considerando que el hombre, al estar dotado de autodeterminación, no solo se sometía a la ley sino que también se gobernaba según su dictamen.

Boecio y Santo Tomás consideraban que la persona era una sustancia individual de naturaleza racional o un ser dotado de naturaleza racional.

Es más, realmente, Santo Tomás, como en su día hizo San Agustín, va más allá y considera el fenómeno más complejo, al añadir a la razón humana una intervención divina, puesto que consideraba que la razón humana había sido herida por el pecado y necesitaba al intérprete de su obra, Dios, para percibirla.

Para Santo Tomás, todas las acciones humanas tienen su fuente en la ley natural, emanada de Dios, inserta en la naturaleza humana y cognoscible por la razón.

Como Dios ha creado a los hombres a su imagen y semejanza, indagar directamente en la naturaleza humana, como hacen las Iglesias Reformadas, en que se basan los Iluminados, no es, en el

---

<sup>363</sup> Gertrude Himmelfarb, *The Road to Modernity*, 2004, traducida al portugués por Miguel Freitas da Costa, *Os caminhos para a modernidade, Os iluminismo Britânico, Francês y Americano*, Biblioteca Nacional de Portugal, 2015, pp. 165-172.

fondo, mas que una evolución en la tesis Tomasiana, ya que, sin duda, una fuente de este racionalismo lo constituye la simple existencia del hombre, que tiene un apoyo en la obra de Martín Lutero, que se basa en San Pablo para mantener que lo importante es la fe, como ya destacara San Agustín<sup>364</sup>.

Ciertamente puede considerarse que la Ilustración constituye la liberación del hombre de su culpable incapacidad de servirse en su propia inteligencia sin mas guía, que durante la Edad Media había sido Dios pero tal idea tampoco era nueva, ya que existía desde Platón.

Como expone Platón en la alegoría de la caverna existirían dos mundos: un reino de formas abstractas o universales, separado del mundo físico.

Consideraba que ambos mundos debían percibirse a través de dos fuentes de conocimiento diferentes: los sentidos y la razón.

Los sentidos u órganos sensoriales nos servirían para percibir el mundo físico, en el que todo está sujeto al cambio, y a través de nuestra mente, mediante la razón, conoceríamos el mundo ideal, el mundo perfecto de las ideas o categorías abstractas, que no existen como tales en el mundo real.

Poco importa para la determinación de la existencia de estos dos mundos, que su discípulo Aristóteles considerara que su Maestro le había dado la vuelta a las cosas, y que solamente se forma la idea abstracta de las ideas previas, de la constatación de la realidad captada por los sentidos, siendo bien trascendente que Aristóteles creyese que es la razón, la que crea la idea.

De otro lado es evidente que Montesquieu no apelaba a la razón como principio político o social, ya que abordaba sociológicamente las instituciones de cada de cada país en su *Espíritu de las leyes*, en el que la razón se encontraba ausente y observaba la religión a través del espíritu de cada país: la Católica en Francia y la Anglicana en Inglaterra, despreciando el ateísmo.

Como se acaba de señalar, esta forma de concebir la razón tiene una explicación teológica y política.

Respecto del formidable fortalecimiento que estas ideas suponen en el poder público civil, que de la mano de las iglesias Reformadas y a través del Iluminismo francés se abre paso merced a las ideas de Napoleón, primero en Francia y después en el resto del continente europeo nos puede dar cuenta, lo que hoy conocemos como Derecho Público, ya que el príncipe no tenía las prerrogativa especiales que después fueron atribuidas al Estado y por ello, el príncipe podía ser llamado por un particular ante la jurisdicción ordinaria y no podía imponer unilateralmente el sacrificio de un derecho particular y las relaciones con sus súbditos eran regidas por el Derecho común<sup>365</sup>.

Estas corrientes idealistas, que a partir del Luteranismo son influidas por la evolución tecnológica<sup>366</sup> y el progreso científico de la cultura europea se extiende a todos los campos del saber y

---

<sup>364</sup> San Pablo también defiende las obras y no solo la fe, de donde deducimos que tanto monta, monta tanto, y no se debe considerar aisladamente su enseñanza y Santo Tomás, además de la razón, considera que debe tenerse presente la autoridad, como se analizará al tratar la cuestión del derecho subjetivo.

<sup>365</sup> Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, I, cuarta edición, editorial Civitas, 1988, p. 458 y sgts.

<sup>366</sup> La Modernidad tiene un proyecto humano racional y optimista basado en la verdad de la ciencia que tiene su consecuencia en el plano político en la voluntad científica del Estado, control intelectual que considera al Modernismo como un progresismo en la creencia de que la modernización es buena, tan buena que es capaz hasta de conducir al sistema

civilizaciones, incluido el jurídico, promoviendo la sacralización del presente y glorificando como meta el único horizonte posible de la evolución humana, la sacralización del presente.

Afirmaciones autoritarias que arbitran las controversias de opinión y configuran al legislador dentro de modelo intelectual autoconfiado al considerar que cuenta con un conocimiento verdadero sobre la naturaleza de la sociedad y de la moral, y muy agresivo con los acuerdos normativos preexistentes y tradicionales<sup>367</sup>.

Los actores de las Constituciones, por muy conscientes que fueran de los derechos civiles, temían al pueblo y pensaban que si se admitía una mayoría que se suponía inculta, envidiosa y violenta impondría su voluntad y se comenzó por restringir el derecho al voto.

En EEUU Benjamin Franklin defendió que no era correcto conceder el voto a los que no tuvieran propiedades y John Adams en su famosa *Defense of the Constitution of Estates United of America* de 1787 daba la clave de su preocupación:

“Si la mayoría controlara todas las armas del gobierno, las deudas serían abolidas, los impuestos recaerían gravosamente sobre los ricos, estando los demás exentos y al fin una división igual de todas las cosas sería pedida y votada”.

Francia máxima defensora del sufragio universal en la Revolución, durante el reinado de Luis Felipe solo votaron 200.000 personas de 30 millones<sup>368</sup>.

Respecto de la primacía de la voluntad popular o razón popular frente a la jurídica o recta razón, derivada de la formación, experiencia y tradición nos remitimos a la diatriba de Hobbes respecto al legado intelectual de Coke pero dentro de este modernismo debemos mencionar las tesis de Stuart Mill, uno de los teóricos del sistema representativo, que dirá en 1861, que no es útil sino perjudicial, que la Constitución de un país reconozca a la ignorancia, el mismo poder político y social que al conocimiento.

De ello deduce que el régimen electoral debería favorecer a las élites a través de un voto múltiple o plural, o permitirse compensar la dictadura de la mayoría constituida por los ciudadanos sin especial cualidades, por lo que el derecho de participación política se debería restringir a propietarios, ricos, educados y especialmente blancos.

Es la solución que se adopta en las Constituciones europeas y americanas de mitad del S. XIX sobre la base de que el hombre europeo tiene una concepción propia superior de su inteligencia y cultura política, no solo de los pueblos coloniales y las mujeres, que no les hace aptos para su participación política, entendiéndose también que quienes nada tienen que perder pueden actuar de manera irresponsable, lo que fue desarrollado por Sieyès, Bentham, Constant y sobre todo por Kant.

La evolución del conocimiento de las ciencias naturales a partir de finales del s. XVIII determina

---

perfecto y con él conocer el valor de el fin de la historia.

<sup>367</sup> Este modelo se considera capaz de reafirmar el orden de las cosas e incluso de imponerlas, según la lógica del sistema legislativo del Derecho, que antes de organizar la sociedad la imagina y crea modelos mentales de hombres, cosas, vínculos sociales, relaciones políticas y jurídicas, a las que posteriormente crea en su propia realidad, de forma que el hecho no existe, propiamente, antes que el Derecho y los casos jurídicos, en verdad, no existen hasta que son previstos en la norma. António Manuel Hespanha, *Cultura Jurídica Europeia*, Almedina, 2018, pp. 13-25 y 92-116.

<sup>368</sup> José Antonio Marina y Javier Rambaud, *Biografía de la Humanidad*, Ariel, 2018, p. 427.

su elevación del modelo epistemológico, creando la convicción de que todos los sistemas de conocimiento se debían basar en los utilizados en la observación de las cosas y en la realidad empírica o positiva, por lo que se debería sustituir a la autoridad y la especulación doctrinaria y filosófica como fuentes del saber.

Esta forma de operar dio lugar al positivismo culturalista, sociológico o conceptualismo, como manera de conocimiento de validez universal, que da lugar a conceptos jurídicos y abstractos rigurosamente contruidos con la citada metodología, y que de alguna manera se impuso incluso a culturas milenarias y desarrolladas como la China o japonesa, que han llegado a aceptar la cultura científica y política de Occidente en nombre del progreso.

Por su trascendencia en la actualidad nos remitimos al apartado del Estado de Derecho para tratar la utilidad práctica del Estado y a su plasmación en el Derecho como método de raciocinio para la obtención del interés público a través del Derecho público, que desarrollan Kant y Hegel.

### - RAZÓN Y AUTORIDAD

Considerar que el hombre debe guiarse solo de su razón es individualista y reduccionista y nos encontramos con que la realidad pone de manifiesto que, partiendo de la razón se llega a distintos lugares, dependiendo de quien razone.

Es reduccionista porque el hombre está dotado de creatividad y ya desde Grecia, el ser humano había creado varias ramas del saber, siendo muy simplista considerar que existe un único método de aprendizaje: lingüística, metafísica, moral, política, matemáticas, epistemología son medios de conocimiento y considerar a la razón como fuente de todos ellos, olvidando la tradición y todo lo que han hecho nuestros antepasados por nosotros, desde luego que es un método inadecuado, ya que se impide al individuo beber de la sabiduría destilada a través de millones de experimentos del pasado y, además, la ciencia racionalista no puede decirle nada al corazón del hombre y así lo reconocía Pascal, y prueba de la influencia y de la importancia de la tradición es que la civilización, el arte y el progreso se produce en todos aquellos herederos de Atenas<sup>369</sup>.

El pensador antiguo más sensible a los peligros inherentes a una razón concebida de forma autónoma fue Platón y en sus *Diálogos* aparecen los antiguos y las historias contadas por ellos en forma de mitos y con ellos un saber transmitido desde antiguo sobre el origen del mundo, la existencia de una culpa original en el hombre o el destino de las almas tras la muerte, con sus penas y recompensas, lo que realmente no es tratado por sus discípulos.

Solo el genio romano, en su innato tradicionalismo combinado con un excepcional sentido práctico y abierto a las cosas, es consciente de la necesidad de intentar conjugar esta polaridad de autoridad y razón, que consideran es generadora de la más alta y, en todo caso, muy superior a la que cada una de estas formas de conocimiento podría alcanzar por separado<sup>370</sup>.

---

<sup>369</sup> Friedrich A. Hayek, *Derecho, legislación y libertad. Una nueva formulación de los principios liberales de la justicia y de la economía política*, 2ª edición, Unión Editorial, 2014, pp. 25-56.

<sup>370</sup> Decía Cicerón, que nuestra República no es obra de un solo hombre sino que es el proceso de varias generaciones, pues nunca ha existido una inteligencia tan grande como para que no se le escapara ningún aspecto, cualquiera que fuese la

Se entendía que estas dos vías o combinaciones otorgan un extraordinario provecho para ambas, considerándose que razón y tradición, aunque diferenciadas, se remiten ambas a la naturaleza, entendida en su sentido más originario.

Cicerón consideraba que República no era obra de un solo hombre sino que era el proceso de varias generaciones pues nunca ha existido una inteligencia tan grande como para que no se le escapara ningún aspecto, cualquiera que fuese la época e incluso, todas las inteligencias reunidas formando una sola serían incapaces de organizar un plan, en un momento dado, que abarcara todos los aspectos sin contar con la experiencia del tiempo, de manera que estas dos vías o combinaciones otorgan un extraordinario provecho para ambas, de manera que razón y tradición, aunque diferenciadas, se remiten ambas a la naturaleza entendida en su sentido más originario: la primera lo hace directamente, sin intermediarios, en tanto que la segunda lo hace por filial, a través de una mediación piadosa de los antepasados, de manera que, rectamente entendidas, ambas están llamadas a constituir una forma mixta digna de toda referencia y escucha<sup>371</sup>, como también se consideraba por Platón y San Agustín.

Debe considerarse que la jurisprudencia descansa sobre la razón y la autoridad, y su separación constituye el principio de todos los males, ya que la razón humana solo puede alcanzar conclusiones provisionales y meramente probables, y necesita de una autoridad que la sostenga.

Por ello en la jurisprudencia Medieval se abrazaba esta doble vía: de un lado su particular sagrada escritura, el *Digesto* de Justiniano, a través de su análisis y comentario, y de otro a la tradición, compuesta por el frondoso Derecho consuetudinario precedente, en gran medida, de la descomposición del Derecho romano tardío pero también mezcla de costumbres e instituciones germánicas.

Razón y autoridad son las dos clarísimas luces del mundo porque la autoridad es siempre más que la mera potestad, de tal modo que cuando un poder se ejerce sin autoridad, esta degenera en fuerza y violencia pero Cicerón perdió la guerra civil, y el triunfo, una vez muerto, le correspondió a César y al despotismo, de manera que la autoridad cedió ante el poder y desde aquel momento, lo que plujo al príncipe se convirtió en ley, al menos tuvo fuerza de ley.

Con la llegada del cristianismo, la razón seguía siendo la filosofía griega pero la fuente de la certeza procedía ahora de otra parte porque solo algún ser divino puede manifestar al hombre lo que es la verdad, algo que Platón había planteado muchos siglos atrás en el *Fedón*, considerándose por los cristianos que Cristo vino para curar esta inseguridad última de la razón, su vértigo ante la profundidad abisal de las verdades últimas y más definitivas para la vida de los hombres.

San Agustín manifiesta su adhesión a la doble vía de autoridad y razón, en el que la autoridad es más poderosa mientras que la razón es provisional.

---

época e incluso, todas las inteligencias reunidas formando una sola serían incapaces de organizar un plan, en un momento dado, que abarcara todos los aspectos sin contar con la experiencia del tiempo. Cicerón, *De República*, II, 12; II, 31, 37. Cit. Elio A. Gallego García, *Autoridad y Razón. Hobbes y la quiebra de la tradición Occidental*, Centro de Estudios Políticos, Madrid, 2016, p. 28.

<sup>371</sup> Se considera que la jurisprudencia descansa tanto sobre la razón como sobre la autoridad y su separación constituye el principio de todos los males, ya que la razón humana solo puede alcanzar conclusiones provisionales y meramente probables, por lo que necesita de una autoridad que la sostenga.

La razón Medieval desplegó, de este modo, un poderoso movimiento intelectual, cuyo mejor y más duradero fruto fueron las universidades y, en paralelo, la ciencia teológica.

Para la filosofía Nominalista no existen formas o modelos universales de las cosas ni en ellas ni en la mente de Dios y cuando usamos expresiones como hombres, mesa o caballo no significan nada real sino que son simples palabras (*nomina*) puesto que para el Nominalismo solo existen individualidades creadas por la voluntad de Dios sin que se pueda decir que respondan a un modelo o naturaleza común según géneros o especies.

Cada cosa lo es que por sí misma y su esencia es estrictamente individual, planteamiento de la Escolástica Franciscana, iniciado por Scoto y cuyas últimas consecuencias son enunciadas por Guillermo de Ockham, que conducen a unas consecuencias en el orden metafísico y moral, que son fáciles de prever en el orden natural.

El universo Nominalista está poblado de individuos carentes de un orden propio y meramente dispuestos según la voluntad exterior pero este Nominalismo supone que las categorías del bien y del mal se corresponden, igualmente, con actos de voluntad extrínsecos a la naturaleza de las cosas.

No existe lo bueno ni lo malo en sí, solo lo mandado y lo prohibido, y esto es lo que se traslada al método de conocimiento (Descartes con su concepto de idea) o a la legislación, que es la que define lo justo y lo injusto porque la ley es un mandato consistente en una declaración de voluntad por parte de quien ostenta el poder soberano, y como lo justo y lo injusto es una decisión de esa voluntad soberana, la ciencia del Derecho queda transmutada en la ciencia de la legislación, en una técnica de la elaboración y aplicación legislativa.

Por ello desaparecen las dos fuentes de la jurisprudencia clásica: la ley natural y divina, y las mores de los antepasados son anuladas, todo lo cual se disuelve en un positivismo inmanente y politizado al quedar al arbitrio del soberano.

De esta forma cayó la tradición jurídica Occidental en el Positivismo jurídico, para el que la jurisprudencia es un acto del poder político en el que tiene razón su existencia<sup>372</sup>.

## - RAZÓN Y TRADICIÓN

Locke no creía que existieran ideas innatas sino que nuestra voluntad y entendimiento se formaba sobre la base de las sensaciones y experiencias previas.

Shaftesbury y Hucheson consideraban que el sentido moral de las personas se derivaba de la simpatía o de sentimientos de hermandad; para Thomas Reid, el sentido común y no la razón era la cualidad distintiva del hombre vulgar, considerando que si el hombre hubiera sido dotado únicamente de razón, la raza se hubiera extinguido en breve, ya que la razón era completada por las afecciones benevolentes, no menos necesarias para la preservación de la especie humana que el hambre y la sed.

Mandeville mantenía que el sentido moral se inspiraba en la simpatía, la benevolencia y la compasión por los otros; y para Adam Smith los sentimientos de piedad, compasión, benevolencia y

---

<sup>372</sup> Elio A. Gallego, *Autoridad y Razón: Hobbes y la quiebra de la tradición Occidental*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016, pp. 23-61 y 142-172.

simpatía eran cualidades elementales de la naturaleza humana, sentimientos morales en los que la razón desempeñaba un papel secundario, entendiendo que la virtud era la tradición antigua del humanismo cívico, que constituía un elemento de decisión importante en los asuntos públicos y en la integridad política.

Newton era un creyente cristiano para el que Dios no se había limitado a poner el universo en marcha sino que era un agente activo del mismo, considerando que, en general, la religión colabora para un mejor orden social y desempeña una función social, sin perjuicio de que criticase, irónicamente, que cuanto más esplendorosa era la Iglesia por fuera más perdía su pureza interior, no pudiéndosele considerar ni un anticlerical católico ni que abominase de las iglesias existentes sobre la importancia que desempeñaban en el desarrollo de los valores morales.

Hume consideraba a la religión aliada de la moralidad, entendiendo que la inmortalidad tenía un efecto favorable en la vida de las personas, de manera que quienes intentaban desengañar al pueblo de esta creencia podrían ser buenos razonadores pero no buenos ciudadanos ni políticos.

Adam Smith entendía que la moralidad es anterior al raciocinio y a la filosofía artificial, entendiendo que la percepción del bien y del mal no tenían sus orígenes en la razón, que los sentimientos morales eran cualidades elementales de la naturaleza humana y aunque la religión no era fuente de moralidad, sí que era aliada natural de la moralidad inherente al hombre, que en cualquier comunidad civilizada debe haber un orden eclesiástico y una organización pública de la religión<sup>373</sup>.

Christopher Dawson no veía diferencias entre la civilización Medieval y la Moderna en Inglaterra, de manera no habría sido sino una prolongación de aquella y ello por cuanto que en el horizonte inglés, las formas de vida Medieval se conservaron en alto grado, por el don precioso de la estabilidad que permite a los hombres ordenar su futuro y el de sus familias, de acuerdo con leyes eternas y que durante la Edad Contemporánea quizá lo haya poseído la monarquía británica.

Imputaba tanto al Humanismo renacentista como al Protestantismo la secularización, destacando el valor de la fe y el de la razón, ya que si la naturaleza humana carece de valor, tampoco vale nada su razón y, consiguientemente, el hombre no puede descubrir las leyes de la política y de la vida moral, en una situación de preeminencia de lo político sobre lo jurídico y de la ley sobre el Derecho, sobre todo a partir de la Paz de Augsburgo de 1555, tan intolerante como para obligar a muchos Protestantes a abandonar Europa<sup>374</sup>.

Tocqueville consideraba que:

“la religión es la que ha dado origen a las sociedades angloamericanas de lo que es preciso no hacer abstracción. En los Estados Unidos, la religión se mezcla en todos los usos nacionales y con todos los sentimientos que hacen nacer la patria y esto le da una fuerza particular...En Norteamérica la religión se ha puesto, por decirlo así, ella misma sus límites; el orden religioso

---

<sup>373</sup> Gertrude Himmelfarb, *The Road to Modernity*, 2004, traducida al portugués por Miguel Freitas da Costa, *Os caminhos para a modernidade, Os iluminismo Britânico, Francês y Americano*, Biblioteca Nacional de Portugal, 2015, pp. 33-60.

<sup>374</sup> Cit. Miguel Ayuso, “La matriz protestante de la política y el Derecho modernos”, *Consecuencias político-jurídicas del protestantismo. A los 500 años de Lutero*, Marcial Pons, 2016, pp. 208 y sgts.

es enteramente distinto del orden político, de suerte que han podido cambiarse las leyes antiguas sin alterar las antiguas creencias.

El cristianismo ha conservado pues un grande imperio en el espíritu de los norteamericanos y debe observarse sobre todo que no reina como una filosofía que se adopta después de examinarla sino como una religión que se cree sin discutir<sup>375</sup>.

Giuseppe Granieri señala que para el idealista, el Estado es la realidad histórica de la idea moral concreta de la libertad, el espíritu de su racionalidad esencial y no puede tener un fin fuera sino que el mismo es inmóvil, absoluto y objeto de todos los fines humanos, como voluntad de potencia o sustancia ética o como cualquier otra de las nobles palabras con que el idealismo adorna al Estado pero los cristianos no ven este espíritu en la realidad del Estado que señalan los idealistas y a la pregunta de si se quiere resucitar el sueño dantesco de la monarquía universal contesta que no procura resucitar ningún sueño sino simplemente advertir que quien se tenga por cristiano (y digo yo por persona reflexiva) no debe abandonarse a la moda del momento ni ridiculizar a Dante.

Se debe distinguir entre lo que pudo ser fantasía de poeta o construcción ardorosa de debilidades juveniles frente a uno de los más fuertes y nobles ideales de la cristiandad ( que renace pero sin la sal adecuada y ahí están las inacabadas tentativas de la Unión Europea) hasta que Europa se dejó sobrepasar por las resurgidas formas más insanas del pensamiento, llegando a reiterar las peores ideologías del paganismo decadente, ya que muchos de los males que nos atormentan tienen su primera raíz en el inconsciente abandono de aquel ideal, abandono que muy a menudo nos lleva también a falsificar, con humillante buena fe, la doctrina de nuestros grandes maestros Medievales<sup>376</sup>.

### **3. CONSECUENCIAS DE ESTA CONCEPCIÓN: EL ESTADO ACONFESIONAL Y EL MODERNO CONCEPTO DE LAICIDAD. LAS COSECHAS CIVILIZATORIAS DE LA CONCEPCIÓN INDIVIDUALISTA Y RACIONALISTA DEL HOMBRE Y LA RESIGNACIÓN DE LOS JURISTAS**

Al tratar del sistema inglés nos referiremos a la cuestión de la supuesta libertad religiosa de las Iglesias Reformadas, que se dice se reprimía con especial dureza por la Inquisición en España, si bien ya se puede adelantar la completa falsedad de esta afirmación.

La libertad religiosa ya aparece en las palabras de San Pablo, Tertuliano, Lactancio o San Agustín, que tiene en Tomás Moro y su obra *Utopía*, el reflejo del estado de opinión presente en amplios sectores doctrinales, a lo largo y ancho de la cristiana Europa.

En los albores del Absolutismo monárquico, un contemporáneo y amigo de Tomás Moro, Erasmo de Rotterdam proclamó la libertad de los seres humanos con sólidos argumentos teológicos, en los que insisten Vitoria y Bartolomé de las Casas, autores que constituyen el reflejo de la doctrina que se mantendrá durante la vigencia de este Absolutismo.

---

<sup>375</sup> Alexis de Tocqueville, *La democracia en América*, T. I parte 2, capítulo 9: causas principales que tienden a mantener la República democrática en los Estados Unidos, IV: “De la religión considerada como institución política, cómo sirve enérgicamente al mantenimiento de la república democrática de los americanos”.

<sup>376</sup> Giuseppe Granieri, *Contribución Tomista la Filosofía del Derecho*, Olejnik, 2019, pp. 149-151.

Se dice, sin embargo, que tendremos que esperar a los movimientos Liberales y a las declaraciones de derechos de los s. XVIII y siguientes, en que el Absolutismo político inicia su declive en las colonias americanas, con la promulgación de las declaraciones de derechos, el reconocimiento de las libertades individuales y origen del poder en el pueblo, que constituyen la antítesis del Absolutismo político y la inauguración de una nueva forma de concepción del Estado Contemporáneo, basado en la democracia y en las libertades fundamentales, apareciendo en la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América, que el Congreso no hará ley alguna para que se establezca una religión o prohíba ejercerla<sup>377</sup>.

El Papa Benedicto XVI en la visita de 2008 a París manifestó ante el Presidente Sarkozy, al igual que hizo en 2005 ante el Presidente de Italia, que es fundamental insistir en la distinción entre el ámbito político y el religioso, con objeto de tutelar tanto la libertad religiosa de los ciudadanos como la responsabilidad del Estado ante ellos, reclamando una sana laicidad del Estado pero sin excluir las referencias éticas, que tienen su fundamento último en la religión.

La autonomía de la esfera temporal no excluye una íntima armonía con las exigencias superiores y complejas que derivan de una visión integral del hombre y de su destino eterno<sup>378</sup>.

Hoy son tanto la Iglesia Católica como las Protestantes quienes reivindican una separación de la Iglesia y el Estado, y una franca cooperación entre ambos, sin ignorar el legítimo ámbito de cada uno, y las dimensiones y realidades del ser humano.

La libertad religiosa no significa secularismo, ni siquiera la radical separación de Iglesia y Estado. El deber del Estado consiste en que a nadie se le prive de su libertad de religión y conciencia.

El secularismo es opcional, la libertad religiosa no y un Estado que respete el principio de libertad religiosa no puede reducir la religión al ámbito privado.

El concepto de laicidad que más se acomoda al principio de libertad religiosa consagrado por los Tratados Internacionales sobre la materia es aquel que considera el sentimiento religioso como emanación de la naturaleza humana y entiende que la separación entre Iglesia y Estado no debe implicar, que ambos sean extraños entre sí, hostiles o desconfiados, toda vez que nuestra organización política, cultura y tradiciones deben mucho a la religión, que además debe ser la fuente principal de nuestros valores morales.

Al contrario, debe existir un espíritu cordial de colaboración y promoción al servicio del crecimiento espiritual y moral del país.

La neutralidad del Estado requiere un enfoque pluralista, que no se produce cuando es intolerante con el fenómeno religioso.

Permitir que valores cívicos que no constituyen sino una ideología ocupen la totalidad del espacio público de los valores representa un gran peligro, dado que puede utilizar los aparatos de poder público para imponerse, incluido el Código Penal, de manera que su grado de intolerancia y agresividad constituye un verdadero paso atrás en lo que ha supuesto el gran avance en nuestra

---

<sup>377</sup> José Antonio Souto Paz, "El Estado Moderno y la libertad religiosa", *Revista General de Derecho Público Comparado*, nº 1, septiembre, 2007, pp. 7-11.

<sup>378</sup> Rafael Palomino, "Aconfesionalidad y laicidad: ¿nociones coincidentes, sucesivas...?" *Estado aconfesional y laicidad*, Cuadernos de Derecho Judicial, I-2008, pp. 401-402.

convivencia democrática, como lo es la crítica y el control del poder público, ya que los valores que deben aceptarse bajo amenaza, incluso de cárcel, se sustraen en medida prácticamente determinante a tales cautelas, especialmente, si se eliminan como no válidas, las referencias religiosas.

Tampoco debe olvidarse, que cierto secularismo busca amparo en el cientificismo, y que este, como señala un grupo importante de filósofos, es una ideología no menos cargada de prejuicios, que las doctrinas religiosas.

Esta politización de todo determina la neutralización política de la decisión jurídica, eliminando la imagen de los juristas como académicos cuyas preocupaciones son eruditas y disminuyendo la imagen de la Facultad de Derecho como templo de la ciencia jurídica.

La Revolución Francesa cerró las Facultades de Derecho entre 1789 y 1806 y después como constata Clavero Salvador<sup>379</sup>, la universidad, ya no sería la misma.

La obra de Rousseau tuvo una influencia desde el principio y a través de Robespierre, en la implantación de la República de la Virtud (Terror) basada en la religión civil, que no se instituyó por compasión con los pobres sino por razones de seguridad pública; profesión de fe civil, que serviría para cambiar la naturaleza humana y transformar a cada individuo, dando lugar a una regeneración y a un nuevo pueblo, señalando Tocqueville, que la Revolución Francesa no se conformaba con el cambio del sistema social francés sino que buscaba la regeneración de toda la raza humana<sup>380</sup>.

### **-LAS COSECHAS CIVILIZATORIAS DE LA CONCEPCIÓN RACIONALISTA E INDIVIDUALISTA DEL HOMBRE**

El Idealismo racionalista, fruto del hombre emancipado de la Modernidad es muy individualista: hoy en día, no solo la Iglesia sino los ecologistas más de izquierdas consideran a la ecología como una parte esencial de nosotros mismos, de manera que todos nos encontramos conectados<sup>381</sup>.

Pensar en categorías podía ser muy propio de las ideas Platónicas pero es poco realista después de Ockam porque frente a la categoría abstracta y racional del hombre existe cada hombre que viste y calza, y por eso Burke señalaba que amar a la Humanidad no es amar en absoluto, que si uno quiere amar a la Humanidad, debe empezar por cocinar una buena cena a sus hijos y si quiere limpiar el mundo, que primero lave los platos, de manera que tal concepto racionalista, abstracto y aséptico, que no huele ni mancha, sería lo que Dickens llamaba filantropía telescópica<sup>382</sup>.

Aunque Frank Rosenzweig no conoció la Segunda Guerra Mundial y como filósofo judío y alemán se planteaba cuestiones propias de su religión y nacionalidad, tales como la unificación

---

<sup>379</sup> Bartolomé Clavero Salvador, "Justicia en España entre historia y Constitución, historias y Constituciones", *De Justicia de jueces a Justicia de leyes: hacia la España de 1870*, Cuadernos de Derecho judicial, Consejo General del Poder judicial, Madrid, 2007, pp. 406 y sgts.

<sup>380</sup> Gertrude Himmelfarb, *The Road to Modernity*, 2004, traducida al portugués por Miguel Freitas da Costa, *Os caminhos para a modernidade, Os iluminismo Britânico, Francês y Americano*, Biblioteca Nacional de Portugal, 2015, p. 201.

<sup>381</sup> Enciclica *Laudato se* del Papa Francisco.

<sup>382</sup> José Javier Esparza y Anthony Esolen, *Guía políticamente incorrecta de la civilización Occidental*, Ciudadela libros, Madrid, 2009, pp. 199-204 y 232, 233.

alemana, Bismark o el segundo Reich, sus reflexiones sirven para adelantarse a lo que vendría inmediatamente a continuación e incluso a la globalización.

Sobre la base de lo que había vivido en carne propia en la trinchera de los Balcanes, donde ejerció como enfermero en la Primera Guerra Mundial, consideraba que todo ello se debía a la prepotencia de la razón, al enorme poder que se había otorgado al Estado y al mesianismo nacionalista, y que tuvieron como consecuencias la Ilustración, Hegel, Marx o los nacionalismo, quienes establecieron las bases filosóficas y políticas de los sueños y los monstruos generados por la misma, que aun después de absorberlo todo y de declarar que a partir de ahora solo existía ella, el hombre descubre que aunque hace mucho que ha sido asimilado por la filosofía, él todavía sigue allí.

Entendía que el proyecto Ilustrado había fracasado como proyecto filosófico y que podía tener consecuencias políticas catastróficas.

Sus premoniciones se vieron cumplidas en la II Guerra Mundial como experiencia histórica marcada por el fracaso de la Modernidad.

La dignidad metafísica del Estado Hegeliano, el hecho de que su omnipotencia constituya una emanación de la total absorción del mundo por la razón, que en su despliegue histórico se encarna en el Estado, fue lo que permitió justificar, en opinión de Rosenzweig, cualquier abuso de poder llevado a cabo en el ámbito de la *realpolitik*.

A través de la filosofía Hegeliana de la historia, el egoísmo del Estado nacional y su realismo político resultó sacralizado, lo que no hubiese sido posible sino dentro del marco de una sociedad cerrada, como señalaría Ralf Dahrendorf<sup>383</sup>.

En 1945, Karl Popper, en su obra *La sociedad abierta y sus enemigos*, a través de las críticas de Platón, Hegel y Marx desautorizó el Historicismo, afirmando que la mejor sociedad es la que brinda la mayor libertad posible y reduce al mínimo el sufrimiento evitable a la sociedad.

Entendía que la diferencia entre la sociedad abierta y totalitaria reside en que la primera quiere imponer su programa a la ciudadanía, aduciendo que es científica e irrefutable pero toda teoría debe ser sometida a prueba, para que se descarten sus errores a través de la experiencia, poniendo como ejemplos de sociedades cerradas y totalitarias: el Fascismo, el Socialismo y el Comunismo.

Destacaba que la sociedad y el futuro del hombre es abierto e indeterminado y no se puede imponer por científico decreto, que se contempla como superior e insuperable.

Consideraba que en una sociedad plural, afortunadamente imperfecta, es donde se depuran mejor las decisiones racionales y responsables, como en puridad corresponde a un racionalismo crítico<sup>384</sup>.

Como ya se ha dicho, Eugenio D'Ors considera que el elemento más característico que produce el cambio de época desde la Edad Media a la Moderna no es ni la caída de Constantinopla en 1453 ni el descubrimiento de América en 1492 sino la sublevación Luterana contra la Iglesia en 1517, que ha

---

<sup>383</sup> En su obra *Reflexiones sobre la Revolución en Europa*, Publicaciones y Ediciones Salamandra, 1991.

<sup>384</sup> Miguel Porta Perales, "Sociedad abierta y populismo" y "La trama oculta de 1917", la tercera, ABC, 15 de septiembre de 2019 y 23 de febrero de 2020.

venido a desembocar en el individualismo jurídico y en el positivismo legalista, con cierta alarma de la locura de la inmoralidad capitalista<sup>385</sup>.

Aunque el capitalismo había empezado a desarrollarse en los Países Bajos e Inglaterra antes de la Reforma Protestante, con el declive de los gremios y de las antiguas libertades a consecuencia de la centralización Estatal y la emergencia de la burguesía como nueva clase social, puede decirse que sin el Calvinismo, los nuevos medios industriales habrían podido ser encauzados por la moralidad Católica al servicio del bien común, en lugar de al puro bien particular, y el mundo podría ser diferente en la actualidad. El Calvinismo desvió el nuevo progreso económico e industrial hacia una mentalidad y psicología con una inseguridad interna, el individuo, insistiendo en que el individuo como tal se enriqueciera y de este modo simbolizara su salvación para el mundo y para sí mismo<sup>386</sup>.

Puede decirse por ello que el Protestantismo tiende a conducir a una exaltación del individuo y a una autonomía radical y los individuos que usan su innato sentido común son los más aptos para aplicar los textos de las Escrituras en su propia actividad económica, de manera que la historia del Protestantismo refuerza todavía más esta interpretación individual de la Sagrada Escritura y que conduce a diferentes interpretaciones individuales, al haber eliminado una autoridad central y visible que decidiera entre esas interpretaciones variadas, de manera que el Protestantismo comenzó a subdividirse rápidamente en diferentes denominaciones, un fenómeno que se sigue produciendo en el día de hoy y dando lugar a miles de sectas radicalmente diferentes, lo que refuerza todavía más la idea del individuo que utiliza su conciencia y sentido común a los preceptos bíblicos por sí solos sin una autoridad universal<sup>387</sup>.

## - LA RESIGNACIÓN DE LOS JURISTAS

Como el poder político interviene de manera directa en el Derecho, parte de los juristas, resignados ante el subjetivismo y ambigüedad de los valores que constantemente están manejando los políticos y les imponen, han optado por retirarse a los campos seguros y más neutrales de la técnica, por la conciencia de que nada útil pueden hacer en ese campo, de manera que el jurista no encuentra otro camino para poder desarrollar su profesión.

En esta actitud se encuentran los jueces, técnicos que no se preguntan por la justicia material de las sentencias que dictan y que se contentan por la aplicación, sabiamente argumentada de las leyes; los abogados que defienden a sus clientes sin otra ayuda que la del ordenador; y los profesores universitarios, que han vuelto a los tiempos de las glosas medievales y en el mejor de los casos a la exégesis decimonónica.

Si la justicia fue siempre un factor esencial en el Derecho ahora lo es la adecuada interpretación y aplicación de la ley; y la situación es desesperada porque los juristas no solo están encadenados a una labor técnica, que apenas les deja libertad para escoger sus objetivos sino que, por otro lado, cuando

---

<sup>385</sup> Álvaro d'Ors, "Retrospectiva de mis últimos XXV años", *Atlántida*, 13, Madrid, 1990, p. 99.

<sup>386</sup> Frederick D. Wilhelm, *El problema de Occidente y los cristianos*, Sevilla, ECESA, 1964, p. 64.

<sup>387</sup> Brian M. Mccall, "El nuevo pacto protestante: la influencia de la teología protestante en el derecho de bienes y contratos", *Consecuencias jurídico-políticas del protestantismo. A los 500 años de la muerte de Lutero*, pp. 197-198.

pretenden librarse de esta presión caen en el abismo de la ideología, lo que significa que cuando quieren obrar con sinceridad y honestidad se convierten, sin saberlo, en marionetas que se manejan desde muy lejos<sup>388</sup>.

Si durante el imperio romano, la voluntad del Emperador se consideraba la ley, como señala Stephen Toulmin<sup>389</sup> desde el punto de vista del Derecho, esta transformación del Estado -Nación, que no permite las injerencias externas, al encontrarse el soberano por encima de las leyes y darse al Derecho positivo la absoluta prioridad determina que no exista entonces un punto de vista independiente, que permita una crítica racional de las acciones o mandatos del soberano; Positivismo que excluye la idea Medieval del Derecho natural como límite, con capacidad de enjuiciamiento y crítica del primero.

Se entendía que la soberanía de la Corona podía ser cuestionada por instituciones que no pertenecían a la misma, apoderándose *le peuple* del poder absoluto de los Borbones, con intención de ejercerlo y, por ello, se ha producido la crisis de tres conceptos concatenados: cartesianismo, modernidad y Estados- nación soberanos, reclamando una práctica neopremodernista, con recuperación de la filosofía y el discurso prácticos después de 300 años de lógica formal y razonamiento demostrativo y también una cierta privatización de la justicia, que no se ha abandonado totalmente, como pone de manifiesto el Tribunal de las Aguas de Valencia y otros tribunales informales de las favelas de Río de Janeiro o los arbitrajes privados que existen en el ámbito del comercio internacional.

En tanto que lo dice un premio Nacional de Ensayo, que fue presidente del Centro Superior de Investigaciones Científicas y catedrático de Derecho Administrativo, queremos usar las gafas de Alejandro Nieto, sin cuya autoridad no nos atreveríamos a reiterar sus apreciaciones, ya que considera que la situación llega al extremo tal, que si los ciudadanos se enterarán de todo lo que está pasando sentirían la tentación de echarse al monte y hasta de marcharse de España o lo que es peor todavía, de alejarse del juego democrático y de la participación pública.

Señala que a su generación la engañaron con la autarquía económica y poéticos disparates como los del imperio hacia Dios , simplezas de las que hoy nos reímos.

En cambio damos por oro expresiones tan huera y sospechosas como las de Constitución, Estado social y democrático de Derecho, soberanía del pueblo, imperio de la ley y otros artificios que adornan nuestra vida política, destacando que si hubiera de calificar los últimos años se inclinaría por la aceleración del proceso de patrimonialización del Estado, siendo muy preocupante el deterioro de las instituciones públicas que han sido concienzudamente demolidas: la judicatura, la Administración, el ejército, los ayuntamientos.

No se ha dejado piedra sobre piedra, con los agravantes de impunidad e hipocresía porque nunca como en estos tiempos se ha hecho tanta propaganda de la trampa y dorado la moneda falsa, artistas de la información e ideólogos profesionales a sueldo han logrado mantener a los españoles en un equilibrio psicológico gratificante: engañados pero contentos.

Entiende que hasta el observador más curtido se estremece al contemplar la enormidad de lo que

---

<sup>388</sup> Alejandro Nieto, *Crítica de la razón jurídica*, edit. Trotta, Madrid, 2007, pp. 128 y 129, y *Balada de la justicia y la Ley*, edit. Trotta, Madrid, 2002, pp. 20- 48.

<sup>389</sup> Stephen Toulmin, "El futuro del Estado: Distintas perspectivas del Estado Nación", *La crisis del Derecho y sus alternativas*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, pp. 325 y 327.

está sucediendo y así se explica que muchos se nieguen a creer lo que están viendo con sus propios ojos, que los hombres a quienes electoralmente les han otorgado la confianza, con la promesa de que arreglarán la cosa pública, no solo ponen en manos a la obra sino que de forma deliberada se las arreglan para que todo vaya a peor y desorganizan el Estado para provocar el desgobierno, para asegurar que continúe el engaño sistemático.

En lugar de limpiar el río del que todos dependemos, enturbian deliberadamente sus aguas para poder pescar mejor ellos mismos en sus aguas y el primer paso ha sido convertir la Constitución en papel mojado, dejándola incumplida sistemáticamente<sup>390</sup>.

Como se verá, para los Iluministas franceses, la voluntad general no era fruto de una asamblea sino que debía encontrarse en cada uno, de donde se deduce otra incoherencia, cual es que todas las personas tienen la misma voluntad lo que, a su vez, va en contra del principio democrático. Y si partimos de que la voluntad general es la suma de voluntades particulares debemos ser honestos intelectualmente y reconocer que no seguimos los postulados del Iluminismo francés.

Si consideramos que la voluntad general es lo mismo que la particular, realmente, incurriríamos en una contradicción y debemos admitir que gobernantes y gobernados son una misma cosa, lo que está en contra de las más elementales limitaciones del poder según la doctrina de la Revolución Francesa que, además, puso de manifiesto que tal voluntad popular o general no es más que la de los gobernantes, como también se ha puesto de manifiesto en Rusia, China o la élite burguesa dominante, si se dice que se manifiesta a través de la ley como, prácticamente, la única fuente del Derecho.

Los sentimientos del pueblo, el Derecho y la justicia no es una cuestión aritmética y como los Iluministas ingleses señalaban, el amor a un país lo es tal cual es, no es el amor a un ideal practicado o no practicado, o el desprecio o ignorancia a una parte sustancial que no compone la mayoría.

El método Revolucionario que precisa de tan dramática imposición, únicamente, trae consigo las ruinas económicas, morales o sociales, como nos ha enseñado la historia, constituyendo un tejer y destejer permanente, una revolución permanente que se olvida de lo que fuimos y nunca dejaremos de ser, por el nuevo ser, jamás encontrado y permanentemente buscado, en manos de la novedad inesperada y siempre misteriosa, sin la garantía de lo practicado con éxito, con la vana esperanza del respeto al futuro, que no se dispensa al pasado.

Se dice que el sueño de la Ilustración francesa fue sustituir el gobierno de los hombres por el gobierno de las leyes, ideal que la burguesía convirtió pronto en ideología enmascaradora de su poder, cuando logró apoderarse de la máquina Parlamentaria de hacer leyes y que los juristas se apresuraron a armar con una justificación técnica adecuada a esta ideología, como es el Positivismo legalista, óptica que resultó muy útil para los beneficiarios del poder.

Los avances mecánicos, matemáticos, científicos o geográficos son usados como coraza para las críticas y usados en beneficio propio, como propaganda del nuevo sistema político legicentrista<sup>391</sup>.

En suma, el ente inconcreto y abstracto de la voluntad popular, por obra del intangible de la razón es el instrumento de la clase dirigente burguesa para asestar el golpe de gracia a la sociedad constituida y crear otra en defensa de sus intereses, con sus instituciones típicas en la cumbre.

---

<sup>390</sup> Alejandro Nieto García, *La nueva organización del desgobierno*, Ariel, Barcelona, 1996, pp. 6, 7, 8, 15 y 16.

<sup>391</sup> Alejandro Nieto, *Crítica de la razón jurídica*, edit. Trotta, 2007, p. 105,

Lo que se mantiene hoy, con la propaganda que como catecismo recitan los escolares e incluso los universitarios, que no se detienen un segundo a pensar el contenido de sus cánticos, por la ceguera que les producen las sonadas victorias de tales ideas y los parabienes que, en nombre de la razón, les han dicho pueden disfrutar para su propio regocijo.

Destaca Paulo Otero que la hipervalorización de la ley formal, fruto de la voluntad popular y del Positivismo legalista de raíz Parlamentaria se convierte en el principio mayoritario liberal de Rousseau y en un segundo momento, como manifestación de la voluntad colectiva de matriz totalitaria, en el Fürher o el Duce.

Para valorar si el autor exagera o no, nada mejor que traer a colación las palabras de Napoleón Bonaparte, que afirmó que la Revolución había concluido, sus principios se habían materializado en su persona, el Gobierno actual es el representante del pueblo soberano y no puede haber oposición al soberano o al propio concepto que tenía de la función que debían desarrollar los Tribunales de Justicia en el control del poder público, que entendía debía ser activo y eficaz en el caso de los monarcas Absolutos pero no en su caso.

Democracia totalitaria la de Rousseau que, realmente, no es democracia por la divinización del principio mayoritario elevado a la categoría de fuente expresa de verdad, que hace sucumbir la propia democracia de mano de la instauración de un totalitarismo democráticamente legitimado, dando lugar a una palabra vacía.

La sociedad política basada en la centralidad de la ley ataca la propia democracia y el totalitarismo surge como fruto maduro de la mano del Estado de Derecho formal, que se convierte en Estado de no Derecho<sup>392</sup>, ya que el principio mayoritario nunca se puede transformar, de simple criterio decisorio en efectivo criterio de verdad y la mayoría, incluso la unanimidad de un Parlamento o la voluntad de la sociedad emitida en un referéndum, no puede determinar, que es legítimo lo ilegítimo ni lo errado un acierto.

---

<sup>392</sup> El Tribunal Constitucional estimó en la STC 182/21 la cuestión de inconstitucionalidad promovida por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los TSJ de Andalucía, Ceuta y Melilla, con sede en Málaga, declarando la inconstitucionalidad y nulidad de los arts. 107.1 segundo párrafo, 107.2 a) y 107.4 del texto refundido de la Ley reguladora de las haciendas locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, en los términos previstos en el fundamento jurídico 6.A diferencia de los casos resueltos por las SSTC 26/2017, 37/2017 y 126/2019, en este caso, el problema que se planteaba no era la adecuación del tributo al principio de capacidad económica como fundamento de la imposición, puesto que el incremento del valor del terreno ha existido sino su adecuación al principio de capacidad económica como medida de la base imponible, y la sentencia comienza por razonar que en este punto ha de apartarse de una doctrina que inició el ATC 71/2008, de 26 de febrero y reafirmar, de acuerdo con la doctrina anterior a ese Auto, que el principio por el que se debe contribuir al sostenimiento de los gastos públicos “de acuerdo” con la capacidad económica opera respecto de todos los impuestos y se lesiona, si quienes tienen una menor capacidad económica soportan una mayor carga tributaria, que los que tienen una capacidad superior. En cuanto al alcance de la declaración de nulidad, después de reiterar la llamada que se viene haciendo al legislador desde la STC 59/2017, para que lleve a cabo las modificaciones o adaptaciones pertinentes en el régimen legal del impuesto para adecuarlo a las exigencias del artículo 31 CE, establece que no pueden considerarse situaciones susceptibles de ser revisadas con fundamento en esta sentencia, aquellas obligaciones tributarias devengadas por este impuesto, que a la fecha de dictarse la misma hayan sido decididas definitivamente mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada o mediante resolución administrativa firme.

Quizás puedan considerarse de este mismo sentido las dos sentencias que declararon los estados de alarma pero con consecuencias muy limitadas (el propio Gobierno las amplió devolviendo incluso las sanciones firmes) o la que se establecieron por razones de seguridad jurídica en la STC 73/2017 de 8 de junio, referente a la amnistía fiscal pero que alumbró una reforma de la LGT, mediante Ley 11/21, que impedía al legislador este tipo de normas.

El principio mayoritario y de este modo la propia democracia tiene límites, so pena de su subversión de la democracia en el más cruel totalitarismo<sup>393</sup>.

Soy más partidario del Erasmismo y sobre todo de la cultura totalmente opuesta a la razón de Estado de Maquiavelo, amoral y racionalista, y en la que el príncipe especula sobre las técnicas políticas que resultan más eficaces para adquirir, conservar y acumular el poder.

El populismo, como expresión de la voluntad popular, redistribuye la menguante riqueza colectiva en forma de supuestos derechos sociales para sobornar al pueblo comprando su obediencia, que se manifiesta en la voluntad popular.

Desgraciadamente, populistas y no populistas prefieren contratar al mayor número de personas incapaces, cerca del escrutinio electoral, que a capaces fijos durante toda la legislatura.

En este sentido, Coke consideraba que el gobierno debe ser de las leyes y no de los hombres y el *nomos basileus* de los griegos constituye la piedra angular de su pensamiento, al entender que la voluntad de los hombres, del rey o del Parlamento no era la que debía ser la medida de todas las cosas sino la ley articulada en la tradición y la razón, y siempre luchó contra la soberanía ordinaria del Derecho frente a la acción política y su pensamiento político se basa en la dualidad institucional de Rey y Parlamento, poliarquía esencial para la prevención del despotismo y garantía de la libertad.

Tanto el rey como el Parlamento descansan en la legalidad del *common law*, tal y como es interpretado por los jueces, que tienen un verdadero poder pero este es nulo e indivisible, ya que carecen de un poder político institucional propio y visible pero que con sus sentencias son los verdaderos custodios del *common law*, sistema de poderes que se asienta en la titularidad de cada uno, como se desarrollará más adelante.

Pero su concepto de Derecho es el que se asienta en la autoridad y la razón, y basándose en Cicerón la considera como la más alta sabiduría, que no se puede alcanzar por separado, el que siguiendo a “Catón el viejo” expuso que esta república no había sido levantada por el talento de un solo hombre sino que el proceso de su constitución duró algunos siglos y varias generaciones pues nunca ha existido una inteligencia tan grande como para que no se le escapara ningún aspecto cualquiera que fuere; ni todas las inteligencias reunidas, formando una sola, serían capaces de organizar un plan de un modo dado, que abarca todos los aspectos sin contar con la experiencia que da el paso del tiempo<sup>394</sup>.

Como se ha dicho en páginas precedentes, razón y tradición se diferencian en que, si bien ambas remiten a la naturaleza entendida en un sentido más originario, la primera lo hace, directamente, sin intermediarios, en tanto que la segunda lo hace por vía filial, a través de una mediación piadosa de los antepasados, y una y otra forma de acceso a la sabiduría posee sus propias ventajas e inconvenientes,

---

<sup>393</sup> Paulo Otero, “Divinização do princípio maioritário e Estado em transição para o totalitarismo”, *Direito e Justiça, verdade, pessoa humana e ordem político-jurídica*, Universidad Católica Portuguesa, Faculdade de Direito, 2008, pp. 84- 86. Karl Marx, el alumno aventajado de Hegel, como se tratará con más detalle, lo expresará con toda claridad en *La ideología alemana*: toda clase que espere implantar su dominación tiene que comenzar conquistando el poder político, para poder presentar, necesariamente, su interés como el interés general. En páginas posteriores de esta obra se señalará que cada nueva clase que pasa a ocupar el puesto de la que dominó antes que ella se ve obligada, para poder sacar adelante los fines que persigue, a presentar su propio interés como el interés común de todos los miembros de la sociedad, es decir, a imprimir a sus ideas la forma de lo general y a presentar estas ideas como las únicas racionales y dotadas de vigencia absoluta

<sup>394</sup> Cicerón, *De República*, II, 12; II,31,37, Cit Elio A. Gallego García, *Autoridad y Razón. Hobbes y la quiebra de la tradición Occidental*, Centro de Estudios Políticos, Madrid, 2016, p. 28.

por lo que lejos de entrar en conflicto, cuando son rectamente entendidas ambas formas de sabiduría están llamadas a constituir una forma mixta digna de reverencia y escucha pero el triunfo correspondió a César y al despotismo y no a la autoridad que cedió ante el poder, por lo que la voluntad del príncipe se convirtió en ley o tuvo fuerza de ley<sup>395</sup>.

Los autores de la Constitución Americana temían al pueblo y pensaban que si se admitía el sufragio universal, una mayoría que se suponía inculta, envidiosa y violenta impondría su voluntad y por ese motivo se comenzó a restringir el derecho al voto. En Estados Unidos, Benjamin Franklin defendió que no era correcto conceder el voto a los que no tuvieran propiedades y en su obra *Defense of the Constitutions of Government of the United States of America* (1787) daba la clave de su preocupación: “ si la mayoría controlara todas las armas del gobierno serían abolidas las deudas en primer lugar, los impuestos recaerían gravosamente sobre los ricos, estando los demás exentos y, al fin, una división igual de todas las cosas sería pedida y votada”. En Francia, máxima defensora del sufragio universal en la Revolución, durante el reinado de Luis Felipe solo votaron doscientas mil personas, de una población de treinta millones<sup>396</sup>.

Como se verá, Suárez da un protagonismo al hombre y al buen gobierno en la teoría de la soberanía. La regla de la mayoría necesariamente pospone a la minoría, que tiene tantos derechos como los demás o ¿se les quieren negar?, necesitando el legicentrismo, la teoría de los derechos innatos como corrector para evitar las peores matanzas y barbaridades de los últimos tiempos.

---

<sup>395</sup> *Digesto*, I, 4, 1. Elio A. Gallego García, *Common Law. El pensamiento político y jurídico de Sir Edward Coke*, ediciones Encuentro, 2011, pp. 41-44, *Autoridad y Razón. Hobbes y la quiebra de la tradición Occidental*, Centro de Estudios Políticos, Madrid, 2016, pp. 26-36.

<sup>396</sup> José Antonio Marina y Javier Rambaud, *Biografía de la Humanidad*, Ariel, 2018, p. 427.

## IV. LA JURISDICCIÓN: LA ACCIÓN Y EL DERECHO SUBJETIVO

Existe una estática procesal o Derecho orgánico procesal, del que se deriva el estatus de los jueces y de sus órganos de gobierno, cuyo contenido, en líneas generales, se encuentra directamente en la Constitución y se desarrolla en la Ley Orgánica del Poder Judicial, y una legitimación dinámica, que se funda en el desarrollo del propio proceso, cuyos principios básicos se encuentran, como derechos fundamentales, en el art. 24 de la Constitución Española de 1978 y su desarrollo en las Leyes procesales.

Difícilmente se puede hablar de *iurisdictio* si la estática o la dinámica jurisdiccional no se atienen a los principios propios a los que deben obedecer, cuales son que quien decidida ha de hacerlo, por un lado, según principios de justicia, con independencia y con los debidos conocimientos y, por otro, que las partes, en igualdad de condiciones, puedan alegar y probar, tanto cuanto tengan por conveniente y sea procedente al objeto del proceso.

Si el legislador otorga discrecionalidad a la Administración a la hora de decidir entre alternativas igualmente justas y las potestades administrativas, en muchas ocasiones, se entienden implícitas sin necesidad de un apoderamiento expreso, en cumplimiento del principio de legalidad y sobre la base del mejor cumplimiento de los fines administrativos que tiene encomendada, la historia acredita, cumplidamente, que ni la ley ni siquiera el Derecho, entendido en sentido plenamente teórico, otorga en todas las ocasiones, la solución que debe otorgar el juez, a ese caso.

Ya lo intentó Justiniano en su *Corpus Iuris civilis*, prohibiendo la ampliación a través del comentario e incluso los Revolucionarios franceses, que aunque extendieron la figura del *referé legislatif*, en un primer momento a todos los jueces y que posteriormente se limitó a los de casación, observaron que la jurisprudencia era un elemento útil en la resolución de las controversias, además de tener que acudir, rápidamente, a los principios generales del derecho para dar una respuesta judicial a todas las controversias.

Puede parecer baladí pero tal vez los conceptos de acción y derecho subjetivo, como en ningún otros conceptos jurídicos, reflejan la evolución de la ciencia jurídica y constituyen elementos esenciales en el desarrollo del Derecho y pueden representar las grandes diferencias existentes entre los Derechos inglés y europeo Continental.

Puede suceder que no vengán a coincidir la *actio* con el derecho subjetivo ante situaciones que simplemente se califiquen dignas de protección, lo cual es más evidente porque esta idea de *actio* surge en el Derecho romano cuando no se encontraban mínimamente consolidados, si es que llegaron a existir desde un punto de vista sustantivo, los derechos subjetivos.

Pudiera considerarse que tanto el Derecho en Roma, desarrollado por obra del pretor en la *datio o denegatio actionis* como en los *writs* que otorgaba el *curator* (dependiente del Rey) en Inglaterra constituyen una manifestación del poder público, que de esta manera condicionaba al Derecho, como puede pensarse que acontece con el derecho subjetivo en la Contemporaneidad pero frente a ello debe tenerse presente, que lo que se considera razón jurídica en Roma viene establecida, esencialmente, por

la labor de los jurisconsultos y en el sistema inglés por las sentencias de los jueces, que carecen de ese elemento político, ya que los Tribunales constituyen el derecho de la tierra en esa mentalidad.

Lo relevante, en cualquier caso, no es la *potestas* sino la *auctoritas* de sus razonamientos, que si bien puede ser relevante en el primer momento es exclusiva de su mantenimiento posterior y como fuente del Derecho.

La cuestión será la valoración de este traspaso de la *auctoritas* a la *potestas*, que se inicia en la Edad Media con el rey Absoluto no solo como juez sino como legislador, con la consideración, más tarde, del Derecho/ derecho como voluntad, que parte de la doctrina considera que constituye una cuestión que guarda cierta analogía con el descubrimiento del fuego, en atención a los daños que puede producir.

Se trata de la basculación del Derecho procesal al sustantivo por la vía del derecho subjetivo, que por el sistema de protección pasará al Estado como garante de los derechos y que constituirá no solo un mecanismo de banalización de los derechos humanos y de la función de los juristas sino de la hipervalorización del Derecho y sistema Administrativo, consecuencia de la glorificación del poder público y de su modo de actuación más prototípico, produciéndose una subyugación del Derecho procesal al sustantivo y con ello de la sustancia mítica del método heterocompositivo, desplazándose la *auctoritas* de este sistema de resolución de conflictos por la *potestas* del Estado, revestida de la primera como concepto autorreferencial.

El desplazamiento que se produce del orden procesal al sustantivo, a través del derecho subjetivo que tiene lugar, en un primer momento, en la época de los Glosadores tendrá el desarrollo más importante en el Estado de Derecho alemán, atribuyendo su elemento de protección al Estado, pasando el centro de gravedad de la persona a la colectividad por obra del contrato social y del Derecho Privado al Público, produciéndose la falsa equiparación de Estado y Derecho, de la paz y armonía de la autoridad que se desprende de la resolución heterocompositiva de las controversias, al orden y seguridad que establece el orden del poder político público, con la carga de profundidad de la velada violencia que suponen las consecuencias del incumplimiento de las leyes y la legislación motorizada.

## 1. DE LOS ORÍGENES ARBITRALES DE LA JURISDICCIÓN EJERCIDA POR EL PODER PÚBLICO A LA ACCIÓN Y SUSTANTIVIDAD INTRÍNSECA DEL DERECHO SUBJETIVO

El término latino *arbiter* proviene del fenicio *rbn*<sup>397</sup>, que en un primer momento realizaba funciones de mediación<sup>398</sup>, apareciendo tanto en la *Iliada* como en la *Odisea* como fórmula

---

<sup>397</sup> El término latino *arbiter*, de donde procede árbitro y arbitraje, derivaría de la lengua fenicia y haría referencia a garantía, conforme la raíz de origen fenicio *rbn*, a través de la cual se habría introducido, por el cauce de las relaciones comerciales, en la lengua latina.

<sup>398</sup> En una primera etapa, y conforme a la opinión de los estudiosos de esta cuestión, con los términos de árbitro o *arbitrium* se haría referencia a la mediación de un tercero en un conflicto entre personas enfrentadas. Se trataría de impedir el uso de la fuerza entre personas con intereses contrapuestos o divergentes, mediante la intermediación de una tercera persona. El árbitro sería pues, en esta etapa primitiva, un mediador, es decir, un testigo y un conciliador de las controversias con ánimo de evitar el uso de la violencia entre las partes, tanto en el ámbito privado como en el público, en el caso de que en

extrajudicial de resolución de conflictos civiles<sup>399</sup>.

Alrededor del año 850 a. de C. ya existía en Grecia una justicia formada por jueces profesionales, que actuaban de forma regular en días y horas preestablecidos, considerándose que con anterioridad a Solón, la justicia ya se impartía por los griegos como una manifestación de soberanía.

En la Roma primitiva del s. VII a. de C, en el ámbito del comercio y del mercado interno se utiliza el arbitraje privado.

La proximidad entre el juez y el árbitro, en los primeros siglos, se manifiesta en la utilización conjunta de ambos términos en la fórmula de la *legis actio per iudicis arbitraje postulationem*, prevista en el texto legal de las XII Tablas del s. V a. de C.

El árbitro, en un primer momento, simplemente aplicaba la equidad en la solución de las controversias (*bonus vir*).

Posteriormente, merced a la intervención del poder público en la administración de justicia, la primera parte del proceso (*in iure*) se desarrolló ante un magistrado o autoridad pública (*legis actio*), vigente desde las XII Tablas al s. II a. C. que se localizaba en un estrado localizado en el foro y que autorizaba o no el inicio del proceso mediante un *dare o denegare actionem*. A continuación le seguía otra denominada *apud iudicem*, por desarrollarse ante uno o varios jueces privados elegidos por las partes.

Esta bipartición del proceso implica, en definitiva, una intervención del poder público a través del magistrado que lo representaba, seguida de otra fase en la que intervenían las partes privadas, quizás vestigio del originario arbitraje, en que la cuestión era resuelta por uno o varios magistrados nombrados por las partes, como vestigio del antiguo arbitraje y terminó con el denominado proceso *extra ordinem*, en que todo el pleito, desde el inicio del procedimiento hasta la promulgación de la sentencia, corría a cargo de un funcionario del Estado, juez profesional, y experto en Derecho, lo que supuso la desaparición de la bipartición del proceso ante un magistrado-autoridad pública y un juez, ciudadano privado elegido por las partes.

En el proceso formulario, *per formulam*, también se producía una bipartición del proceso, si bien

---

tal momento histórico existiese esta forma de organización. La acción mediadora habría constituido el germen de la función arbitral. Originariamente, el árbitro no habría tenido el mandato explícito de resolver una controversia de Derecho mediante el pronunciamiento de una resolución sino que su función consistía en conciliar a los litigantes.

La vertiente conciliadora o mediadora del arbitraje se habría mantenido, más tarde, en el marco del arbitraje y en países de tradición cultural diferente a la europea, cuando ya se conocía y practicaba el arbitraje privado de naturaleza juzgadora o compromisaria, es decir, en el arbitraje dirigido a resolver controversias mediante sentencia, a semejanza de la actuación de los jueces en el procedimiento ordinario de Derecho interno de Grecia y Roma.

Los orígenes del arbitraje público obligatorio, que se configura como un arbitraje legal previsto para determinados supuestos, frente al arbitraje voluntario, caracteriza particularmente el sistema jurisdiccional Ático, a partir del siglo VI a. de C.

<sup>399</sup> El arbitraje tuvo una notable difusión en el Mundo Antiguo, en especial, en el marco territorial griego y romano, en el que se acude al arbitraje desde los primeros tiempos de los que tenemos noticia, tanto en el seno del comercio internacional e interno, de modo informal, en una primera etapa, para incardinarse con posterioridad, en el ámbito de sus específicos ordenamientos jurídicos. El arbitraje, conforme a las referencias contenidas en textos jurídicos y literarios, cumplió una importante función en los primeros siglos de Roma, como debió suceder en otras comunidades políticas, no solo como complemento o alternativa a la jurisdicción sino como fórmula de resolución de controversias, más allá de la autodefensa o autoayuda, por parte de un tercero imparcial, elegido de común acuerdo por las partes interesadas.

la fase *in iure* tanto los *cives* como los *peregrini* presentaban ante el magistrado una fórmula que reproducía por escrito el acuerdo contractual entre las partes, que aprobado por el magistrado suponía la finalización de la fase *in iure* y comenzaba la denominada *litis contestatio* o *apud iudicem*.

Paulatinamente, la palabra *arbiter* cambiaría su significado primitivo de testigo, observador, conciliador y amigable componedor, por el del que actúa libremente y decide mediante una resolución según su propio convencimiento y autoridad, conforme a la previsión legal y con el progresivo respaldo de la autoridad pública<sup>400</sup>.

El arbitraje del *bonus vir*, en la que el árbitro se limitaría a aplicar criterios de equidad en la clarificación, precisión o determinación de cuestiones o relaciones existentes entre las partes podría constituir una fase intermedia en el desarrollo evolutivo del árbitro al juez, al asumir el poder público el monopolio de la jurisdicción, el denominado *ordo iudiciorum privatorum*, cuya denominación deriva del hecho de que la sentencia con la que normalmente concluía el proceso era dictada por uno o varios ciudadanos ajenos al poder del Estado, elegidos por las partes o sorteados de entre una lista de *cives* para que actuaran como juez unipersonal o colegiado.

El arbitraje, que como se ha señalado sirvió para la asunción de la jurisdicción por el poder público, siguió existiendo tanto a nivel privado como internacional y habría tenido, en la práctica, en la mayoría de los casos, una mayor eficacia disuasoria, basada en la *fides*, como la lealtad a la palabra dada, que en las disposiciones legales previstas para los supuestos de falta de cumplimiento de la sentencia dictada en un arbitraje privado compromisario. *Bona fidei* que se expandirá en el *ius gentium*, inspirará al *ius civile*, y llegará a nuestros días como buena fe, principio informador de nuestro ordenamiento jurídico<sup>401</sup>.

Considerado el *ius civile* como el Derecho propio de la *civitas* romana, las relaciones con otras comunidades, en origen latinas y con posterioridad itálicas y mediterráneas, hace necesario, bien el reconocimiento de los negocios realizados entre romanos y miembros de estas comunidades, a través de la vía de la concesión del *ius commercii* o bien la formalización de tratados internacionales con los que se reconocía, expresamente, la validez de las relaciones comerciales de los ciudadanos con los pueblos firmantes. Según la tesis tradicional, el comercio internacional determinó la aparición del *ius gentium* y dio lugar al desarrollo de la *iurisdictio* del pretor peregrino<sup>402</sup>.

## - LA ACCIÓN Y LA SUSTANTIVIDAD INTRÍNSECA DEL DERECHO SUBJETIVO.

La existencia del derecho subjetivo en Roma es una cuestión muy controvertida<sup>403</sup>.

Ulpiano, como consta en el *Digesto* 1.1 10, señala que :

---

<sup>400</sup> Es decir, del árbitro, mediador, conciliador o componedor se habría pasado al árbitro juzgador o compromisario.

<sup>401</sup> En la práctica jurídica Medieval, de clara influencia romanística, a partir del S. XIII, es frecuente la fórmula de árbitros.

<sup>402</sup> La evolución del arbitraje y su inserción en la jurisdicción la he tomado de Antonio Fernández de Buján, *La Deuda Histórica del Arbitraje Moderno*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2014, pp. 19 y sgts. y *Derecho Público Romano*, edit. Aranzadi, 2017, pp. 397 y sgts.

<sup>403</sup> José Justo Megías, El derecho subjetivo en el Derecho romano ( un estado de la cuestión), *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos, Sección Derecho Romano*, XXV, (Valparaíso, Chile), 2003, pp. 35-54.

*“Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi”*. Esta expresión junto a otras muchas como *“ius altius tollendi, ius tigni immittendi, ius utendi fruendi, ius testandi, ius ad crescendi, ius adipiscendae civitatis Romanae, ius tutoris optandi”*, etc... Constituyen el origen de la discusión sobre la existencia o no del derecho subjetivo entre los romanos, y Celso (hijo) (57-130), que definía el Derecho en su sentido objetivo como *“ars boni et aequi”* (el Derecho es el arte de lo bueno y de lo equitativo) señaló que *“nihil aliud est actio quam ius quod sibi debeat iudicio persequendi”* (*Digesto*, XLIV, 7, 51), que podría también determinar la base de la fórmula romana en la que se envolvía la acción en el Derecho.

En cualquier caso, aunque tales manifestaciones pudiesen fundar, con cierta solvencia, la existencia de un derecho subjetivo sustancial por referencia a la acción, desde luego que, desde mi punto de vista, de ninguna de las maneras se considera previo al Derecho objetivo, que es una aportación de la Modernidad.

El Derecho constituye un fenómeno de naturaleza netamente objetiva por su carácter colectivo y es el orden procesal (que es el que sirvió originariamente para fundar la tesis del derecho subjetivo) el que sirve para desvirtuar la tesis del derecho subjetivo, que por otra parte presenta grandes inconvenientes sociales y prácticos, como se tendrá ocasión de acreditar.

El concepto de posición justa (Santo Tomás) es más real que el concepto de derecho subjetivo y como es más real, expresa más adecuadamente el bien común, ya que el concepto de derecho subjetivo puede considerarse que se olvida de las obligaciones genéricas de la sociedad y se configura de una manera demasiado unilateral, constituyendo la causa por la que el mayor activista, teórico y práctico, de los derechos humanos, como lo fue Gandhi, repudiase las declaraciones de los mismos, como más adelante se expondrá.

En el Derecho romano se reconocían acciones sobre las personas y sobre las cosas pero la expresión *“ius in rem”* aparece usada por primera vez en el *Brachilogus iuris civilis* o *Corpus Legum*, de fines del S. XI ó comienzos del XII.

Su autor, al hablar de las acciones, busca *“ex qua causa nascitur actio”*, y piensa que la *“actio in rem”* nace de un *“ius in rem”*.

Los Glosadores, durante la época Medieval citada, dijeron que la acción tiene como causa un derecho y la establecieron paralela a la distinción entre *“actio in rem”* y *“actio in personam”*, la oposición entre el *“ius in rem”* y la *“obligatio”*.

Así llegó la distinción a los jurisconsultos modernos, que opusieron el derecho real al derecho personal o de crédito, como base de dos grandes sectores del Derecho civil patrimonial: el Derecho de cosas y el Derecho de obligaciones, considerándose el primero como el regulador de la estática patrimonial, que constituye el presupuesto de la dinámica del tráfico económico, objeto del Derecho de obligaciones.

La causa por la que se otorga la protección a través de la acción, en la fase *in iure*, pudiera constituir la base de la idea de que en el proceso se defendía un derecho subjetivo.

La acción consideraban que no era otra cosa que el mismo derecho en movimiento, pero cada vez, con mayor insistencia, se iba dando una importancia autónoma al interés ligado a la tutela o defensa del derecho, de modo que el solo hecho de distinguir, funcionalmente, los dos momentos y sobre todo la normalidad del primero en que se ejercitaba el derecho sin oposición respecto de la excepcionalidad

del segundo en que aparecía una obstaculización en que se recurría a su defensa, constituía un reconocimiento implícito de la autonomía conceptual de la tutela judicial frente al interés legítimo.

Pero es precisamente, en mi opinión, en el ámbito de las *actio in personam* cuando la posición y concepto de derecho subjetivo se acredita que no es correcta y sí lo son las situaciones jurídicas por su carácter más realista, ya que el origen de los conceptos puede servir para descubrir la realidad, que es la metodología que precisamente utilizan los valedores del concepto de derecho subjetivo.

En el primitivo Derecho romano, la obligación representaba una facultad sobre la persona misma del deudor pero a partir de la *Lex poetelia* se produjo un desplazamiento del poder del acreedor hacia el patrimonio del deudor, pasando este a responder del cumplimiento de la obligación con sus bienes y no con su persona, carácter que tipifica también la obligación moderna<sup>404</sup>.

Este desplazamiento nos conduce a la distinción entre débito y responsabilidad, que primitivamente actuaron con independencia y aunque, como se ha visto, el proceso había surgido en un ámbito esencialmente privado, con el tiempo, especialmente con la asunción por parte del poder público del monopolio de la jurisdicción, fue perteneciendo al Derecho Público.

Una opinión muy generalizada enlaza las obligaciones con las costumbres primitivas respecto de los delitos. Del delito nacía primitivamente la “*vindicta*” y la obligación surgió, posteriormente, del acuerdo por el cual se evitaba la venganza privada mediante el pago de una compensación.

El débito de esta se aseguraría guardando como rehén al propio ofensor o a otra persona y tal estado de sujeción (*ob ligatio*) se utilizaría también, después, en relación con débitos de origen no delictual<sup>405</sup>.

Por ello se puede considerar que, primitivamente, actuaron con independencia, débito y responsabilidad: de un lado, el débito (*debitum*) o deber de cumplir la prestación; y de otro, la responsabilidad (*obligatio*) o sanción-jurídica, que al deudor se le impone, si no cumple el débito pero más que elementos independientes son dos aspectos del mismo fenómeno jurídico: la obligación.

Débito y responsabilidad, a pesar de considerarse con un carácter bilateral no lo son, y no tanto porque el deber jurídico constituya una manifestación inmediata de la eficacia de las normas jurídicas, que va más allá de ese carácter bilateral entre las partes sino por cuanto que ese deber de responsabilidad, no solo es que pueda trascender sino que el incumplimiento de tales obligaciones afectan a la sociedad, a pesar de su aparente bilateralidad, como puede verse en la economía moderna a través de las crisis periódicas económicas que padecemos.

Considera Guzmán Brito que en todos los tiempos se ha reconocido al ser humano la noción de facultad o poder, siendo lo trascendente, no la existencia de tales sino la utilización de la palabra derecho para identificarlas, considerando que no existió ni en el Derecho romano ni en el Justiniano en que, constantemente, aparecen las palabras *ius* y *iure* pero no se identifican con *potestas* o *facultas*, entendiendo este autor como muy posible, que Paulo hubiese registrado este concepto haber

---

<sup>404</sup> Ya que el Derecho romano, exagerando el punto de vista subjetivo, vio en la obligación, un vínculo entre un determinado acreedor y un determinado deudor; de ahí, que no admitiera ninguna representación para contraer obligaciones, ninguna estipulación en favor de tercero, ni ningún cambio de acreedor o de deudor, a no ser con disolución del vínculo primitivo (novación).

<sup>405</sup> José Castán Tobeñas, *Derecho civil español común y foral*. T. II *Derecho de cosas*. V. I, *Derechos Reales en general*. *El dominio*. *La posesión*, duodécima edición, Reus, Madrid, 1982, pp. 27-53.

existido<sup>406</sup>

De manera dogmática se distinguió, mucho más tarde, entre el derecho subjetivo y la tutela de tal derecho, de manera que la acción estaba conectada a un momento específicamente individualizado como la facultad que forma parte del propio derecho subjetivo.

El Tomismo defendía que la ley natural era el fundamento último de la justicia humana y como la racionalidad dependía de la ley natural, el derecho-facultad era una simple propiedad.

Los Franciscanos, que no valoraban la racionalidad humana como una forma de comprensión de la naturaleza, adujeron que la justicia no se encontraba en la naturaleza sino que emanaba directamente de Dios, ya que la acción de Dios otorgaba una justicia que era anterior a toda ley natural, de manera que todos los entes creados por Dios tendrían una facultades prejurídicas pero no ilícitas, eliminando de esta manera al Derecho natural porque consideran que la razón era insuficiente para conocer y la *prima iustitia* era Dios, que es lo único de que tenemos certeza y que nada tiene que ver ni con la razón ni con la naturaleza.

Aunque los Tomistas consideran que el Derecho es objetivo, real y aprehensible, los Franciscanos contemplaban la propiedad, por la cuestión de la pobreza, desde el punto de vista de la posesión, diferente de la propiedad: como el anverso subjetivo y objetivo de una misma moneda y por esta circunstancia, al contemplar la propiedad, en su aspecto de posesión, como un tema subjetivo, a los Franciscanos se les puede considerar precursores de la Reforma

Entre la obra Francisco de Vitoria, Molina, Suárez y Hugo Grocio no existe gran diferencia, ya que la *qualitas* en Grocio tenía el mismo valor que la *facultas* en Suárez, considerándose que el nacimiento de la subjetividad moderna se puede rastrear en el Franciscanismo radical de Ockham, pudiendo considerarse que fue tomada, más tarde, por los pensadores de la Segunda Escolástica o Escolástica española, que llevaron a cabo una síntesis entre el Iusnaturalismo Tomista de carácter objetivo y el subjetivo premoderno, de manera que la subjetividad y el derecho subjetivo pudieron tener su encuentro con los Escolásticos españoles, que, según se expone por parte de ciertas corrientes doctrinales en el campo de la filosofía del Derecho, fueron quienes acomodaron la subjetividad al *ius*, lo que realmente constituiría una infidelidad en la obra de Santo Tomás.

La síntesis entre el Iusnaturalismo Tomista de carácter objetivo y el Franciscanismo subjetivo y Moderno puede pensarse que se produce por la infidelidad o el error en el manejo de los conceptos por parte de Francisco de Vitoria, al atribuir una división tripartita al concepto de *ius*, más allá de lo justo o la ciencia jurídica, considerándolo también como ley, ya que las dos primeras son de origen Tomista mientras que la tercera tiene un carácter ambiguo.

Debe tenerse en cuenta que Vitoria, cuando pensaba en la ley, lo hacía de acuerdo con Santo Tomás, es decir, vestida de racionalidad y objetividad pero puede mantenerse que Vitoria hizo casar el dominio con la acción subjetiva divina o voluntad de Dios, lo que se desarrolla por Molina y Suárez a través de los conceptos de *ius ad rem* y *ius in re*, que secularizó Grocio y pasará a Descartes<sup>407</sup>.

---

<sup>406</sup> Alejandro Guzmán Brito, "Historia de la denominación del derecho-facultad como "subjetivo", *Revista de estudios histórico-jurídicos*, 25, 2003, p. 408.

<sup>407</sup> Rafael Ramis Barceló, "Consideraciones sobre el derecho-facultad y el nacimiento de la subjetividad jurídica en la Modernidad", *e-Legal History Review*, 9, 2010. Son diversos los autores que atribuyen un protagonismo importante a la Esco-

## 2. EL DERECHO SUBJETIVO DE LA MODERNIDAD CONSTITUYE UNA INCRUSTACIÓN EXTRAÑA A LA TRADICIÓN EN QUE SE PRETENDE FUNDAR Y ENCIERRA UNA CONTRADICCIÓN INTERNA AL CONSIDERARSE, DE UN LADO, CONSECUENCIA DEL DERECHO OBJETIVO Y DE OTRA SU CAUSA

El concepto de derecho subjetivo no es necesario ni para el desarrollo social ni de la ciencia del Derecho y siendo producto de determinada concepción jurídica y religiosa constituye una remora esencial, como se desarrollará.

La cuestión del concepto de derecho subjetivo es el modo de pensar propio del sistema cultural de Occidente que, como se ha dicho, no existía propiamente en el Derecho romano clásico, que puso el acento tónico, en caso de violación del orden jurídico, en la acción judicial dirigida a la reparación del daño, aspecto que quedó autonomizado por Windscheid y definido en el C. Civil alemán, como el derecho a exigir de otra persona una acción u omisión, ligándose en los sistemas europeos, la conexión entre la acción y el derecho subjetivo, que se considera que contiene un *prius*, a diferencia del inglés, en donde la determinación del descubrimiento del Derecho aplicable al caso continúa centrándose en los medios procesales aptos para la restauración del orden jurídico perturbado (*remedies*) y no en la base de la existencia de derechos subjetivos susceptibles de ser ejercitados en juicio.

Por ello puede distinguirse entre el Derecho inglés basado en acciones mientras que el Continental se encuentra basado en derechos subjetivos.

El precursor de esta categoría jurídica fue el teólogo y filósofo Ockam, que se revalorizó con el Humanismo Renacentista a través del Derecho natural y la tesis de la existencia de los derechos humanos, que dio lugar a la Declaración de Derechos Humanos de 1789, idea que penetró en los derechos Continentales pero no en los sistemas jurídicos de base consuetudinaria o en el Derecho inglés, que reconoce la existencia de tales derechos humanos, si bien puntualiza, como ya declaró Dicey, que poco se adelanta con una declaración expresa y formal de tales derechos en un texto escrito,

---

lástica española y que entienden que el concepto de derecho subjetivo tiene su origen en la Edad Media tardía, y su transmisión desde la Escolástica a Grocio y Descartes. Sobre el particular, Elio A. Gallego considera que no se debe pasar por alto, que el jesuita granadino Francisco Suárez representa la ruptura y el fondo de inflexión de nuestros teólogos, al aceptar la teoría subjetiva del derecho elaborada por el Nominalismo y que ha servido, quizás con un ánimo desvirtuado, a las Iglesias Reformadas (*sola fides*) y a través de su evolución por el subjetivismo, que ensalza a los particulares y a la persona individualmente considerada y aislada, de la mano del contrato social social al Iusnaturalismo racionalista y de su mano al Positivismo jurídico. No parece que Suárez, que tomó el concepto de Driedo, fuese consciente de que de esta forma venía a renunciar a la tradición jurídica de Santo Tomás, que con claridad sigue Domingo de Soto combatiendo al Nominalismo. Elio A. Gallego, *Tradición jurídica y derecho subjetivo*, Dykinson, 2005, p. 118. En este sentido puede considerárseles rehenes de los Luteranos a los que tenían que contradecir. En opinión de Pedro Fernández Sánchez, el doctor de la Universidad de Évora y profesor de la de Coimbra, Francisco Suárez, circunscribe la actividad jurisdiccional a la tarea de interpretación y aplicación de la ley, considerando que el juez no puede mandar más que la ley porque juzga de conformidad con ella, en un acto por el que el superior obliga al inferior a hacer esto o aquello pero no se debe olvidar que lo hace partiendo de un acto de voluntad justa, lo cual no impide que pueda considerársele, de alguna manera, origen del moderno desenvolvimiento legislativo. Cit. Pedro Fernández Sánchez, *Lei e Sentença. Separação dos poderes Legislativo e Judicial na Constituição Portuguesa*, V. I, AAFDL, 2018, pp. 92-94.

ya que lo importante es asegurar su aplicación efectiva<sup>408</sup>.

El concepto de derecho subjetivo, que no existía en Roma y tampoco en el Derecho inglés hasta muy adentrado el S. XX y no de la forma que se mantiene en el Derecho Continental<sup>409</sup>, ambos paradigmas de justicia y respeto de los derechos humanos, constituye una realidad poliédrica basada en un equilibrio objetivo entre los conceptos de interés, poder y protección, cuyo acercamiento a uno u otro e incluso su propio tratamiento, como se verá innecesario, nos permite calibrar el termómetro de las ideas<sup>410</sup>.

El cristianismo, especialmente por obra de Ockam, comienza a acercarlo al sujeto y lo circunscribe en el hombre concreto y particular, que la Escolástica española sitúa dentro de la sociedad, ya que la sociedad se encuentra al servicio de la persona, teniendo ambas, como punto de referencia, el orden divino de la creación que lo comprende, dirige y condiciona, de ahí que Suárez y Molina puede considerarse que por derecho subjetivo entiendan el derecho que se tiene sobre una cosa, que de alguna manera nos pertenece, inclusive el derecho del trabajador al salario<sup>411</sup>.

La corriente doctrinal, que podríamos denominar Neotomista o Neorrealista considera que el concepto de derecho subjetivo no es inmediatamente perfectible, puesto que tras él se encuentra la mutación que de todas las ideas se produce con la Modernidad, en abierta oposición al Medioevo y que se trasluce también en el mundo del Derecho.

La elaboración doctrinal de lo que hoy conocemos con la denominación de los derechos humanos procede del Iusnaturalismo racionalista, que tiene su cabecera en el Nominalismo y en algunas Iglesias Reformadas, que suponen la postergación de la religión como factor de integración social, destacando que, en la actualidad, nos encontramos ante una crisis de las ideas que alumbraron la Modernidad, ya que según Goethe, todas las épocas retrogradadas y en descomposición son subjetivas mientras que todas las épocas progresivas tienen una tendencia objetiva.

En la tradición jurídica clásica, el Derecho se concebía como lo justo, lo debido en justicia a otro, percibiendo la realidad como un orden objetivo, en relación a un fin que le es propio mientras que en la Moderna concepción del derecho subjetivo, por el contrario, se concibe como lo mío o como un poder exigir a otro, Voluntarista según la propia subjetividad, lo que provoca una sociedad exasperada.

Pudiera pensarse que se ha excedido en el reconocimiento de la genialidad innovadora de Ockam

---

<sup>408</sup> Cit. Dário Moura Vicente, *Direito comparado*, V. I, *Introdução e Parte Geral*, Almedina, 2011, pp. 151-154 y 77.

<sup>409</sup> El Reino Unido forma parte del Convenio Europeo de Derechos Humanos y también formó parte del Tratado de la Unión Europea, Tratados que contienen un catálogo de derechos de esta naturaleza, de ahí que por esta vía penetrase el concepto de derecho subjetivo Continental pero la *Human Rigts* de 1998 no confía a estos Tribunales poder anular las resoluciones que infrinjan lo dispuesto en la Convención sino, simplemente, de realizar declaraciones de incompatibilidad entre determinadas situaciones y las Declaraciones de Derechos. Cit. Dário Moura Vicente, *Direito comparado*, V. I, *Introdução e Parte Geral*, Almedina, 2011, pp. 562-564.

<sup>410</sup> Como se ve no somos partidarios tampoco de las tesis negacionistas que defiende el Positivismo de Comte que considera que en el Estado Positivo, la idea del derecho desaparece irrevocablemente o del nacional- socialismo que se refiere a la noción de situación jurídica del individuo en el Estado. Jorge Agudo González, "Evolución y negación del derecho subjetivo", *Revista Digital de Derecho Administrativo*, nº 5, septiembre, 2011, pp. 25-33. Simplemente consideramos que deben mantenerse, en este punto, las tesis del Derecho romano o anglosajón.

<sup>411</sup> Miguel Ayuso, "La matriz protestante de la política y el Derecho Modernos". *Consecuencias político-jurídicas del protestantismo*, Marcial Pons, 2016, pp. 220-221, especialmente, nota 60.

en este campo, ya que el concepto derecho subjetivo como concepto jurídico no era desconocido en la tradición romana, en cuanto reflejo de un estatus o bajo la forma de prerrogativa del Derecho como norma y de ello se deduce que el reconocimiento del derecho subjetivo no implica una concepción subjetivista del Derecho<sup>412</sup>, lo cual aunque sea cierto no puede negarse que será el asidero que utilizará Lutero para ir fundando su teología con consecuencias jurídicas.

Para Gallego García<sup>413</sup>, que es el autor de esta Escuela Neorrealista al que esencialmente seguimos, la solución a la crisis conceptual debe buscarse en la refundición de las ideas de Santo Tomás con la Biblia.

Para la filosofía Nominalista no existen formas o modelos universales de las cosas ni en ellas ni en la mente de Dios y cuando usamos expresiones como hombres, mesa o caballo no significan nada real sino que son simples palabras (*nomina*), puesto que para el Nominalismo solo existen individualidades creadas por la voluntad de Dios y, por ello, el universo Nominalista está poblado de individuos<sup>414</sup> carentes de un orden propio y meramente dispuesto según la voluntad exterior.

Este Nominalismo supone que las categorías del bien y del mal se corresponden, igualmente, con actos de voluntad extrínsecos a la naturaleza de las cosas, lo que se traslada al método de conocimiento o a la legislación, que es la que define lo justo y lo injusto porque la ley es un mandato consistente en una declaración de voluntad por parte de quien ostenta el poder soberano.

Por ello, como lo justo y lo injusto es una decisión de esa voluntad soberana, la ciencia del Derecho queda transmutada en la ciencia de la legislación y de esta forma desaparecen las dos fuentes de la jurisprudencia clásica: la ley natural y divina, y las *mores* de los antepasados, quedando anuladas en un positivismo inmanente y politizado al quedar al arbitrio de Dios y del soberano y de esta manera cayó la tradición jurídica Occidental en el Positivismo jurídico<sup>415</sup>.

El concepto de derecho subjetivo es una incrustación extraña en la tradición clásica de la idea de Derecho iniciada en Grecia, constituyendo los derechos subjetivos, en gran medida, una serie de construcciones típicas del moderno Nominalismo voluntarista, proclive a confundir los deseos con el pensamiento.

La concepción subjetivista del Derecho constituye la consecuencia del abstracto modo de pensar Racionalista, al dar prioridad a las ideas del sujeto sobre las cosas, lo que a la postre y a consecuencia de estos postulados permite que el Derecho se pueda convertir en un instrumento de la coerción política y social, que termina sustituyendo la realidad social de la que brota el Derecho por la regulación y dirección de las conductas mediante la legislación, al expresar autoritariamente la subjetividad del legislador, según la fórmula para siempre famosa de Hobbes.

---

<sup>412</sup> Antonio Truyol y Serra, *Historia de la filosofía del Derecho y del Estado*, V. I, Alianza, 1987, p. 418.

<sup>413</sup> Elio A. Gallego, *Tradición jurídica y derecho subjetivo*, Dykinson, 2005, pp. 151-154.

<sup>414</sup> La moderna concepción del Derecho, que se basa en el individuo, bien puede obedecer a la concepción Nominalista pero la Modernidad pudiese pensarse que se contradice esta concepción sobre la base de la razón individual, que se entiende generalizada y de esta manera incurra en los universales.

<sup>415</sup> Elio A. Gallego, *Autoridad y Razón: Hobbes y la quiebra de la tradición Occidental*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016, pp. 23-61 y 142-172.

Algo a que ni si quiera la Iglesia Católica, que actúa en nombre de Dios, se había atrevido, como ya se ha visto en atención a su realismo: *auctoritas non veritas facit legem*, y que encuentra su explicación en una cuestión que Ockam no pudo sospechar (no se debe olvidar, tampoco, que Ockam era partidario de la preminencia del Concilio sobre el Papa).

Al excluir, sobre la base del voluntarismo, la razón de la relación del hombre con Dios y aun de este y del universo mismo estaba sentando las bases del agnosticismo que habría de venir en un momento posterior, ya que la fe, ciertamente, no descansa en la razón pero la implica, y si Dios, en su revelación, no apela en absoluto a mi razón, lo es porque él mismo no es razonable, en realidad no me está interpelando, puesto que la razón es la forma de mi propio ser.

En palabras de Fabbro: “Dios, si existe, no importa”, es decir, no tiene nada que ver con el modo en que yo me concibo, vivo y me relaciono con los demás hombres y con las cosas, nada que ver, por ejemplo, con la política o el Derecho.

Como ya se ha destacado y recoge Negro, el punto de inflexión crítica lo constituye que para estos autores, el pensamiento Moderno culmina, de un modo paradójico, en una exaltación del Derecho del Estado sobre los individuos y considera que el derecho subjetivo no es sino un reflejo: en el sujeto de la norma jurídica objetiva, puesto que el derecho subjetivo solamente se puede exigir cuando el Derecho objetivo lo reconoce, esto es, cuando previamente se ha establecido por la norma jurídica positiva y por lo tanto, no hay más Derecho que el del Estado, pues es al Estado al que corresponde el monopolio de la coacción, como característica esencial de los jurídico<sup>416</sup>.

En las raíces ideológicas en que se basa el derecho subjetivo y la teoría de los derechos humanos de la Modernidad considero que aparecen contradicciones insalvables, como lo son los diferentes puntos de partida, de la naturaleza, tan diferente para unos y otros pero mucho más lo es su pretensión, cual es la validez universal, de todo tiempo y lugar de sus postulados cuando, realmente, no son sino el resultado de una época, un ámbito geográfico y una determinada filosofía, la del llamado “Siglo de las Luces” europeo, con la antítesis de considerar un postulado asocial para reconocer unos derechos civiles<sup>417</sup>.

A ello debe añadirse, el error en que se incurre con su metodología, que a la postre determinará sus insalvables contradicciones y la obtención de unos resultados en la antípodas de los deseados, ya que se producen unos resultados que son propiamente contradictorios a lo que se propugna, ya que si el derecho subjetivo se concebía como emanación del objetivo, ahora el derecho subjetivo se configura como previo y base futura del objetivo.

La idea tradicional del Derecho, que pudiéramos denominar Realista porque se basa en la *res* y que postula que la cosa es aprehendida, en su esencia, por nuestro entendimiento y el conocimiento del hombre queda definido por el encuentro que constituye la experiencia y la adecuación entre

---

<sup>416</sup> Damacio Negro en el prólogo de la obra de Elio A. Gallego, *Autoridad y Razón: Hobbes y la quiebra de la tradición Occidental*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.

<sup>417</sup> En el apartado correspondiente a los derechos humanos nos haremos eco de la tesis de María José Farinás Dulce, “Los derechos humanos desde una perspectiva socio-jurídica”, *Derechos y Libertades: Revista de Filosofía y derechos humanos*, V. 3, nº 6, 1998, pp. 355-376, en donde resalta, no solo que tal concepción es fruto de una mentalidad y momento histórico sino el problema que pueden representar en la eliminación de la idiosincrasia y personalidad de los pueblos su generalización mundial.

nuestro entendimiento y la cosa es conocida como la verdad<sup>418</sup> .

Los autores de la Ilustración arrancan, en sus antecedentes remotos, del Nominalismo, con su voluntarismo e ideas del hombre como catalogación, que se desarrolla en Descartes y tiene culminación en Kant, tan diferente de la concreta creación de los entes concretos por obra del Creador, según los Nominalistas.

Es la consecuencia del pienso luego existo, en el concepto de idea captada por intuición, de la que no se puede dudar por ser clara y distinta, deduciéndose de ello las verdades sucesivas, de ahí que sea la razón, la que posee la verdad y certeza de las cosas, y que tiene su complemento en Kant, que establece la imposibilidad de conocer la realidad, tal cual es, de modo que solo cabe considerarla como nosotros la pensamos y es por ello que las cosas no son ya objeto de conocimiento sino las ideas que tenemos sobre ellas, de ahí que se pueda denominar a este pensamiento como idealista.

De ello se deduce que el Derecho, ya no puede ser el hallazgo de lo prudentemente justo como en la jurisprudencia clásica, al resultar ahora algo imposible.

Una de las emanaciones de esta moderna corriente, la elabora Kelsen con su teoría pura del Derecho, que es desvirtuada por dos razones esenciales: por ser la propia de un sistema ideológico muy determinado: el liberal-capitalista y además por cuanto que si los derechos subjetivos incluidos los meramente civiles (a través de la teoría de los derechos humanos) se consideran previos al Derecho objetivo, realmente es ineludible su constatación práctica, que solo reconoce a aquellos a los que el Derecho objetivo cobija bajo su manto a través de la necesaria imperatividad.

Frente a esta tesis puede plantearse una triple objeción: La primera es que se convierte al derecho subjetivo en una mera promesa de futuro hasta que el hombre alcance una plenitud de la felicidad anhelada, relegando al Derecho (que se debe olvidar de la justicia y del bien común) como una emanación más de la política o de la filosofía, es decir, de una naturaleza no propiamente jurídica e incluso ideológica, ya que su configuración es obra de no juristas, es decir, de intelectuales (políticos, filósofos o sociólogos, etc...), que buscan una justificación teórica de un modelo social y político con una carga ideológica Revolucionaria, al constituir su pretensión principal y originaria deslegitimar ciertas formas de gobierno, como sucedió con la Revolución Francesa y sigue ocurriendo hoy.

Todo ello conduce al negacionismo del ideal del hombre Renacentista primero e Ilustrado después: libertad y autonomía individual, resultando una evolución ideológica muy distinta a la deseada por el necesario concurso y complitud que se debe reconocer al Estado, con la consecuencia añadida de la constante insatisfacción de la revolución permanente, y en fin del reconocimiento de la ineficacia del sistema para alcanzar los fines humanos en cada momento.

La segunda podría consistir en que si la antigua razón aristotélica abarcaba una amplia gama de saberes, desde la ética a la lógica y desde la física a la teología es ahora considerada como un conjunto de sombras y especulaciones vacías, sin contenido real alguno y debe ser la nueva razón científica, la que al igual que había removido los fundamentos del mundo físico debe remover los del orden político, jurídico y social.

Se desecha cualquier racionalidad inherente a la historia y a la tradición; y esta forma de observar el mundo se debe trasladar al Derecho y a la jurisprudencia pero Hobbes, que es realmente el que

---

<sup>418</sup> Santo Tomás así la define, como *adecuatio rei et intellectus*.

instaura esta moderna manera de pensar, aunque pasásemos por alto que es protegido por la aristocracia inglesa a la que traiciona con sus postulados, realmente defiende el Absolutismo de Jacobo I, en oposición a Coke, que se encontraba en total oposición a las tesis que defendía Bacon, que como se sabe, también se encontraba al servicio y defendía las tesis de este Rey Absolutista.

Por último debemos señalar, que frente a la recta razón de Coke (el más brillante jurista de aquellos tiempos y aun de los modernos pienso) oponía Hobbes, la barbaridad que hoy se ha convertido en moneda común, cual es que una persona completamente ignorante del Derecho podía batirse en el mismo terreno del jurista y salir victorioso sobre la base de que el concepto de Derecho que se defiende es científico y la gente inteligente puede justificar una cosa y la contraria, según le convenga.

En palabras de Hobbes no es la verdad sino la autoridad la que hace la ley, con la aclaración de que no es la sabiduría sino la autoridad, la que hace la ley, contraponiendo verdad y sabiduría al concepto de autoridad. Si para la jurisprudencia clásica tenía por objeto “aquello que es de cada uno” terminará siendo, merced a un pacto, “dar a cada uno lo suyo”<sup>419</sup>.

No es verdad que yo tenga un derecho subjetivo sobre la base de la protección que me otorga el Derecho objetivo, todo lo contrario: el concepto de Derecho objetivo desaparece y es irreconciliable con la característica personalista del subjetivo por su generalidad y abstracción y, por lo tanto, no puede fundarse uno en el otro.

### **3. LAS CONSECUENCIAS CONCRETAS DE ESTA CONCEPCIÓN DEL DERECHO SUBJETIVO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO : EL ILUMINISMO FRANCÉS Y LA LEGISLACIÓN RACIONALISTA, EL ESTADO DE DERECHO ALEMÁN, EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO Y LA DOCTRINA PATRIA**

Ya se ha visto como la razón sirvió para la actualización de los textos romanos clásicos y justinianeos por los Glosadores y por la Escuela del Comentario, lo que se acentúa en los s. XVI y XVII, cuando se encuentra bien asentada la idea del rey no solo juez sino legislador, pasando de esta manera su *auctoritas* a quien disponía de la *potestas*, lo que acrecienta Lutero, al otorgar el poder religioso al civil que, además, se considera que recibe directamente el encargo de Dios.

Aunque el Derecho romano aparece como la *ratio scripta* del caso, la cuestión que se plantea durante la Edad Media y Moderna será la de la adaptación al nuevo caso, actualización que deberá llevarse a cabo a través de la razón, de manera que el Iusnaturalismo Racionalista y los Códigos no distan esencialmente del originario método jurídico si no es por la determinación de lo jurídico, que pasa del jurista práctico a la voluntad de la Nación, de la razón ilustrada jurídicamente a que se refería Coke a la razón que se dice de conocimiento universal.

La cuestión será la valoración de este traspaso de la *auctoritas* a la *potestas*, que se inicia en la Edad Media con el rey Absoluto, no solo como juez sino como legislador, con la consideración, más tarde, del Derecho/ derecho como voluntad, que parte de la doctrina considera que constituye una cuestión

---

<sup>419</sup> Elio A. Gallego, *Autoridad y Razón: Hobbes y la quiebra de la tradición Occidental*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016, pp. 15-42 y 142-172.

que guardan cierta analogía con el descubrimiento del fuego, en atención a los daños que puede producir, tratándose de un aspecto que se produce por la basculación del Derecho procesal al sustantivo por la vía del derecho subjetivo, que por el sistema de protección pasará al Estado como garante de los derechos y que constituirá no solo un mecanismo de banalización de los derechos humanos y de la función de los juristas sino de la hipervalorización del Derecho y sistema Administrativo, consecuencia de la glorificación del poder público y de su modo de actuación más prototípico, produciéndose una subyugación del Derecho procesal al sustantivo y con ello de la sustancia mítica del método heterocompositivo de resolución de las controversias y desplazándose la *auctoritas* por la potestas del Estado, revestida de la primera como concepto autorreferencial.

## - EL ILUMINISMO FRANCÉS Y LA LEGISLACIÓN RACIONALISTA

Como se verá al estudiar con más detalle el Iluminismo francés, la Escuela de Derecho natural racionalista sobre la base de los Iusnaturalistas e Idealistas de los s. XVII, XVIII y XIX, que resaltan la voluntad ( sin duda por influjo del Luteranismo y Calvinismo) como base del ordenamiento jurídico y que exaltaron los derechos naturales del hombre, que ya estableció la Escolástica, consideran que la razón humana debe ser colocada en el centro del sistema jurídico, produciéndose una cierta paradoja, ya que de un lado desconfían del Estado pero de otro, le exigen que sea el baluarte y guardián del respeto de los derechos fundamentales.

Además esta Escuela llega a la conclusión de que el derecho subjetivo existe cuando el individuo logra su consagración política, considerando el Iusnaturalismo racionalista que el derecho subjetivo es un derecho natural, que encuentra protección en la creación de la norma positiva establecida por el Estado, de manera que el eje esencial establecido por el cristianismo en la persona pasa, por obra de este Iusnaturalismo que, además, pone el acento en los derechos innatos del hombre, a su protección, lo que conducirá a la concepción del derecho subjetivo como noción política asentada en el contrato social.

Este viraje producirá, por pura lógica y como se acreditará numéricamente, el efecto de la proliferación legislativa en atención a la fuente de nacimiento de los derechos.

Sin duda, toda esta teoría Voluntarista tiene su base en Lutero y en el principio de primacía del Estado y su organización política frente a la religión a que conduce su concepto de pueblo, siendo una de sus primeras manifestaciones el principio *cuius regio eius religio*, con degradación de la religión a una manifestación privada regulada por el poder político, lo que, sin lugar a dudas, determina que el concepto de derecho subjetivo bascule de nuevo, desplazando la primacía sobre el Derecho objetivo, que hasta ahora había desempeñado este.

El Derecho romano no concibió derechos sustanciales, solo acciones, y los supuestos derechos o facultades no eran sino las consecuencias de la acción, puesto que lo fundamental y único existente era la acción frente al incumplimiento, de manera que la acción constituía la afirmación de potencia total y absoluta del Derecho (objetivo).

La concepción tradicional consideraba que la norma jurídico-pública no era fuente de derechos subjetivos o de relaciones jurídicas sino que, únicamente, desde la perspectiva del principio de legalidad se consideraba un límite externo a las intervenciones autoritarias de la burocracia pública

en la sociedad civil, entendiéndose que el Derecho Público contendría normas de organización y reguladoras de la acción administrativa ajenas a la existencia de relaciones jurídicas entre los ciudadanos y el Estado pero no debe olvidarse que lo organizativo forma parte del Derecho Público pero a su vez tiene, de forma indirecta, relevancia en las relaciones jurídicas entre el Estado y los ciudadanos, y que el Estado, en este tipo de sociedad Continental, tutela esas relaciones de los ciudadanos entre sí.

## - EL ESTADO DE DERECHO ALEMÁN

El subjetivismo propio del individuo, que el Estado debe garantizar a través de los derechos fundamentales, va a desembocar en la propia concepción de los derechos subjetivos ( como ya hemos señalado con influencia directa previa del Luteranismo y del Iusnaturalismo racionalista), que alcanzará toda su expresión en el Estado de Derecho alemán, en donde por la influencia de Bachof y Gerber se considera a los derechos subjetivos como simples reflejos del Derecho objetivo del Estado y existentes en cuanto existe el Estado y su soberanía.

Tesis que defenderán Laband y Otto Mayer, entre otros, derivándose esa protección, bien a la voluntad, como hacen Savigny (fundándose en Kant y Hegel) o Windscheid y frente a la crítica de que entonces los niños y los dementes carecerían de derechos, en el interés de Ihering, que habrá de ceder ante la objeción del ejemplo del Derecho Aduanero que protege a determinada industria, lo que no constituye ningún derecho subjetivo de esta y obliga a virar hacia tesis eclécticas<sup>420</sup>.

Estas tesis sustancialistas determinan la existencia de la teoría alemana del negocio jurídico y que existe en todos los países que siguen su modelo de Derecho frente a su inexistencia propia en el Derecho Anglosajón<sup>421</sup>.

Jellinek introdujo en el campo jurídico público, la noción de derecho subjetivo como obligada consecuencia de que las relaciones entre el Estado y sus súbditos se consideran relaciones jurídicas, lo que constituirá la base fundamental del Derecho Público moderno, en la medida en que todo Derecho es una relación o conjunto de relaciones entre sujetos de Derecho.

---

<sup>420</sup> Se considere el derecho subjetivo basado en la voluntad propia y de la colectividad (Savigny), en los intereses protegidos (Ihering), la emanación de una norma jurídica (Thon), de forma ecléctica como Windscheid, como el derecho a un determinado comportamiento ajeno sobre la base de una norma previa, una simple emanación personal del Derecho objetivo (Kelsen) o de una naturaleza independiente y autónoma como derecho personal fundamental, debe reconocerse la influencia desde el punto de vista filosófico del nominalismo de Ockam, que a través de la *potestas vindicandi et defendendi in humano iudicio* incide en el elemento personal y subjetivo, propio y esencial del concepto. Cit. Dário Moura Vicente, *Direito comparado*, V. I, *Introdução e Parte Geral*, Almedina, 2011, pp. 120-123 y 151-154.

<sup>421</sup> Dário Moura Vicente destaca, en este sentido, la dificultad que supuso para el Reino Unido la aplicación de la Directiva 86/653/CEE sobre coordinación del Derecho de los Estados miembros sobre los agentes comerciales o la 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas de los contratos celebrados con los consumidores, ya que, por ejemplo, la buena fe o el deber de negociar de buena fe no es un concepto propio del Derecho Anglosajón y por ello en 1992, la Cámara de los Lores señaló que las partes no se encuentran vinculadas por los preliminares de los contratos y la teoría de los derechos subjetivos fue recusada hasta el s. XX. Dário Moura Vicente, *Direito comparado*, V. I, *Introdução e Parte Geral*, Almedina, 2011, pp. 562-564. Esta cuestión se desarrollará más adelante con detalle sobre la base de lo que expone Brian M. Mccall, “El nuevo pacto protestante: la influencia de la teología protestante en el derecho de bienes y contratos”, *Consecuencias jurídico-políticas del protestantismo. A los 500 años de la muerte de Lutero*, Marcial Pons, pp. 199-201.

La eficacia de los derechos públicos subjetivos se encontró, según su tesis, que también admitía Santi Romano, ligada al Estado de Derecho, en la medida que el contenido material de esta concepción del Estado se encuentra en la consideración del valor político de los súbditos como portadores de derechos, cuya pervivencia exige una organización de Estado que los proteja.

Todo ello determina que el centro de gravedad pase del individuo en el cristianismo, al ordenamiento jurídico en el Iusnaturalismo racionalista y posteriormente, en el mundo de la evolución de las ideas, al Estado, ya que al ser el derecho subjetivo un poder jurídico, los pleitos entre voluntaristas y seguidores de la teoría del interés desaparecen pues no se precisaría de la existencia de voluntad ni de un interés propio para poder hablar de la existencia de un derecho subjetivo sino que lo relevante será el medio de protección y la seguridad jurídica del disfrute.

Se considera, incluso, que lo relevante no es lo que la norma jurídica concede al protegido sino el actor determinante: el Estado.

De esta forma rota el centro de gravedad de nuevo desde el ordenamiento jurídico hasta el Estado, que es el que garantiza y produce la reacción frente al desconocimiento y merced al cual, la protección se transforma en el elemento esencial y aun definidor del derecho subjetivo, lo que podría constituir la fuente de los modernos programas políticos de creación artificial de derechos por el poder público en sí y con sustancia propia.

Vasco Pereira explica pormenorizadamente esta evolución que, resumidamente, se puede considerar que pasa por tres hitos esenciales: Bütler teoriza sobre las condiciones de existencia del derecho público subjetivo, sobre la base de la intención legislativa que determina una norma jurídica, que ofrece protección a los intereses individuales legalmente protegidos para los que se ofrece tutela judicial; Bachof, sobre la base la existencia del Estado Social de Derecho lleva a cabo una reformulación de los derechos públicos subjetivos, en que se destaca el deber de protección que la entidad pública otorga a determinados intereses públicos o privados en favor de una persona, con una interpretación extensiva a favor del derecho subjetivo, ya que de acuerdo con el orden Constitucional todas las vinculaciones resultantes de las normas confieren situaciones de ventaja objetiva, que se transforma en derechos públicos subjetivos; y por último Bauer, destaca que los derechos fundamentales son utilizados como criterios de interpretación e integración de las normas jurídicas ordinarias y determinan los intereses dignos de protección como derechos subjetivos de los particulares ante la Administración, por lo que, como se ve, se otorga una importancia preponderante a la norma de protección, tesis que se sigue en la actualidad por la mayoría de la doctrina, Bachof, Erichen, Tschira, Krebs, Schmidt-Assmann o Wahl<sup>422</sup>.

Esta función de adalid atribuida al Estado en la Modernidad producirá varios efectos, además del propio creado por el Iusnaturalismo racionalista: el primero, la intervención en todos los ámbitos, a través del instrumento más directo que posee el Estado y de su ente más implicado, el Ejecutivo, a través de los reglamentos, que no solo van a regular las relaciones entre los entes públicos administrativos entre sí y con los ciudadanos sino de los ciudadanos entre sí, en atención a la alta legitimación concedida que, conceptualmente, se desliza hacia la consideración de lo público.

---

<sup>422</sup> Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva, *Em busca do acto administrativo perdido*, Almedina, 1995, pp. 212-297 y *A cultura a que tenho direito. Direitos fundamentais e cultura*, Almedina, 2007, pp. 115-118.

Derivando de ello, la motorización legislativa del Derecho Público, que incide en el tradicional Privado y da también lugar al crecimiento exponencial de los recursos judiciales, especialmente en el ámbito contencioso-administrativo, en atención al principio de legalidad en que se basa y que torna la cuestión más complicada sobre la base de la naturaleza de orden público indisponible en que se torna la cuestión, unido al terrible problema de justicia entendida como concepto sustancial, derivado de su conceptualización como retenida o delegada, alejada de su elemento consustancial: el método heterocompositivo.

Alejandro Guzmán Brito considera que la idea de derecho subjetivo arranca de la Edad Media pero no de Ockham como señala Villey, que entiende que utiliza una idea ya conocida sino de Marsilio de Padua (1275-1334), que en su obra *Defensor Pacis* utiliza el término “acostumbran a decir”, de donde deduce que su origen debe encontrarse en los canonistas del s. XIII como Enrique Gante y más tarde usada en la llamada “querrela de la pobreza”, agitada entre los Franciscanos y el Papa Juan XXII (1316-1334)<sup>423</sup>.

Como se ha dicho y reiteramos por razones sistemáticas y de claridad evolutiva, en el Derecho romano y en el Justiniano, constantemente, aparecen las palabras *ius* y *iure* pero no se identifican con *potestas* o *facultas* y de existir este concepto como derecho, Paulo lo hubiese registrado.

Por ello, lo que resulta llamativo es la adjetivización de subjetivo a la palabra derecho, que conduce al nombre técnico de derecho subjetivo, derivándose del mismo la noción de facultad o poder, algo connatural al ser humano.

Pero lo decisivo para la historia del derecho subjetivo no es que el ordenamiento o los juristas de determinada sociedad hayan reconocido la existencia de facultades o poderes en las personas, ya que los juristas romanos hablan, constantemente, de facultades o poderes de las personas con expresiones verbales como *potest* o *licet*, o sustantivas como *facultas* o *potestas*, ya que lo relevante en estas construcciones es que se diga que eso es derecho y ningún texto romano legal o jurisprudencial o literario dice que *ius* significa el poder o facultad de las personas.

El término de derecho subjetivo, aunque puede hacer referencia a distintos conceptos, se usa en la Edad Moderna por Francisco de Vitoria (1438-1546), Domingo de Soto (1495-1510), Luis de Molina (1535-1600), Francisco Suárez (1548-1617), Grocio (1583-1645), Pufendorf (1637-1694) ó Leibniz (1646-1716), que incluyen en el concepto de derecho subjetivo, las nociones de *potestas*, *facultas* y *potentia*.

Siguiendo a Juan XXI (Petrus Hispanus, 1215-1277) señala los aspectos de la cualidad que constituye el género remoto, aunque la generalidad de los autores posteriores como Grocio, lo relaciona con el próximo.

Suárez, ciertamente, se refiere al término de derecho subjetivo como *facultas*, lo que no había hecho ningún autor durante siglos, si bien lo hace para defender una opinión atribuida a Santo Tomás

---

<sup>423</sup> Como señala José Enrique Bustos Pueche no deja de ser curioso, que el más conspicuo representante del Nominalismo elabore o utilice un concepto de derecho subjetivo para justificar su renuncia, ya que mientras el Papado no diferencia cosa y derecho, estos Franciscanos defienden que se pueda usar una cosa sin derecho a ello. José Enrique Bustos Pueche, “Los derechos humanos y la doctrina del derecho subjetivo”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*, VIII, 2015, p. 5.

de Aquino<sup>424</sup>, en cuanto a la distinción entre derecho natural *positive*, que es cuando el derecho natural manda algo, del *negative*, que se produce cuando lo permite por no prohibirlo pero sin mandarlo, y ante ciertas objeciones que se hacían a este planteamiento pero Suárez lo conecta con la idea de derecho natural-ley (*ius preceptivum* en cuanto la *lex* es un precepto mudable) y derecho natural-facultad (*ius dominatum*), que responde a la identificación entre *ius* y *dominium*, que defendía la Escolástica y es inmutable.

El derecho-facultad puede ser reconocido “útil”, en cuanto implica un aprovechamiento o utilidad y por eso se denomina *ius ad rem* mientras que el derecho-ley es *honestum*, en la medida que regula el *honeste operandi*, que puede ser denominado *legalis*, ya que se trata de *ius= lex*.

Si durante la Edad Media y hasta el s. XVIII existen reticencias y vacilaciones en el uso de la idea se pierden a partir de este periodo aunque en sentido erróneo, ya que mientras para los Escolásticos (Petrus Hispanus o Dorbellus, s. XIII) *subjetive* o *subiectum* o *subjetivus* significaba parte sometida y Luis de Molina (s. XVI) entendía el *ius* como *facultas* como parte de la *qualitas*, que precisaba de un sustrato, considerando sujeto desde Dios a los inanimados, como algo externo, según recogen Escoto y Ockham y cuyo seguidor Gabriel Biel (1425-1495) establece que *objetivus* tiene el significado de intelectual o en la mente, que utilizan tanto Descartes (1595-1650) como Leibniz (1646-1716), lo que es alterado por Kant<sup>425</sup> (1724-1804), para el que lo *subjetive* o subjetivo es intramental y *objective* es extramental, que le sirve para diferenciar entre máximas, que se establecen sobre la base de fundamentos subjetivos y la ley universal general, que vale objetivamente.

De lo expuesto se deduce que *subjetive*, para la consideración de *ius*, nada tuvo que ver con *subjectum*.

Windscheid la utiliza y titula su obra, por razones no científicas, *Subjetives recht* de 1878, que es a partir del momento en que se generaliza como derecho-facultad tanto en Europa como en América en el S. XX<sup>426</sup>.

Lo expuesto determinaría el prácticamente total protagonismo de los alemanes en la moderna determinación del concepto de derecho subjetivo, que recogieron y desarrollaron una idea en ciernes y que había sufrido una evolución, quizás en términos no muy ortodoxos.

---

<sup>424</sup> En este sentido Julio Lalanne destaca que siguiendo a Santo Tomás, facultad quiere decir facilidad en la potencia, que el sujeto titular del derecho tiene expedita como posibilidad de hacer algo, tratándose de las *facultas moralis* que implica un juicio de valor de índole mental y por tanto individual y personal. Julio Lalanne, “Derechos subjetivos y persona humana, *Prudentia iuris*, Revista de la Facultad de Derecho Pontificia de la Universidad Católica Argentina, 74, 2012, p. 102.

<sup>425</sup> La consideración de Kant tiene antecedentes en Darjen (1724-1791), discípulo de Wolf, que apenas utilizan Thibaut y Savigny.

<sup>426</sup> Alejandro Guzmán Brito, “Historia de la denominación del derecho-facultad como “subjetivo”, *Revista de estudios histórico-jurídicos*, 25, 2003, pp. 407 y sgts.

## - EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

El carácter sustancialista y activo del Estado de Bienestar ha configurado unos derechos subjetivos de tercera generación constituidos sobre la base de prestaciones positivas por parte del Estado, que responden a demandas de igualdad y solidaridad, y que determinan la extensión de la intervención estatal en la esfera económica.

Esta senda economicista, que fue utilizada por el comunismo al arrogarse el objetivo de destinar los recursos sociales sobre la base de una decisión o negociación política y ha conducido a los defensores de la Escuela de Chicago, a la intervención del Derecho en la definición de los derechos y en la que ha intervenido el concepto de reducción de costes de transacción y con ello, a una redefinición del derecho de propiedad, que permita fundamentar la eficiencia del sistema económico, en un análisis de costes y beneficios, bajo las determinaciones del principio de eficiencia.

Esta intervención del Estado Social va a producir un cambio en el concepto de Derecho.

De un lado, a través de la invasión del Derecho Privado, acentuando el viraje iniciado en el Estado de Derecho alemán y que tuvo realmente su inicio en el Iusnaturalismo racionalista de la legislación motorizada y fuertemente ideologizada a través de la abierta intervención de la Administración en la sociedad (ya se verá cuál es la postura del legislador inglés y la de los Continentales), de la mano de lo que se considera interés de orden público en materias de Derecho Privado, en un bosque muy poblado de conceptos fabricados en el mundo de las ideologías propias de la Modernidad y especialmente de las surgidas de los movimientos sociales, que solo interesan a una parte de la sociedad y que quieren imponerlas a la totalidad de la mano de la legislación sobre la base de su carácter obligatorio de orden público.

De otro lado, a través de la intervención que se lleva a cabo para la provisión de bienes y servicios, con todo su elemento instrumental, directamente o indirectamente e incluso en formas privadas y la regulación de la actividad de particulares, que inciden en cuestiones que se consideran de interés general, ya sea vía de subvención, contratación o a través de un sujeto privado que ejerce funciones que se entienden de naturaleza pública pero delegada y sujetos a tutela.

Ello implica una variación del propio concepto de Derecho, ahora de la mano del economicismo, que se profundizará porque tal variación de la naturaleza jurídica de las cosas pone al descubierto la incapacidad del Estado para la magna labor que a sí mismo se encomienda.

De esta manera se produce no solo la huida del Derecho Administrativo hacia campos o técnicas del Privado sino sobre la mano de la eficacia y la eficiencia hacia el principio que se dice mejor la consigue, la libre competencia, propia del Derecho Privado y de esta manera a la apertura del concepto de lo público y su técnica de intervención, más propia de los sistemas anglosajones.

Como ya se ha dicho, el Derecho Privado de la codificación obedecía a la autoridad propia de la razón constatada por obra de los jurisconsultos y consecuencia de la actividad del pretor pero frente a este Derecho Privado aparece una modificación de este Derecho Privado a través de un Derecho Público, que aunque es un acto del legislador o de la Administración, en detrimento de lo privado y de su autonormación no produce beneficio directo en lo estatal, entendido como la cosa pública tradicional, como Derecho Público propio en la organización del poder público.

Este fenómeno comenzará a producirse en los Parlamentos Continentales a partir de Napoleón y adquirirá especial protagonismo en el Estado de Derecho alemán por vía del Derecho Administrativo y de la motorización legislativa ideologizada, que iniciada por el Iusnaturalismo racionalista, en atención a la fuente de los derechos subjetivos, tendrá su plena culminación en el Estado Social de Derecho y que afectará a la propia concepción del Derecho.

De ahí que modernamente exista un Derecho Público constituido de una doble manera: un Derecho Público que atiende inmediatamente a lo estatal y otro el Derecho Público que sin incumbir directamente a lo estatal afecta de forma determinante a lo privado porque la sociedad, a través de sus órganos de representación, llegó a considerar que no podía dejarse a la libertad de los particulares, por las consecuencias que conlleva, la regulación de determinados aspectos de su esfera natural, competencia propia y tradicional del Derecho Privado<sup>427</sup>.

Se trata de leyes que imponen al particular un estatuto relativo a su propia esfera privada con carácter necesario, no tratándose propiamente de Derecho Privado sino de Derecho Público aunque intervengan en la materia normalmente reservada al Privado, por lo que el Derecho Público adquiere un segundo significado, que es la intervención pública en la esfera privada, al regular mediante leyes públicas los ámbitos propios de los particulares, lo que se justifica porque la esfera privada ha pasado a tener incidencias interesantes en lo público.

Pero esto no ha sido siempre así, ya que a tal preeminencia de la ley pública solo se ha llegado tras un largo proceso histórico iniciado en el periodo Napoleónico con la determinación de la fuente directa de los derechos subjetivos y la consideración de la legítima función del Parlamento, acentuándose notablemente en el Estado de Derecho alemán cuya glorificación del Estado termina con una sublimación de lo público, que le envalentona para una mayor intervención en la esfera privada a través de su medio más habitual, el reglamento y que alcanza su cenit en el Estado social de Derecho, que reclama una más abierta intervención del Estado, con un ensanchamiento de lo público, en un mundo poblado de ideologías propias de la Modernidad, en que una parte de la sociedad pretende imponer a la otra su concepción privada del mundo y no puede hacerlo sino por la vía impositiva que significa el Derecho.

Este ensanchamiento del poder público a través del Estado social de Derecho, que se ve constreñido por su ineficacia e ineficiencia a la utilización nuevas técnicas organizativas que provienen del Derecho anglosajón sobre la base de lo que se entiende por el interés público desde un punto de vista sustancial.

En el apartado del Estado Social de Derecho, más adelante, se va a hacer referencia, en atención a los principios de eficacia y eficiencia a la realización de servicios públicos a través de entre privados, que incluso de mutu propio van a realizar actuaciones que tradicionalmente eran propias del Estado o de la gestión se llevaban a cabo antes de naturaleza pública internacional como las agencias de *rating*.

---

<sup>427</sup> Estas relaciones obligatorias provenientes de la ley pública que afectan a la esfera privada también constituyen un Derecho Público, cuyo efecto es el indicado de privar a los particulares de su libertad para actuar como quieran o para regular como deseen sus actos jurídicos en la esfera de competencia que tradicionalmente les era propia.

## - LA DOCTRINA PATRIA

En España, Jorge Agudo González<sup>428</sup> considera que tanto la mayoría de los autores de Derecho Privado: de Castro, Castán, Díez Picazo, Albadalejo, Puig Brutau, como los de Derecho Público: García Enterría<sup>429</sup>, Royo Villanova, Fernández Rodríguez, Santamaría Pastor, Garrido Falla, Parada Vázquez, Cosculluela Montaner o García Trevijano Fox fundamentan la esencia del derecho subjetivo en el poder otorgado por el ordenamiento jurídico para la protección y respeto de determinados intereses, que se suelen calificar como propios del titular de tales poderes.

La perspectiva iuspublicista considera, en el marco de las relaciones jurídicas, que la situación de la Administración es, en principio, más fuerte que la del administrado, poniéndose el énfasis en la garantía y protección que de esas situaciones jurídicas activas lleva a cabo el ordenamiento jurídico, destacándose que esa protección se garantiza por el ordenamiento jurídico pero no como un elemento externo que integra el contenido del derecho sino como una garantía imprescindible que se presupone sobre la base que le otorga el reconocimiento de un derecho de acción, que no se concibe, propiamente, como el mismo derecho sustantivo aunque como pone de manifiesto García de Enterría y se tratará más adelante vienen a coincidir interés legítimo y derecho subjetivo.

#### 4. LA ARTIFICIAL CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO SUBJETIVO DE LA MODERNIDAD Y SU INCIDENCIA EN LA DEMOCRACIA Y EN LOS DERECHOS HUMANOS

Como pone de manifiesto Alejandro Nieto<sup>430</sup> el jurista practico no será nunca un estratega de las grandes ideas abstractas pero puede ser útil en las pequeñas y efectivas emboscadas concretas.

El Derecho siempre debe reflejar y regular la realidad de la sociedad, que es algo diferente de la voluntad, el interés o las aspiraciones de sus ciudadanos, con los consabidos apoyos y el recurso a la violencia, que en su caso producirá esa concepción.

Tampoco puede construir la realidad sobre la base de los parámetros citados, supuesto que, además de pretender un metafísico imposible, constituye un elemento de desasosiego e insatisfacción, al proyectar metas irrealizables o que atentan claramente a su sustancia ( suicidio, eutanasia, etc..).

El Derecho no puede constituir un sueño de sociedad que se manifiesta en una voluntad sino que, únicamente, puede aspirar a regular esa realidad de ahí que, tradicionalmente se entendía que el derecho no se creaba sino que se captaba.

Ya se han analizado los efectos que produce vascular el término Derecho hacia su lado subjetivo.

---

<sup>428</sup> Jorge Agudo González, "Evolución y negación del derecho subjetivo", *Revista Digital de Derecho Administrativo*, nº 5, septiembre, 2011, pp. 9-42. Este autor contiene una minuciosa descripción de los diferentes hitos que he reinterpretado sobre la base de lo que voy a defender en la obra y la afirmación directa que señalo se encuentra en las pp. 41 y 42.

<sup>429</sup> Al referirnos concretamente a España trataremos con detenimiento la tesis de García de Enterría con relación al derecho subjetivo.

<sup>430</sup> Alejandro Nieto, *Crítica de la razón jurídica*, edit. Trotta, Madrid, 2007, p. 62.

Por la conexión que existe debemos referirnos al bien común que utilizaba Santo Tomás y que es constantemente utilizado por el Iusnaturalismo católico como concepto teológico que impregna al Derecho y a la justicia, y que la Modernidad modifica por voluntad general o interés público y que no es sino una determinada proporción o participación de la suma de las individuales, en un sistema concebido como contrato social o democrático de base Luterana, basada en la voluntad individual en la que el ente público significa la conformación mayoritaria, ya sea en sentido metodológico o como conquista social (marxismo).

Para Santo Tomás ese bien común no era el resultante de los particulares sino que entrañaba algo cualitativamente superior, sin que pueda apreciarse tensión entre ambas, ya que el bien individual es la proyección del bien común en la actividad de los particulares, idea del bien común que fue constante en el Iusnaturalismo cristiano.

No se pueden desligar derechos de deberes ni estos en singulares y colectivos por la honda repercusión del conjunto en cualquiera de sus elementos.

Mientras que la sociedad actual insiste en el apartado de los derechos, la verdad es que, precisamente, la gran obra de la civilización es la de la responsabilidad porque es mucho más difícil entender la responsabilidad que los derechos.

No existirán derechos si no existe la correlativa responsabilidad de respetarlos y fundar las causas por las que deben respetarse es la cuestión esencial que ha determinado el desarrollo de la civilización. No es tanto el derecho que se cree tener sino el deber generalizado de respeto a ese derecho.

Lo difícil es la responsabilidad con que se garantiza el derecho, de tal manera que cuando nos inclinamos abiertamente por el derecho sin mención de la cuestión más compleja de la responsabilidad, estamos dando pasos hacia atrás en nuestra civilización, y en el fondo y, aunque no lo parezca, a destruir los derechos por ese olvido y falta de su real (no abstracta) garantía, que constituye, realmente su fundamento.

No se debe olvidar lo poco que habría avanzado el hombre si no se hubiese respetado el principio de responsabilidad en el que se sustenta el *pacta sunt servanda*.

Los juristas Continentales, embarcados en el concepto de acción como Derecho Público sustantivo basado en la legitimación, quedarán un tanto sorprendidos, en tanto que su derecho fundamental nunca alcanzaría el fenómeno que más adelante se expondrá sobre las cuestiones que Gina Miller planteó a los Tribunales de Justicia Británicos respecto de la necesaria intervención del Parlamento inglés y las funciones que debía desempeñar en la salida del Reino Unido de la Unión Europea que, desde luego, sorprenderá enormemente, a los conocedores del Derecho continental pero que parecerá lógico a cualquier ciudadano corriente<sup>431</sup>.

---

<sup>431</sup> Se trata, sin duda, de una cuestión que se encuentra en el ADN de la mentalidad británica pero que un ciudadano Continental, carente de conocimientos jurídicos, aplaudirá como manifestación del control que deben los representantes políticos a la ciudadanía, que desde luego, aunque lo parezca no es una página en blanco, control que se encuentra acentuado en el sistema democrático de un candidato por circunscripción frente a la abstracción política Continental de las listas múltiples, bloqueadas y cerradas, y con ello, la posición libérrima de los partidos políticos quedará diluida por el realismo que en los representantes impone su relación directa con sus representados.

Señala Giuseppe Graneris<sup>432</sup> que el Estado tiene tendencia a transformar en Derecho todo lo que toca, ya que el Derecho es una forma tendencialmente obligada de la acción del Estado, utilizando al Derecho como ordenamiento social necesario, con el debido acompañamiento de jueces y tribunales, cárceles y carceleros, patíbulos y verdugos, y sabe manejar con destreza los medios de coerción , entre ellos y en primer lugar, el ordenamiento jurídico.

Rechaza las tesis de Kant, Ihering o Kelsen, que establecen una perfecta igualdad entre el Derecho, la facultad de constreñir y el Estado, negando la equivalencia de los tres términos, especialmente cuando bajo ellos se quiere esconder la pretensión estatal del monopolio del Derecho y la coerción hasta poder despojar a toda la sociedad del poder de dictar normas jurídicas obligatorias y compulsivas, ya que los tres términos están usados con una estrecha afinidad.

Este concepto de Derecho afecta al propio sistema político democrático como señala Hayek, sin que se pueda pasar por alto, el hecho de que, recientemente, a pesar de continuos pronunciamientos verbales e incluso demandas de ulterior extensión de la democracia, haya surgido entre personas sensatas, una inquietud creciente y una seria preocupación por los resultados que con frecuencia produce la democracia, en que tras un primer periodo glorioso en el que era concebida y efectivamente operaba como salvaguardia de la libertad personal, al aceptar límites superiores ha llegado a arrogarse el derecho a decidir sobre cualquier cuestión particular sobre la base de los acuerdos que, supuestamente, adopte la mayoría.

Señala que la cuestión es antigua y ya finales del s. V a. C. Jenofonte<sup>433</sup> señala:

“la mayoría ( de la Asamblea ateniense) gritó que sería monstruoso impedir que el pueblo hiciera lo que deseara... Entonces los pritanos tuvieron miedo y acordaron votar la propuesta, todos excepto Sócrates, hijo de Sofronisco, dijo que en ningún caso actuaría de manera contraria a la ley”.

Considera que también existen ejemplos en los tiempos modernos y cita lo acontecido en Inglaterra a partir de 1766 y la pretensión parlamentaria de soberanía sin límites, que entiende que constituye una gran calamidad para el desarrollo humano porque como ya dijo Aristóteles:

“donde las leyes no son soberanas... los muchos ejercen la soberanía no individualmente sino en conjunto... tal democracia no es en modo alguno constitucional”.

Parece claro que el particular proceso que hemos elegido para probar lo que llamamos la voluntad del pueblo conduce a resultados, que poco tienen que ver con algo que merezca calificarse como voluntad común de una parte significativa de la población.

Nos hemos acostumbrado de tal manera a considerar como democrático solo aquel particular conjunto de instituciones que hoy dominan en todas las democracias Occidentales y en el que la mayoría de una asamblea representativa emana leyes y dirige el Gobierno, que consideramos que esta es la única forma posible de democracia.

Tendremos, sin embargo, que afrontar el hecho de que semejante sistema no solo ha tenido resultados perniciosos incluso en aquellos países en que, en conjunto, ha funcionado bien sino también el que este sistema se ha revelado inviable en la mayoría de aquellos países cuyas instituciones

---

<sup>432</sup> Giuseppe Graneris, *Contribución Tomista la Filosofía del Derecho*, Olejnik, 2019, pp. 164.

<sup>433</sup> *Helénicas*, I, VII, 12-16.

democráticas no estaban limitadas por fuertes tradiciones relativas a las funciones que debe desempeñar una sociedad democrática.

La trágica ilusión consistía en creer que adoptando procedimientos democrático se podría renunciar a todas las demás limitaciones del poder del gobierno, de manera que parece que cuando las instituciones democráticas no están limitadas por la tradición de la primacía del Derecho conduce no solo a la democracia totalitaria sino que, con el tiempo, también a la democracia plebiscitaria, lo que, ciertamente, debe hacernos comprender cuál es realmente nuestro más valioso elemento: el conjunto menos tangible de tradiciones, ya que la degeneración de estas instituciones puede ser incluso un resultado necesario cuando la lógica intrínseca de ese mecanismo no está controlada por la supremacía de una concepción general prevalente de la justicia.

La democracia ha acabado significando varios tipos de cosas y algunas de ellas, poco tienen que ver con su significado originario y que ahora se emplea a menudo como sinónimo de igualdad.

La primera acotación al concepto es señalar que democracia es un método, un procedimiento y no una cualidad sustancial, y si bien democracia en cuanto tal no es la libertad constituye, ciertamente, uno de sus mayores baluartes.

El acuerdo de muchos sobre la justicia de una norma particular puede ser un buen test de su justicia pero esta justicia no tiene sentido si se define como justa cualquier idea aprobada por la mayoría, lo que sería justificable solo sobre la base de la doctrina positivista, que considera que no existen pruebas objetivas de justicia y que la mayoría no puede ser arbitraria<sup>434</sup>.

La creencia de que el control del gobierno por parte del cuerpo legislativo democráticamente elegido sustituiría a las limitaciones tradicionales provocó la necesidad de formar mayorías organizadas para apoyar los programas particulares de acción en favor de grupos especiales he introdujo una nueva forma de arbitrariedad y parcialidad, y produjo resultados contrarios a los principios morales de la mayoría.

Resulta ciertamente paradójico, que teniendo la asamblea un poder ilimitado, sea imposible que un cuerpo representativo haga que prevalezcan los principios sobre los que mayoritariamente están de acuerdo porque en tal sistema, la mayoría de la asamblea representativa, con el fin de seguir siendo mayoría, debe tratar continuamente de ganarse el apoyo de diversos intereses minoritarios, concediéndoles para ello especiales beneficios<sup>435</sup>.

La teoría de los derechos humanos se nos presenta hoy con la pretensión de eliminar esta exclusividad del Derecho por parte del Estado pero esta teoría de los derechos humanos de base positiva tiene su origen en el Iusnaturalismo racionalista que, paradójicamente ya que realmente no es esta su consideración, los considera anteriores y superiores a cualquier organización política, al

---

<sup>434</sup> Destaca este autor que el principio según el cual, la coacción solo debería permitirse para asegurar la obediencia de las leyes de recta conducta aprobadas por la casi totalidad de los ciudadanos o al menos por una mayoría, parece ser la condición esencial para evitar la existencia de un poder arbitrario y es, por tanto, una condición esencial de la libertad, no precisando que el poder de la mayoría sea ilimitado y que tampoco para cualquier cuestión tenga que recurrirse a comprobarse cuál es la voluntad de la mayoría.

<sup>435</sup> Friedrich A. Hayek, *Derecho, legislación y libertad. Una nueva formulación de los principios liberales de la justicia y de la economía política*, 2ª edición, Unión Editorial, 2014, pp. 365 y sgts.

tratarlos como derechos derivados de la naturaleza humana, es decir, aquellos que posee el hombre en su estado de naturaleza y, por tanto, anteriores al pacto social.

Por ello y aunque lo dicen, realmente no lo hacen al ser, verdaderamente, los derechos humanos los recogidos en el catálogo pero la sociedad deberá ser estudiada y explicada partiendo del individuo en su estado más simple, tal y como lo hacen todos los pensadores de esta corriente: Hobbes, Rousseau, Locke, Wolff, Kant, etc...y aunque desde el punto de partida disienten ( ya que para Hobbes ese hombre es un lobo para Rousseau es la misma bondad y para Locke, ni lo uno ni lo otro) coinciden en lo esencial, en atribuir al hombre, en estado de naturaleza, su libertad.

Estos planteamientos no son los correctos por las razones que se pasan a exponer.

Para los autores de la Modernidad, la sociedad se presenta como algo opresor del individuo, de sus libertades y derechos, con una imagen triste y pobre de la realidad, una especie de carga o maldición, que ha caído sobre los hombres: el infierno son los otros dirá Sartre; la sociedad, la cultura es la causa de la neurosis y la angustia diagnosticará Freud; en fin, el hombre es bueno hasta que la sociedad lo hizo malo, en la conocida opinión de Rousseau pero todos sabemos que esta visión es falsa y que se utiliza con carácter pedagógico, por lo que partiendo de premisas falsas difícilmente se puede llegar a resultados que coincidan con la verdad<sup>436</sup>.

Aristóteles afirmaba que el hombre es un ser naturalmente sociable y Santo Tomás de Aquino señaló que la naturaleza ha preparado a los demás animales de alimento, de un vestido de piel, de medios de defensa como los dientes, los cuernos, las garras o por lo menos, de la rapidez para huir mientras que el hombre ha sido creado sin que la naturaleza lo provea de nada de eso.

Pero en su lugar, consideraba el aquinate, Dios le dio la razón, que le permite aprovechar todas las cosas con el trabajo de sus manos y un hombre solo no se basta e incluso ningún hombre bien dispuesto optaría por vivir contando con todos los bienes exteriores pero sin amigos, alegría ni felicidad.

El hombre es deudor de diferentes títulos respecto de otras personas, de ahí su pertenencia a la comunidad, ya que su bien particular se ordena al bien común, pues el motivo de ser de la parte se encuentra en el todo, en el bien común, que es el lugar donde se conforman y tienen su ubicación los derechos de los individuos y de los grupos sociales, y de esa manera el individuo solo es concebible en cuanto referido a la comunidad y el Derecho solo lo es en cuanto referido al bien común.

Aun así considera que el Derecho no constituye el culmen de las aspiraciones de los humanos, ya que aunque Aristóteles entendía que es preferible sufrir las injusticias a cometerlas y que no hay nada más monstruoso que la injusticia armada, entendía que la raíz primera de la vida social no es la justicia sino el afecto, cuya primera manifestación es la familia y que cuando la justicia alcanza su límite deviene en amistad.

Santo Tomás consideraba que el propósito de mantener la paz y la concordia entre los hombres, mediante los preceptos de la justicia, era insuficiente si por debajo de esos preceptos no echa raíces el amor, cuya máxima expresión es Dios, que también es misericordioso, no existiendo por ello una oposición dialéctica como modernamente se entiende, ya que la misericordia trasciende a la justicia

---

<sup>436</sup> Al tratar de la Modernidad se hará referencia a la tesis agregacionista del padre Suárez.

y no solo la destruye o anula sino que la salva, ya que una justicia transida de misericordia es plenamente justa<sup>437</sup>.

La teoría de los derechos humanos y del derecho subjetivo supera toda resistencia y superando el modelo jurídico europeo continental adquiere dimensión mundial.

En la encíclica *Evangelium vitae*, Juan Pablo II denuncia una contradicción en el modelo teórico de los derechos humanos, que considera constituyen una amenaza frontal a toda cultura de los derechos del hombre, ya que este concepto de libertad, que resalta de modo absoluto al individuo, constituye una visión de la libertad muy individualista, considerando que esta visión de la libertad reniega de sí misma, se autodestruye y se dispone a la eliminación del otro cuando no reconoce ni respeta su vínculo constituido con la verdad.

Entendía el Papa, que toda libertad, al margen de cualquier tradición y autoridad se cierra a las evidencias primarias de una verdad objetiva y común de la vida personal y si la promoción del propio yo se entiende en términos de autonomía absoluta se llega, inevitablemente, a considerar al otro como enemigo de quien defenderse.

Es digno de destacarse por ello, la aparente paradoja de que no cupiendo la menor duda del grado de incompatibilidad entre los derechos humanos y la tradición clásica, sin embargo, los últimos Papas, no solo se han mostrado favorables a la moderna concepción de los derechos humanos sino que se han constituido en sus defensores más autorizados<sup>438</sup>.

Lo que considera Gallego es que debe entenderse en clave de Chesterton, quien considera que el mundo moderno no es malo sino que, en cierto modo, el mundo Moderno es demasiado bueno, está lleno de feroces y malgastadas virtudes. Cuando se perjudica la empresa religiosa como lo hizo la Reforma con el cristianismo no fue solamente a causa de los vicios desencadenados sino que también provocan el desencadenamiento de las virtudes, que se desenfrenan y causan perjuicios todavía más terribles.

El mundo Moderno está lleno de viejas virtudes cristianas que se volvieron locas y enloquecieron también las virtudes porque fueron aisladas unas de otras y vagan por el mundo solitarias, considerando que lo mismo sucede con los modernos derechos del hombre cuando están carentes de una fundamentación adecuada, lo que puede inducir a la propia esencia y existencia de los derechos humanos por la Iglesia católica e incluso del concepto de derecho subjetivo sin el soporte Nominalista e individualista del Iusnaturalismo racionalista.

---

<sup>437</sup> Elio A. Gallego, *Tradición jurídica y derecho subjetivo*, Dykinson, 2005, pp. 74- 83.

<sup>438</sup> Una versión menos compleja del posmarxismo puede encontrarse en la Teología de la Liberación, de la que ya se ha hecho mención, que atribuye una capacidad para un cuestionamiento radical del orden social a quienes estén situados en los estratos más bajos de la sociedad y así Gustavo Gutiérrez, un sacerdote radical, elogia en la Teología de la Liberación, a los desheredados, que les permite rechazar la teología dominante característica del pensamiento burgués; impulsos revolucionarios sociales de adoctrinamiento que pretenden tener justificación cristiana y Gottfried, refiriéndose a este sacerdote, destaca que considera las mentalidades colectivas conducentes a la toma marxista del poder en el Tercer Mundo, lo que también serviría al posicionamiento radical de la Iglesia católica a favor de las emigraciones a los países más desarrollados económicamente, con la incuestionable labor de ayuda y protección de *Cáritas* y al fenómeno del multiculturalista de raíz posmarxista y auspiciado por la Escuela de Frankfurt. Cit. Paul Edward Gottfried, *La extraña muerte del marxismo. La izquierda europea en el Nuevo Milenio*, Ciudadadelalibros, Madrid 2007, especialmente pp. 86, 186-190.

De otro lado, los derechos fundamentales, en tanto públicos subjetivos presentan la duplicidad de tener un aspecto institucional y otro personal, lo que considero implica realmente una contradicción, ya que su faceta personal no debe basarse en ningún pacto o acuerdo previo que los desnaturalizaría pero la realidad de las cosas se impone<sup>439</sup>.

Como se señalará, esta concepción de los derechos humanos es propia de un determinado momento histórico, religioso y político, y por ello un delegado de la China aun no comunista y profesor de filosofía, en una comisión de la UNESCO encargada de redactar una nueva declaración de los derechos humanos tras la II Guerra Mundial, alegó que su país no posee término para designar lo que allí se discutía, los derechos del hombre, que no se encuentra en la tradición china y como se acaba de ver, este panorama no era distinto al que se contiene en el pensamiento clásico Occidental, que hablaba con énfasis de lo que pertenece inalienablemente al hombre pero no desarrollaba, al menos formalmente, una teoría de los derechos humanos.

Cuando nuestra tradición habla de justicia nunca toma en consideración a los legitimados sino a los obligados, de manera que el concepto de derechos humanos en nuestra tradición jurídica no es obra de una insuficiente conciencia acerca del hombre ni de su dignidad sino que se trata de una nueva perspectiva sobre el modo de entender el Derecho y la justicia, propio de la Modernidad, en la que aparecen los conceptos de legitimado y derecho subjetivo<sup>440</sup>.

Como se verá más adelante, el concepto de lo Contencioso-Administrativo en Francia tiene un sentido objetivo y frente a la teoría alemana del individuo amparado por el Estado, Duguit considera que no hay derechos individuales subjetivos en el sentido mantenido por los grandes juristas como Savigny, Windscheid, Ihering, Thon o Jellinek, puesto que el poder que caracteriza al Derecho es más bien un poder objetivo, sin que los derechos del hombre le correspondan a este por naturaleza sino que son facultades que le advierten de los deberes, que como ser social tiene que cumplir y sin que las reglas del Derecho puedan derivar de un derecho subjetivo sino que son consecuencia de una situación jurídica, ya que la potencia pública no es un derecho sino una función social.

El hombre, en cuanto se somete al grupo debe acomodar su conducta a los postulados derivados de la maximización de la solidaridad entre los hombres, solidaridad, en suma, que constituye un criterio de la justicia del Derecho a la que debe adecuarse la conducta humana y desde esta perspectiva, esas condiciones nacidas de la solidaridad común constituyen normas, Derecho objetivo, en cuanto reglas sociales de conducta que se impone a los hombres<sup>441</sup>.

Al fin y al cabo no se debe olvidar que, en el fondo, tal tesis es la correcta desde una ortodoxia jurídica, sobre todo, si no perdemos de vista que durante mucho tiempo se consideró en Francia que la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 no tenía valor normativo, lo que

---

<sup>439</sup> María Claudia Cachapuz, "A configuração e a restrição de direitos subjetivos a partir do exercício de posições jurídicas fundamentais em Hohfeld" *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, V. 56,1, 2018, pp. 223-248.

<sup>440</sup> Elio A. Gallego, *Tradicón jurídica y derecho subjetivo*, Dykinson, 2005, pp. 128-147 y 17-19.

<sup>441</sup> Cit. Jorge Agudo González, "Evolución y negación del derecho subjetivo", *Revista Digital de Derecho Administrativo*, nº 5, septiembre, 2011, pp. 27-29.

puso de manifiesto de forma expresa el Preámbulo de la Constitución de 1946 y que no fue hasta 1958 cuando se consideró que tenían una naturaleza jurídica incontestable<sup>442</sup>.

En su línea, aparentemente aséptica, Kelsen considera que los derechos subjetivos no son más que la descripción de la relación que tiene el ordenamiento jurídico con una persona determinada.

## **5. JURISDICTIO ¿ AUCTORITAS O POTESTAS? LA ASUNCIÓN POR EL PODER PÚBLICO DEL MONOPOLIO DE LA JURISDICCIÓN. UNA JUSTICIA MÁS INDEPENDIENTE DEL ESTADO**

No es pacífico si la jurisdicción debe de enmarcarse dentro de la *potestas* o de la *auctoritas*.

Lógicamente, al asumir el Estado el monopolio de la jurisdicción debe enmarcarse dentro de la *potestas*, que implica la consecuencia de su poder y se entiende que constituye un acto de *potestas*, que las sentencias se cumplan por la autoridad y el poder del Estado.

No obstante, de sus orígenes históricos se han de extraer una serie de características que le son inherentes.

Se entiende por la doctrina general que *iurisdictio* no puede entenderse, simple y llanamente, decir el Derecho, ya que este, como se ha visto, no tiene una vocación meramente declarativa sino que ha de entenderse en un sentido imperativo.

Esta característica imperativa del Derecho ha de ponerse, inexcusablemente en la actualidad, especialmente en los países Continentales, en relación con el poder político y por lo tanto *iurisdictio* y *potestas* son palabras relacionadas.

Jurisdicción, en sentido genérico, implica un poder de mando, un poder político sobre una materia o territorio pero en sentido estricto se identifica con impartir justicia, con la función judicial.

Durante la Baja Edad Media, la administración de justicia era una atributo exclusivo del poder político, que recaía en el rey, que era el juez máximo y los que en concreto administraban justicia eran delegados suyos.

Con el devenir de los tiempos, durante la monarquía Absoluta, este poder político se dividió en Administración Pública y Justicia, si bien, algunos órganos encargados de la administración de justicia se encontraban dentro de la Administración pública, surgiendo así frente a la jurisdicción ordinaria, jurisdicciones especiales e incluso se llegaba a afirmar que la administración de justicia era una competencia de lo que podíamos llamar Ejecutivo, por cuanto que ejecutar las leyes implica su aplicación, encontrándose ínsito en tal poder, el control de su aplicación, lo que determinó, especialmente en el ámbito contencioso-administrativo, tras la Revolución francesa, una evolución desde la jurisdicción retenida hasta la delegada y desde esta a la plena jurisdicción, que en España ha venido de la mano de la unidad jurisdiccional.

Durante mucho tiempo, los Estados Liberales han argumentado que juzgar a la Administración

---

<sup>442</sup> Sérvulo Correia, *Direito do contencioso administrativo*, Lex, Lisboa, 2005, p. 291 y Dário Moura Vicente, *Direito comparado*, V. I, *Introdução e Parte Geral*, Almedina, 2011, p. 166.

es administrar, y esta afirmación todavía presenta secuelas.

Con el advenimiento del Constitucionalismo surge la idea organizativa dogmática funcional de la separación de poderes y la idea de que el poder ha de limitar al poder.

El Estado, así pues, asume tres funciones: Legislativa, Ejecutiva y Judicial ( que se dice jurisdiccional) y para cumplir este último cometido serán precisos unos órganos especialmente instituidos (juzgados), la existencia de un conflicto (dialéctica de pretensiones) y un método para que las partes aleguen y prueben (método jurisdiccional o proceso).

Se debe señalar que nuestra Constitución señala que los poderes emanan del pueblo pero no emanan unos de otros.

Como acontece siempre con el poder derivado de la *potestas*, una cuestión que subyace es la de su legitimidad, que no puede descansar, exclusivamente, en la *auctoritas* del sistema político en el que se asienta sino en que los conceptos respondan, realmente, a su naturaleza.

Si este aspecto no se tiene presente, si se admite esta especie de legitimación de segundo grado, llegará un momento en que se pondrá en tela de juicio el propio sistema político que asume el monopolio de la jurisdicción, con los problemas que de confusión e inestabilidad política conlleva esta situación.

Como se verá más adelante, el *common law* no es solo un sistema de creación o de aplicación del Derecho sino que impone un método político de gobierno.

Precisamente el enunciado de estas tesis pretende resaltar que el concepto de creación y aplicación del Derecho es relevante en la configuración del sistema político.

El poder del Derecho o el Derecho del poder: el de los juristas prácticos o la determinación de la justicia abstracta de filósofos, sociólogos y políticos en su determinación. Esa es realmente la cuestión.

Ahora bien, la aplicación del Derecho puede imponerse por su propia naturaleza, según se deriva de su concepto, se acredita históricamente y puede constatarse en la actualidad, con toda rotundidad, de la experiencia del arbitraje internacional.

En el último capítulo, al trata de la cuestión referida a la necesidad de que la justicia sea más independiente del Estado, abordaremos problemática que guarda relación con lo que aquí se dice.

Todo lo expuesto debe servirnos para destacar el fundamento en que se basa el acuerdo esencial de la doctrina procesalista, al destacar que la nota más característica de la función judicial es, sin duda, la basada en la garantía de la justicia natural, que consiste en que un tercero imparcial resuelva la controversia entre las partes, que son las que inician el proceso. A su instancia se pone en marcha la maquinaria judicial y es precisamente esta actividad procesal, la que provoca la emisión del resultado jurisdiccional.

Existe una estática procesal o Derecho orgánico procesal, del que se deriva el estatus de los jueces y de sus órganos de gobierno, cuyo contenido, en líneas generales, se encuentra en los artículos de la Constitución; y una legitimación dinámica, que se funda en el desarrollo del propio proceso.

Diffícilmente se puede hablar de *iurisdictio* si la estática o la dinámica jurisdiccional no se atienen a los principios propios a los que deben obedecer, cuales son que quien decidida ha de hacerlo según los consagrados principios de justicia natural: por un lado, con independencia y los debidos

conocimientos y, por otro, que las partes, en igualdad de condiciones, puedan alegar y probar tanto cuanto tengan por conveniente y sea procedente al objeto del proceso.

Álvaro d'Ors señala que en el proceso romano las funciones de autoridad y potestad permanecían separadas, ya que el juez, ciudadano sin función pública oficial tenía la autoridad mientras que el pretor, que carecía de saber judicial detentaba la potestad superior del *imperium*, si bien en el proceso extraordinario romano ambas funciones se funden en la misma persona del juez- magistrado, en una confusión que se mantiene en el Estado Moderno de *auctoritas* y *potestas* al seguir acumulando el juez ambas funciones, mayormente, tratándose de funcionarios del Estado encargados de administrar justicia<sup>443</sup>.

Ya se ha hecho mención en páginas precedentes de la basculación del Derecho procesal al sustantivo por la vía del derecho subjetivo, que por el sistema de protección pasará al Estado como garante de los derechos y que constituirá no solo un mecanismo de banalización de los derechos humanos y de la función de los juristas sino de la hipervalorización del Derecho y sistema Administrativo, consecuencia de la glorificación del poder público y de su modo de actuación más prototípico, produciéndose una subyugación del Derecho procesal al sustantivo y con ello de la sustancia mítica del método heterocompositivo de resolución de las controversias, desplazándose la *auctoritas* por la *potestas* del Estado, revestida de la primera como concepto autorreferencial.

Ahondando en estos conceptos se debe tener presente a Mattoso<sup>444</sup>, que señala que como se acredita en las sociedades arcaicas, la organización de un sistema de resolución pacífica de las controversias precede a la organización política y que en las más complejas se verifica una tendencia a la separación entre el poder político y el poder judicial, si bien la concentración de todos los poderes en el Estado torna esa separación menos efectiva de lo que se afirma a nivel teórico.

El poder político garantiza también el orden social, del que dependen las condiciones en que la justicia puede efectivamente ejercer sus propias funciones.

El poder político y el poder judicial continúan, por ello, inseparablemente unidos e interdependientes en las sociedades contemporáneas, ya que el Poder Judicial está efectivamente subordinado al Poder Legislativo, ya que solo puede juzgar sobre la base de la ley que aprueba este y también lo está al Poder Ejecutivo, en la medida en que depende de que le preste los recursos humanos y materiales que necesita para ejercer sus funciones, todo lo cual parece ignorado por los estudiosos

---

<sup>443</sup> Álvaro d'Ors, *Prelección jubilar*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1985, p. 22. En este sentido Vallet de Goytisolo señala que la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como órgano más elevado en el ejercicio de la función judicial debe serlo también en orden a la expresión o determinación del Derecho como convicción de jurisdicción, como juicio racional en el que el ámbito de la razón tiene un rango más excelso que el mero producto de la voluntad, aunque esta sea soberana, de manera que cuanto más convenzan sus razonamientos jurídicos, mayor resultará su prestigio, que ha de basarse en su superioridad racional, en su *auctoritas*, más que en su poder decisorio resultante una situación orgánica, esto es, de su *potestas*. Juan Vallet de Goytisolo, "Glosas al 3º del artículo 10 del Código Civil en relación con la jurisprudencia del Tribunal Supremo", *Anuario de Derecho Civil*, XII-II, 1959, pp. 575 y sgts.

<sup>444</sup> José Mattoso, *Levantar o Céu. Os labirintos da sabedoria*, Circulo de leitores e temas e debates, 2012, pp. 39 y sgts. Ver también Rafael Domingo Oslé, *¿Qué es el Derecho Global?*, Premio Rafael Martínez Emperador, 2007, Consejo General del Poder Judicial, Centro Documentación Judicial, 2008, pp. 127-129.

del Derecho y la justicia, puesto que el principio de separación de poderes, según los politólogos, es uno de los pilares fundamentales de la democracia.

Según los principios vigentes, solo es legítimo el sistema judicial cuando emana del Estado pero esta concepción acaba de subvertir el principio por el cual surge la propia institución judicial, que es la de restablecer los equilibrios sociales rotos o amenazados, sin apropiarse del poder.

En este sentido, el Poder Judicial, desde una perspectiva de diferenciación entre Estado y sociedad civil, como sucede en la época Contemporánea, debería estar más al lado de la sociedad civil que del Estado, y si se contraponen el Estado a la sociedad civil, entonces es preciso concebir al Derecho, no tanto como una emanación del Estado, como preconizan las teorías políticas modernas sino como una emanación de la sociedad civil, de ahí que no parezca conveniente, considerar el principio de vinculación del Poder Judicial del Estado como un dogma intocable e inalterable.

Merece la pena recordar que esa solución viene a recuperar la forma más antigua y eterna de la justicia, que es el deseable arbitraje y así parece ser, según la naturaleza de las cosas.

Si consideramos al Poder Judicial como un poder delegado de la sociedad civil y no como un poder del Estado es conveniente señalar, como corresponde a su naturaleza, que el poder que se ejerce no provenga de sí mismo sino de otros, teniendo en cuenta que hay valores y capacidades que no dependen de la fuerza ni del poder, y que ninguna sociedad puede atacar el equilibrio y el progreso espiritual, razón por la que debemos reclamar no solo una justicia erudita, solemne y poderosa sino una próxima, accesibles, simple y eficaz.

En este punto se quiere llamar la atención sobre la contradicción que supone que cualquier juez sea recusado o se abstenga de resolver un asunto por impartir unas clases en la universidad o por cualquier otra circunstancia menor, cuando, precisamente, en el ámbito de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa está resolviendo, a diario, cuestiones que en que el Estado es parte y es al mismo tiempo, el que le abona sus retribuciones, con lo cual incurriría en la mayor causa de abstención o de recusación posible, con mayor fuerza que otras establecidas legalmente.

Consecuencia de la asunción por el Estado del monopolio de la jurisdicción es la politización de la justicia y la judicialización de la política, alterando la política, desde los más diversos puntos de vista, el deseable ritmo de la justicia y constituyendo tal intervención, la raíz de la ineficacia, el nepotismo político y la corrupción.

La apropiación de la justicia por el poder constituye es una empresa que no debió encontrarse en sus manos o al menos, no de una forma tan absoluta o determinante, utilizando un instrumento de legitimación para el que no se encuentra realmente facultado.

La administración de la justicia debe volver a las raíces en que se funda el arbitraje, base del concepto de jurisdicción, debiendo cumplirse sus decisiones por su *auctoritas*.

La legitimación de la administración de la justicia no debe basarse en la del ente público que le otorga los medios materiales y personales sino en la esencia de su función.

La *potestas* por el que se imponen las decisiones de los Tribunales de Justicia es una manifestación del Estado, que aspira a controlar totalmente al individuo y a la sociedad<sup>445</sup>.

---

<sup>445</sup> Se tratará de esta cuestión con mayor detalle al abordar los apartados correspondientes al Estado de Derecho alemán y

Debe considerarse que el Derecho debe servir a la justicia *servus iustitiae ius est*, ya que ha de ser esclavo de la justicia pero jamás su dueño y entiendo que la justicia es realmente más una cuestión jurídica que política, de ahí la apelación Bíblica destacando su importancia en Isaías 32.17 : “la obra de la justicia será la paz, su fruto reposo y confianza para siempre” por lo que considero que no es bueno que el Derecho se politice, dado el carácter coyuntural de esta y entiendo que, además, no cumple adecuadamente sus funciones cuando deja de buscar la justicia y se convierte en siervo de la política o la economía<sup>446</sup>.

Desde los inicios de la civilización han existido normas que debían cumplirse con amenaza de sanción y no necesariamente derivadas del poder público o de la generalidad sino de la propia convicción, de la que arrancaba su carácter aplicativo o coercitivo, y al hablar de los orígenes arbitrales de la jurisdicción se ha abordado que se cumplían las decisiones heterocompositivas por su propia fuerza, sin necesitar de más.

La jurisdicción solo puede entenderse como decir el Derecho porque por su sola fuerza debe imponerse y cualquier aditamento será perturbador, no solo para la vida del Derecho sino para la sociedad y poder público que lo practique, especialmente, si adquiere tintes absolutistas como en el sistema Continental, a través de la omnipresencia de la ley y de los partidos políticos.

Para la legitimación del poder público, desde luego que apoderarse de la autoridad del Derecho constituye una baza esencial pero puede terminar por pervertirlo, con lo que la enfermedad puede invadir hasta los últimos resortes de los fundamentos de nuestra convivencia y, de otro lado, un Derecho con una contribución mayor y más directa de la sociedad, tanto en su origen como en su mecánica aplicativa, aporta mayor estabilidad al Estado, algo que no parecen entender los absolutistas sistemas de Derecho Continental, que no se atreven a dar el zarpazo final, borrando del Derecho a la costumbre, reducida ya a la mínima expresión y la función imprescindible de la jurisprudencia para que el sistema pueda funcionar.

En los sistemas Continentales se han reducido prácticamente el Derecho a la ley, de un lado, con la intervención política esencial que contiene y, de otro, han establecido el monopolio de la jurisdicción, controlando incluso, al margen de los derechos fundamentales, el órgano de gobierno de los jueces.

El modelo inglés, no solo en el sistema de fuentes resolutivas sino también aplicativas presenta ventajas evidentes de estabilidad en el Derecho, que pueden reportar, en mayor medida, una mayor estabilidad social y política.

El camino que sigue España es el inverso, el Estado, desgraciadamente a través de la política, interviene cada vez más en la justicia, no sólo a través de la ley y de los partidos políticos en el órgano de gobierno de los jueces sino que a través de la potestad ordenatoria del proceso, de instrumentación y documentación, que al igual que la decisión y la ejecución pertenecen al núcleo esencial del concepto de jurisdicción<sup>447</sup>.

---

el Estado Social de Derecho.

<sup>446</sup> Rafael Domingo Oslé, *¿Qué es el Derecho global?* Premio Rafael Martínez Emperador, 2007, CGPJ, 2008, pp. 30, 189 y 190.

<sup>447</sup> José Vicente Gimeno Sendra, *Fundamentos de Derecho Procesal*, Civitas, 1981, pp. 32 y 33.

La nueva oficina judicial atribuye estas funciones esenciales ordenatorias del proceso y de instrumentación y documentación al Letrado de la Administración de Justicia, que para muchas de sus funciones es nombrado, además, con carácter temporal para diversos destinos de forma discrecional por el Ministerio de Justicia o las Comunidades Autónomas con competencias transferidas.

En vez de situar los elementos que inciden directamente en la jurisdicción junto con los jueces y bajo su control se ponen en manos de los órganos políticos, no siempre interesados en el buen funcionamiento ni de la justicia ni del Poder Judicial.

El Estado a través del concepto de derecho subjetivo también incide en el Poder Judicial y en la justicia merced a un instrumento desgajado del proceso.

Más adelante se hará referencia al fenómeno frecuente que otorga soluciones fallidas, al crear una imagen idealizada y por ello falsa de la realidad, a la que se le aplican soluciones ideales, que no resuelven los problemas que en la práctica son los que se plantean: el idealismo como forma de camuflar la verdadera solución de problemas.

En este caso, aunque parece una cuestión menor, verdaderamente, es esencial. ¿Qué sucede con las nuevas situaciones que son dignas de protección pero no se han dogmatizado en supuestos derechos subjetivos o a los que la legislación procesal no otorga acción al no considerarlos legitimados, fenómeno que analizaremos ante los casos de verdadera reserva de jurisdicción en nuestro Derecho español?

Tanto el Derecho romano, a través del pretor, como el *common law*, a través de la acción, le otorgan protección, de ahí su vanguardia en la creación de instrumentos jurídicos válidos y socialmente útiles en la actualidad.

Existiendo, además de derechos subjetivos, situaciones dignas de protección, facultades jurídicas o expectativas jurídicas, entre otras categorías jurídicas (*actio in factum* o *actiones accomodatae* o *ficticiae* por analogía con el *ius civile* en el Derecho romano pretoriano), que no alcanzan la categoría de derechos subjetivos y cuya protección es importante dentro de la función social del Derecho, resulta más aconsejable la extensión por vía de protección eficaz para un mejor desarrollo social y económico de la acción, que la consideración dogmática del derecho subjetivo, dentro de la necesidad de reconocerle al ser humano un ámbito lícito de actuación, al ser humano como ser social<sup>448</sup> y sin que el Derecho Público pueda arrebatarse la totalidad de su libre actuación, como se deduciría de la tesis de los derechos conferidos.

Tanto en el Derecho inglés como en el Continental, a la acción se le otorga y reconoce como derecho humano o público fundamental (Heinecio en el S. XVIII, ya defendía la acción como un derecho y no como un medio para obtenerlo), como derecho de acceso a la justicia (arts. 24 de la CE y 6 del CEDH), que de otro lado serviría para fundar el libre acceso a los Tribunales.

La apelación en una justicia más independiente del Estado choca con el concepto derecho subjetivo y más tarde con el derecho de carácter sustantivo de carácter procesal como derecho fundamental e indirectamente público subjetivo.

---

<sup>448</sup> José Castán Tobeñas, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, T. I, V. II, editorial Reus, Madrid, 1987, pp. 25-55 y 79-87 y T. II, V. I, Madrid, 1982, pp. 27-31.

Este llamamiento a la elusión del Estado en el Derecho no es sino una consecuencia de la insatisfacción del modelo aplicado en que el Estado se apropia del Derecho y la constatación embrionaria del principio civilizatorio heterocompositivo de resolución de los conflictos que ahora pasa por la citada elusión del Estado.

## V. EL SISTEMA JURÍDICO DEL *COMMON LAW*

Cuando se hace referencia al Derecho inglés se hace, propiamente, al de Inglaterra y País de Gales y no directamente al del Reino Unido ni Gran Bretaña, puesto que Irlanda del Norte, por una parte, y Escocia, las islas de La Mancha y la Isla de Man, por otra, no aplican propiamente el Derecho inglés, sí el *common law*, creado por los Tribunales ingleses a partir del s. XI, que también es aplicado en USA, salvo Luisiana, y en Canadá salvo Quebec; en Nueva Zelanda y Australia; en Nigeria, Gana, Tanzania, Kenia, Uganda, Liberia y más recientemente en Mozambique, que seguía hasta hace poco el modelo Continental francés por su herencia del Derecho portugués, siendo tributarios de este sistema también India, Pakistán e Israel. Por ello puede decirse que 1/3 de la Humanidad se integra en el *common law* y significativamente, por lo tanto, en el Derecho inglés, al que se va a hacer referencia más en concreto, en cuanto significa su origen, no haciéndolo pormenorizadamente al del resto, dado que no es preciso abordarlos por el objeto de este trabajo y para las conclusiones que se defienden<sup>449</sup>.

El *common law* no es un sistema de Derecho nacional sino una herencia común de los países de lengua inglesa, de ahí su denominación, a diferencia de los Continentales que se refieren al de cada país (Derecho francés, belga, italiano, etc...).

Al *common law* se le considera un sistema unitario por lo que un precedente inglés del s. XVII puede, en teoría, ser aplicado por un juez hindú o estadounidense y en estos países resulta, siempre en línea de principio, extraño el dogma de la nacionalidad del Derecho, por lo que durante mucho tiempo, la independencia EEUU fue considerada como una circunstancia exclusivamente política e irrelevante para el Derecho.

En realidad, no obstante, el *common law* se ha ido diferenciando, progresivamente, en los diferentes países y se aprecia una sensible diferencia entre Gran Bretaña y Estados Unidos, ya que aunque todos han conservado un modo común de formar y concebir el Derecho, por ejemplo, en Estados Unidos se reconoce autoridad, no tanto al precedente sino a una orientación constante de la jurisprudencia<sup>450</sup>.

Aunque este apartado lleva por rúbrica el *common law* las reflexiones de este apartado se refieren, esencialmente, al inglés, en cuanto que, además de constituir su origen, puede, por este motivo, marcar el rumbo de los tiempos futuros.

La organización jurídica inglesa tiene trascendencia en el orden político, ya que la Monarquía o el Parlamento son tan pertenecientes al *common law* como el derecho de propiedad o la posibilidad de interponer una demanda y en el origen de esa tradición jurídico-política emerge por su energía y

---

<sup>449</sup> Como se sabe, Inglaterra se encuentra la isla de Gran Bretaña y se unió políticamente con Gales a principios del siglo XVI y con Escocia del XVIII, pudiéndose denominar, desde entonces en términos políticos, como Gran Bretaña. A principios del siglo XIX se fusiona con Irlanda y pasa a denominarse Reino Unido, nombre que sigue utilizándose, a pesar de que la mayor parte de Irlanda se independizara en 1921.

<sup>450</sup> René David y Camille Jauffret-Spinozi, *Les grands systèmes de droit contemporains*, novena edición, Codes Dalloz, Paris, 1988, pp. 346 y 347 y Francesca Moretti, *Atlas de Derecho Privado Comparado*, Coordinador Francesco Galgano, Fundación Cultural del Notariado, 2000, p. 29.

clarividencia, la figura de Edward Coke, que lo defendió con valentía frente a las pretensiones Absolutistas de los primeros Estuardo y el derecho divino de los reyes que defendían estos últimos, ser el mentor de la *Petition of Rights* de 1628, precedente inmediato del *Bill of Rights* de 1689 y de la vigencia de la Carta Magna de 1215 y recoger en sus Reports, los principios jurídicos de consecuencias políticas y que se consideran, como se pretendía, la mejor manera de recoger la tradición jurídica.

La lapidaria sentencia legada a Occidente por el Derecho Romano según la que la ley es lo que place al príncipe: “*quod principi placuit legis habet vigorem*”<sup>451</sup> ha marcado como una pesadilla el decurso de nuestra civilización de los últimos siglos y cuando a finales del s. XI fue recuperada para Occidente de la Recopilación mandada hacer a Triboniano por el emperador Justiniano no pasaba de ser una afirmación exótica por la importancia de los poderes locales, feudales, la costumbre, la religiosidad del pueblo y el poder de la Iglesia pero las circunstancias habían cambiado mucho a principios del S. XVII o al menos, lo suficiente como para que los reyes pensarán que la apoteosis teórica y práctica de este principio era posible<sup>452</sup>.

## **1. EL SISTEMA INGLÉS DE DERECHO COMO MODELO DE RESPETO ALAS TRADICIONES**

### **A. LOS ORÍGENES Y CAUSA DE SU PECULIARIDAD RESPECTO DEL MODELO CONTINENTAL EUROPEO. LAS PROFESIONES JURÍDICAS EN INGLATERRA.**

El *common law* (en latín *ius commune*) puede definirse, en un sentido estricto, como el mejor sentir de la comunidad, enunciado y mantenido por los antepasados y consecuencia de la aplicación que llevan a cabo, entre 1066 y 1485, los jueces Reales itinerantes, cuyas resoluciones son muy apreciadas por la población local porque la consideran una justicia más equitativa, que las jurisdicciones señoriales o locales que, normalmente, eran más corruptas e injustas.

Estos jueces Reales itinerantes cuando vuelven a Westminster, tras sus desplazamientos, contrastan juntos las diversas costumbres que han encontrado en los diferente lugares y tras un proceso de eliminación de las que consideran más absurdas o inadecuadas recogen las que corresponden al buen sentido y a la razón, formando así un cuerpo uniforme de Derecho consuetudinario válido para toda Inglaterra, las *stare decisis*, que se aplicarán a los juicios ulteriores, que de esta manera utilizan las decisiones adoptadas en el pasado<sup>453</sup>.

Aunque es en este periodo cuando se produce la creación del *common law* es necesario referirnos a la época anterior y posterior, y con más detalle a la citada, ya que es en esta época cuando aparecen muchos de sus elementos más característicos.

---

<sup>451</sup> *Digesto*, I, 4, 1.

<sup>452</sup> Elio A. Gallego García, *Common Law. El pensamiento político y jurídico de Sir Edward Coke*, ediciones Encuentro, 2011, pp. 13-21.

<sup>453</sup> Francisco José Contreras, *La Filosofía del Derecho en la Historia*, Tecnos, 2016, pp. 160 y 161.

Los romanos dominaron gran parte de la actual Gran Bretaña hasta el año 407 pero no consiguieron dejar una fuerte impronta en las tierras conquistadas pues ni su Derecho ni su lengua sobrevivieron más allá del tiempo que duró su permanencia en aquellos lugares por lo que no puede hablarse, con rigor, de romanización.

En fechas posteriores se produjo la invasión de los pueblos de origen germánico, dando lugar a la heptarquía anglosajona o el poblamiento de siete reinos en el centro y en el sur de Gran Bretaña.

Hasta la introducción del cristianismo de la mano de San Agustín de Canterbury en el año 597, el Derecho estaba formado por un conjunto de costumbres y tradiciones ancestrales, de procedencia consuetudinaria y carácter muy arcaico, basándose la resolución de los conflictos en la autocomposición y merced al poder Real dieron paso a la heterocomposición, a través de métodos muy parecidos a nuestras ordalías.

Al llegar los normandos a Inglaterra en el año 1066, este pueblo procedente del norte de Francia, utilizaban su lengua como medio de comunicación y el surgimiento del *common law* no parece que surgiera con la finalidad de crear una tradición jurídica nueva sino para controlar políticamente el territorio, utilizando la impartición de la justicia para este fin, a través de lo que se conoció como la doctrina de la paz del reino o del rey<sup>454</sup>.

Enrique II Plantagenet puso en marcha cuatro instrumentos de tipo jurídico que resultaron fundamentales para llevar a cabo los planes de centralización y control de los monarcas normandos: 1) La transformación del Consejo Real o *Curia Regis* en tribunales permanentes con sede en Londres, formados por jueces profesionales; 2) La puesta en marcha de un sistema de jueces itinerantes, que recorrían el país administrando justicia en nombre del rey; 3) La instalación del jurado popular como pieza fundamental de los procesos para fijar los hechos del caso; y 4) intervención de los *writs*, como necesarios e imprescindibles para dar inicio a los procesos judiciales.

El Consejo Real o *Curia Regis* era un órgano de origen feudal, en el que se concentraban las funciones legislativas, judiciales y conciliares, y estaba formado por una asamblea de nobles, terratenientes y eclesiásticos para dar apoyo y consejo al rey en las materias en que lo solicitaba, ya fueran fiscales, legislativas, religiosas o de otra índole.

De esta *Curia Regis* surgieron los tres tribunales con sede en Westminster que administraban justicia en nombre del rey y que más tarde darán lugar a la aparición de los jueces itinerantes: el *Exchequer*, que conocía fundamentalmente de la recaudación de impuestos y asuntos fiscales, la *Course of common pleas*, orientado a solventar cuestiones de Derecho civil y el *King's Bench*, encargado de enjuiciar delitos penales y otras infracciones civiles que pudieran poner en riesgo la paz del reino.

Enrique II comenzó a enviar a sus jueces para que administraran justicia en su nombre desde Westminster por todo el país, jueces que llegaron a tener un gran prestigio porque no estaban sometidos a las presiones de los caciques locales y sus decisiones, que se hicieron comunes en todo el Reino, se discutían con el resto de colegas, aplicándoles ciertos criterios de racionalidad, por lo que una vez que fueron recopiladas puede hablarse de la continuidad del Derecho inglés a través de los

---

<sup>454</sup> Que implicaba que el soberano podía intervenir siempre que fuera necesario para juzgar y condenar cualquier acción ilícita o cuando se pusiera en riesgo la paz del reino y de esta manera se fueron socavando los poderes de los señores locales y de la justicia eclesiástica.

tiempos, dando lugar al precedente judicial para resolver los casos sucesivos y resultado de ello, la creación judicial del Derecho.

Estas circunstancias también contribuyeron a la creación del jurado popular, ya que estos jueces acudían momentáneamente a los lugares y tan solo contaban con la ayuda del *sheriff* local, por lo que tenían que acudir al testimonio de los habitantes de la localidad para poder fijar los hechos y por analogía con el jurado que se utilizaba en los tribunales eclesiásticos, en los que los testigos eran interrogados por el juez mediante una serie de preguntas destinadas a determinar la veracidad de los hechos presentados en el juicio.

Existía también una prueba de confesión a través de la *purgatio*, en la que el acusado juraba su inocencia y debía encontrar otras doce personas que apoyarán esta afirmación con su propio juramento de ahí el origen de *jury*<sup>455</sup>.

Este jurado popular se ocupaba de los hechos mientras que el juez pronunciaba el Derecho.

Esta justicia Real a través de los jueces itinerantes se consideraba mucho más racional, independiente y efectiva para obtener justicia.

La forma de poner en marcha su intervención consistía en dirigirse al rey a través de su canciller y solicitarle, previo pago a la Tesorería Real, la emisión de un escrito provisto de sello regio que se denominó *writ*, escrito llamado “breve” en latín y redactado por unos funcionarios llamados *curiators* sobre un pergamino, en el que se expedía una especie de mandamiento u orden conforme a ciertas fórmulas fijas, que correspondían con las diversas modalidades de acciones judiciales que podrían emprenderse, que daba lugar al inicio del procedimiento y que en la práctica dió lugar a su estandarización en modelos adaptados a cada tipo de pleito y también como formas de acción (*forms of action*).

En ellos no se incluía una relación de los hechos presentados por el actor, ni siquiera una síntesis de sus pretensiones sino que se trataba, más bien, de una orden administrativa que la Chancillería dirigía al *sheriff* local para que este último actuase de una determinada manera sobre la base de la petición solicitada, tratando de imponer el *sheriff* una conducta en nombre del rey: pagar cierta cantidad, devolver la propiedad de una tierra o llevarse a cabo cualquier actuación; de manera que si el requerido no cumplía lo ordenado se ponía en marcha la justicia del rey y el procedimiento específico establecido para cada acción.

Este creciente protagonismo de la justicia Real dio lugar a una oposición por parte de los señores feudales y a su petición, en el año 1258, se dictó la *Provisions of Oxford*, mediante cuyo compromiso el rey aceptó que la Chancillería dejase de crear nuevos *writs*. Sin embargo, años más tarde, en 1285, se permitió la creación nuevos *writs* a través de la aplicación, por analogía de las viejas formas de acción, a casos nuevos siempre que existiera una similitud entre ambos.

---

<sup>455</sup> En un principio, la labor de estos jurados se asemejaba mucho a la de los testigos pues eran interrogados por el juez mediante una serie de preguntas tasadas y destinadas a determinar la veracidad de los hechos presentados en el juicio, como un grupo de vecinos citados por algún funcionario público para responder bajo juramento a una serie de preguntas, evolucionando y ganando importancia hasta convertirse en protagonistas de los procesos penales e incluso de muchos civiles.

El mecanismo procesal de los *writs* se conservó en el Derecho inglés hasta las reformas del s. XIX y dio lugar a que esta tradición jurídica adquiriese algunas de sus características más peculiares.

Los acontecimientos históricos y a consecuencia de que parte de las pretensiones no encajaban en los *writs* existentes constituirán las causas que motivarán la creación del Tribunal de Equidad y a la consagrada fórmula, como sucedía en el Derecho Romano de la República, *remedies precede rights* (la acción crea el derecho, aspecto del que ya me he ocupado en el apartado correspondiente al derecho subjetivo) y que hace referencia a que son las acciones, las que dan pie a las decisiones de los jueces y determinan que sea la jurisprudencia, la fuente esencial creadora del Derecho en el *common law*.

A finales del siglo XV, el *common law* se encuentra plenamente formado y desde estas fechas hasta mediados del s. XIX se puede decir que es una etapa que se pudiese denominar de consolidación, en la que aparece y se desarrolla el Tribunal de la Equidad y se consolida en Inglaterra un sistema político, que se ha venido en denominar de gobierno mixto, en el que la monarquía, la aristocracia y el pueblo compartirán las principales facultades del gobierno y se comienza a llevar a cabo la compilación y enseñanza del *common law*.

A consecuencia de las limitaciones introducidas en los *writs* por el rey, a petición de los señores feudales y la presión popular de apelar al rey para conseguir la mejor solución de sus conflictos jurídicos, dado que entonces muchas peticiones populares no tenían posibilidad de resolverse ante la jurisdicción del rey, ante los tribunales del *common law* ni por analogía con los procedimientos existentes, la vieja costumbre de pedir justicia directamente al rey apelando a su conciencia o a su misericordia determinó, como se ha dicho, primero, la creación de los Tribunales de Wetsminster y con posterioridad, su delegación en el canciller<sup>456</sup>.

La *Court of Chancery*, conocida como *Equity Court* se creó en 1474 y no se integró formalmente en el sistema judicial del *common law* hasta 1873.

Constituía un sistema judicial independiente y alternativo a los tribunales ordinarios, en el que el canciller decidía los asuntos presentados ante su tribunal, decidiendo sobre la base de su propia conciencia o de lo que consideraba moralmente justo, sin sujetarse a las estrictas reglas del precedente, que iban construyendo los tribunales ordinarios.

Este concepto institucional originario basado en la moral o en la conciencia, cuyo campo de actuación se limitaba a cuestiones civiles de carácter cotidiano y que pudiésemos denominar de menor cuantía, alcanzó un carácter institucional al usar para resolver ciertas máximas, principios flexibles o creativos, que no eran los usados por los Tribunales ordinarios pero que como canalizaban un mejor sentido de la justicia eran muy apreciados por los justiciables.

Por ello consagró muchos conceptos jurídicos novedosos (nuevas formas de propiedad, de representación o soluciones más justas para los casos de incumplimiento contractual).

---

<sup>456</sup> Que como miembro del Consejo Real era la mano derecha del Rey y uno de los hombres más poderosos del reino, considerado también como el guardián de su conciencia, confesor del monarca y su principal asesor en materia espiritual, por lo que el *Lord Chancellor* perteneció siempre al clero y solía ser un obispo, que por sus conocimientos legales asesoraba al rey, en gran número de asuntos terrenales y espirituales, realizando las funciones propias de un secretario de Estado.

En el s. XVI, bajo el reinado de Enrique VIII y con Tomás Moro como *Lord Chancellor* comenzaron a recopilarse preceptos y doctrinas de la equidad y se adquirió, al igual que en los tribunales del *common law*, el compromiso del precedente.

Algunos de los principios consagrados por este Tribunal de *Equity* tienen vigencia en el Derecho moderno tales como que: “la equidad no tolera agravio sin reparación”, “la equidad protege al diligente frente al indolente”, “el que acude a la equidad debe hacerlo con las manos limpias”, “la equidad mira a la intención más que a la forma” o que “quien busca la equidad debe también proceder con rectitud”.

Estas máximas suponen un intento doctrinal de sistematizar la equidad a través de una serie de fórmulas lacónicas que sintetizan los principios generales en los que se inspiraba el Tribunal de la Chancillería,

De esta manera, la equidad matiza y complementa el *common law*, sin pretender desplazarlo o sustituirlo, es decir, mientras que el *common law* es un sistema completo y autosuficiente, la equidad, al estar formada por un conjunto de reglas complementarias que lo matizan no podría ser autosuficiente como sistema jurídico<sup>457</sup>.

Este Tribunal de la Equidad no usaba la institución del jurado sino que, directamente, averiguaba los hechos y decidía sobre las cuestiones planteadas, forma de actuación, que se parecía mucho a los tribunales eclesiásticos, no en vano, normalmente, el canciller era un clérigo formado en el Derecho canónico.

El prestigioso jurista inglés Fitzherbert (1470-1538) sostenía que la ideología en que se basa la *equity* derivaba del Derecho canónico, en cuyo ámbito se había formado la concepción por la que se consideraba que las circunstancias de la vida social son tan variadas que era imposible que las normas jurídicas *the rule of law* las abarcasen todas, de ahí que surjiese la necesidad de la *equity*, fundada en la conciencia moral del juez, que realiza la justicia del caso, templando y mitigando lo abstracto que, inevitablemente, poseen las normas jurídicas y rellenando sus vacíos<sup>458</sup>.

Castan Tobeñas también considera que los primeros jueces Reales itinerantes nombrados por los normandos procedían del ámbito eclesiástico y que a través de ellos penetró el Derecho canónico en el *common law*, destacando también las semejanzas existentes entre la *equity* inglesa, el *ius aequum* y el *ius gentium* de los romanos, tanto en cuanto a Derecho sustantivo como en aspectos procesales<sup>459</sup>.

En 1616 tuvo lugar un acontecimiento de gran importancia, que marcó la evolución de la equidad dentro del sistema de fuentes del *common law*, al proclamar Jacobo I la supremacía filosófica de la equidad y ordenando que, en caso de conflicto, prevalecieran las decisiones tomadas por el Tribunal de la Chancillería, de manera que el Tribunal de la Equidad se constituía como un complemento

---

<sup>457</sup> Natalia del Barrio, *La jurisprudencia en el common law (desde la perspectiva del jurista continental)*, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, pp. 33 y 34. Las resoluciones de este Tribunal de Equidad se denominaban “remedios”, ya que este tribunal no estaba destinado a sustituir a los tribunales ordinarios sino a completar su actividad, suavizando o remediando el carácter extremadamente rígido y a veces injusto de sus resoluciones, y dando lugar a soluciones muy innovadoras para su época.

<sup>458</sup> Fernando Cuñado de Castro y Ruth Gámez González, *Introducción al Common Law*, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, pp. 64 y 66.

<sup>459</sup> José Castán Tobeñas, “Contemporary legal system of the western world”, *Contemporary judicial review*, 88, 1964, pp. 152 y 153.

necesario para mitigar los rigores del *common law* y por su carácter complementario y corrector, sus resoluciones se debían observar, por encima de las de los Tribunales ordinarios<sup>460</sup>.

Como se ha dicho, Hespanha<sup>461</sup> considera que durante la Edad Media y Moderna en Europa se produce una doble realidad en la teoría y práctica del Derecho, ya que junto al Derecho culto de pretensiones universalistas, que proviene de la evolución de los Derechos romano y canónico, existía una cultura jurídica popular, en general despreciada por los cultos, que trataban a este *ius rusticorum* localista, en sentido paternalista, peyorativo y condescendiente.

Entiende que apenas uno de cada diez jueces pertenecían a esta élite mientras que el resto de jueces de los concejos apenas sabían leer y escribir, no digamos ya en latín, en que se escribían tanto las leyes como las sentencias cultas, por lo que considero que en el sistema inglés se produjo una interconexión entre el método jurídico culto y los materiales populares, dando lugar a este sistema jurídico de personalidad propia.

Este autor también nos puede servir para poner de manifiesto la polémica existente de la leyenda negra que se extendía sobre el *ius commune* en Inglaterra, ya que se consideraba la dedicación subversiva de los clérigos y estudiantes ociosos sobre el Derecho municipal de Roma, en perjuicio del admirable sistema jurídico inglés, defendido con empeño por el rey y los jueces ingleses<sup>462</sup>.

Como se ha dicho, el *common law* se asienta sobre los *writ*, que es una petición breve a la Corona presentada ante los oficiales de la justicia para que la Chancillería Real examinara el caso y nombrase un *sheriff* que le defendiera ante el representante de la justicia Real y, por oposición, para que la justicia señorial o feudal no pudiese actuar en tales casos<sup>463</sup>.

Las leyes de la Judicatura de 1873 y 1875 llevaron a cabo la reestructuración integral de la Administración de justicia que había imperado desde la Edad Media: el Tribunal de la Cancillería fue abolido y desaparecieron los *wright*, se redefinieron las normas aplicables mediante la consolidación de un cuerpo único de *common law* y de *l'equity*, que todos los Tribunales debían aplicar como preceptos, todos ellos, del Derecho inglés<sup>464</sup>.

Adam Smith consideraba con orgullo, que la libertad de los ingleses reposaba, principalmente, en el escaso poder de los jueces para explicar, alterar, extender o corregir el sentido de las leyes pero ello quizás fuese realmente así hasta la *Judicature act* (1873-1875), ya que este sistema provocó una gran rigidez en el Derecho, que precisó de la equidad, a lo que se unía que hasta el s. XIV había una gran

---

<sup>460</sup> Fernando Cuñado de Castro y Ruth Gámez González, *Introducción al Common Law*, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, pp. 35-59. La confrontación quedó resuelta con ocasión del célebre caso del *Earl of Oxford* de 1615, en el que se enfrentaron dos de los más insignes juristas de la época: Coke, Justicia Mayor del Reino y el canciller Ellesmere, preguntándose al rey Jacobo I, cuál de las dos fuentes debía prevalecer, resolviendo a favor de la equidad. Cit. Natalia del Barrio, *La jurisprudencia en el common law (desde la perspectiva del jurista continental)*, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, p. 32.

<sup>461</sup> António Manuel Hespanha, *Cultura Jurídica Europea*, Almedina, 2018, pp. 151-278.

<sup>462</sup> *Ibidem*, pp. 172-175 y 252-277.

<sup>463</sup> Por este motivo, hasta las Leyes de Organización judicial de 1873 y 1875, la justicia Real se aplicaba como jurisdicción de excepción.

<sup>464</sup> Natalia del Barrio, *La jurisprudencia en el common law (desde la perspectiva del jurista continental)*, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, p. 37.

resistencia de los señores feudales conceder este tipo de acciones o *writs*, ya que de esta manera mantenían sus prerrogativas<sup>465</sup>.

Los juristas ingleses se centran, especialmente, en las cuestiones de procedimiento e interpretación lingüística, basándose el Derecho inglés, predominantemente, en la búsqueda de la solución precisa a través de los procedimientos existentes, de ahí el predominio del procedimiento en el sistema de Derecho, *remedies precede rights*.

En Roma, el pretor, sobre los principios de justicia o equidad podría admitir o denegar una acción, integrando o corrigiendo de esta manera el *ius civile* y con estas decisiones se formó un cuerpo normativo autónomo, llamado *ius pretorium* o *ius gentium*.

Las recopilaciones del precedente, del *common law* y de la doctrina la llevan a cabo Glanvill en el s. XII (*Tractatus de legibus et consuetudinibus regni Anglica*); Bracton en el s. XIII (*De Legibus et Consuetudinibus Anglica*); Fortescue en el XV, en su obra *De laudibus legum Angliae*; en el s. XVI, Saint-Germain, con su obra *Doctor and Studen*; Coke con su obra publicada en el S. XVII, *Institues of the Laws of England* y Blackstone en el S. XVIII, que en su obra *Commentaires on the laws of England* señalaba que la razón es la vida del Derecho y el *common law* no es otra cosa que la razón<sup>466</sup>.

De lo expuesto se deduce que los jueces ingleses proclaman pero no revelan, lo que en todo tiempo ha sido el Derecho, por la importancia que se atribuye al precedente y merced a la elaboración de la justicia del caso, valorando y aplicando las nuevas combinaciones de circunstancias, a las reglas contenidas en los precedentes judiciales.

El Derecho inglés, sin embargo, no debe ser considerado como un Derecho consuetudinario.

---

<sup>465</sup> De esta afirmación se puede deducir que este jurista y economista inglés (1723-1790) no valoraba correctamente la función de los jueces en el *common law* y además introdujo varias cuestiones que han resultado de un gran peligro en el desarrollo social, como lo es la introducción del desarrollo de poderes de policía a través de la educación y el buen gusto de las técnicas de fomento, que han servido para conducir a la sociedad y como elemento de la corrupción generalizada que nos asola ( sin duda precedentes de la dictadura de lo políticamente correcto) y con relación a la técnica de gobernar, la introducción de las especialidades nacionales del Derecho Público, como perturbadoras de un concepto estricto del gobierno jurisdiccional, en que el rey comparecía en situación de igualdad con los particulares, despojados de cualquier prerrogativa y sujetos a las reglas del Derecho Común, considerando que la naturaleza del Derecho Público no puede ser el propio de las relaciones del Derecho Privado, ya que consideraba que comprendía los deberes de los súbditos, ya que no hay un Tribunal que pueda juzgar a una autoridad soberana, siendo este Derecho Público incierto incluso en Inglaterra, en que las fronteras exactas del poder del rey habían sido razonablemente fijadas en la Revolución de 1868 y cuando el rey se presentaba como soberano en el ejercicio de sus competencias públicas nadie podía pretender determinar hasta dónde llegaba su poder, tal y como acontecía en Francia, España o Turquía. No siendo solo Smith el que se pronunció sobre el carácter natural y difícilmente limitable del poder público siempre que se dirija al bien público y a consecuencia de estas afirmaciones va a nacer una nueva rama del Derecho conocido como Derecho Administrativo, derivado de la supremacía natural del Público sobre el Privado, y que y que por tal motivo no le fueran aplicables los principios de la jurisdicción común. Adam Smith, *Lectures on jurisprudence*, (Glasgow edition of work) V., (1762-1766), edi. R. L. Meek, D. D. Raphael and P. G. Stein, Indianápolis, Liberty Fund, 1982. Cit. António Manuel Hespanha, *Cultura Jurídica Europeia*, Almedina, 2018, pp. 234-237.

<sup>466</sup> El gran jurista Blackstone (1723-1780) alternó el ejercicio de la abogacía con su labor docente en la Universidad de Oxford, poniendo a disposición de los estudiantes los conocimientos celosamente custodiados por el gremio de los juristas *inss of court*, teniendo una notable influencia en los juristas y políticos de las colonias y cuyos comentarios influyeron notablemente en el pensamiento de los Padres Fundadores de Estados Unidos. Fernando Cuñado de Castro y Ruth Gámez González, *Introducción al Common Law*, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, pp. 64 y 66.

La costumbre inmemorial del Reino sobre la que se funda la teoría del *common law* es realmente un Derecho jurisprudencial fundado en la razón, y la costumbre actual desempeña en el Derecho inglés, un papel muy restrictivo, que solo de manera muy ocasional aparece como modo de solución<sup>467</sup>.

Los jueces que ostentan inamovilidad son, exclusivamente, los de órganos superiores, que son los que pueden crear la regla del precedente (*House of Lords* (hoy *Supreme Court of the United Kingdom*), *Court of Appel* y *High Court of Justice*), que se considera de gran vinculación para los casos sucesivos y para los órganos inferiores.

Como se ha dicho, se debe destacar la importancia de *l'équity*, que aunque en un principio no formaba parte del *common law* contiene virtudes morales que desde 1873 forman parte, directamente, del Derecho Inglés y son relevantes en su aplicación, constituyendo un complemento o un apéndice, que pone en cuestión principios jurídicos establecidos, tanto por el *common law* como por los textos legislativos y que se aplican, normalmente, en defensa de los derechos de las personas, por los defectos que produce un excesivo formalismo, la duración de los procedimientos o que determinados perjuicios no puedan compensarse adecuadamente.

Los mandatos y el respeto a las decisiones judiciales es connatural al sistema, puesto que se considera que la justicia debe ser expeditiva y categórica y, además, a través de los denominados *contempt of court*<sup>468</sup>.

*Es decir, que* los propios jueces pueden adoptar medidas contra aquellos que no obedecen sus decisiones o perturban el correcto funcionamiento de la justicia, como puede suceder en los casos en que se producen procesos paralelos en la prensa.

El carácter esencialmente práctico del Derecho inglés ha condicionado su enseñanza, que se ha llevado a cabo, esencialmente, a través de las corporaciones profesionales que lo ejercían en la práctica.

Mientras que en las Universidades europeas Continentales se estudiaba el Derecho romano-canónico<sup>469</sup>, en Inglaterra solo se estudiaba el Derecho romano en Oxford y Cambridge, en las que no fue sino hasta mediados del s. XVIII cuando comenzó a estudiarse el Derecho nacional.

## - LAS PROFESIONES JURÍDICAS EN INGLATERRA

En el Reino Unido, el acceso en la profesión de abogado se lleva a cabo tras un examen de ingreso y después de obtener una titulación de Grado en la Universidad, normalmente de *bachelor of law* (*bachelor of arts* en las Universidades de Oxford y Cambridge), ya que sirve cualquier Grado, si bien en caso de ser diferente a Derecho es necesario realizar un *common professional examination* en materia jurídica durante un año.

---

<sup>467</sup> Una ley de 1275 señala que la costumbre inmemorial es aquella que existía en 1189, por lo que las costumbres se encuentran consagradas por la ley o la jurisprudencia, lo que les hace perder su carácter de costumbre.

<sup>468</sup> Que implican un apercibimiento de imposición de penas severas, incluida prisión, que se adoptan sin jurado ni posible apelación.

<sup>469</sup> Hasta el s. XVII no se comenzaron a estudiar los Derechos nacionales en las Universidades europeas Continentales.

Tras la superación de la prueba de acceso se lleva a cabo una formación en los *Inns of court de barrister* o de *solicitors*<sup>470</sup>.

Las funciones de los abogados son desempeñadas por los conocidos *barrister*, que defienden los asuntos ante los Tribunales superiores y los *solicitors*, que desempeñan su función ante los inferiores, asesoran, realizan la función de elaboración de documentos, etc....

Muchos notarios han sido antes o compaginan las funciones de *solicitors* y sus funciones son parecidas a las del sistema Continental, si bien no se acude a ellos con tanta frecuencia en los negocios privados, que se realizan con la intervención de testigos<sup>471</sup>.

En Inglaterra no existe propiamente una Carrera judicial como sucede en los países de Derecho Continental sino que el reclutamiento de los jueces de las últimas instancias se realiza, normalmente, entre los abogados de mayor prestigio y entre los que ya ocupaban los órganos judiciales superiores.

Los jueces son nombrados por la Reina a petición del Primer ministro, por el *Lord Chancellor* o directamente por ellos mismos en algunos casos.

La reforma Constitucional de 2005 reforzó la separación de poderes eliminando las competencias judiciales de la Cámara de los Lores, creando el Tribunal Supremo y eliminando determinadas funciones del *Lord Chancellor*, que podrían comprometer la independencia del poder judicial a manos de los poderes Legislativo o Ejecutivo<sup>472</sup>.

Creó la *Judicial Appointments Commission*, que gestiona el proceso de selección, estableciendo los requisitos de formación y experiencia con el fin de hacerlos públicos y transparentes, y que son diferentes según el Tribunal al que se pretende acceder, si el cargo se ocupará a tiempo total o parcial, y si es o no asalariado, exigiéndose, según los casos, una experiencia previa de 5, 7 o más años de *barrister*, *solicitor* o profesor universitario.

Se realizan diversas pruebas personales y peticiones de informes, tras lo cual se realiza la recomendación al *Lord Chancellor*, *Lord Chief justice of Senior president* y una vez nombrado, el *Judicial Studies Board* juez se realizan cursos de formación *ad hoc*.

Sobre la base de lo expuesto se deduce que mientras que el juez Continental lo es, esencialmente, sobre la base del Derecho aprendido en la Universidad, el inglés basa más su cualificación, no directamente en su mayor formación técnica ( que también resulta a la postre) sino en haber alcanzado experiencia y prestigio profesional previo en el ejercicio de la abogacía, de manera que antes de sentarse como juez en estrados ha bregado como abogado en el foro.

Este extremo no se considera del todo adecuado en el Derecho Continental, ya que se entiende que es positivo abordar la Carrera judicial desde una perspectiva impoluta para conseguir un mayor

---

<sup>470</sup> Francisco José Contreras, *La Filosofía del Derecho en la Historia*, Tecnos, 2016, p. 161.

<sup>471</sup> Se utilizan, esencialmente, para cuestiones de venta de inmuebles, testamentos o negocios radicados en el extranjero. Fernando Cuñado de Castro y Ruth Gámez González, *Introducción al Common Law*, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, p. 271.

<sup>472</sup> Se pretendió con ello, potenciar la separación del Poder Judicial sobre la base de los criterios interpretativos y de aplicación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y de las funciones que desempeñaba el *Lord Chancellor*, en atención a la doble naturaleza que desempeñaba la Cámara de los Lores, que hasta entonces había desempeñado funciones judiciales.

grado de objetividad e imparcialidad, valores que se pueden ver comprometidos desde el prejuicio que determina el ejercicio continuado de parte.

No obstante, también puede entenderse, que es más comprometida la independencia del poder político de un empleado público, que la de quien trasvasa con facilidad y frecuencia de la función jurisdiccional a la profesión liberal y viceversa, y que de esta manera puede más fácilmente comprender la perspectiva del ciudadano que acude a solicitar justicia del Tribunal<sup>473</sup>.

Hasta ese año 2005, el *Lord Chancellor*<sup>474</sup> controlaba la actividad de los jueces, de manera que tenía funciones legislativas, ejecutivas y judiciales<sup>475</sup>, lo que parecía contradecir la célebre separación de poderes de Inglaterra, admirada desde siglos.

Normalmente el *Lord Chancellor* es elegido entre quienes han ejercido las más altas funciones judiciales o han desempeñado las funciones de *Attorney General*, que como oficial de la justicia de la Corona representa, en ciertos asuntos civiles o criminales, a la Corona y el interés público ante los Tribunales.

El *Solicitor general* es adjunto al anterior o *Director of public Prosecutions*, que a diferencia de los anteriores no es un cargo político sino que es un alto funcionario que se ocupa de vigilar los procedimientos judiciales y de que los delitos sean realmente perseguidos y castigados.

Como se ha dicho, en 2005 se creó el Tribunal Supremo del Reino Unido (*Supreme Court of the United Kingdom*), que comenzó a funcionar en 2009 para resolver las cuestiones jurídicas más relevantes, que con anterioridad resolvía la Cámara de los Lores y que se producen en Inglaterra y Gales e incluso en Escocia e Irlanda del Norte que, sin embargo, tienen sistemas judiciales separados.

Este Tribunal está compuesto por un presidente<sup>476</sup>, un vicepresidente y diez jueces.

El Tribunal no puede anular las leyes aunque sí puede anunciar una declaración de incompatibilidad con los derechos contenidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, tanto de las leyes como de la legislación delegada pero ni el Parlamento ni el Gobierno se encuentran obligados a aceptar tal declaración, aunque pueden hacerlo y llevar a cabo la correspondiente modificación de las normas jurídicas correspondientes.

---

<sup>473</sup> Natalia del Barrio, *La jurisprudencia en el common law (desde la perspectiva del jurista continental)*, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, pp. 95-103, 110 y 111.

<sup>474</sup> Pudiera decirse que es el equivalente al Ministro de Justicia en otros países y como el resto de miembros del Gobierno es elegido entre los diputados de su partido, es decir, entre la mayoría de los Comunes.

<sup>475</sup> En materia legislativa proponía a la Cámara Alta las medidas legislativas propuestas por el Gobierno; en materia judicial nombraba a todos los jueces, incluidos los miembros de los Tribunales Administrativos y proponía las reformas de los Tribunales. Presidía la Cámara de los Lores en sus funciones judiciales y es también, en parte, Ministro del Interior y controla las fuerzas de la policía que desarrollan funciones en el ámbito penal y de prisiones, siendo revocable su mandato, como el de cualquier Ministro, en cualquier momento por el Primer Ministro.

<sup>476</sup> El presidente del Tribunal, que ahora es el *Lord Chief of Justice*, nombra al *Head of criminal justice*, al *Head of family justice* y a otros cargos judiciales, y hace también la propuesta al Primer Ministro de otros nombramientos judiciales. Forma parte de la Comisión de nombramientos judiciales, en la que participan miembros de las de Inglaterra y Gales, Escocia e Irlanda del Norte (Comisiones de asesoramiento formadas por juristas, mayoritariamente jueces y de la que también forman parte otras personas que no tienen formación jurídica: se crearon en el año 2002 en Escocia, en 2005 en Irlanda del Norte y en 2006 en Inglaterra y Gales) y propone al Primer Ministro, el nombre del juez que cubra la vacante producida en ese Tribunal Supremo, que, a su vez, lo propone a la Reina para su nombramiento.

Puede, eso sí, anular por ser contraria a las leyes o por un defecto o exceso de poder, la normativa de segundo orden derivada de estas leyes.

Otras categorías judiciales son los *judges of High Court of Justice*, los *lords justices of Appeal*, los *circuits judges*, los *recorders*, los *district judge* y los *magistrates*<sup>477</sup>.

Tanto en Inglaterra como en USA, la intervención del pueblo en la justicia es muy común, no solo a través del jurado sino de los que se denominan *magistrates of courts*, ya que se considera una forma de evitar que los principios del pueblo no sean secuestrados por una élite de funcionarios o revolucionaria.

Junto a las *ordinary courts*, que verán sus recursos, se encuentran los *statutory tribunals*, creados para resolver materias concretas dentro de los que se encuentran, entre otros muchos, los *tribunals*, Tribunales que resuelven las quejas de los ciudadanos con la Administración (*Asylum and immigration* o los *Land tribunals* en materia expropiatoria), formados por un juez técnico y dos representantes de las organizaciones de las partes, como órganos que actúan dentro de la propia organización administrativa, en los ámbitos de los distintos carteras ministeriales, de entre el que sobresale, en el ámbito laboral, los *Employments tribunals*.

Las decisiones de estos Tribunales Administrativos pueden ser apelables ante la jurisdicción ordinaria superior pero por motivos tasados y formales de aplicación de la ley vigente o de excesos o abusos de poder, debiéndose tener presente, que materias que en el sistema Continental son conocidas por los órganos judiciales Administrativos son conocidas en Inglaterra por la jurisdicción Civil, tal y como sucede en las materias de responsabilidad civil o contratos.

Como se ha dicho, la reforma Constitucional de 2005 tuvo por objeto acentuar la separación de poderes, eliminando las competencias judiciales de la Cámara de los Lores, creando el Tribunal Supremo y el Servicio de la Magistratura de su Majestad<sup>478</sup>.

Los tribunales superiores que crean el precedente son: *The Crown Court*, que actúa como primera instancia en delitos graves y de apelación en los menos graves que han sido juzgados por los *Magistrates Courts*; *The Highs Court of justice*, donde se resuelven las causas más importantes en instancia y las apelaciones del resto de cuestiones civiles y de familia, pudiendo actuar en divisiones y secciones; *The Court of Appeal* resuelve casos de apelación civil y penal, y a sus jueces se les denomina lord justice of Apple y en la cúspide judicial de encuentra *The United Kingdom Supreme Court* que es el máximo órgano judicial del todo el Reino Unido y a sus 12 jueces se les denomina *justices of Supreme Court*<sup>479</sup>.

---

<sup>477</sup> Los nombramientos de las categorías superiores se lleva a cabo entre *barrister*, los de las inferiores también entre *solicitors*, algunos nombrados a tiempo parcial y los *magistrates*, que no son necesariamente juristas (aunque ejercen con un asesor jurídico adjunto) prestan sus servicios de forma voluntaria y a tiempo parcial, debiendo destacarse que, normalmente, no son cargos remunerados y que estas categorías inferiores resuelven el 98% de los casos penales y civiles de menor importancia.

<sup>478</sup> Es un órgano dependiente del Ministerio de Justicia que comenzó a funcionar el 2005 como consecuencia de una Ley de 2003 y que se ocupa de la administración de muchos Tribunales de Inglaterra y Gales.

<sup>479</sup> Dentro de los Tribunales de primera instancia o inferiores se encuentran los *Country Courts* o Tribunales de Condado que atiende cuestiones civiles de menor cuantía y que no actúan con jurado; al frente se suele encontrar un *circuit judge* (profesional) y también puede encontrarse al frente un *deputy district*, que cobran por arancel y no son profesionales. Los

En Inglaterra, las leyes del Parlamento tienen capacidad plena de establecer mandatos normativos para la totalidad de la ciudadanía y los poderes públicos, sin el límite de una Constitución escrita y formal, como acontece en los países Continentales.

El Derecho inglés no solo está formado por tales leyes sino también por principios depurados por la jurisprudencia, que más allá de las decisiones judiciales deben considerarse como una teoría general de filosofía del Derecho, de manera que, realmente, la fuerza activa de la ley se produce tras su introducción en el ordenamiento jurídico, una vez que ha sido aplicada e interpretada por los Tribunales, de acuerdo con el principio "*exceptio est strictissimae interpretationis*"<sup>480</sup>.

Como se ha dicho, en el Derecho inglés no hay una distinción entre el Derecho Público y Privado, si bien la doctrina considera que existe un Derecho Público que responde a unos principios particulares y Sérvulo Correia entiende que no ha existido un Otto Mayer que discipline la materia<sup>481</sup>.

En la actualidad y como se va a desarrollar más adelante existe un control de la actividad de la Administración, que no conoce la categoría dogmática del acto administrativo y que se inició a través del control *ultra vires* implica un control de la totalidad de la actuación administrativa, interviniendo en la calificación de los hechos y en la aplicación del Derecho en todos sus elementos: la competencia, la forma y los principios generales de la conducta Administrativa, llegando incluso al control del ejercicio de potestades discrecionales a través de su racionalidad y proporcionalidad.

Los primeros órganos de fiscalización lo fueron de la Administración Local y se establecieron en los *Justice of peace* y en las primeras décadas del S. XX pasó a los *administrative tribunals*, proliferando de formas casuística desde los primeros seguros sociales en distintas materias: Servicio Nacional de Salud, impuestos, expropiaciones, valoración de inmuebles o urbanismo, a los que, en un principio, no se les consideraba órganos judiciales sino administrativos, en atención a la perspectiva del interés público con que analizaban los casos y frente a cuyas decisiones fueron estableciéndose recursos ante órganos judiciales (*courts*) que no se circunscribían, exclusivamente, a la aplicación del Derecho.

Desde la Edad Media, la posibilidad de acudir a los Tribunales se llevaba a cabo a través de los *writs* y a partir del S. XVI de los *prerogative writs*, que originariamente solo podían usarse por la Corona pero que después se encontraron en poder de la ciudadanía para impetrar la acción de la justicia y que a través de la emisión por los Tribunales de Justicia de los *mandamus*, *prohibition* y *certiorari* servían para asegurar que las autoridades públicas y administrativas cumplieren con sus deberes y que los tribunales inferiores no se extralimitasen en sus respectivas jurisdicciones, tratándose de remedios destinados a asegurar la eficiencia en la actuación de esas autoridades.

En 1976, la *Law Commission* presentó un relatorio centrado en los medios existentes para el control jurisdiccional de la actividad administrativa, pronunciándose a favor de un único proceso de tramitación unificada y que comprende cinco acciones o remedios: *order de certiorari*, *prohibition*, *mandamus*, *injunction* y *declaration*, dentro de un sistema monista de jurisdicción. En el año 2000 fue

---

*Magistrates Court* se ocupan de delitos bagatela y son servidos voluntariamente por personas legas, asistidas por funcionarios públicos conocedores del Derecho, durante 1 ó 2 años. Los *Family Courts* se ocupan de esta materia y son servidos por jueces profesionales de las categorías antes citadas. Fernando Cuñado de Castro y Ruth Gámez González, *Introducción al Common Law*, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, pp. 213-224.

<sup>480</sup> Danièle Frison, *Introducción au Droit Anglais et aux Institutions Britanniques*, Editions Erasme, 1989 pp. 136-140

<sup>481</sup> Sérvulo Correia, *Direito do contencioso administrativo*, Lex, Lisboa, 2005, p. 148.

creado un *Administrative Court* como parte de la *High Court*.

En Australia fue creado en 1975 un *Administrative Appels Tribunal* con jurisdicción una jurisdicción mayoritaria sobre asuntos de Derecho Administrativo y en Nueva Zelanda, un país conocido por que sus reformas abren paso a otras de escala universal o al menos en el mundo anglosajón fue creado en 1968 un *Administrative División de la High Court* o supremo tribunal del país, especializado en la apelaciones contra las resoluciones de los *Administrative tribunals*<sup>482</sup>.

## B. LA CONSTITUCIÓN INGLESA, EL RESPETO POR LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y SU PROTECCIÓN EFECTIVA

En Inglaterra no existe una Constitución formal escrita sino que su función viene desempeñada por un conjunto de leyes o textos legales que han establecido determinados principios y procedimientos contrastados por la jurisprudencia que, a su vez, también contienen ciertas resoluciones que comparten esa misma naturaleza constitucional, y que se han dictado al resolver casos anteriores en los que tales principios son reiterados o modificados a la vista de las circunstancias del caso y las necesidades de los nuevos tiempos, y que garantizan las libertades ciudadanas y las adecuadas prácticas de los poderes públicos.

Señala Danièle Frison, que la filosofía del sistema inglés no se debe tanto a lo expuesto por Milton, Locke o Stuart Mill, con relación a que los pueblos puedan deponer a los soberanos que no se comporten adecuadamente; a los principios de libertad individual que no se consideran concedidos por la ley positiva sino por la natural o inviolable, ni a la consideración de la esencial función del Parlamento, que debe ser la búsqueda del bien común, más allá de constituir un poder de la sociedad; o que los litigios deben ser resueltos por jueces íntegros e imparciales sino a la idea de que el dominio de las libertades no es el resultado de una declaración solemne que conste en textos legales sino que son producto de la tradición y del espíritu de decisiones ya adoptadas con anterioridad.

Tal y como señalaba Burke, solo las sociedades respetuosas de las tradiciones son aptas para sobrevivir mientras que en el furor racionalista e innovador de las Revoluciones está destinado al fracaso, destacando la lección que nos proporciona la experiencia y la sabiduría popular, que se pronuncia a favor de una Constitución heredera de las tradiciones y mejorada con el devenir de los tiempos, asegurando que la verdadera causa de la Constitución, de las libertades británicas y de los derechos fundamentales en Inglaterra no han salido de una ley o de una declaración solemne e imperativa sino de la decisión de los Tribunales en asuntos ordinarios.

Cuando los ingleses apelan a la Constitución, lo hacen a un conjunto de reglas de origen legislativo y más a menudo judicial, que garantizan las libertades fundamentales de los ciudadanos y la limitación de la actuación arbitraria de las autoridades, lo cual es llamativo, en tanto que el Parlamento no se encuentra limitado sino por la opinión pública y los grupos de intereses, herederos en la tradición y del espíritu democrático acreditado a lo largo de los años.

Es curioso, que siendo Inglaterra el país que se pone como ejemplo en el respeto de los derechos humanos y en uno en el que más pronto fueron protegidas las libertades públicas frente a la voluntad

---

<sup>482</sup> Sérvulo Correia, *Direito do contencioso administrativo*, Lex, Lisboa, 2005, pp. 123-192 y 562-563.

arbitraria del soberano (la Carta de Juan Sin Tierra de 1215) carezca de una declaración formal de los mismos, ya que la Declaración de los Derechos de 1689 no garantizaba ninguna libertad individual sino el respeto que el monarca debe al Parlamento y con ello a los súbditos.

Se considera, que la ausencia de una declaración formal corresponde al estado del espíritu más adecuado para su protección, ya que más que una Constitución escrita, proclamando los derechos y las libertades de los individuos, lo importante es la existencia de procedimientos eficaces para su defensa.

Entienden, que solo las reglas y los procedimientos garantizan los derechos y las libertades que forman la constitución inglesa, considerando que la libertad individual, es decir, la prohibición contra los arrestos e internamientos arbitrarios ha sido la base esencial del reconocimiento de otras libertades básicas como la libertad de expresión, de prensa, de asociación y de reunión<sup>483</sup>.

Paulo Otero destaca la insuficiencia de las concepciones positivistas normativas para explicar la realidad constitucional, ya que, en primer lugar, la gran mayoría de las Constituciones Continentales constituyen el fruto de experiencias Revolucionarias, que a su vez no impiden la siguiente, en que se repite el fenómeno de plasmar en un escrito de máxima vigencia, los principios en que se basan.

Se trata de una cuestión superada por la práctica, puesto que en las situaciones más graves para las que fueron concebidas no son respetadas ni por los dirigentes ni por los súbditos, mostrando que la fuerza normativa de la Constitución nunca es suficiente para impedir los nuevos hechos que se producen, y las normas escritas de las Constituciones ni impiden eliminar las Revoluciones ni las convulsiones sociales sino que los victoriosos vuelven a establecer en normas escritas, que no constituyen como demuestra la experiencia sino pedazos de papel que se lleva el viento.

En segundo lugar, el texto Constitucional escrito no garantiza, suficientemente, que su contenido será cumplido por los detentadores del poder, para impedir los más graves atentados a la dignidad humana o para garantizar los postulados de la justicia en una sociedad plural.

En tercer lugar, estas Constituciones escritas otorgan un lugar central al Estado, que ha sido el responsable de las mayores y más graves vulneraciones de los derechos humanos, de manera que se entrega su protección a quien ha violado tales derechos con gravedad, olvidando lo señalado en el *Digesto*, que todo el Derecho se constituye por causa de los hombres, antropocentrismo que se pierde en las visiones de la universalidad objetiva de Hegel y en la abstracción kantiana de Humanidad.

En este sentido, los ingleses consideran que esta ausencia de texto formal codificado, escrito y completo constituye la causa de su flexibilidad y permite el equilibrio y separación de poderes<sup>484</sup>.

De la *ratio decidendi* del caso *Thoburn versus Sunderland city council* de 2002<sup>485</sup>, del párrafo 207 de la sentencia del Tribunal Supremo del Reino Unido de 22 de enero de 2014 y del informe elaborado por el Comité de Trabajo del Parlamento Británico de 2003 podemos extraer cuáles son los textos o principios y documentos en que se encuentran tales principios constitucionales.

---

<sup>483</sup> Danièle Frison, *Introducción au Droit Anglais et aux Institutions Britanniques*, Editions Erasme, 1989, pp. 199 y sgts.

<sup>484</sup> Paulo Otero, *Instituições políticas e Constitucionais*, V. I, Almedina, 2016, pp. 20-32.

<sup>485</sup> Que considera que es una ley constitucional aquella que cumple con uno de estos dos criterios: condiciona las relaciones legales existentes entre los ciudadanos y el poder público de una forma general, o amplía o limita el ámbito de aplicación de lo que podríamos considerar derechos constitucionales fundamentales.

No obstante se barajan otros y de contenido variable: la Carta Magna de Juan Sin Tierra de 1215; las Disposiciones de Oxford de 1258, que establecen la creación de un Consejo compuesto por 24 miembros a través de los que el rey debía gobernar, con supervisión por parte del Parlamento de las actividades de este Consejo; la petición de derechos de 1628, que alumbró la supremacía de la ley dentro del sistema político, a la que incluso el rey se debía someter; la *Bill of Rights* de 1689, que vino a ratificar a la anterior en cuanto a las obligaciones del monarca y garantizó el derecho de los ciudadanos a un juicio con jurado; las Leyes Parlamentarias de 1911 y 1949, que permitieron legislar si contar con la Cámara de los Lores, instrumento del que se hace uso con extraordinaria prudencia y en este sentido, téngase presente la ratificación que de ellas se hace por el Tribunal Supremo con objeto del análisis la Ley de Caza de 2004; la Ley de Derechos Humanos de 1998 a que se va a hacer referencia y la Ley de Reforma Constitucional de 2005 de la que ya se ha hecho<sup>486</sup>.

Dentro de las resoluciones judiciales de naturaleza constitucional podemos citar el caso *Entick vs Carrington* de 1765 sobre la entrada en un domicilio de un agente del rey, que determinó que el poder público debe actuar siempre dentro de su autoridad y si no existe ninguna ley o precedente judicial que le autorice a llevar a cabo una actuación esta será ilegal (*positive bindung* o principio de legalidad positiva en términos del Derecho Continental).

Otra sentencia a la que se le atribuye este valor es la pronunciada en 1980 por el juez Diplock en el caso *Duport Steel Ltd and other vs Sirs and other*, que sentenció que el Parlamento es quien debe redactar y promulgar las leyes y los Tribunales de Justicia están solo para aplicarlas, no para corregirlas ni tampoco para enmendarle la plana al legislador, aunque este haya redactado la norma de una manera confusa o imprecisa.

Las prerrogativas Reales también constituyen una fuente Constitucional y son la consecuencia del afecto que sienten los ingleses por su Monarquía, de manera que cuando se refieren a las instituciones lo hacen como propias de la Monarquía y no debe olvidarse que, realmente, el monarca carece de poder sobre tales estamentos<sup>487</sup>.

Las tradiciones constitucionales también constituyen usos o costumbres no escritas, entre las que podemos citar, que el Primer ministro debe ser un miembro de la Cámara de los Comunes, debiendo serlo de cualquiera de ellas los ministros o que los miembros del Gobierno deban responder ante el Parlamento a través de un procedimiento rápido y simple<sup>488</sup>.

El Reino Unido ratificó el CEDH en 1951 y aunque desde entonces, el país estaba obligado internacionalmente y sus ciudadanos podían acudir a los mecanismos del Convenio en su protección no constituyó Derecho interno del país hasta 1998, a través del “*Human Right Act*”, que determina que los jueces solo pueden basar sus decisiones en aspectos del Convenio, que previamente el

---

<sup>486</sup> También se consideraba como tal, la Ley de las Comunidades Europeas de 1972, que habrá tenido implicaciones con el Brexit respecto de la necesidad de que igualmente sea el Parlamento el que dirija la salida.

<sup>487</sup> Se trata de residuos históricos realmente simbólicos y su actuación no puede entenderse sino por el respaldo tácito con que realmente cuenta de las instituciones. Se consideran tales prerrogativas el nombramiento del Primer ministro, la reunión y disolución del Parlamento, la sanción de las leyes Parlamentarias, la recepción de los embajadores, la declaración de guerra y paz, la firma de tratados internacionales o la emisión del pasaporte.

<sup>488</sup> Fernando Cuñado de Castro y Ruth Gámez González, *Introducción al Common Law*, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, pp. 109-137 y 171-176.

Parlamento inglés haya incorporado a una determinada ley nacional y solo obliga a interpretar las leyes inglesas, de conformidad con el CEDH, en la medida en que sea posible.

La prueba evidente de que la mejor garantía de los derechos fundamentales se produce con el sistema del *common law* o por el sistema del Derecho inglés, lo pone de manifiesto no solo los acontecimientos sufridos en Europa durante los s. XIX y XX sino que, quizás, una prueba mucho más fuerte fue su capacidad de oponerse a la Monarquía Absoluta de los Estuardo.

En el siglo XVII se intentó imitar en Inglaterra, el modelo de monarquía Absoluta que triunfaba en el Continente, especialmente en Francia, ya que en los s. XVI y XVII, la formación del Estado Moderno se corresponde con un proceso de concentración total del poder en la figura del monarca, con el eclipse de las asambleas representativas, que habían sido importantes en la Edad Media pero que ahora caían en desuso<sup>489</sup> (en Francia, los Estados Generales habían sido convocados, por última vez, en 1614 y no volverán a serlo hasta 1789).

El rey inglés quería gobernar como los monarcas Absolutos, Luis XIII en Francia o Felipe III en España pero se vio obligado a convocar al Parlamento, una y otra vez: en 1605, 1610, 1614 ó 1621.

El Parlamento inglés, que había disfrutado de esta prerrogativa caída en desuso desde mediados del S. XV, la recupera a principios del siglo XVII cuando reinaba Jacobo I, que había sometido a procesamiento por corrupción al canciller Francis Bacon<sup>490</sup>.

El canciller Francis Bacon aludía a la razón, sin más, como fundamento de las leyes y estaba dispuesto a reconocer, que el *common law* estaba por encima de la ley escrita o estatutaria pero por encima de ambos, consideraba que se encontraba la razón.

Es innegable la semejanza que existe aquí con la filosofía Continental del Derecho natural de esa época, ya que las palabras de Bacon hubieran podido ser escritas por Grocio o Pufendorf y con ellas se pretendía un nuevo concepto de la soberanía: Bacon y el rey Jacobo deseaban evitar que el Parlamento y los Tribunales limitaran su soberanía y era precisamente esta limitación, lo que Coke deseaba alcanzar a través de la razón histórica o refinada por la tradición<sup>491</sup>.

En esta importante encrucijada histórica, el bando Parlamentario encontrará en la figura de Edward Coke<sup>492</sup>, el teórico capaz de enmarcar sus reivindicaciones con una argumentación filosófica e histórica de gran calado.

---

<sup>489</sup> Ya que el monarca conseguía los fondos mediante una Hacienda propia; aparecen los ejércitos profesionales, cuyo pago se hacía desde esta Hacienda y sin depender de las mesnadas de los señores o derivado de la circunstancia de que la cabeza de las Órdenes militares recayese en los reyes, como sucedió en España.

<sup>490</sup> El gran filósofo y autor del *Novum Organum* y profeta de la ciencia moderna.

<sup>491</sup> Carl J. Friedrich, *La filosofía del Derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 1982, pp. 122-123.

<sup>492</sup> Coke había sido nombrado *Attorney General por Isabel I*, una especie de Fiscal General del Estado y a partir de 1606 fue *Chief Justice* de los *Common law*, Tribunales ordinarios no controlados por el rey y que intentaba desplazarlos con tribunales especiales como la *Star Chamber*. Los reyes también solía destituir a los jueces que no aplicaban la justicia en el sentido deseado por el monarca y se convirtió en una práctica general destituir a los jueces que tomaban decisiones desfavorables a la Corona e incluso cuando no accedían de antemano a dar el fallo que el rey deseaba: Carlos I cesó a tres jueces, Carlos II a diez y cuando Carlos I intentó llenar sus arcas vacías mediante préstamos forzosos se dirigió a los jueces y esperó de ellos que firmaran un escrito reconociendo la legalidad de la recaudación. Sir Randolph Crew, *Justicia Mayor del King's Bench* no quiso firmar y Sir Jhon Walter, Barón principal del *Exchequer* demostró ser demasiado independiente y el rey le prohibió tomar asiento en los tribunales. Roscoe Pound, *Evolución de la libertad*, Libreros Mexicanos Unidos,

La *petitio of Rights de 1628* no se conformaba con pedir que fueran liberados 5 burgueses que habían sido agraviados sino que consideraba que había llegado el momento solemne de emitir un documento mediante el cual, el rey consintiera, con carácter general y en lo sucesivo, respetar una serie de derechos.

Esta petición no va a fundar tales derechos en la razón, la ley natural, el contrato social o alguna otra instancia ahistórica sino en la misma tradición inglesa, de manera que el texto, que de hecho era revolucionario, tenía una inspiración tradicionalista y no pretendía introducir nada nuevo.

Se consideraba que se trataba de desempolvar derechos que ya habían sido reconocidos por los reyes en el pasado y que habían sufrido erosión en épocas recientes, de manera que a los juristas Continentales puede resultarnos paradójico (especialmente por habérsenos inoculado la tradición Revolucionaria Francesa desde la más tierna infancia) el espíritu tradicionalista que acompañará a todas las Revoluciones anglosajonas de los S. XVII y XVIII: a las inglesas de 1642-1649 y 1688 y a la Norteamericana de 1776.

La esencia de la disputa era que los estudiosos del Derecho romano mantenían que la voluntad del rey era la fuente del Derecho y que los jueces eran leones bajo su trono, limitados a hablar como él los dirigiera y Coke, en cambio, dentro del espíritu del *common law* concebía a la ley poseedora de una existencia propia e independiente, puesta tanto por encima del rey como de sus súbditos y llamada a juzgar, imparcialmente, entre ellos. Los Tribunales de prerrogativa, con su aceptación del Derecho romano y su procedimiento arbitrario pertenecían, según él, a una civilización extranjera<sup>493</sup>.

Realmente la partida que se desarrollará siglos más tarde en Europa y en el mundo Occidental se desarrolla en Inglaterra en el S. XVII.

En esta época se produce un crecimiento y concentración del poder en manos de los monarcas, que ponían en peligro los viejos equilibrios y las antiguas libertades heredadas de la Baja Edad Media y la pérdida de vigor de los antiguos Parlamentos europeos era un hecho, tal y como sucediera en Castilla y Francia, que en otro tiempo disfrutaron de florecientes Cámaras representativas y que para finales del S. XVI no eran sino su sombra.

Las guerras existentes exigían mucho dinero y todo límite al rey y a su poder recaudador se presentaba como un estorbo frente a la eficacia exigida para el buen gobierno con el añadido argumento del derecho divino, ya que se consideraba que hacían las veces de Dios en la tierra y que solo a él debían dar cuentas.

Se decía que Inglaterra era la última monarquía en la cristiandad que conservaba sus derechos originarios y sus constituciones.

Frente a la pérdida de las libertades y el imparable incremento del poder del monarca, Coke consideró que no era suficiente una buena posición de resistencia y se imponía articular un pensamiento que constituyese una alternativa eficaz y persuasiva de la tendencia general dominante en Europa, lo que permitió a Inglaterra librarse del sufrimiento del yugo que supuso el establecimiento de un poder Absoluto a través de una monarquía Absoluta.

---

México, 1964, p. 38 y Francisco José Contreras, *La Filosofía del Derecho en la Historia*, Tecnos, 2016, p. 156.

<sup>493</sup> George Macaulay Trevelyan, *Historia política de Inglaterra*, Fondo de Cultura Económica, México, 1984, p. 274.

### C. COKE, UNA VIDA Y UNA INTELIGENCIA CAPAZ DE PONER A PRUEBA EL SISTEMA CONSTITUCIONAL INGLÉS FRENTE A LAS MAYORES EMBESTIDAS AUTORITARIAS. SU LEGADO ESPIRITUAL: BLACKSTON Y BURKE

Toda la vida de Coke (1552-1634) se movió entre la política y el Derecho, y su primer gran puesto de relieve fue, tras diversos éxitos como abogado, su nombramiento por la reina Isabel I como *attorney general*, una especie de Fiscal General del Estado, cargo que desempeñó durante un largo periodo y con destacado celo en la persecución y procesamiento de los enemigos de la reina.

Tras la muerte de Isabel, en 1603, subió al trono el rey de Escocia, hijo de María Estuardo, Jacobo I, dando inicio al reinado de los Estuardo en Inglaterra, siguiendo desempeñando Coke su cargo como *attorney general*.

En 1606 fue nombrado jefe de Justicia de los *common pleas*, es decir, de los Tribunales que juzgaban por el *common law*, convirtiéndose en el más admirado y venerado de los jueces, y del servicio a la autoridad de la Corona pasó a defender las prerrogativas de los jueces y del Parlamento, que aparecieron contradictorias por las circunstancias concurrentes, ya que el rey Jacobo apelaba a su derecho divino y realizaba interferencias en los Tribunales con uso y abuso de sus prerrogativas Reales.

En estas circunstancias y en poco tiempo Coke se convirtió, no sólo en el oráculo del Derecho en Inglaterra sino en la más firme referencia de defensa de las reivindicaciones Parlamentarias, incluso con grave peligro para su persona, al enfrentarse a enemigos de gran envergadura, tales como el *Lord Canciller Ellesmere*, el arzobispo Bancroft, Sir Francis Bacon e incluso al propio Rey Jacobo.

En 1608 se reunió el Consejo Privado del Rey para dirimir la controversia entre los jueces del *commo law* y los de la alta Comisión eclesiástica, con la problemática de fondo de la utilización de la jurisdicción eclesiástica para incrementar el poder del rey.

Ellesmere y Brancroft<sup>494</sup> consideraban que Platón y Aristóteles eran hombres faltos del conocimiento de Dios, nacidos en repúblicas poco amigas de las monarquías e Inglaterra lo era y debería seguir siéndolo, y en donde el monarca era la ley: “*Rex est lex loquens*”, ya que la ley es la voz del rey y el propio Jacobo, como rey de Escocia, había publicado en 1598 un libro con el título *El verdadero Derecho de las monarquías libres*, en el que basó su exigencia de soberanía absoluta sobre las argumentos de que los reyes fueron los autores y hacedores de las leyes, y no las leyes de los reyes.

En una de las reuniones establecidas para resolver sobre estas cuestiones intervino Coke, que dijo que no correspondía al rey realizar las funciones de un juez en casos civiles, a lo que Jacobo respondió que si el Derecho está fundado sobre la razón, él la poseía, en no menor medida que cualquier juez.

Coke replicó que, en efecto, Dios había dotado al Rey de un excelente conocimiento y saber natural pero no estaba educado en el conocimiento de las leyes de Inglaterra, ni en las causas concernientes a la vida, herencia, bienes y fortunas de sus súbditos, cosas que son enjuiciadas, no por la razón natural sino por una razón cultivada y por el juicio de la ley, lo cual requiere de un largo estudio y experiencia, que sin haberlo llevado a cabo y gozar de ella, ningún hombre puede alcanzar

---

<sup>494</sup> La diferencia con el arzobispo Brancroft se debía a la permanente extralimitación de los tribunales eclesiásticos en materias que en opinión de Coke pertenecían *al common law* y que se traducían, a juicio de Brancroft, en una supuesta falta de lealtad al rey y a la Iglesia de Inglaterra.

el conocimiento requerido porque la ley es la regla y medida de oro para juzgar las cosas de los súbditos y que protege al rey con seguridad y paz, palabras que enfadaron al Rey que le recriminó su “tonto discurso”.

Dijo Jacobo, entonces, que no era el *common law* quien protegía al rey sino que era el rey el que protegía al *common law*, citando entonces Coke a Bracton, que señalaba que el rey, ciertamente, no estaba bajo ningún hombre pero que sí lo estaba bajo Dios y las leyes.

En ese momento la situación se tornó especialmente violenta, ya que el Rey le llegó a acusar de traidor, por lo que parece ser que Coke pidió el perdón Real puesto de rodillas y con las manos en el suelo, pudiendo haber ido las cosas a peores, si no hubiese intercedido su suegro, Lord del Tesoro.

En 1621, Coke pronunció en la Cámara de los Comunes un fogoso discurso a favor de la libertad de expresión y de la inmunidad parlamentaria, siendo llamado por el Consejo Privado del Rey de forma inmediata, acusándole de traición y de haber olvidado sus deberes como consejero de Su Majestad; Coke apenas replicó a la acusación y de rodillas tan solo acertó a decir que esperaba no haber faltado a sus deberes, siendo enviado a la Torre de Londres por espacio de varios meses con un tratamiento especialmente duro durante su reclusión.

Jacobo I murió en 1625 y le sucedió en el trono su hijo Carlos I, que reunió al Parlamento para exigir nuevos recursos para sufragar posibles campañas militares y armar nuevas flotas pero por la cantidad exigida y la forma en que se realizó y por su apelación constante a su soberanía, a pesar de que los subsidios fueron aprobados, provocó una gran tensión.

Convocado el Parlamento al año siguiente por el *impeachment* del Duque de Buckingham, hombre fuerte del Rey, la tensión fue en aumento y algunos Parlamentarios fueron detenidos, decidiendo Carlos disolver el Parlamento y no convocarlo nuevamente.

Necesitado de dinero optó por imponer préstamos forzosos, que algunos Parlamentarios se negaron a pagar y otros hicieron de ello bandera política y jurídica, ya que estos préstamos no se ajustaban a ley alguna.

Se procedió a su detención y procesamiento por orden del Rey, llegando a la categoría de público y notorio, que ahora la imposición de tributos se llevaba a cabo al margen de la ley y del Parlamento. Fueron condenados a prisión y como el malestar iba en aumento se convocó al Parlamento en el que ya se encontraba Coke, que sometió a cuestión, antes que nada, los derechos y garantías de las personas, consiguiendo la liberación de los presos y se intentó que ello no volviese a suceder.

Con el pensamiento de que el Rey no rechazaría una proposición de ambas Cámaras se inició una negociación con los Lores.

El Rey estaba dispuesto a admitir, simplemente, que no se exigirían nuevos impuestos sin la aprobación del Parlamento y el respeto de los derechos procesales y de *habeas corpus* de sus súbditos pero como la confianza estaba rota se pretendió su aprobación por ley.

Dadas las reticencias de los Lores, Coke respondió que la razón de Estado es, con frecuencia, un truco para ponernos fuera del camino recto, ya que cuando un hombre no puede dar razón de una cosa entonces la eleva a una más alta y forzada posición, y respecto de la apelación a la soberanía del rey recordó que no era sino una simple palabra parlamentaria y tras las dudas y negociaciones, la Cámara Alta hizo suyo el texto de la *petitio*, lo que para sorpresa de todos fue aceptado por el Rey,

considerándose que la *Petition of Rights* de 1628 no era sino la actualización de los derechos y libertades contenidos en la Carta Magna de 1215<sup>495</sup>.

Bacon, cuyas ideas hubieran podido ser suscritas por Grocio o Pufendorf, estaba dispuesto a reconocer que el *common law* estaba por encima de la ley escrita o estatutaria pero por encima de ambas consideraba que se encontraba la razón (no la razón histórica o refinada por la tradición de Coke) conforme a la filosofía Continental del Derecho natural pero tanto Bacon como el rey Jacobo, lo que querían evitar era que los jueces y el Parlamento limitaran su soberanía y esa era la limitación que Coke deseaba alcanzar<sup>496</sup>.

Coke consideraba que Bacon demostraba no respetar a los maestros de la Antigüedad y se dirigía por encima de ellos, buscando una ciencia con el objetivo de crear un mundo nuevo de abundancias y comodidades, sin relación alguna con la tradición y el orden natural de las cosas y, sobre todo, Coke estaba totalmente en contra del Absolutismo político, donde el poder crea el Derecho, como después defenderá Hobbes.

Todo lo expuesto no debe abstraerse de las circunstancias y coordenadas en las que se produjeron los acontecimientos: un crecimiento y concentración del poder en manos de los monarcas que ponían en peligro los equilibrios y antiguas libertades de la Edad Media y la pérdida del vigor de los antiguos Parlamentos europeos, como sucedió con Castilla o Francia.

Durante las guerras de Europa de aquella época, los reyes apelaron, con frecuencia, a su derecho divino, el que les asistía al hacer las veces de Dios en la tierra, postura frente a la que Coke consideraba que no bastaba la resistencia sino que se imponía articular un pensamiento, lo más sólido posible, que fuese una alternativa eficaz y persuasiva a la tendencia general en Europa de pérdida de libertades y de un imparable incremento del poder<sup>497</sup>.

Pero si Coke sufrió también lo hizo Bacon, que fue objeto de *impeachment* por la Cámara de los Comunes, acusado de sobornos y malversación de caudales públicos, reconociendo las irregularidades por descuido ante la Cámara de los Lores, siendo condenado a pagar una importante suma de dinero, a no poder tomar asiento en el Parlamento ni acercarse a la Corte y a permanecer en la Torre el tiempo que su Majestad tuviese a bien disponer, quedando inhabilitado para cualquier oficio público y aunque fue perdonado, de esta manera se puso fin a su carrera política.

---

<sup>495</sup> Como se ha dicho, lo sorprendente, por lo tanto, es que tal *Petition of Rights* no encuentre su base en la razón, la ley natural, el contrato social o alguna otra instancia ahistórica sino en la propia tradición inglesa y el texto, que de hecho era revolucionario, tenía una inspiración tradicionalista y no pretendía introducir nada nuevo sino simplemente desempolvar derechos que ya habían sido reconocidos por los reyes en el pasado y que habían sufrido erosión en las épocas recientes y este paradójico espíritu tradicionalista acompañará a todas las Revoluciones anglosajonas de los s. XVII y XVIII, las inglesas de 1642-1649 y 1668 y la americana de 1776.

<sup>496</sup> Carl J. Friedrich, *La filosofía del Derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 1982, pp. 122 y 123. En toda esta polémica debe tenerse presente que Francis Bacon y Coke eran verdaderos antagonistas no solo en el Derecho desde un punto de vista teórico sino también en sus aspiraciones profesionales, oficios, honores e incluso en cuestiones personales y amorosas.

<sup>497</sup> Elio A. Gallego García, *Common Law. El pensamiento político y jurídico de Sir Edward Coke*, ediciones Encuentro, 2011, pp. 23-39 y Francisco José Contreras, *La Filosofía del Derecho en la Historia*, Tecnos, 2016, pp. 153-158.

## - EL DEVENIR DE LOS ACONTECIMIENTOS HASTA LA GLORIOSA. BLACKSTONE Y BURKE

La aceptación de la *Petición of Rights* de 1629 envalentonó a la fracción Parlamentaria más radical, que se descolgó en 1629 con nuevas reivindicaciones y el Rey respondió a este desafío disolviendo el Parlamento y encarcelando a sus cabecillas, lo que dio lugar al denominado gobierno personal de Carlos I, que terminó en 1640 cuando necesitado de dinero para afrontar la invasión escocesa se vió obligado a volver a convocar al Parlamento.

Este era todavía más radical que el de 1629, produciéndose un forcejeo entre el Rey y el Parlamento, que se puso de manifiesto en el proceso de *impeachment* contra el conde de Strafford (ministro de hierro del rey), que fue ejecutado en 1641 y tras varios acontecimientos turbulentos comenzó la guerra civil inglesa, que se prolongará hasta 1645, fecha en que el bando Parlamentario consiguió la victoria final de manos de Cromwell, llevándose a cabo la decapitación del Rey en 1649.

Cromwell, que era un puritano estricto y convirtió a la Inglaterra de la década de 1650 en la Ginebra teocrática de Calvino de la década 1540-1550, ejercerá una dictadura personal hasta su muerte con el título de Lord Protector y preparó un *Instrument of Government* (que ha sido la única constitución escrita que ha tenido Inglaterra y que no sobrevivirá al régimen de Cromwell).

Tras la muerte de Cromwell en 1658 vino la restauración monárquica en la persona de Carlos II, hijo del rey decapitado en 1649, cuyo carácter moderado contribuyó al éxito temporal del régimen, creando un gabinete de cinco miembros, entre el que se encontraba el conde de Shaftesbury, mentor de John Locke y entre cuyas medidas se encontró la *Test Act* de 1673, en el contexto de una serie de continuas disputas sobre la base de la religión<sup>498</sup>.

El anglicanismo solo empezó a tener una identidad litúrgica y doctrinal propia con la adopción del *Book of common prayer* en 1549 y el *Acta de uniformidad* de 1552, eliminando de la liturgia eucarística, la idea de repetición del sacrificio de Cristo y tras los vaivenes de restauración del catolicismo por María Tudor (hija de Catalina de Aragón), que derogó el *Acta de Supremacía* e intentó restablecer el catolicismo, ejecutando a figuras del anglicanismo, Isabel I recondujo definitivamente el país al anglicanismo, cuyo contorno doctrinal se llevó a cabo con la adopción en 1563 de los 39 artículos de la fe anglicana, que podía considerarse una vía media entre el catolicismo y el calvinismo.

En la década de 1560 aparecieron los puritanos<sup>499</sup>, que permanecieron dentro de la Iglesia de Inglaterra intentando purificarla en un sentido más radicalmente protestante y cuando algunos concluyeron que era una tarea imposible, la abandonaron los llamados “separatistas”, conocidos en el s. XVII como “disidentes”.

---

<sup>498</sup> La ruptura de la comunión de la Iglesia de Inglaterra con Roma se debió, exclusivamente, a una cuestión personal del rey Enrique VIII, enojado porque el Papa Clemente VII no decretaba la nulidad de su matrimonio con Catalina de Aragón, declarando el *Acta de Supremacía* de 1534, que el rey de Inglaterra sería, en lo sucesivo, la cabeza terrenal de la Iglesia de Inglaterra, no existiendo, como sucedía con la Reforma luterana y calvinista, discrepancias dogmáticas con la Iglesia Católica. No debe olvidarse que Enrique VIII había publicado en 1521 un texto que acusaba de herejía a Martín Lutero.

<sup>499</sup> Los puritanos deseaban purificar a la iglesia nacional de cualquier residuo del Papismo y tener un culto separado, con aversión a la alegría y un apasionado amor a la libertad cívica, cultivando el estudio directo de la Biblia, lo que dio lugar a sectas y doctrinas sobre la base de que consideraban que Dios es espíritu.

En este contexto de las guerras de religión entre católicos y anglicanos, con la corriente puritana que posteriormente marchará a América, los acontecimientos se precipitaron cuando Jacobo II, que se había convertido al catolicismo, sucedió a su hermano Carlos II, instaurando una verdadera libertad religiosa al dejar sin efecto, en 1687, el *Test Act* de 1673, que cerraba los cargos públicos a los no anglicanos y abolía las *penals laws*, que implicaban duras discriminaciones contra los católicos.

Carlos II tuvo un hijo que fue educado en el catolicismo, lo que apartaría la sucesión protestante y provocó que los parlamentarios anglicanos pidieran a María (protestante en la línea de sucesión) y a su marido Guillermo de Orange estatúder de las Provincias Unidas de Holanda, que desembarcaran en Inglaterra donde fueron proclamados Reyes.

Se considera que por efecto de la Revolución de 1688 queda descartada, definitivamente, la posibilidad del restablecimiento de una monarquía Absoluta y comienza el proceso de construcción de un Estado de Derecho y una monarquía constitucional.

Mientras que la Revolución Francesa produjo un reforzamiento y crecimiento del Estado, la Revolución Inglesa establece los límites constitucionales del poder recogidos en el *Bill of Rights* de 1689, que incluyen la completa libertad de palabra de los Parlamentarios, la convocatoria de elecciones periódicas al Parlamento, el derecho de petición del Parlamento al monarca e instituye un sistema de monarquía limitada, en la que el rey tiene el poder Ejecutivo pero el Legislativo corresponde al Parlamento.

De esta manera Inglaterra quedaba definitivamente encarrilada en la vía Liberal de gobierno limitado, separación de poderes, sufragio y reconocimiento de derechos con la libertad de expresión y asociación, de propiedad y de integridad física con abolición de la tortura, libertad de empresa y religiosa, pero como se ha dicho, con severas discriminaciones contra los puritanos y especialmente contra los católicos durante el s. XVIII, siendo las últimas discriminaciones legales contra los católicos de 1829, incluida la interdicción, hasta entonces vigente, que impedía a los católicos el ejercicio de la función judicial<sup>500</sup>.

## - BLACKSTONE

Si alguien puede ser reconocido como el legítimo heredero de Coke es, sin duda, Blackstone, ya que si con el primero el *common law* adquirió sus principios, con Blackstone adquirió su forma definitiva con sus *Commentaires on Lawes of England*, publicados en 4 volúmenes a partir de 1765, con origen en las lecciones impartidas en lo que fue la primera cátedra del *common law* en la Universidad inglesa (Oxford) y que constituyen la gran sistematización del Derecho tradicional inglés.

Se basa en los principios de su predecesor: siempre que se ha innovado o reformado una ley, por olvido de su razón de ser o no haberse considerado o discernido bien la sabiduría de las reglas, emergen los inconvenientes provocados por su cambio, destacando el miedo a los cambios imprudentes y sin experiencia impulsados por el Parlamento y ello, aun considerando que los jueces son los intérpretes de la ley pero lejos de crear el Derecho.

---

<sup>500</sup> Francisco José Contreras, *La Filosofía del Derecho en la Historia*, Tecnos, 2016, pp. 163-165 y 175-180.

Su misión no es sino la de conservar y exponer el antiguo, que considera el antídoto contra el despotismo y constituye la característica más señalada de la libertad inglesa junto con la dependencia de las leyes de la costumbre, libertad que se entiende como la continuidad con la tradición gótica Medieval, que constituye la limitación de la autoridad Real, y el primer y esencial principio de los sistemas de gobierno establecidos en Europa, y citando a Montesquieu reitera que Inglaterra es la única nación en el mundo que ha hecho de la libertad, el fin directo de su constitución.

Entiende también que todas las leyes humanas dependen de dos fundaciones: la ley natural y la ley revelada, y que toda disposición contradictoria de cualquiera de ellas es nula<sup>501</sup>.

Aunque carente del juicio y brillantez de su predecesor su tesis es menos original, más ecléctica y permeable, y así aparecen unidos o mezclados (y de una forma, a veces no congruente) Locke y Coke junto con Cicerón y Justiniano pero también Pufendorf, Burlamaqui o Vattel<sup>502</sup>.

### - BURKE

Aunque Blackstone fue el heredero oficial de Coke, Burke lo fue por naturaleza y espíritu. De ninguna manera lo contravino y a la luz de los nuevos tiempos justificó con mayor profundidad algunos de sus postulados más polémicos sin hacer la más mínima concesión al voluntarismo o al racionalismo filosófico o político, de manera que si Coke constituyó un momento brillante del pensamiento a principios del s. XVII, Burke lo fue en las postrimerías del s. XVIII, lo cual es especialmente significativo por su dilatada actividad Parlamentaria.

Se deben destacar como elementos esenciales de su pensamiento; el repudio a la idea de un poder absoluto y sin control e, incluso, más allá que Coke, considera que es difícil señalar un error más verdaderamente subversivo de todo orden, paz y felicidad en la sociedad humana, que la posición que sostiene, que una corporación de hombres tienen derecho a hacer cualesquiera leyes, que a ellos les plazca o que las leyes pueden derivar de cualquier autoridad, ya que todas las leyes humanas son, hablando propiamente, solo declaratorias y pueden cambiar el modo y la aplicación pero no tienen poder sobre la sustancia de la justicia original<sup>503</sup>.

Destaca Burke el valor de la ciencia jurídica como uno de los pilares fundamentales de la civilización Occidental, ya que, en su opinión, la ciencia de la jurisprudencia era el orgullo del intelecto humano y aún con todos sus defectos, redundancias y errores constituía la recapitulación de la razón de los tiempos pasados, combinando principios de justicia original con los asuntos humanos en sus más diversas variaciones.

Considera que la tradición camina siempre acompañada de la razón y de una sana filosofía, capaz

---

<sup>501</sup> William Blackstone, *Commentaires on Lawes of England*, edición facsímil de la primera edición de 1765-1769, University of Chicago Press, 1979, pp. 70, 10, 69, 74, 231, 141 y 42. Cit. Elio A. Gallego García, *Common Law. El pensamiento político y jurídico de Sir Edward Coke*, ediciones Encuentro, 2011, pp. 134-135.

<sup>502</sup> Elio A. Gallego García, *Common Law. El pensamiento político y jurídico de Sir Edward Coke*, ediciones Encuentro, 2011, p. 135.

<sup>503</sup> Cit. Elio A. Gallego García, *Common Law. El pensamiento político y jurídico de Sir Edward Coke*, ediciones Encuentro, 2011, p. 139, quien se basa en Corwin.

de reconocer la existencia de un orden natural no disponible para el legislador humano.

Sobre la base de estos criterios, se debe destacar que el autor de las *Reflexiones sobre la Revolución Francesa*, desde el primer momento y frente a quienes defendían la soberanía del Parlamento para imponer impuestos a los colonos americanos como lo podía hacer con cualquier otro súbdito de Inglaterra, argumentaba que Blackstone había vendido más libros en América del Norte que en Inglaterra.

De ello derivaba la conclusión que no se estaba tratando con un puñado de aventureros ignorantes sino de verdaderos ingleses educados en el espíritu del *common law* y, por tanto, celosos de sus antiguos derechos y libertades, a los que una modificación unilateral de estos derechos y libertades les iba a resultar una ofensa que no iba a ser aceptada tranquilamente, lo que se acomodaba, perfectamente, tanto a las circunstancias concurrentes como al verdadero espíritu de la constitución inglesa.

Dicho ello, teniendo en cuenta que las colonias habían generado, con el tiempo, una amplia forma de autogobierno con asambleas legislativas autóctonas, libremente elegidas y competentes para recaudar sus propios impuestos, de manera que las colonias, en definitiva, poseían una constitución interna similar a la británica e incluso más libre por su propia situación histórica y geográfica, con lo que el Parlamento, más bien la Cámara de los Comunes, se estaba deslizando desde la primacía del *common law* hacia la actividad legislativa expresiva de la soberanía del Parlamento.

De esta manera resultó que Coke, no solo fue el oráculo de la ley en su propio país sino que vino a ser el padre fundador del Derecho de las colonias americanas de Inglaterra, ya que la experiencia política de la Constitución inglesa fue la primera fuente de inspiración de los constituyentes americanos, con una inspiración en Coke más directa y eficaz, incluso de la que se estaba haciendo por parte de los propios ingleses de su tiempo, descartándose cualquier idea de soberanía en la Constitución americana y poniéndose el Derecho bajo especial vigilancia de una Corte Suprema, con capacidad, incluso, de anular las leyes que no fuesen conformes con la Constitución, de forma que ha sido más en Norteamérica que en la propia Inglaterra donde el legado de Coke ha encontrado una tierra fecunda para producir sus mejores frutos<sup>504</sup>.

En este sentido queremos traer a colación la tesis de Enrique Gil Calvo, que considera a la democracia española, imperfecta y delegativa, insuficientemente institucionalizada, que por sí sola no puede sacarnos de la trampa incivil a que nos conduce la ideología española y las reformas Constitucionales y legislativas tampoco podrán sacarnos del atolladero por sí solas porque lo relevante no es tanto el contenido de la ley como su modo de aplicación, por lo que es preciso menos leyes y más educación cívica, que nos permita adquirir y adoptar mejores hábitos democráticos, evitando la inseguridad jurídica, el abuso del poder, la parcialidad, la manipulación y la colusión<sup>505</sup>.

---

<sup>504</sup> Elio A. Gallego García, *Common Law. El pensamiento político y jurídico de Sir Edward Coke*, ediciones Encuentro, 2011, pp. 137-140 y 144-151.

<sup>505</sup> Enrique Gil Calvo, *La ideología española*, ediciones Nobel, 2006, pp. 63 y sgts.

## D. HOBBS, LOCKE Y EL CONTRATO SOCIAL

Sin dudas, dos autores mucho más conocidos de esta época son Hobbes y Locke.

El primero de ellos mantenía tesis de naturaleza política o filosófica que considero hipotéticas y absurdas, a pesar de la trascendencia que adquirirán con el tiempo<sup>506</sup> o moderadas y no originales del otro, al que se considera el oráculo del Liberalismo y cuya verdadera y más significativa contribución es el empirismo.

Hobbes (1588-1679), en cuyo *Leviatán* reconoce él mismo que no describe sino una realidad hipotética, distingue entre el estado de naturaleza, es decir, la situación en que vivían los hombres

---

<sup>506</sup> Hobbes representa la postura del contractualismo absolutista, puesto que perseguía justificar el absolutismo monárquico. Locke es considerado el ideólogo de la monarquía constitucional de Inglaterra y Rousseau trata de la soberanía basada en la voluntad del pueblo, de los soberanos como mandatarios del pueblo y de la República como forma perfecta de gobierno.

Para Hobbes, los hombres son totalmente libres de sus acciones en estado de naturaleza pero esta libertad, sin límites, no es útil a nadie y solo conduce a la anarquía y a la violencia por lo que para salir de este caos, los hombres deciden, mediante el contrato social, constituir la sociedad civil, y en consecuencia, es la necesidad de orden y el deseo de paz, lo que da origen al Estado. Con la constitución del Estado, el hombre alcanza seguridad y aparece la propiedad privada, considerando que el precio que deben pagar los hombres por su seguridad es el de la renuncia a todos sus derechos y libertades a favor del instituido como soberano. Mediante el contrato social, los hombres transfieren la soberanía irrevocablemente a la persona elegida para que los gobierne. Esta soberanía es ejercida por la autoridad de manera absoluta, sin limitaciones ni restricciones, ni siquiera las dictadas por la ley.

A diferencia del anterior, lo fundamental en Locke es que el hombre conserva en la sociedad constituida mediante contrato, todos los derechos y libertades que disfrutaba en el estado natural pero garantizados y asegurados por el poder del Estado. De esta manera, Locke concluía que la soberanía la conservaba el pueblo, quien solo transfería a la autoridad determinadas funciones políticas y que, por tanto, si la soberanía reside en el pueblo, existe el derecho a deponer al monarca cuando no cumple el mandato conferido por la ciudadanía, por lo que el pensamiento de Locke se constituyó en uno de los pilares fundamentales de la teoría democrática moderna y, en particular, de la democracia liberal.

Para Rousseau, la máxima del gobierno legítimo y popular que persigue el bien del pueblo es guiarse por la voluntad general pero el acto imaginario que da origen a una sociedad no es ni siquiera remotamente semejante a un contrato, ya que los derechos y libertades de los individuos carecen en absoluto de existencia excepto en la medida en que los hombres son ya miembros del grupo.

Kant va más allá y sostiene que la salida del estado de naturaleza se da a través del pacto originario, que es un imperativo de la razón práctica, de tal suerte que el Estado debe ser construido de acuerdo con la idea del pacto, siendo la voluntad general regida exclusivamente por la razón y lo sujetos del contrato, y más que hombres considerados en su realidad fenoménica individual son entes de razón, que contienen aquello que es concorde con su naturaleza racional.

Para la Escolástica y el Iusnaturalismo Católico la sociedad existe en tanto que el hombre es un ser social por naturaleza, considerando tales tesis contractualistas, además de falsas un grave peligro para la convivencia por la dinámica a que sujetan a la sociedad dentro de una revolución permanente. Miguel Ayuso, "Las aporías presentes del derecho natural (De retorno en retorno)", *Direito e Justiça, Verdade, Pessoa Humana e Ordem político-Jurídica*, Universidad Católica Portuguesa, Faculdade de Direito, 2008, p. 70.

Alejandro Nieto señala que los teóricos suelen explicar nuestra organización política a través del denominado pacto social, algo así como si nuestros abuelos, cansados de vivir en familias o en pequeñas tribus hubieran decidido un día juntarse en un gran grupo y poner al frente a un rey con sus ministros, policías y recaudadores de impuestos. Sin entretenerse en los pormenores de las teorías de Hobbes, Locke, Rousseau o Kant considera que el objetivo de tan pintoresca tesis es dotar al Estado de un carácter voluntario, que justificaría su poder de coacción al haber sido libremente aceptado por los súbditos. El pacto social opera así, como una piedra angular del sistema público, de la misma forma que el pecado original en la teología cristiana, aunque con una importante diferencia, ya que aunque ahora nadie cree esta cuestión religiosa se admite tal civil como una cuestión que podría considerarse que es más que un dogma de fe. Alejandro Nieto García, *La nueva organización del desgobierno*, Ariel, Barcelona, 1996, pp. 178 y sgts.

antes de que fuera instaurado el Estado y el Derecho, en una guerra de todos contra todos, basada en la lógica de un ataque preventivo y por tanto totalmente alejada de las ideas de sociabilidad natural del hombre, recogidas por Aristóteles o Santo Tomás y el estado de sociedad o estado civil, que simplemente garantiza el derecho a la seguridad en las normas que dicta ese Estado.

Se trata de una concepción positivista totalmente ajena al *common law* y que ya había sido atisbada por Guillermo de Ockham y Marsilio de Padua, sin derechos o libertades naturales, pacto circunscrito al Estado pero no a escala internacional y por el que los contratantes se comprometen a acatar todo lo que dicte el soberano<sup>507</sup>.

Locke (1632- 1704), aunque reconoce que el contrato social es una construcción teórica sin ninguna conexión con la realidad práctica, también ofrece una versión de la teoría del contrato social, considerando que existe en estado de naturaleza y un estado civil pero considera que los hombres son obra de un Hacedor infinitamente sabio y que por ello no pueden ser tratados de cualquier forma porque son hijos de Dios.

Por ello existe una ley natural cognoscible por cualquier ser racional, que sirve para garantizar cierto grado de orden y cooperación entre los hombres, existiendo una concordia entre lo natural, lo racional y la voluntad de Dios, de manera que las leyes positivas de los Estados son justas cuando están fundadas en esta naturaleza, en cuyo contexto deben ser interpretadas, considerando que no tendría sentido un contrato social cuyo resultado fuese la aniquilación de la libertad, ya que la finalidad de la ley es protegerla y ampliarla, de manera que la sociedad civil debe proteger los derechos y no suprimirlos, puesto que el Estado está al servicio de la libertad, por lo que los derechos naturales constituyen límites naturales del poder legítimo.

Considera que la monarquía Absoluta, que ciertas personas consideran como el único gobierno del mundo, es, en realidad, incompatible con la sociedad civil, considerando que la finalidad de la sociedad civil es evitar y remediar los inconvenientes del estado de naturaleza, que se produce, forzosamente, cuando cada hombre fuerte es juez de su propio caso, estableciendo para ello una autoridad conocida, a la que todo miembro de dicha sociedad pueda recurrir cuando sufre algún atropello o siempre que se produzca una disputa, a la que todos tengan obligación de obedecer.

Entiende que “el Poder Legislativo no puede atribuirse la facultad de gobernar por decretos improvisados y arbitrarios” y que “si entregase el poder arbitrario absoluto a la voluntad de un legislador se habría desarmado a sí mismo y habría armado a aquel, de manera que hiciese presa en ellos cuando bien le pareciese”<sup>508</sup>

---

<sup>507</sup> Cit. Francisco José Contreras, *La Filosofía del Derecho en la Historia*, Tecnos, 2016, p. 169-175. Pero el objeto de lo que trataba Hobbes no es ninguna fantasía sino una completa realidad, lo que desnaturaliza completamente los resultados, que además del método son absurdos por las conclusiones a las que llega, ya que nadie se convierte en un esclavo absoluto de forma voluntaria. Los profetas de la religión laica, que fundan el Estado Moderno sobre la base de este autor considero que lo hacen de una forma irreflexiva, ya que, igualmente, podrían hacerlo sobre la base de pensadores esclavistas o defensores del *apartheid*, ya que es evidente que la formulación de Hobbes ataca frontalmente el concepto de dignidad humana y no solo de la formulación católica sino incluso la descafeinada de los derechos conferidos y, sin duda, el pensamiento de Locke es la prueba más palpable de lo que se acaba de decir. Ya se ha hecho referencia a la obra de Muñoz de Baena sobre la deconstrucción de la realidad a través de modelos ideales o fantásticos en la Modernidad

<sup>508</sup> Francisco José Contreras, *La Filosofía del Derecho en la Historia*, Tecnos, 2016, p. 181-202 y John Locke, *Ensayo sobre el gobierno civil*, Aguilar, Madrid, 1990, pp. 171-174.

Locke participó en 1669 en la redacción de las “Constituciones fundamentales de Carolina” y esta fugaz conexión con América es interesante porque más de un siglo después, el pensamiento de Locke va a tener gran influencia en la Revolución Americana, siendo el ideólogo por antonomasia de la Revolución Gloriosa (1688) y del régimen Liberal Conservador que resulta de ella, debiéndose destacar que después de ese año, Gran Bretaña ya no volverá a conocer Revoluciones, golpes de Estado, guerra civiles o Dictadura y significativamente Inglaterra y EEUU serán los únicos países donde no arraigarán las ideas totalitarias de la primera mitad del s. XX (fascismo y comunismo)<sup>509</sup>.

Considero que ello se debe a que con la Monarquía Absoluta se producen los fenómenos de concentración del poder que se acentúan con la Revolución Francesa y el Estado de Derecho alemán y que, en mi opinión, constituirán la causa del nacimiento de los nuevos Absolutos arropados por la nación, que tan malas consecuencias ocasionaron a los derechos de los humanos y que constituye el objeto de esta tesis.

Para Locke, el derecho a la vida es un don de Dios y no consecuencia de la voluntad. Del derecho al libre albedrío depende el ejercicio de la voluntad y, finalmente, el derecho de propiedad lo considera producto de la laboriosidad humana y refuta cualquier propuesta de comunismo cristiano, ya que aunque considera que Dios dio la tierra en común a los hombres también les dio la razón para que se sirviesen de ella de la manera más ventajosa y conveniente para todos<sup>510</sup>.

La diferencia esencial entre Coke y Locke es que la lengua de los derechos hablada por Coke es la de una libertad siempre concreta y objetiva, sólidamente establecida en el tiempo sobre la base de un valioso patrimonio histórico, espiritual y material mientras que la de Locke es la de unos derechos abstractos e igualitarios, poseídos por individuos atomizados y concebidos al margen de su comunidad histórica y de sus concretas vinculaciones sociales.

Ambos defienden la libertad individual y los derechos de propiedad pero la libertad y la propiedad tienen una connotación cualitativa muy distinta en Coke y en Locke.

Coke estuvo muy lejos de haber luchado por la soberanía del Parlamento y de ningún modo quiso cambiar la soberanía del rey por la de una Cámara aunque esta fuese el Parlamento inglés sino que siempre luchó por la soberanía ordinaria del Derecho frente la acción política<sup>511</sup>.

Es evidente que si nos encontramos en un Estado de Derecho, en el que el Derecho controla al poder, según todos los autores, el elemento central debe ser el Derecho y no puede serlo ni la teología ni la filosofía ni la política (Derecho del poder) y desde esa perspectiva, los juristas y, especialmente,

---

<sup>509</sup> Francisco José Contreras, *La Filosofía del Derecho en la Historia*, Tecnos, 2016, pp. 180 y 181.

<sup>510</sup> En el capítulo V, apartado 26 de la obra que se menciona señala Locke que:

“Dios, que dio la tierra en común a los hombres, les dio también la razón para que se sirvan de ella de la manera más ventajosa para la vida y más conveniente para todos. La tierra y todo lo que ella contiene, se le al hombre para el sustento y bienestar suyos...”

Lo que significa que la situación comunal inicial no es intocable y los hombres tienen derecho a la explotación de los bienes en la forma más racional y más eficaz posible, y la forma más eficaz no es precisamente la propiedad comunal, ya que los hombres extraen el mayor rendimiento posible de los bienes cuando estos son de exclusiva propiedad suya y ello beneficia tanto a la sociedad en su conjunto, a la que conviene que exista la propiedad privada ya que los bienes serán así mejor aprovechados. Francisco José Contreras, *La Filosofía del Derecho en la Historia*, Tecnos, 2016, p. 185 y 186.

<sup>511</sup> Elio A. Gallego García, *Common Law. El pensamiento político y jurídico de Sir Edward Coke*, ediciones Encuentro, 2011, pp.144 y 42.

los jueces no podemos estar al servicio del poder ni de sus dictados (poder del Derecho), ya que solamente el poder basado en el Derecho, no solo será legítimo (desde la perspectiva de la justicia del caso concreto, que es la única) sino que será el único que garantice las libertades y la paz social, y a esa labor estamos llamados, esencialmente, los juristas prácticos y no tanto los filósofos, los políticos o los teólogos.

Una institución cuyo origen se encuentra en la fuerza difícilmente va a respetar el Derecho ni los derechos llegado el momento crítico.

### **E. LA EVOLUCIÓN EN EL SISTEMA CONTINENTAL. EL SISTEMA INGLÉS COMO REFERENCIA: LAS TESIS DE LOCKE Y MONTESQUIEU SOBRE LA SEPARACIÓN DE PODERES**

García de Enterría considera que la realidad Constitucional inglesa es la más alejada de los dogmas absolutistas, en los que la concentración de poderes y el intento monopolizador de todas las manifestaciones del Derecho alcanzó carácter patológico, tanto en el Estado Absoluto como en las construcciones jurídicas hegelianas, que hace un cuerpo único del Estado, del Derecho e incluso de la religión y la moral.

La palabra Estado es extraña en el Derecho inglés y mucho más el concepto.

En vez de este, encontramos a la Corona, que se refiere a la organización administrativa. Junto a la Corona está el Parlamento como órgano del pueblo, que no constituye una emanación parcial de una realidad superior, el Estado, según las ideas más o menos místicas del monarquismo Continental, puesto que tiene sustantividad independiente como las partes de un contrato.

Los Tribunales tampoco son órganos de la Corona sino órganos o expresiones del “derecho de la tierra”, y esta es la idea esencial del *common law*<sup>512</sup>, que no está estatalizado, ni es un producto de la voluntad del príncipe sino obra de las costumbres aplicativas y de las decisiones judiciales.

Las leyes no integran un verdadero *ius* orgánico y general sino que se limitan a resolver *local conditions and situations* y la idea esencial de la independencia de la Magistratura no es más que una implicación natural de la independencia del Derecho respecto del príncipe pero expresa, certeramente, que el juez es visto como un órgano propio, ni del Estado ni de la Corona sino de la *lex terrae*, como *viva vox legis* o *lex loquens*, teniendo en cuenta que aquí, la *lex* no expresa la voluntad de un imperante sino que al Derecho se le considera establecido por la comunidad y por ella misma, en cuanto aceptado y vivido.

Si el juez no puede recibir órdenes del príncipe es porque el rey no tiene la disponibilidad sobre el Derecho porque el juez no actúa según la voluntad del rey sino que, simplemente, ejecuta la justicia, y esta era y sigue siendo, en lo esencial, la realidad inglesa de la pluralidad de los poderes.

Considera que para los ingleses, la idea de constitución implica estos conceptos y pluralidad estructural, que entienden Montesquieu volatilizó en un arbitrio práctico e instrumental como técnica

---

<sup>512</sup> Señalan que las leyes no forman parte, como es sabido, del *common law* sino de un *statute law*, carente de principios generales y por ello, interpretado normalmente con un criterio restrictivo.

organizativa ingeniosa y mecánica para proteger la libertad, imagen rebajada más tarde, fácil presa de la concepción transpersonalista del Estado, que reduce los poderes a simples órganos de un ente superior.

Este autor considera que, realmente, la situación del Continente es parecida, ya que el Parlamento, más que un órgano del Estado es un órgano del pueblo, auténtico titular de la propiedad del poder, que ejerce, a través de las funciones esenciales, el control del Gobierno, la aprobación de las leyes y la adopción de las decisiones políticas fundamentales.

El juez, por su parte, tampoco es un órgano del Estado sino del Derecho, es la *viva vox iuris*, la *iurisdictio*, directamente vinculada al Derecho pero sin insertarse, jerárquicamente, en su función sentenciadora en ninguna otra organización diferente, sin perjuicio de que el Estado la designe, sostenga y ponga al servicio de sus decisiones, su propia fuerza.

En este sentido se considera que el Derecho no es producto de la voluntad del Estado sino una función de la comunidad, función que frente a un legalismo ingenuo nunca puede encerrarse en un catálogo cerrado de leyes y reglamentos, siendo el juez, el inexcusable órgano a través del cual se hacen presentes en la vida jurídica las fuentes del Derecho no formalizadas o estatalizadas como son las costumbre y los principios generales del derecho, que se producen en un proceso aplicativo.

Entiende que la subjetividad única del monarca absoluto es reelaborada por la filosofía Idealista alemana pero considera que un análisis atento de los conceptos determina que el Estado no se presente como un ente místico y totalizador sino como un simple *compositum* estructural<sup>513</sup>.

No parece nada convincente considerar que las cosas son diferentes de lo que manifiestan ser que, además, constituye una doctrina muy elaborada y sedimentada.

Como se mantendrá en esta tesis, efectivamente, toda esta construcción doctrinal, jurídica y política derivada del modelo francés es errónea y gravemente peligrosa pero tal conclusión no puede alcanzarse tras un análisis que se diga que una cuestión es directamente diferente de lo que literalmente se señala.

Debe reconocerse que el sistema jurídico y político del *common law* es radicalmente diferente del sistema de Derecho Continental.

Precisamente una de las finalidades de esta tesis es señalar el carácter aparente y ficticio de estas últimas afirmaciones con relación al Derecho Continental y que considero erróneas.

Esta obra va a incidir de forma directa en la separación de poderes y en la forma de la creación del Derecho, como garantía de las situaciones dignas de protección, en que se encuentran las personas dentro de la sociedad, lo cual, realmente, consideramos constituirá un elemento esencial en la configuración del poder público, como en su día constituyó para la civilización, la resolución heterocompositiva de las diferencias.

El Derecho inglés no es un Derecho que se forje en las universidades o se base en los principios sino que es un Derecho, en el que alcanza la mayor importancia, el procedimiento y la práctica.

---

<sup>513</sup> Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, I, cuarta edición, editorial Civitas, 1988, pp. 26-30.

El gran jurista de Inglaterra es el juez, salido de las Escuelas profesionales y cuyos conocimientos jurídicos se han madurado en la práctica, no es el profesor universitario. Algunos de los grandes jueces ingleses del siglo XIX no poseían título universitario.

Lo esencial es permitir al justiciable acudir al Tribunal y obtener la confianza del Jurado para reconocer la justicia del caso. Lo importante no es tener razón sino disponer de los mecanismos para conseguirlo.

El jurista inglés, al igual que el Continental, se esfuerza en conocer los principios pero mientras que los principios del Derecho Continental son elaborados por la doctrina en las universidades, sistematizando y modernizando lo dispuesto por el Derecho Justiniano, el jurista inglés (*legal rule*), simplemente, busca de manera inmediata, la solución justa del litigio, en ausencia de ley expresa y precedente aplicable.

En Inglaterra se puede decir que el poder judicial es un poder realmente, en tanto que puede crear Derecho a través del *common law* y *l'equity*, considerando que existen poderes innatos en manos de los jueces, de los que no se les puede privar sin contravenir la Constitución, tales como que los tribunales superiores ostentan instrumentos para que sus decisiones sean cumplidas y en ese sentido pueden impartir órdenes directamente a los agentes de la Administración, el ya citado *contempt of court*.

La administración de los Tribunales se lleva a cabo por órganos en que la mayoría de sus miembros son jueces, así como por la capacidad de los órganos superiores de poder intervenir en cualquier asunto para conocer, directamente, de cualquier litigio o de manifestar una opinión sobre cualquier materia sujeta a enjuiciamiento.

El reglamento de procedimiento (*rules of the supreme Court*) es obra de una comisión formada mayoritariamente por jueces y en el que no puede intervenir el Parlamento<sup>514</sup>.

Podría pensarse, que el sistema inglés se basa en la protección de determinadas situaciones que considera dignas de protección, a través de la *actio*, que no se produce, desgraciadamente, con el sistema Continental de los derechos subjetivos, dada la situación de la necesaria situación de protección ante situaciones personales o reales de nuevo cuño.

Esta concepción procesal inglesa está muy alejada de los derechos subjetivos otorgados por la ley, en situación de revolución permanente por la voluntad popular, lo que desde luego no beneficia ni a la estabilidad social ni al plan de la justicia, administración de esta última en los países Continentales, que se encuentra muy ocupada en la aplicación igualitaria de la ley, olvidándose de la evolución social y de las situaciones singulares de nuevo cuño para las que, en el mejor de los casos, dada su reiteración y acreditada la nueva situación social, fruto del clamor popular, el legislador dará satisfacción de manos de la ley (tamizada claramente por la ideología política) pero habiendo transcurrido, cuando menos, años y pasando en situación de cosa juzgada, situaciones que precisaban de una respuesta inmediata de los poderes públicos.

En la Europa Continental de la Monarquía Absoluta, aquella de la que se desembarazó el sistema del *common law* de Inglaterra (que se mantuvo sobre todo por las intervenciones de Coke), la

---

<sup>514</sup> René David y Camille Jauffret-Spinozi, *Les grands systèmes de droit contemporains*, novena edición, Codes dalloz, Paris, 1988, pp. 422 y 423.

Administración y la Justicia son emanaciones de un mismo sujeto, el monarca, y manifestaciones del mismo poder con idéntico rango y fuerza, sin que la Administración Regia estuviese sometida a los Tribunales Regios por cualquier sujeto particular, produciéndose una confusión de poderes, común a toda la Europa Continental.

En cualquier caso, la idea que considero más relevante es que al juez no se le considera representante de ningún ser superior (Estado) y constituye una emanación natural de la independencia al respecto del Derecho respecto del príncipe.

Durante la Ilustración se va a destacar la necesidad de métodos expeditivos para llevar a buen término funciones en la gestión administrativa, destacando la creación de nuevas autoridades de tipo monocrático a través de la reforma comisarial, a las que se encarga la gestión sectorial y completa de un servicio, asignándole funciones judiciales con exclusión de las justicias ordinarias y de la apelación ante las Audiencias o ante los parlamentos judiciales en Francia, si bien contra sus resoluciones, tanto en Francia como en España, se admite una apelación ante el Consejo Central competente por razón de la materia pero no ante el Consejo de Castilla, que entendía de los recursos en materias civiles y penales, en segunda suplicación o injusticia notoria, de manera que se produce aquí una inmediata ejecutividad, lo que, como vemos, es muy diferente en el Derecho inglés.

Como se ha dicho, en el Antiguo Régimen Continental, Administración y Justicia son dos emanaciones de un mismo sujeto y manifestaciones del mismo poder: el monarca, con idéntico rango y fuerza, por lo que no tendría sentido que la Administración Regia estuviese sometida a los Tribunales Regios como cualquier sujeto particular.

Ello debe entenderse con las reservas y peculiaridades correspondientes, ya que existe una distinción entre asuntos gubernativos y contenciosos, lo cual no es expresión de una división de poderes y, menos aún, de una supuesta originalidad del Antiguo Régimen español, ya que constituye la expresión misma de una confusión de poderes común a toda la Europa Continental, ya que son las mismas autoridades y tribunales, las que tienen que resolver lo administrativo y lo contencioso, aunque guardando diferentes formas, según se trate de una u otra clase de asuntos

Los que se refieren a cuestiones que pueden ocasionar un perjuicio a los particulares o en los que hay contradicción de partes deben resolverse con estrépito de juicio, aun cuando sea la Administración Regia, una de las partes del litigio, a la que se obliga a oír y vencer a su contrario, de tal manera que se resolverá con figura y estrépito de juicio, si existe un perjuicio de parte en atención a una eventual privación del derecho particular pero nunca un litigio sobre cumplimiento de una legalidad objetiva (que es lo que sucederá al principio tras la Revolución Francesa), que no se descomponga precisamente en derechos particulares.

Así se resolverán los casos de desapoderamiento de bienes, separación de empleados públicos o causas fiscales, no tratándose, por lo tanto, de que la Administración vaya a solicitar asistencia a los Tribunales, que es lo que acontece en los países anglosajones sino que la Administración y los Tribunales están encarnados exactamente en los mismos órganos, cuya potestad reside en el Rey, de donde emana todos los poderes, de manera que la posibilidad de que los mismos órganos entiendan de los asuntos contenciosos se ve consustancial a la atribución de potestades gubernativas, tanto en abstracto como a través del origen común de la soberanía regia<sup>515</sup>.

---

<sup>515</sup> Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, I, cuarta edición, editorial

## - LA TESIS DE LOCKE SOBRE LA SEPARACIÓN DE PODERES

Como se sabe Locke (1632-1704), en su segundo *Tratado de Gobierno Civil de 1689* (Cap. VIII, T. II, ep. 95), señala que el motivo por el que se constituye la sociedad civil se basa en preservación de las vidas, libertades y posesiones de sus miembros, es decir, todo eso a lo que da el nombre genérico de propiedad (*property*).

La teoría de división de poderes está expuesta en los párrafos 143 a 148, en donde el poder legislativo aparece descrito con bastante precisión: tiene que promover el bien público de la sociedad y las leyes han de ser conformes con las de la naturaleza, abstractas y generales, que no particulares y arbitrarias, debiéndose hacer las leyes en poco tiempo para siempre y para eso se necesita tener al lado, un poder que se ocupe permanentemente de su ejecución.

En la consideración de los poderes del Estado es llamativo que no describe un poder judicial, ya que tanto el legislativo como el judicial aparecen confundidos, puesto que la función legislativa y la judicial son la misma, ya que tratan de hacer Derecho.

En el párrafo 89 del *Tratado* indica que lo que saca a los hombres del estado de naturaleza y los pone en un Estado es el establecimiento de un juez terrenal, con autoridad para decidir todas las controversias y castigar las injurias que puedan afectar a cualquier miembro del Estado y dicho juez es la legislatura o el magistrado nombrado por ella<sup>516</sup>.

## - LA TESIS DE MONTESQUIEU

Montesquieu en su obra *El espíritu de la leyes*, en el Libro XI, “Sobre las leyes que forman la libertad política en su relación con la constitución”, en el Cap. VI, que se refiere a la “constitución de Inglaterra” señala que:

“Hay en todos los Estados tres especies de poder: el legislativo, el de ejecutar aquello que depende del derecho de gentes y el de ejecutar lo que depende del derecho civil. Por el primero, el príncipe ó el magistrado hace leyes, para algún tiempo ó para siempre, y corrige y abroga las que existen. Por el segundo, hace la paz ó la guerra, envía ó recibe embajadas, vela por la seguridad, previene las invasiones. Por el tercero, castiga los crímenes ó juzga los pleitos de los particulares. Éste último debe llamarse poder judicial y el otro simplemente poder ejecutivo del Estado....Cuando el poder legislativo y el ejecutivo se reúnen en la misma persona ó el mismo cuerpo de magistrados, no hay libertad, porque puede temerse que el monarca ó el tirano haga leyes tiránicas para ejecutarlas tiránicamente. No hay tampoco libertad si el poder judicial no está separado del legislativo y el ejecutivo. Si está unido á la potestad legislativa, el poder de decidir de la vida y la libertad de los ciudadanos será arbitrario, porque el juez será al mismo tiempo legislador: si está unido al poder ejecutivo, el juez tendrá en su mano la fuerza de un

---

civitas, 1988, pp. 458 y sgts.

<sup>516</sup> Santiago Muñoz Machado, *Tratado de Derecho administrativo y Derecho Público general*, T: I, *La formación de las instituciones públicas y su sometimiento al Derecho*, tercera edición, Madrid, 2011, pp. 440 y 441.

opresor. Todo estaría perdido si el mismo hombre, ó el mismo cuerpo de los próceres ó de los nobles ó del pueblo, ejerciese estos tres poderes: el de hacer las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos ó las diferencias de los particulares. En la mayor parte de los reinos de Europa, el gobierno es moderado, porque el príncipe, que tiene los dos primeros poderes, deja á sus súbditos el ejercicio del tercero. Entre los turcos, donde los tres poderes están reunidos en la persona del sultán, reina un espantoso despotismo....Por esta causa, los príncipes que han querido implantar el despotismo, han empezado por reunir en su persona todas las magistraturas, y algunos reyes de Europa todos los cargos importantes de su Estado... El poder de juzgar no debe confiarse á un tribunal, sino ser ejercido por personas sacadas del cuerpo del pueblo en ciertas épocas del año y de la manera que prescribe la ley, para formar un tribunal que sólo dure e' tiempo que exija la necesidad. De tal manera, la facultad de juzgar, tan terrible entre los hombres, no hallándose vinculada en ningún estado ni profesión, viene á ser, por decirlo así, invisible y nula. No se tiene delante continuamente á los jueces; se terne á la magistratura y no á los magistrados. Es necesario asimismo que en las acusaciones graves el reo designe sus jueces, en concurrencia con la ley; ó, por lo menos, tenga el derecho de recusar tal número de ellos, que los que queden puedan reputarse de su elección. Los otros dos poderes podrían más bien darse á magistrados ó á cuerpos permanentes, porque sus decisiones no recaen sobre ningún particular, no siendo el uno más que la voluntad general del Estado, y el otro la ejecución de esta voluntad. Pero si los tribunales no deben ser fijos, las sentencias deben serlo hasta el punto de no discrepar lo más mínimo del texto expreso de la ley. Si representasen una opinión particular del juez, viviríamos en sociedad sin saber con precisión las obligaciones que nos impone. Es menester también que los jueces sean de la condición del acusado ó sus pares, para que no pueda recelar que ha caído en manos de personas dispuestas á hacerle violencia...”<sup>517</sup>

Quiero destacar que de los tres poderes de los que habla, al de juzgar lo considera, cuando se ejerce de manera temporal, nulo, no quedando entonces más que dos realmente, que aunque se ejerzan por un cuerpo permanente ejercen la voluntad general del Estado; y de otra parte, que hablando de la constitución de Inglaterra, la apelación que se hace lo es al Derecho civil.

En este capítulo Montesquieu habla de las más diversas cuestiones y desde distintos puntos de vista, sin que pueda extraerse ninguna afirmación concluyente salvo lo que con claridad señala en el párrafo sexto:

“Todo estaría perdido si el mismo hombre, ó el mismo cuerpo de los próceres ó de los nobles ó del pueblo, ejerciese estos tres poderes: el de hacer las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos ó las diferencias de los particulares”.

Aunque pueda resultar paradójico y muy llamativo, considero que constituyen las circunstancias que concurren en el sistema instaurado por la Revolución Francesa, especialmente de la mano de los partidos políticos<sup>518</sup>, como más adelante se analizará.

A Montesquieu se le considera una piedra angular de la Revolución Francesa por esta obra pero la separación de poderes que se dice propugna no fue una idea muy aceptada por sus colegas, la

---

<sup>517</sup> Montesquieu, *El espíritu de las Leyes*, traducción de Siro García del Mazo, Biblioteca de Derecho y Ciencias Sociales, Madrid, 1906.

<sup>518</sup> Ver entrevista a Alejandro Nieto, *El Mundo*, 6-3-2021.

práctica no la siguió por las razones que pomposamente se recogían en la Constitución francesa de 1791 y sigue constituyendo un lastre en las democracias Continentales, como más adelante se señalará.

El Barón de Secondat, que era el título nobiliario que ostentaba, era el autor más citado por su sensibilidad hacia la separación y equilibrio de poderes en *The Federalist* y en los debates de la Constitución Federal Norteamericana pero no llegó, sin embargo, a participar en la redacción de *L'Encyclopédie*.

Del examen del *Espíritu de las leyes* se pone de manifiesto su carácter sociológico, por lo que se puede manifestar, sin ningún género de dudas, que para Montesquieu, la razón a que se apela con carácter esencial en la construcción del conjunto de ideas de que se dice se sirve la Revolución Francesa, no constituye el principio fundamental de la política y organización social, al basar su análisis en las circunstancias físicas e históricas, en la moral y las costumbres que condicionan la forma social, no encontrándose la razón en la lista de elementos que constituyen la naturaleza y circunstancias de cada pueblo.

Su idea de separación de los poderes, que depositó en el “*cahier de deloances*” como temas a tratar en los “estados generales” era, realmente, la tesis nobiliaria basada en la idea de que el sistema francés de gobierno debía salvaguardarse contra el despotismo monárquico, a través de la nobleza y de las instituciones que la controlaban, los *parlements* o el sistema judicial, idea que confesaba había tomado del sistema inglés pero, realmente, Montesquieu pugnaba el equilibrio de poderes que constituía la tesis tradicional de la nobleza, en cuyo seno, como nobleza de servicios, había nacido.

Helvetius, Holbach y Voltaire eran hostiles a la separación de poderes<sup>519</sup>.

Tradicionalmente se viene manteniendo que Montesquieu constituye la base de la teoría de la separación de poderes, que se aplicó en Francia tras la Revolución Francesa y ello por imitación del modelo inglés.

Pero, de un lado, tras la Revolución Francesa no se aplicó el modelo de separación de poderes a que se apela en la actualidad y de otro, existiendo en Inglaterra tal separación de poderes, nada tiene que ver el sistema francés instaurado con el inglés, constituyendo falacias evidentes, que no se deben considerar gratuitas sino deliberadamente buscadas para confundir simples ideas erróneas con intereses económicos, como se desarrollará más adelante.

Miguel Ayuso destaca que la expresión de separación de poderes traiciona el pensamiento de Montesquieu, ya que a este, lo que realmente le preocupaba no era la confusión de los poderes legislativo y ejecutivo sino que el poder político no se ejerciera de un modo demasiado unilateral.

No trataba de resolver una cuestión de política artificial sino de fuerzas reales, históricamente imbricadas en el seno de un todo unitario, Estado o Nación, que regulaba sus intereses de acuerdo con el Derecho ni tampoco de transmutar la voluntad general en Parlamentaria, lo que considera una infidelidad de Rousseau, creando leyes que paralizan a los jueces, ya que la función de juzgar no es política, destacando que la posición puramente aplicativa de las leyes es incompatible con la libertad humana, al tiempo que la tecnificación del Derecho iba a imposibilitar la elección popular establecida en el primer momento Revolucionario.

---

<sup>519</sup> Gertrude Himmelfarb, *The Road to Modernity*, 2004, traducida al portugués por Miguel Freitas da Costa, *Os caminhos para a modernidade, Os iluminismo Britânico, Francês y Americano*, Biblioteca Nacional de Portugal, 2015, pp. 163 y sgts.

Destaca que así como el gobierno de los poderes Legislativo y Ejecutivo se residencia en cada uno de ellos, no sucedió lo mismo con el Judicial, ya que como solo le correspondía juzgar mientras que administrar correspondía al Ejecutivo se encomendó al Ministerio de Justicia el gobierno del Poder Judicial<sup>520</sup>.

En opinión de Gallego García, Montesquieu y Coke tienen importantes lazos de parentesco en intención, ya que ambos fueron juristas en busca de la constitución originaria para sus respectivos países, a través de un retorno a principios mediante un estudio combinado de la historia y la jurisprudencia.

Ambos repudiaron la moderna idea de soberanía y en este sentido destaca la observación de Gierke, referida a que Montesquieu omite enteramente la concepción de unidad de soberanía, ya que solo habla de gobierno y nunca hace referencia alguna a la personalidad del Estado<sup>521</sup>.

En las *Cartas persas* (129) señala que las leyes solo podrían ser tocadas con mano temblorosa y sin lugar a dudas, Coke habría ratificado la afirmación de Montesquieu de que la ley es expresión de la justicia eterna y una necesidad de la naturaleza, independiente de los hombres tiempos y lugares. Para Coke, como antes lo había sido para los comentaristas del *mos italicus* y sus predecesores romanos, la promulgación de una ley es escasamente algo deseable y, por lo general, vista como último recurso aunque no se descarta toda actividad legislativa con la máxima prudencia.

Coke en el séptimo de sus *Raports* dice que: “el juez es la boca de la ley” (“*iudex lex loquens*”) y Montesquieu puntualiza con la conocida frase, que es la boca “muda”, lo que no significa, en opinión de Gallego García, que el juez sea una marioneta sin habla como mayoritariamente se considera o un puro instrumento mecánico y sin alma sino que significa que cuando declara el Derecho no habla por sí mismo ni con sus palabras sino con las palabras de la ley.

Esta postura la justifica en Coke y en nuestra tradición jurídica.

En la tradición germánica existe respeto a la costumbre de los antepasados y la idea de que el Derecho es algo dado, una vez y para siempre, que también fue una práctica romana, según Corwin, al incorporar a las leyes una cláusula condicional por la que se declaraba que el propósito de su promulgación no era abrogar algo considerado sacro-santo o *ius*, y la acostumbrada fórmula era: “*Si quid sacrisanctique est, quod ius nonsit rogari, eius hac lege nihil rogatur*”.

Pero a diferencia entre germanos y romanos consistió en que estos últimos hicieron de la preservación del Derecho un arte a través de una fuerte labor de racionalización, algo que los germanos, por aquel entonces, no estaban en disposición de realizar, de manera que los romanos, con un sentido práctico y su natural prudencia, pronto se vieron enriquecidos con categorías lógicas y retóricas prestadas de los griegos y esta razón natural e independiente de la costumbre y de la letra de las *legis actiones* dieron lugar al *ius gentium*, verdadero hito en la formación de la jurisprudencia Occidental.

Los juristas romanos no eran filósofos y los filósofos griegos no eran juristas pero en el s. XII, los canonistas y humanistas de la Europa Occidental combinaron la capacidad griega para la filosofía con

---

<sup>520</sup> Miguel Ayuso Torres, “La administración de justicia y el poder judicial en la Constitución española de 1978”, *La Constitución Española: 1978-2018*, Lefebvre-El Derecho, Madrid, 2018, pp. 131-133

<sup>521</sup> Otto Von Gierke, *Natural law and theory of society 1500 to 1800*, Cambridge University press, 1934, V. I, p. 153.

la capacidad romana para el Derecho, desarrollando el canónico, la combinación de los principios de autoridad y razón a través del cultivo de los métodos empíricos.

Considera, por ello, que el juez no crea el Derecho sino que lo encuentra y declara, lo que constituye la causa fundamental de su crecimiento y perfección.

El juez con el juicio nuevo no produce un nuevo Derecho sino que solo declara el antiguo y el verdadero jurista habla desde la ley y no desde sí mismo, por lo que el buen jurista no debe ser creativo ni buscar usos alternativos al Derecho, ya que es servidor del Derecho y no es el juez el que instituye el Derecho sino que es el *common law* el que instituye a los jueces y no los jueces al *common law*.

Pero los jueces no están solos en esta labor declarativa del Derecho, ya que junto a ellos y en un escalón inferior están los abogados, en sus diversas variantes, *attorney*, *barrister* y *lawyers*, que forman un cuerpo profesional selecto, cuyo ingreso exige, además de una adecuada preparación técnica, la realización de los ritos y juramentos solemnes, que reciben un patrimonio formado por un conjunto de saberes que se comprometen a guardar, respetar y transmitir a las generaciones posteriores, considerando que no existe juicio correcto fuera de la autoridad y la tradición.

Considera este autor, que ningún hombre puede ser un completo abogado si posee solo un conocimiento universal de las cosas pero carece de experiencia de los casos particulares ni tampoco si solo posee la experiencia de los casos particulares y carece de un conocimiento universal porque la ciencia de las leyes abarca ambas cosas, un saber especulativo y práctico<sup>522</sup>.

Desde esta perspectiva, el concepto de ley no sería el Revolucionario sino el observado en nuestra tradición jurídica y en el que el juez, asépticamente, señala el contenido de la norma que se deduce de esa condición jurídica que se pone de manifiesto en la resolución del caso.

En páginas inmediatamente sucesivas se hará mención de la tesis de Vallet de Goytisolo respecto de las ideas de Montesquieu, de la que debe destacarse la lectura de los apartados 3, 4 y 5 que fundan de forma completamente coherente lo que se acaba de decir.

Entiende Gallego García que tanto Coke como Montesquieu lucharon por la libertad política y civil dentro de una Monarquía limitada y sometida a leyes, en continuidad con la tradición medieval o gótica de rey y parlamento, con jueces independientes y celosos en la conservación y aplicación del Derecho como la más genuina constitución histórica de sus respectivos países, con el deseo de Montesquieu de que la monarquía en Francia retornara a sus principios históricos y evitar así caer en algún tipo de despotismo mayor, como desgraciadamente aconteció con la Revolución de 1789<sup>523</sup>.

Vasco Pereira da Silva sobre la base del carácter sociológico de la obra de Montesquieu, partidario de la tesis nobiliaria, su oposición a la justicia de los Intendentes, favorable a la plenitud jurisdiccional de los *parlements*, presidente del de Burdeos, su fuente de inspiración inglesa, entiende que aunque pudieran los Revolucionarios franceses fundar sus tesis, al señalar que la jurisdicción sirve para los asuntos penales y resolver los asuntos de los particulares (en estos inicios Revolucionarios la Administración lo era de poder) destaca que su afirmación referida a que los jueces son la boca muda que pronuncia las palabras de la ley no son nada ingenuas acerca del poder neutral de los poderes del

---

<sup>522</sup> Edward S. Corwin, "Higher Law" *Background of American Constitutional Law*, 42, Harvard Lawreview, 149, 1928, p. 12.

<sup>523</sup> Elio A. Gallego García, *Common Law. El pensamiento político y jurídico de Sir Edward Coke*, ediciones Encuentro, 2011, pp. 141-143 y 115- 132.

juez y corresponderían a una intención estratégica de otorgar más importancia al Poder Judicial destinada a establecer una actuación más intensa de los jueces en la lucha contra el poder del rey<sup>524</sup>.

Vallet destaca que la Revolución Francesa no es fiel a las tesis de Montesquieu que no emplea la expresión separación o división de poderes en el texto sino únicamente en el párrafo 5º del capítulo VI del Libro XI utiliza el verbo separar pero de forma negativa: "Il n'y a point encore de liberté si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative et de l'exécutive", considerando, igualmente, que lo que se pretende evitar es la confusión, reconociéndose las relaciones constantes.

Citando a Troper destaca que mientras que Rousseau, con su doctrina aseguraba la primacía del Poder Legislativo, Montesquieu, como empirista, trató de crear un equilibrio constitucional que fuera a la vez un equilibrio social, de tal modo que cada clase, estando representada en el seno del Poder Legislativo pudiera impedir toda tentativa de perjudicar sus intereses por medio de reformas legislativas.

Se trataba de que un mismo grupo de hombres no dominase los tres poderes ni siquiera dos de ellos, lo que debería traducirse ni en que una misma clase social ni un mismo partido político los dominase, no permitiéndose parlamento partitocrático.

Considera que la eliminación de la potestad política dentro del Poder Judicial debe ser más radical, y que por ello escribió que : 1) decir que nada hay justo ni injusto sino lo que ordenan las leyes positivas equivale a decir que antes de trazarse el círculo no eran iguales todos los radios; 2) que la justicia es eterna y no depende de las convenciones humanas. Si de ella dependiera sería una verdad terrible y haría falta que se hurtara a sí misma; 3) una cosa no es justa porque sea ley sino que debe ser ley porque es justa; 4) tanto el monarca como el Senado pueden hacer leyes tiránicas; 5) no existe más cruel tiranía que la ejercida a la sombra de las leyes y con los colores de la justicia, y de ello se deduce que no sería esta la perspectiva Iluminista, la del Despotismo ilustrado ni tampoco le importa en la Revolución Francesa<sup>525</sup>.

Como ya se ha señalado, los autores del *Federalista* atribuyeron al oráculo de Montesquieu el haber expuesto el inestable precepto de la separación de poderes a la ciencia política y recomendarlo eficazmente a la atención de la Humanidad y la novedad de la fórmula consistió en considerar que, dada la inclinación natural de todo hombre a abusar del poder, la libertad individual y política solo se garantizaría dividiendo en distintos titulares los tres poderes que existen en cada Estado, pues el poder solo puede ser limitado por el poder y en palabras de Madison, la acumulación de todos los poderes legislativos, ejecutivos y judiciales en las mismas manos, sean estas de uno, de pocos o de muchos, hereditarias o electivas, constituyen la definición misma de tiranía.

Ahora bien, como ya advirtió *Brutus* (al parecer el seudónimo del juez neoyorquino Robert Yates) en los "papeles antifederalistas",y también recalcó Schmitt más tarde, las ideas de división o de separación de poderes no son las que presiden la teoría de Montesquieu sino las ideas de armonía o equilibrio de fuerzas contrarias que se neutralizan.

Estas ideas son las que dominan el pensamiento europeo desde el s. XVI, y aferrándose a la palabra

---

<sup>524</sup> Vasco Pereira da Silva, *O contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise*, Almedina, 2ª edición, 2009, pp. 20 y 21 y del mismo autor, *Em busca do acto administrativo perdido*, Almedina, 1995, pp. 22 y 23.

<sup>525</sup> Juan Vallet de Goytisolo, "La independencia de la función Judicial y la pretendida separación de poderes", *Verbo*, 309-310, 1992, pp. 1019, 1020, 1031, 1033, 1038 y 1039.

división en lugar de la imagen de *balance*, Schmitt considera el establecimiento de un sistema de controles recíprocos, de frenos y engranajes mutuos, que obedecen a la necesidad de apoyar a los cuerpos intermedios en su lucha contra el absolutismo Real, de manera que en Montesquieu no existe una teoría jurídica de la separación de poderes sino una concepción político-social del equilibrio de poderes, equilibrio que tiende a consagrar a un poder entre los demás, el de la aristocracia.

Como se verá, precisamente, tras el régimen judicial instaurado por la Revolución Francesa, como Constitución realmente de poderes, el proceso judicial (juzgar a la Administración será administrar) será una cuestión de Derecho, no de derechos como hasta ahora, siendo lo determinante, el sometimiento de la Administración gestora, que también juzga, a la ley, siendo la reparación del perjuicio al particular, una cuestión diferente, que no tendrá cabida en el supuesto proceso hasta mucho tiempo después, tratándose de una cuestión que debía resolverse aparte.

En esta situación, es esencial destacar la transformación que se produce durante la Ilustración y que a la postre va a lastrar la evolución tras la Revolución Francesa, que en tantos aspectos se señala como revolucionaria, como se verá, un tanto erróneamente.

Durante la Ilustración se lleva a cabo la reforma comisarial, de manera que se atribuye a determinados funcionarios de carácter individual o monocrático frente a la fórmula colegial tradicional, funciones en materia de fomento (servicio público) o policía especial o actuaciones del poder público, a las que se les encomienda completamente un servicio y también sus aspectos judiciales, con exclusión expresa de los justicias ordinarios, de manera que estas nuevas autoridades, también llamadas jueces privativos, se excluyen de apelación ante las Audiencias y Chancillerías, y así por ejemplo en Francia en el Edicto de Saint-Germain de 1641 se prohibía a los parlamentos judiciales conocer de los asuntos, en los que se afectase a la Administración, al Estado o al Gobierno, lo que es extensible al Estado policial germánico.

Las resoluciones de estos jueces privativos o funcionarios especiales comisariales, llamados superintendentes, subdelegados de Hacienda o comandantes de Marina, sí que eran susceptibles de apelación ante el consejo central competente, por razón de la materia.

Los procedimientos ante estas autoridades comisariales eran más rápidos, expeditivos y más limitadas las alegaciones y audiencias de los particulares. Sus resoluciones eran inmediatamente ejecutivas, sin posibilidades prácticas de suspensión y se prohibía a los jueces ordinarios interferir o perturbar el actuar autosuficiente de la Administración, para no embarazar el expediente<sup>526</sup>.

Montesquieu, cuya obra *El espíritu de las leyes*, que se había publicada en 1748 fue consejero y luego presidente del parlamento judicial de Burdeos<sup>527</sup>, parlamentos judiciales que apelaban al principio de división de poderes, para justificar su oposición al rey, en la fase final del Antiguo Régimen.

---

<sup>526</sup> Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, I, cuarta edición, editorial civitas, 1988, pp. 458 y sgts.

<sup>527</sup> Tales parlamentos eran corporaciones nobiliarias estamentalizadas, que fueron, paulatinamente, apartados de las responsabilidades administrativas por el desarrollo de los agentes monocráticos administrativos citados, dependientes directamente del rey y cuyas decisiones se equiparaban, en valor y efecto, a las mismas sentencias, pretendiendo tales parlamentos y este autor a través de esta obra, recuperar para su estamento, la influencia perdida.

Fue precisamente por esta agitada resistencia, con ocasión de las grandes reformas de los ministros fisiocráticos, de donde surgió la crisis constitucional de la que salió la convocatoria de los Estados Generales de 1789, que acabó, inesperadamente, con el Antiguo Régimen

Debe tenerse en cuenta, dentro de esta evolución, el enorme paso que se produce desde la Asamblea Constituyente hasta la Asamblea.

En la Asamblea Constituyente se recibió el principio de división de poderes, que implicaba para los jueces, la independencia del Ejecutivo como en el modelo inglés, en que los jueces pueden afirmar su competencia general sobre los agentes de este último poder.

La Asamblea, sin embargo, interpretó la separación, considerando que los jueces no podían interferir, en absoluto, en el funcionamiento de la Administración, en una palabra, enjuiciarla, de manera que en la Ley de 16-24 de agosto de 1790 se dispuso que las funciones judiciales son y han de permanecer siempre separadas de las funciones administrativas y los jueces no podrán bajo pena de prevaricación, perturbar ,de cualquier manera, las operaciones de los cuerpos administrativos ni emplazar ante ellos a los administradores por razón de sus funciones. En el dictamen de la Asamblea de 1789 de donde salió la ley de separación de poderes se dice que:

“La nación no ha olvidado lo que se debe a los parlamentos y que ellos solos han resistido a la tiranía... Nuestra Magistratura estaba justamente constituida para resistir al despotismo; pero este ya no existirá desde ahora”.

De estas palabras se deduce la intención de los Revolucionarios de liberar al poder Ejecutivo, una vez en sus manos, de los condicionamientos judiciales, lo que dará lugar a la jurisdicción retenida posteriormente a la jurisdicción delegada y al inacabado control, por parte del Poder Judicial, de la actuación administrativa.

Es decir, todo lo contrario de lo que proponía Montesquieu y del modelo inglés que se decía seguir, siendo lo ordinario que se mantenga por la doctrina científica más numerosa, que Montesquieu propuso la separación de poderes que la Revolución Francesa cristalizó. Nada más alejado de la realidad, como se ve .

En el Antiguo Régimen y hasta la Ilustración se tiene presente para llevar a cabo una u otra actuación administrativa, la afectación de los derechos de los particulares y es factible que en la resolución de la cuestión intervengan la justicia ordinaria para enjuiciar adecuadamente lo que sucede.

Mientras en el Antiguo Régimen existiendo un derecho subjetivo afectado se resolvía la cuestión con estrépito de juicio y había recursos ante las Chancillerías y Audiencias, que atendían normalmente las cuestiones judiciales entre partes y en el Derecho anglosajón tras el *common law* existe una férrea protección procesal a través del otorgamiento de una acción, la teoría francesa de la separación de poderes determina que sea el poder Ejecutivo el que resuelva todas las cuestiones Administrativas.

Es decir, pone en cuestión la resolución heterocompositiva de las controversias, que constituye el eje de la civilización, y ello, sobre la base de una teoría del Estado como persona jurídica, dirigida por la voluntad popular, a través de las leyes extraídas de la razón.

Lo que nos induce a pensar en el Leviatán de Hobbes y de Bodino, que en un determinado momento se atribuyó al rey y hoy en día puede imputarse a una supuesta voluntad popular.

Señala Manuel García Pelayo que han sido muchas las interpretaciones que se ha hecho del pensamiento de Montesquieu sobre la separación de poderes, con ricas matizaciones y ejemplificaciones, en un proceso de vulgarización y bastardad con que condena el destino a todo gran pensamiento pero de cualquier manera, la teoría de Montesquieu, grosera o finamente interpretada, ha servido de arquetipo hasta nuestro tiempo aunque debe sufrir rectificaciones.

Como ha destacado García de Enterría, el poder surgido de la Revolución Francesa misma y consolidado por Napoleón ha alcanzado en todos los países una creciente relevancia, a saber, el poder Administrativo encarnado en la burocracia estatal.

Considera que aunque es cierto que la Administración y la burocracia son creaciones de la época Absolutista, la teoría de la división de poderes de Montesquieu podría prescindir de considerar tales entidades y aunque el Estado se limitara, simplemente, a crear un orden jurídico, renunciando a una serie de actividades de control económico o de promoción de la felicidad pública etcétera, que no llevaba a cabo el Estado Absolutista y que se dejaron a la acción espontánea de los individuos y de la sociedad, en el Estado Absolutista, la burocracia era considerada como un obediente instrumentos en manos del Príncipe, como un auxiliar del despotismo y no como un poder político libre, que se sustenta sobre sus propias bases.

El esquema de Montesquieu se encontraba basado en realidades sociológicas concretas: el rey, la nobleza y el pueblo cultivado, de manera que su modelo de división de poderes se sustentaba en una realidad sociológica subyacente, que ha dejado de tener vigencia.

Hoy en día, esta realidad es diferente sobre la base de la existencia de una nueva entidad, en principio extraestatal, es decir, los partidos políticos cuya presencia puede anular, en la praxis, la independencia entre el Gobierno y el Parlamento, entre el Ejecutivo y el Legislativo, para someter a ambos a su dependencia, cuando la mayoría Parlamentaria y el Gobierno pertenecen al mismo partido o coalición de partidos.

Dando, por supuesto, que estos tengan una disciplina mínima y tal es el caso en los regímenes Parlamentarios y de otros sistemas, que han llevado a sus límites la conversión del Parlamento y del Gobierno, en instancias legitimadoras del poder unificado en los partidos políticos, de ahí que algunos postulen la reducción de la trinidad de poderes en una dualidad compuesta, de un lado, por el Parlamento y el Gobierno como poderes políticos y de otro de la Judicatura, como poder guardián del orden jurídico, en el que adquiere verdadera importancia la Constitución y su garante, el Tribunal Constitucional<sup>528</sup>.

Pero tal y como reconoce García Pelayo, la función del Estado debe ir acorde con los intereses de la clase política dominante, es decir, con la burguesía, ya que esta clase necesitaba por su despliegue

---

<sup>528</sup> Manuel García Pelayo, *Obras completas*, V.III, Centro Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, pp. 2813-2821. Este autor se refiere a las funciones que los partidos políticos deben desempeñar en las democracias modernas y la conexión que deben tener con la sociedad, destacando que todos los partidos políticos de la sociedad democrática deben coincidir en lo sustancial, ya que lo contrario constituye la antesala de las sociedades totalitarias a través de movimientos violentos y se refiere también a la captura y ocupación del Estado a través del partido en los sistemas totalitarios, tratando también el tema de la estructura y explotación de la ideología por parte de los partidos, tema que se desarrollará en la actualidad en el apartado del Estado social y democrático de Derecho. *Ibidem*, pp. 2525- 2570. El tema lo desarrolla también en las pp. 2915 a 2981, tratando el tema de la Constitución, la división de poderes, el Estado, Estado y sociedad y la sacralización del Estado.

histórico, de un lado, un área libre para su acción y por otro de una certeza en los datos y situaciones con los que había de operar, lo que implicaba la exclusión de toda posible intervención imprevista del Estado y, por consiguiente, moverse estrictamente dentro de los límites de la ley aprobada por el Parlamento para lo que sirvió el principio de reserva legal, según la cual, toda intervención en la libertad o en la propiedad solo podía tener lugar en virtud de una ley formal y en el Estado Liberal, el principio de legitimidad no lo constituía ni el carisma ni la gracia de Dios ni la tradición ni los principios del socialismo ni la obediencia a los hombres ni a las autoridades sino a las leyes.

Es decir, un conjunto de normas abstractas que hasta las mismas autoridades han de moverse entre los límites y competencia definida por las leyes dentro de la creencia de que las leyes no eran tanto *voluntas* cuanto *ratio*, expresión de la razón a la que se accedía mediante un proyecto dialéctico basado en principios que salían a la luz tras la discusión en el Parlamento.

Pero hoy en día puede afirmarse que el tipo de Estado no es el Legislativo sino el Estado Gubernamental o Administrativo y el papel central ya no lo ocupa el Parlamento sino el Gobierno y sus equipos tecnoburocráticos y el Estado no puede limitarse a crear las condiciones ambientales para el desarrollo de una sociedad a la que suponía capaz de autorregulación sino que necesita la intervención del Estado, sobre todo en materia social y de prestaciones, y esta preponderancia del Gobierno da lugar a los nuevos frutos legislativos de las leyes medida, cuadro, orientación o plan, que significan los programas legislativos del propio Parlamento o de actuación del Gobierno<sup>529</sup>.

## F. EL CONTROL DE LA ADMINISTRACIÓN A TRAVÉS DE SUS REGLAS ESPECÍFICAS: *ULTRA VIRES Y NATURAL JUSTICE*

Pudiera considerarse que en Inglaterra, a diferencia del resto de países del continente europeo, existía un sistema de garantías jurídicas frente al poder público antes de la Revolución Francesa, considerándose que la necesidad de establecer un sistema jurídico más adecuado para el control de la Administración ha conducido a la modernización o iuspublicación de los sistemas jurídicos tradicionales del Derecho inglés.

Del principio constitucional del *rule of law* se desprende, en el ámbito jurídico Administrativo, la existencia de una vinculación especial de la Administración al *common law*, esencialmente, a través de las teorías del *ultra vires* y del *natural Justice* para dar respuesta a esa necesidad de sujetar a Derecho a la Administración de forma adecuada.

La teoría del *ultra vires* conduce a considerar ilegal toda actividad administrativa que no responda a la habilitación hecha normativamente por el Parlamento o que no responda a las pautas necesarias para realizar una actuación dentro del sacrosanto principio inglés de la soberanía del Parlamento.

La teoría del *ultra vires* también ha servido para desarrollar en el Reino Unido un control sobre la discrecionalidad administrativa y para afirmar el principio de igualdad, ya que la actuación administrativa que lo vulnera se considera arbitraria.

Del principio de la justicia natural son expresión el derecho de audiencia, la máxima de la

---

<sup>529</sup> Manuel García Pelayo, *Obras completas*, V.III, Centro Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, pp. 2821-2828.

prohibición de ser juez y parte en el mismo asunto, el principio de la motivación de las resoluciones administrativas, el de seguridad jurídica y el régimen de revocación de las resoluciones administrativas, de retroactividad así como la posibilidad de recurrir judicialmente las decisiones administrativas.

Se considera que este conjunto de cautelas y controles vienen a destacar la importancia del procedimiento administrativo como garantía jurídica<sup>530</sup>.

## 2. ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA: SU ORGANIZACIÓN JUDICIAL, LOS CRITERIOS GENERALES DE ACTUACIÓN DE SUS TRIBUNALES Y SUS PECULIARIDADES

Como se sabe, la Declaración de Independencia<sup>531</sup> fue suscrita por las trece colonias británicas<sup>532</sup> de América del Norte el 4 de julio de 1776, convirtiéndose en Estados libres e independientes.

La Declaración de Independencia no era suficiente para consagrar el funcionamiento de un armazón de Estado, ya que la misma se encontraba desprovista de poderes ejecutivos y judiciales y de la imposibilidad de cobrar impuestos, lo que consagra la Constitución de 1787, basada en el principio republicano contrario al sistema monárquico inglés y en un principio de separación de poderes, fundado en lo que se denomina un sistema de frenos y contrapesos<sup>533</sup>

La Constitución fue objeto de varias reformas aprobadas en 1789 y ratificadas en 1791 respecto de los derechos humanos, y que tenían por objeto la vida, la libertad y la propiedad, como un siglo antes proclamaba Locke. Hasta 1992 habían sido ratificadas 17 enmiendas a la Constitución.

---

<sup>530</sup> Santiago González-Varas Ibáñez, *El Derecho Administrativo Europeo*, Instituto Andaluz de Administración Pública, 3-ª edic. Sevilla, 2005, pp. 494-498. Sobre el uso en el Reino Unido de los principios de proporcionalidad y confianza legítima en sus ámbitos procesal, material y sus efectos en la proporcionalidad y discrecionalidad administrativa puede verse a Gordon Anthony, "Procedimiento, Derecho material y proporcionalidad: el principio de confianza legítima en el Derecho administrativo del Reino Unido", *El principio de seguridad Jurídica y sus manifestaciones*, Documentación Administrativa, 263-264, 2002, INAP, pp. 329-352.

<sup>531</sup> El alma de esta Declaración de Independencia fue Thomas Jefferson (1743-1826), luego tercer presidente de EEUU.

<sup>532</sup> Lo que justifica la continuidad con el *common law* inglés y explica que la revuelta fuese originada realmente por la aplicación de un principio del *common law*, cual es el de autoimposición de los tributos, de ahí que las colonias se opusieran a la imposición de un tributo, que ellas no habían votado, principios estos del *common law* que siguen produciendo efectos en aspectos tales como el concepto de gobierno limitado y representativo o la importancia del jurado en los asuntos civiles o penales. No obstante, en la formación poblacional también han existido otros orígenes: la población de Florida era mayoritariamente originaria de España, los de Luisiana de Francia y la de Nueva York, que comenzó por llamarse Nueva Amsterdam, de Holanda.

<sup>533</sup> El legislativo fue atribuido al Congreso, que comprende dos Cámaras: el Senado que representa a los Estados ( dos por cada Estado y un periodo de 6 años) y la Cámara de Representantes, que representa al pueblo de modo proporcional a la respectiva población y electos cada 2 años; el Ejecutivo corresponde al Presidente, y el poder Judicial pertenece al Tribunal Supremo y a los Tribunales inferiores, existiendo junto con los jueces federales, los de cada Estado, que disponen de un amplio poder de control en la actividad legislativa y administrativa, y cuyo nombramiento corresponde al Presidente de los Estados Unidos o a los de los Estados, que deben ser ratificados por las Asambleas legislativas e incluso por sufragio. Los grandes sectores de la actividad económica en los Estados Unidos se encuentran reguladas a través de las agencias administrativas independientes, conocida como *regulatory agencias*, que ejercen competencias legislativas por delegación del Congreso y aprueban reglamentos sujetos al control judicial y sujetos al *Federal Administrative Procedure Act* de 1946.

Señala Corwin<sup>534</sup> que declarada la independencia de Inglaterra, los autores de la Constitución norteamericana de 1787 lograron captar las normas del Derecho natural y las formularon en el texto Constitucional y las diez primeras enmiendas a la Constitución aprobadas en 1791 son promesas sin las que nunca hubiesen sido aprobada por el pueblo.

No crearon el *Bill of Rights* sino que fueron una simple declaración, para mayor abundamiento, de los derechos ya protegidos, por lo que puede afirmarse, que los principios formulados por el sistema legal de Inglaterra y sus colonias desbordaron, en cierta medida, el contexto jurídico y sirvieron de base filosófica para elaborar el sistema político del nuevo país.

Junto al catálogo de derechos reconocidos se incluyó la novena enmienda que dispuso que:

“la numeración en esta Constitución de ciertos derechos no podrá alegarse para negar o desvirtuar otros, retenidos por el pueblo”.

Lo que tiene como trasfondo, el debate filosófico que dio como resultado la Constitución de 1787, en donde se discutía la oportunidad de incluir en ella una declaración de derechos, a lo que se negaban los federalistas porque opinaban que su sanción podría interpretarse como una limitación a los derechos naturales, que ya se reconocían o que pudiesen reconocerse en el futuro, puesto que los derechos ya estaban garantizados por el sistema legal.

Pero no es esta la única peculiaridad de este sistema norteamericano, ya que bien relevante es la relativa a la organización del poder político o público.

Puede mantenerse que el origen real del principio de separación de poderes debe buscarse en el principio de Derecho natural, por el que nadie puede ser juez y parte en la misma causa, que había sido recogida en Inglaterra cuando el rey fue privado de la potestad de resolver los casos en los que estaba implicada la Corona, tratándose de un principio recogido en los repertorios jurisprudenciales de Inglaterra, en especial, en el del prestigioso juez Coke y que habría pasado por vía del *common law*, al Derecho de las colonias.

Tal y como afirma el profesor Moreno Molina, según una interpretación formalista y extrema del principio de separación de poderes, solo cada uno de ellos puede realizar una clase de función, que se le atribuye expresamente y en exclusiva, por lo que ningún otro poder puede tomar parte, colaborar o actuar conjuntamente con otro, en el desempeño de cualquier función pública, previamente asignada a otro poder.

Pero una versión de radical y absoluta separación no se ha materializado ni en los Estados Unidos ni probablemente en ningún país, ya que en el que el todo Estatal se requiere algún grado de cooperación institucional y, precisamente, para la determinación de las relaciones interorgánicas, que son constitucionalmente lícitas, es en el aspecto en el que se ha centrado el debate de la división de poderes en Estados Unidos, donde se considera admisible una serie de relaciones entre poderes del Estado<sup>535</sup>.

En este sentido señala Story que lo esencial de la formulación de Madison, con relación a la separación de poderes, es que todo el poder de uno de esos departamentos no debería ser ejercido por

---

<sup>534</sup> Edward S. Corwin, “*Higher Law*” *Background of American Constitutional Law*, 42, Harvard Lawreview, 149, 1928. Cit. Ricardo Manuel Rojas, *Los derechos fundamentales y el orden jurídico institucional de Cuba*, Buenos Aires, 2005, p. 19.

<sup>535</sup> Ángel Manuel Moreno Molina, *La Administración por agencia de los Estados Unidos de Norteamérica*, BOE, 1995, p. 130.

las mismas manos que poseen todo el poder de cualquiera de los otros departamentos, y que tal ejercicio de la totalidad del poder subvertiría los principios de una Constitución libre<sup>536</sup>.

Considera Moreno Molina que así como al declararse la independencia de las Colonias en 1776 y constituirse los primeros Estados, los redactores de las primeras Constituciones estatales articularon el principio de separación de poderes de forma directa, tal y como sucede en la Constitución de Maryland de 1776 y en la de Massachusetts de 1780, sus menciones expresas fueron reemplazadas en la Constitución de los Estados Unidos en 1787, en que aparece de forma descriptiva, que lleva a cabo una enumeración.

Se dice que todos los Poderes Legislativos cedidos en esta Constitución quedan conferidos a un Parlamento de los Estados Unidos, que consistirá en un Senado y una Cámara de Representantes; los Poderes Ejecutivos se otorgan a un Presidente de los Estados Unidos y; finalmente, el Judicial de los Estados Unidos queda conferido a un Tribunal Supremo y a los Tribunales inferiores, que el Parlamento, cada cierto tiempo, desee establecer.

Existen interacciones entre los poderes, que consisten, esencialmente, en que los nombramientos que hace el Presidente de los altos cargos de los Departamentos y del Tribunal Supremo deben contar con la aprobación del Senado; el Presidente tiene el poder de firmar tratados internacionales pero debe contar con intervención senatorial; el Presidente puede vetar expresamente una ley del Parlamento; el Presidente puede ser separado de su cargo por el Senado, tras la comisión de ciertos delitos; y ninguna persona que desempeñe algún cargo en los Estados Unidos puede ser miembro de cualesquiera de las Cámaras parlamentarias y viceversa<sup>537</sup>.

El magistrado Miller en la sentencia *Kilbourn vs Thompson* de 1880 señala que:

“se considerará como uno de los méritos más importantes del sistema americano de Derecho Constitucional escrito que todas las potestades confiadas al poder público, ya sea estatal o nacional, están divididas en tres grandes departamentos, el ejecutivo, el legislativo y el judicial; que las funciones apropiadas de cada uno de esos Departamentos están investidas en un cuerpo separado de agentes y que la perfección del sistema requiere que las líneas que separan esos Departamentos estén definidas de forma clara y general... la Constitución de los Estados Unidos tiene importantes excepciones a esas proposiciones generales”.

La ética protestante contribuyó decididamente en la formación del Derecho norteamericano<sup>538</sup>, en cuanto a la captación de los principios básicos: uno de ellos es el concepto de ley natural, moral o civil, que según Calvino (1509-1564) no son sino consecuencias del pacto de Dios con los hombres en la Creación y pone de manifiesto el precedente Bíblico de la alianza que hizo Abraham con los hijos de Israel como pueblo de Dios, lo que tiene como consecuencia un componente pacticio en la organización social, matizado con la profunda repulsa del Puritanismo a todas las formas de

---

<sup>536</sup> Story, *Commentaries on the Constitution*, pp. 87 y 88. Cit. Ángel Manuel Moreno Molina, *La Administración por agencia de los Estados Unidos de Norteamérica*, BOE, 1995, p. 130.

<sup>537</sup> Arts. I, II, III. Ángel Manuel Moreno Molina, *La Administración por agencia de los Estados Unidos de Norteamérica*, BOE, 1995, pp. 124-126.

<sup>538</sup> Gran parte de la población de las trece colonias eran puritanos, protestantes ingleses que pretendían la erradicación católica de Inglaterra y se oponían a la superioridad del monarca inglés de la Iglesia anglicana, de ahí que por su carácter subversivo debiesen huir de Inglaterra y lo hiciesen a partir de 1620 hacia lo que denominaron Nueva Inglaterra.

concentración del poder, ya sea civil o religioso, de ahí su oposición al Papado y al representante de la Iglesia Anglicana, siendo una de sus consecuencias, según parte de la doctrina científica, la organización comunitaria en pequeñas teocracias<sup>539</sup>.

Otro principio de esta paternidad se considera el Utilitarismo, considerándose como una de sus consecuencias el no reconocimiento del principio de la buena fe<sup>540</sup>, que se extiende por el Derecho europeo continental.

Max Weber, en una obra de idéntico título atribuía a la ética protestante la base del capitalismo, lo que ha sido replicado por parte de Amintore Fanfani (1908-1999) para quien los principios capitalistas aparecen en la Edad Media en el mundo católico<sup>541</sup>, si bien reconoce que el capitalismo encaja mucho mejor en la mentalidad protestante, al eliminar cualquier nexo de unión entre la vida terrenal y eterna, de ahí que el catolicismo se encuentre en las antípodas del capitalismo<sup>542</sup>.

## - SU ORGANIZACIÓN JUDICIAL

La organización judicial de los Estados Unidos tiene dos niveles claramente diferenciados: el estatal y el federal.

El nivel estatal se organiza según determina cada Estado y por tanto hay 50 organizaciones judiciales diferentes pero todas suelen culminar en un tribunal de última instancia del Estado, usualmente llamado Tribunal Supremo (*Supreme Court*).

Por lo que se refiere a la organización federal, la jurisdicción general indiferenciada (no existen jurisdicciones en razón de la materia) descansa en los Juzgados de Distrito (*District Court*) y el número de distritos, su planta y demarcación es competencia federal<sup>543</sup>.

---

<sup>539</sup> Este concepto de pacto aunque de carácter religioso, viene a adelantarse al de Rousseau. Este pacto social se niega por los Neorrealista o Neotomistas sobre la base del carácter social que tiene el hombre por naturaleza como se defendía por Santo Tomás y antes por Aristóteles.

<sup>540</sup> A partir de 1972 el Derecho Comunitario europeo comenzó a formar parte de los sistemas jurídicos del Reino Unido e Irlanda y por ello fueron introducidos conceptos jurídicos propios del Derecho Continental, tal y como sucedió con la Directiva 86/653/CEE del Consejo, relativa a la coordinación del Derecho de los Estados miembros sobre los agentes comerciales, transpuesta por la *Commercial agents regulations* de 1993 así como con la Directiva 93/13/CE sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores acogida en Inglaterra en el *Unfir terms in consumer contracts regulation* de 1994, lo que no significa que el concepto de la buena fe tuviese en Inglaterra el mismo contenido que en los países Continentales, ya que estas y otras figuras contenidas en Directivas e incorporadas al Derecho anglosajón tienen una gran dificultad para su implantación, toda vez que se carece del fenómeno de la aculturación moral y jurídica, y tales conceptos no se asimilan ni por la sociedad ni por lo que los operadores jurídicos, que no solo no los aplican correctamente sino que, ni siquiera los aplican como sucedió, por ejemplo, en la Cámara de los Lores, que en 1992 recusó la aplicación del deber de negociar de buena fe en los preliminares del contrato, tal y como se exige a las partes en el Derecho Continental. Dário Moura Vicente, *Direito comparado, V. I, Introdução e Parte Geral*, Almedina, 2011, pp. 562-564.

<sup>541</sup> Es evidente que instrumentos como la sociedad comanditaria, la letra de cambio o el préstamo con interés ( que fue objeto de debate y numerosos estudios) fueron objeto de práctica habitual en la Edad Media.

<sup>542</sup> Cit. Dário Moura Vicente, *Direito comparado, V. I, Introdução e Parte Geral*, Almedina, 2011, p. 308.

<sup>543</sup> Debe haber al menos un Juzgado de Distrito en cada uno de los Estados y así por ejemplo Rhode Island tiene solo uno pero California tiene varias decenas.

La segunda instancia judicial son los Tribunales de Apelación federales. Existen 13 Tribunales de Apelación y su demarcación obedece más a razones históricas que a pura racionalidad geográfica. Las demarcaciones territoriales en las que los tribunales de apelación ejercen sus competencias se llama circuitos (*circuits*)<sup>544</sup>.

En Estados Unidos no hay Carrera judicial propiamente dicha (existen aproximadamente 600 jueces federales y 13.000 de los Estados) y la profesión de abogado (*attorney at law*, aproximadamente uno cada 300 habitantes) se consigue tras la superación de los estudios universitarios de 4 años en cualquier disciplina y, posteriormente, un curso de tres años en las *Law Schools* (180 en todo USA para, aproximadamente, 150.000 estudiantes) con un estudio práctico de casos (existen repertorios de casos agrupados por materias, *restatement of the law*, elaborados por una institución privada, *American Law Institute*) con lo que se consigue el título de *Iuris doctor* (que no es un doctorado en Derecho, cuya titulación es muy escasa en USA, ya que la enseñanza del Derecho se nutre de profesionales del foro).

Para ejercer como abogado se debe superar un examen escrito en los Estados, de ahí que no exista propiamente el abogado norteamericano, ya que la superación de esta prueba le habilita para actuar, en principio, en ese Estado.

Respecto de otras profesiones jurídicas existen aproximadamente 100 fiscales nombrados por el Presidente de los Estados Unidos y confirmados por el Senado y a nivel Estatal los *district attorney* o *state attorney*, elegidos por sufragio universal cada 4 años<sup>545</sup>.

El ejercicio de *notary public* no requiere formación jurídica previa y realiza tareas como la realización de escritos y autenticación de documentos sin que ello aporte legalidad a los actos celebrados, sin olvidar que en Estados Unidos existe un sistema contractual totalmente antiformalista.

El Poder Judicial norteamericano pronto se sumó a los heterodoxos para garantizar la aplicación de la Constitución, ya que para *El Federalista*, los Tribunales constituyen un cuerpo intermedio entre el pueblo y la Legislatura, al que le incumbe la interpretación de las leyes.

Esta interpretación, que debe preferir cuando hay discrepancia entre la Constitución y la ley ordinaria a la Constitución, dada la superior intención del pueblo frente a la de sus mandatarios y sin que ello suponga, de ningún modo, la superioridad del Poder Judicial sobre el Legislativo.

De este modo irrumpía en la teoría constitucional, el control difuso de la constitucionalidad de

---

<sup>544</sup> En un primer momento, esos órganos jurisdiccionales no tenían una sede permanente sino que se constituían de manera rotatoria y cada cierto tiempo en la capital de cada uno de los Estados por lo que se asemejaban a la figura de un circuito. En la actualidad, los Tribunales de Apelación federales tienen una sede fija. Por ejemplo, el Tribunal de Apelación para el Primer circuito tiene su sede en Boston y conoce de los recursos sustanciados contra las sentencias dictadas por los Tribunales Federales de distrito de los Estados de New Hampshire, Vermont, Massachusetts, Rhode Island, Connecticut y el Estado Libre Asociado de Puerto Rico. Cit. Angel Manuel Moreno Molina, *La Administración por agencia de los Estados Unidos de Norteamérica*, BOE, 1995, pp. 67 y 68. En 1982 se creó el decimotercer tribunal federal de apelación, la *Court of appeals for the Federal Circuit* con especialización en diversas materias, algunas de ellas administrativas y también contra los recursos interpuestos frente a las resoluciones de las agencias federales y contra las resoluciones resueltas por los tribunales de Distrito en materias administrativas. Sérvulo Correia, *Direito do contencioso administrativo*, Lex, Lisboa, 2005, p. 563.

<sup>545</sup> Normalmente, con posterioridad, ocupan el cargo de Gobernador y ejercitan las acciones penales y la defensa civil en asuntos que afectan a los intereses de la Federación.

las leyes contrarias a la Constitución y solo quedaba desarrollarlo y aplicarlo, como se hizo en el famoso caso *Marbury contra Madison* el 24 de febrero de 1803<sup>546</sup>.

En Estados Unidos, desde esta célebre sentencia de 1803, cualquier juez federal o estatal puede abstenerse de aplicar cualquier ley cuando considere que contraría a la Constitución, lo que no determina su derogación formal pero sí queda vacía y sin sentido al denegarse su aplicación y abre la puerta para que otro Tribunal haga lo mismo, y tal principio de actuación no constituye, como sucedería en los países de Derecho Continental, la supremacía de la Constitución sino la supremacía del poder judicial<sup>547</sup>.

El Tribunal Supremo de los Estados Unidos, aunque esta cuestión no viene establecida ni en la ley ni en la Constitución, fiscaliza la constitucionalidad de las leyes y puede recusar su aplicación con fundamento en su carácter contrario a la Constitución, tratándose por ello de un control difuso y concreto, ya que su aplicación lo es, exclusivamente, respecto de ese caso<sup>548</sup>.

El Tribunal Supremo Federal, que permite que los recursos puedan ser presentados por las partes o por terceros interesados, admite discrecionalmente los *writ of certiorari* para lo que necesita el apoyo de al menos cuatro de sus jueces.

Lo hace cuando considera que atiende a una cuestión federal importante, que se produce porque la resolución recurrida pueda ser incompatible con anteriores pronunciamientos de ese Tribunal, de un Tribunal federal de apelación o de un tribunal de última instancia Estatal. La negativa a admitir el *certiorari* no significa que el Tribunal apruebe la resolución impugnada<sup>549</sup>.

## - CRITERIOS GENERALES SOBRE LA ACTUACIÓN DE SUS TRIBUNALES Y SUS PECULIARIDADES

En Estados Unidos aunque no se otorga la importancia que en Inglaterra al sistema procesal a causa del sistema de tipicidad de las acciones y las partes, dentro del proceso, gozan de una gran

---

<sup>546</sup> Cit. Carmelo Jiménez Segado, "El Poder Judicial y la defensa de la Constitución en Carl Schmitt", *Revista de Estudios Políticos*, nº 161, Madrid, 2013 pp. 54-55, basándose en *El Federalista*, LXXVIII, p. 332. Además destaca que en la *judicial review* se deben examinar las primeras sentencias del Tribunal Supremo Federal. Es interesante dentro de esta misma materia conocer el artículo doctrinal de Francisco Fernández Segado, «La Judicial Review en la Pre-Marshall Court», *Teoría y realidad constitucional*, 28, 2011, pp. 133-178.

<sup>547</sup> Fernando Cuñado de Castro y Ruth Gámez González, *Introducción al Common Law*, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, p. 169. Nótese la divergencia con los autores citados anteriormente.

<sup>548</sup> La cuestión se planteó por primera vez, a través de un denominado *writ of mandamus*, utilizado normalmente por los Tribunales para dar órdenes a la Administración pública y así el actor Marbury pedía al Tribunal Supremo que ordenase al Secretario de Estado Madison, recientemente nombrado, que cursase el cumplimiento de su nombramiento como juez federal, cargo para el que había sido nombrado por el anterior presidente de Estados Unidos John Adams.

El Supremo no accedió a su petición puesto que consideraba que su competencia era la de un tribunal de revista y que solo uno de primera instancia podía emitir tales mandamientos a la Administración pública. En el caso *Fletcher v. Peck* de 1810, la *judicial review* se extendió a la legislación del Estado y en la actualidad también se extiende a los precedentes judiciales, que consagran las reglas del *common law*.

<sup>549</sup> Dário Moura Vicente, *Direito comparado*, V. I, *Introdução e Parte Geral*, Almedina, 2011, pp. 299-365.

libertad merced a los principios dispositivos y acusatorios, consecuencia de una concepción liberal e individualista del mismo, como propio de un sistema capitalista de libre mercado y que se mantiene incluso durante la instrucción penal de los delitos<sup>550</sup>, en que los poderes del juez se encuentran muy limitados en favor de las partes, además de tener también los continentales europeos, una mayor capacidad en la aplicación del Derecho.

Tanto en materia penal como civil (que en Inglaterra son hoy inexistentes) los jurados son los competentes para la determinación de los hechos sin necesidad de motivar su veredicto, si bien necesitan unanimidad, so pena de repetir el juicio con un nuevo jurado.

Las sentencias de un Estado son reconocidas en los otros Estados siempre y cuando tengan una conexión mínima, lo cual no quiere decir que constituyan un precedente vinculativo salvo que se trate de Tribunales federales.

También como consecuencia de esta concepción liberal e individualista del sistema capitalista de libre mercado<sup>551</sup> se encuentran muy extendidas las soluciones a través del arbitraje.

En este sentido, el Tribunal Supremo decidió en 1985, que antes de someter un litigio a los Tribunales debía ser acreditado que no era susceptible de someterse a árbitros<sup>552</sup>.

A estos árbitros, nombrados directamente por las partes, no se les aplica un riguroso sistema de abstenciones o recusaciones con relación a sus exigencias de independencia e imparcialidad, siempre y cuando sean más de uno. No se exige tampoco una fundamentación a la sentencia arbitral, que tiene un valor equivalente a una sentencia judicial, sin perjuicio de que pueda pedirse su anulación ante los Tribunales Judiciales.

---

<sup>550</sup> En materia penal, la *negotiated plea* otorga grandes posibilidades de negociación a las partes dentro del proceso penal.

<sup>551</sup> Deben destacarse las *class actions*, que son diferentes de las *public actions* o de las *organization action* (ejercitadas por grupos representativos sociales) pero diferentes de nuestra acción popular, muy utilizadas en caso de materias de consumo (sobre todo a partir de la economía y consumo de masas tras la Segunda Guerra Mundial) o daños ambientales, a través de las que se pueden reclamar por todos aquellos perjudicados salvo que hayan ejercitado previamente una acción de responsabilidad civil o se aparten de la misma, destacándose la posibilidad de las indemnizaciones punitivas. En el año 2001 las acciones por daños alcanzaron el valor del 2% del producto interior bruto norteamericano.

<sup>552</sup> El TJUE en su sentencia de 14 de julio de 2017 (asunto C-75/16 resuelve una cuestión prejudicial interpuesta por el Tribunal Ordinario de Verona y resuelve sobre la compatibilidad de la regulación italiana con el Derecho de la Unión, en tanto en cuanto la primera establece la mediación como requisito de procedibilidad en materia de consumo, señalando que el Derecho de la Unión no se opone a una normativa nacional que establezca la obligatoriedad de la mediación con carácter previo al ejercicio de la acción judicial en que sean parte los consumidores. El Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio Público de la justicia de 2021 señala que se incorporará a nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 2008/52/CE, que responde al objetivo del establecimiento progresivo de procedimientos y sistemas jurídicos alternativos a la vía judicial y nuestro Tribunal Constitucional, en la sentencia 217/1991 de 14 de noviembre, avala la obtención de la resolución de un litigio incluso en tramites extrajudiciales previos al proceso judicial, como es la conciliación preprocesal o la reclamación administrativa previa. El Informe del Parlamento Europeo de 15 de enero de 2014 establecía dos modelos para implantar la mediación: el consistente en delegar en los órganos jurisdiccionales la obligación de ofrecer a las partes asistir a una sesión informativa, que fue la solución por la que se apostó de forma mitigada en la actual Ley de Mediación 5/2012, configurándose finalmente en el artículo 414 de la LEC con la posibilidad de desistir de la mediación en cualquier momento, estableciéndose en el Anteproyecto citado la posible conciliación ante el Letrado de la Administración de Justicia, siendo la mediación un requisito previo necesario para el proceso en algunos sectores de nuestro ordenamiento jurídico como por ejemplo en materia laboral o de propiedad intelectual pero desde luego nos encontramos muy alejados de lo establecido en USA.

Existen, además, sistemas de mediación incentivados por el poder público, debiéndose destacar, especialmente, las denominadas agencias administrativas independientes, que fueron creados a partir de los años 20 por el presidente Franklin Delano Roosevelt (en materia de concurrencia, Bolsa y valores mobiliarios, de comunicaciones o de relaciones laborales etc...), que constituyen medios de resolución extrajudicial de conflictos y contra cuyas decisiones, normalmente pero no siempre, existe un recurso ante los Tribunales Judiciales<sup>553</sup>.

El criterio de interpretación literal de las leyes no es tan acentuado como en el Derecho inglés, dándose más importancia a partir de los años 40 del siglo pasado, a la intención del legislador y a los trabajos preparatorios y, posteriormente, al elemento teleológico de las normas, utilizando la analogía *legis*, como elemento para cubrir las lagunas<sup>554</sup>.

Las esenciales diferencias entre el Derecho inglés y el de los Estados Unidos de América estriba en que en los Estados Unidos, los Estados tienen Constituciones escritas y de esta forma se encuentra redactada la Constitución Federal. Los jueces tienen repartidas las competencias, en atención a los poderes Estatales o de la Federación y existe un control de Constitucionalidad de las leyes por parte de los jueces.

En los Estados Unidos, el Derecho también se forma, esencialmente, a partir de las decisiones proferidas por los Tribunales en casos concretos, de manera que el Derecho es entendido, sobre todo, como un instrumento de resolución de los litigios, más que como un cuerpo sistemático y metódicamente ordenado de reglas generales y abstractas, si bien la ley tiene un protagonismo muy superior que en el sistema jurídico inglés.

También existen algunas diferencias, que han determinado un mayor activismo judicial por la concurrencia de las siguientes circunstancias: el sistema de reclutamiento de los jueces se encuentra mucho más politizado en el sistema americano que en el inglés; el Tribunal Supremo americano tiene un mayor control de los órganos inferiores y los jueces norteamericanos gozan de mayor libertad en la interpretación de los precedentes y de la ley, a la que se le otorga también una mayor importancia como fuente del Derecho y como instrumento de reforma social<sup>555</sup>.

Los autores del *Federalista* atribuyeron al oráculo de Montesquieu, el haber expuesto el inestable precepto de la separación de poderes a la ciencia política y recomendarlo eficazmente a la atención de la Humanidad y la novedad de la fórmula consistió en considerar que, dada la inclinación natural de todo hombre a abusar del poder, la libertad individual y política solo se garantizaría atribuyendo a distintos titulares los tres poderes que existen en cada Estado pues el poder solo puede ser limitado por el poder y en palabras de Madison, la acumulación de todos los Poderes Legislativos, Ejecutivos y

---

<sup>553</sup> En el siglo XIX, la creación judicial del Derecho llegó al extremismo conocido como Realismo jurídico norteamericano, en que el Derecho era considerado como la profecía de lo que los Tribunales harían, destacando los elementos económicos, sociales y de otra índole que condicionan la resolución judicial, por lo que se entendía, que los juristas adolecían de una insuficiente formación con los simples conocimientos del Derecho, pensamiento que tuvo su apogeo en los años 40 del siglo XX y que desembocaría en las escuelas que tienen muy presente la economía en el mundo del Derecho y en la Escuela Libre del Derecho, que ha tenido especial influencia en países Continentales como Italia o España.

<sup>554</sup> Dário Moura Vicente, *Direito comparado*, V. I, *Introdução e Parte Geral*, Almedina, 2011, pp. 299-365.

<sup>555</sup> Debe tenerse en cuenta, que la sociedad americana cuenta con una gran diversidad étnica y con una economía más dinámica, de ahí que tenga unos Tribunales más activos en captar las diferentes situaciones económicas y sociales. Dário Moura Vicente, *Direito Comparado*, V. I *Introdução e Parte Geral*, Almedina, 2011, pp. 299 y sgts.

Judiciales en las mismas manos sean estas de uno, de pocos o de muchos, hereditarias o electivas constituyen la definición misma de tiranía<sup>556</sup>.

En Europa la objetivación de la labor política de la Administración se va consiguiendo a través de la eliminación de las cesantías mediante un funcionariado profesional y estable no sometido a los dominios de la clase política ( con una importante marcha atrás a través del personal de convivencia y de los puestos discrecionales en nuestra actual democracia, que en muchas ocasiones no parecen sino defender los intereses del Partido Político gobernante) y a través de los cuerpos especiales del funcionariado en atención a la materia determinada por su tecnicismo y objetividad, que no se alcanza en España hasta 1918 para los cuerpos generales como fenómeno común a toda Europa.

En Estados Unidos, sin embargo, esta defensa objetiva del interés público, que también se va a generalizar en Europa tras el Tratado de Maastricht, se llevará a cabo a través de la técnica de autoridades independientes, comisiones independientes o agencias independientes reguladora de los servicios públicos y cuyos *commissioners* o gestores gozan de un estatuto que les exime del control jerárquico del Presidente y aunque la sentencia *Myers* de 1926 declaró que el Presidente podía removerlos, en la *Humphrey's Executor* de 1935 anuló la remoción y desde entonces se ha robustecido hasta el punto de imponer una cierta autotutela administrativa, ya que la *Federal Administrative Procedure Act* de 1946 les permite dictar actos administrativos para resolver intereses privados e incluso “resoluciones judiciales” al ser calificados como *administrative law judges*, con un estatuto parajudicial independiente de dicha Agencia<sup>557</sup>.

---

<sup>556</sup> Cit Carmelo Jiménez Segado, “El Poder Judicial y la defensa de la Constitución en Carl Smitt, *Revista de Estudios Políticos*, nº 161, Madrid, 2013 pp. 43-44, que se basa en *El Federalista*, cap. XLVII, pp. 204-7, Montesquieu, *Del Espíritu de las Leyes*, cap. VI del Libro XI, pp. 175-87. Para la teoría de la división de poderes, su origen y evolución en la doctrina constitucional, véase García-Pelayo, «Algunos temas de Derecho constitucional contemporáneo» y «División de poderes». *El Federalista*, p. 205. Schmitt, *La dictadura*, pp. 137-45 y *Teoría de la Constitución*, pp. 187-188 y Touchard, *Historia de la ideas políticas*, p. 311.

<sup>557</sup> Eduardo García de Enterría, *Democracia, Jueces y control de la Administración*, Civitas, 6ª edición, 2009 pp. 127-131. En la nota 144 hace referencia a la valoración de la Ley 30/1984.



## VI. LA APORTACIÓN ESPAÑOLA A LA MODERNIDAD A PARTIR DEL TRADICIONAL REALISMO ESPAÑOL

El saber moderno debe mucho a España y más en concreto a San Isidoro de Sevilla por su afán en la creación de bibliotecas (lugar para guardar Biblias), de acuerdo con el principio romano de recoger el saber por escrito y ordenarlo, siendo evidente, la notable función que desempeña esta técnica para el desarrollo del saber<sup>558</sup>.

En su opúsculo *De ordine Creatorum* nos proporciona una explicación, que sus discípulos y continuadores utilizarían como base para la creación de los futuros Estudios Generales, origen de las futuras universidades, con objeto de descubrir el orden que Dios ha puesto en la naturaleza, teniendo en cuenta que también ha dotado a los seres humanos de capacidad racional, que no se limita a la observación y experimentación sino que penetra en el saber especulativo y permite descubrir lo bello, lo bueno y lo justo, y que puede constituir la mejor aportación de España a la ciencia<sup>559</sup>.

No obstante, sobre la base del mayor realismo y fuera de las futuras especulaciones de toda índole, por unos y otros, como se verá, se estableció el futuro político español en el s. VII en el principio: “*Rex eres si recte facias, si non facias non eris*”.

Desde la segunda mitad del s. XII, Toledo era a los ojos de los europeos, el gran depósito de la obra científica, a la que era imprescindible acudir para lograr el crecimiento en el saber.

La Escuela de Traductores de Toledo, sigue la tesis de San Isidoro, para el que todo el saber humano puede distribuirse en siete grandes espacios: gramática, retórica, dialéctica, aritmética, geometría, astronomía y música, las llamadas artes liberales, que los Estudios Generales de la Europa Occidental ampliaron a la medicina, al Derecho Civil y Canónico, y a la teología.

Alfonso X ya organizó trece cátedras sostenidas por la Corona y desvinculadas de los municipios y a finales del s. XVII, ya funcionaban en los virreinos españoles de América 30 Universidades, número más elevado del que existía en Europa<sup>560</sup>.

---

<sup>558</sup> Europa llegó a descubrir el cero gracias a una biblioteca de San Juan de la Peña, un pueblo perdido de los Pirineos.

<sup>559</sup> Puede considerarse al conocimiento especulativo de mayor importancia que el experimental, puesto que a través del primero se llega al conocimiento de Dios y a través de las otras formas de conocimiento se confirman sus manifestaciones. A pesar de su imputada anticlericalidad y abandono de la religión, la mayoría de sabios en las distintas ramas del saber en la Modernidad eran profundamente religiosos, cuyos principios y descubrimientos no consideraban que constituían sino medios para conocer al Creador: Newton, Descartes, Mendel, etc...

<sup>560</sup> La primera Universidad de que tenemos noticia en América es la de Santo Domingo de 1538, la de México es de 1551 y al año siguiente se funda la de San Marcos de Lima. La Compañía de Jesús era la protectora de los indios, si bien la tarea más amplia y eficaz la desarrollaron los franciscanos, debiéndose tener presente que en esta época, la enseñanza se encontraba dentro de los cometidos de la Iglesia. Luis Suárez Fernández, *Lo que España debe a la Iglesia Católica*, Homologens, 2012, pp. 30- 41, 89, 141 y 172.

Las leyes de Indias nunca hablan de colonias y en diversas prescripciones se establece, expresamente, que son provincias, reinos, señoríos, repúblicas o territorios de islas y tierra firme, incorporados a la Corona de Castilla y que no podían enajenarse<sup>561</sup>.

El principio de incorporación de estas provincias implicaba el de la igualdad legal entre Castilla e Indias, amplio concepto que abarca la jerarquía y dignidad de sus instituciones, y nuestra Constitución de Cádiz de 1812, las trató por igual e incluso dentro del Consejo de Estado se reservaba un número de plazas a los nacidos en las provincias de Ultramar<sup>562</sup>.

Nuestro Premio Nacional de Ensayo, más recientemente Nacional de Historia y presidente de la Real Academia de la Lengua, Santiago Muñoz Machado<sup>563</sup>, destaca como el desarrollo de la lengua castellana se produjo, precisamente, tras la emancipación de las distintas naciones como manera de utilizar una lengua de prestigio e inteligible en el resto del mundo.

Durante el periodo español, los libros, incluidos los de religión, se explicaban en la lengua de los nativos, ya que la Monarquía española no obligó a que los indios hablaran en castellano, no hubo programas educativos coactivos y se respetaron los idiomas locales, y durante la larga colonización se respetaron las lenguas aborígenes<sup>564</sup>.

Mientras que en el art. 8 del Título VII de la Constitución francesa en 1791, dictada a resultas de la Revolución, decía que las colonias y posesiones francesas en Asia, África y América formaban parte del Imperio francés pero no estaban incluidas en la Constitución, el art. 1 de la Constitución española de 1812 señalaba que la Nación española es la reunión de todos los españoles de ambos hemisferios<sup>565</sup>.

Los krausistas (Canalejas, Castelar, Salmerón, Giner de los Ríos, Federico de Castro, Ruiz de Quevedo, etc...) no eran una taifa de soñadores inofensivos, ya que todo lo que soñaban, lo querían llevar a la práctica, pudiéndose considerar que el krausismo no es solo un sistema filosófico sino una religión, una norma de proceder social y un programa de Gobierno<sup>566</sup>.

---

<sup>561</sup> Ricardo Levene, *Las indias no eran colonias*, Espasa-Calpe, Madrid, 1973, p. 153.

<sup>562</sup> Francisco Fernández Segado, *Las Constituciones Históricas Españolas*, Madrid, 1982, pp. 57 y sgts.

<sup>563</sup> Santiago Muñoz Machado, *Hablamos la misma lengua. Historia política del español en América*, Barcelona, 2017. Sobre la ocupación inglesa de las colonias americanas puede consultarse *Civilizando a los bárbaros*, Discurso de recepción en la Academia de Ciencias Morales y Políticas, Academia, 2012, pp. 74 y sgts.

<sup>564</sup> La Corona inglesa nunca se planteó la evangelización de las Indias ni la educación de los indios ni tuvo presente idea diferente de los intereses económicos o comerciales. Algunos predicadores pretendieron emular a los españoles pero los títulos de ocupación, al margen del tradicional derecho de conquista o concesiones de la Corona, se basaron en la tesis de Locke, que considera la propiedad sobre la base del trabajo incorporado a la misma, tesis en absoluto novedosa salvo en su enfoque, dado que esta fue, también, la perspectiva de los Reyes Católicos y de la Iglesia Católica desde Clemente VI.

<sup>565</sup> Ya en un texto de 1580, la Cofradía de la Santísima Resurrección instalada en Roma como centro de difusión cultural, patronazgo y encuentro de los españoles señalaba que, entre sus socios, no se hacía distinción entre españoles de Castilla, Aragón, Portugal, de las islas ni de las Indias, sin distinción de edad, sexo o estado.

<sup>566</sup> Por ello cuando fueron diputados y ministros, quisieron reducir a leyes hasta las cuestiones más absurdas, al considerar que las instituciones existentes en la sociedad no llenaban el destino total de la Humanidad, de ahí su plan de reforma radical de todas ellas: desde la familia hasta el Estado, desde la religión hasta la ciencia y el arte, utopía menos divertida que la de Tomás Moro. Marcelino Menéndez Pelayo, *Historia de los heterodoxos españoles*, V. II, Homologens, 2011, 787-832.

Puede considerarse que el descubrimiento de América y el reto de su colonización fueron lo que determinaron el origen de la revolución científica y en esta materia geográfica Pedro de Medina con su obra *El arte de navegar* y la nueva medición del tiempo con la reforma del calendario juliano pueden ser palpables ejemplos de lo que se dice.

Ciertamente que con el impulso español se inicia la edad europea, que comienza su declinar con el propio de España y el inicio del francés o alemán que llegan a suponer su declive definitivo al moverse en sus parámetros tras la II Guerra Mundial.

Una España unida y en orden en los diversos ámbitos: territorial, religioso, universitario, a la vanguardia intelectual, que sin duda suponía la Escuela de Salamanca, se lanza a su función civilizatoria, no solo en América sino también en Europa, siendo absorbidos todos sus recursos e ilusiones en esta labor, esencialmente en Europa y frente a la temida España se utiliza tan prestigiosa como vergonzante elemento como lo es la leyenda negra, basada deliberadamente en la mentira y constituirá el arma poderosa de la que harán uso sus enemigos.

## **1. EL TRADICIONAL REALISMO ESPAÑOL: LA APORTACIÓN DE LOS ESPAÑOLES A LA CIENCIA. LA REALIDAD Y LA FICCIÓN: EL ARTE Y LA PERSONALIDAD DEL PUEBLO**

### **- LA APORTACIÓN DE LOS ESPAÑOLES A LA CIENCIA**

Si el tópico referido a la escasa aportación de los españoles a la ciencia fuese cierto, España sería el único país de toda la historia, que habiendo ostentado durante siglos la hegemonía mundial no poseyera, al mismo tiempo, un nivel científico y técnico aceptable, y al igual que la reflexión filosófica y jurídica española fue crucial para el Occidente, en su momento, también lo fueron, en muchos aspectos, sus extraordinarias aportaciones en estos ámbitos científicos y técnicos.

En medicina se realizaron extraordinarias aportaciones: Andrés Laguna descubrió la valvula ileocecal; Miguel Servet, quemado vivo por los calvinistas<sup>567</sup>, la circulación pulmonar menor; Bernardino Montaña distinguió la sangre arterial de la venosa, señaló el movimiento de expansión de las arterias y concibió la dualidad del sistema vascular; y Gómez de Pereyra estudió las fiebres y la lepra.

Pero Ximeno descubrió el hueso estribo del oído y Valver de Amusco compuso el primer tratado moderno de anatomía, y en el año 1803, dos años antes del desastre de Trafalgar, acometió la primera expedición sanitaria internacional que registra la historia, expedición filantrópica amparada por Carlos IV y capitaneada por el médico alicantino Balmis para combatir la viruela en América y aunque la vacuna se había inventado por el inglés Jenner, antes nadie había logrado resolver cómo transportar el virus a través de largas distancias, siendo española la solución de transportar el virus inoculado en brazos de niños a través del Atlántico, salvando millones de vidas.

---

<sup>567</sup> Si se preguntaste en la calle aleatoriamente, un porcentaje cercano a la totalidad afirmarían que fue por la Iglesia Católica y la Inquisición española.

En materia de minería, la primera patente de una máquina de vapor fue firmada por el militar e inventor navarro Jerónimo de Ayanz<sup>568</sup>.

En ciencia náutica y geográfica, los españoles fueron los primeros en percibir y estudiar la declinación magnética, es decir, la diferencia entre el polo norte magnético y el geográfico o el cálculo de la curva que describe sobre el globo terrestre un barco en rumbo fijo y su representación en un mapa plano, lo que daría lugar a las cartas esféricas.

Humbolt atribuía a José Acosta el fundamento de lo que hoy se llama física del globo, quien también escribió en su *Historia natural y moral de las Indias*, tras el recorrido que llevó a cabo por México y Perú entre 1571 y 1587, estudiando a sus gentes, plantas<sup>569</sup> y animales; y los mapas españoles, desde el siglo XVI, no sólo fueron los pioneros por ser los primeros en describir porciones de globo antes desconocidas sino también de gran perfección, hasta el punto de fijar medidas y proporciones, que se van a seguir utilizando hasta bien entrado el siglo XIX y solo corregidas levemente<sup>570</sup>. El marino Jorge Juan midió el globo terrestre, sirviendo de base sus mediciones a la medida en metros que se instaurará 5 años más tarde; también inició actuaciones para determinar la exacta distancia de la Tierra al sol.

Otros inventores de esos siglos fueron Juanelo Turriano, que realizó desde relojes hasta máquinas hidráulicas; Blasco de Garay en construcción naval; los ingenieros hidráulicos Zubiaurre y Lobato, y la compilación del matemático e ingeniero Pedro Juan de Lastanosa.

Como la investigación científica y técnica corría paralela a la tecnología militar, Felipe II prohibió a los científicos españoles enseñar en el extranjero, ya que, a principios del s. XVI había muchos científicos españoles enseñando en Universidades extranjeras: Ciruelo, Martínez Siliceo, Lax y Miguel Francés enseñaban matemáticas en la Sorbona y para evitar el aislamiento en 1582, el mismo Felipe II crea, a propuesta del arquitecto Juan de Herrera, la Academia de Matemáticas de Madrid, que iba a ser una auténtica escuela de ciencias aplicadas<sup>571</sup>.

Como señala Elvira Roca, en todos lados, el nuevo método científico encontró los mismos problemas para abrirse camino poniendo el caso de Descartes, perseguido en su Francia natal, por el clero de Holanda y en Suecia tuvo que soportar a su reina. A las campañas de vacunación se opuso la clerecía anglicana como antes lo había hecho a la quinina.

---

<sup>568</sup> Inventó otras muchas cosas, como una bomba para desaguar barcos, un traje de buceo, un horno para destilar agua marina a bordo de los barcos, balanzas de precisión, piedras de forma cónica para moler, molinos de rodillos metálicos, la estructura de arco para las presas de los embalses, mecanismo de transformación del movimiento que permite medir el denominado “par motor”, es decir, la eficiencia técnica.

<sup>569</sup> Un tal Estévez catalogó en el S. XVI una planta denominada estevia.

<sup>570</sup> Más del 50 % en la Tierra, exactamente el 50,7% es conocido merced a españoles o empresas dirigidas por españoles, que es la porción de tierra que se encuentra entre las Islas Canarias y las Molucas.

<sup>571</sup> También en aquella época se hicieron muchos estudios españoles sobre la naturaleza: como la del médico burgalés Cristóbal de Acosta, que viajó por África y Asia y en 1578 escribió su *Tratado de las drogas y medicinas de las Indias Orientales* y también un volumen sobre *Remedios específicos de la India y América* de Benito Arias Montano, que acumuló las mejores investigaciones de su tiempo en una *Historia natural*, que circulará intensamente por Europa. Bernabé Cobo en 1653 publicó su *Historia del Nuevo Mundo*, tras recorrer durante treinta años México, las Antillas y Perú. José Javier Esparza y Anthony Esolen, *Guía políticamente incorrecta de la civilización Occidental*, Ciudadeloslibros, 2009, pp. 210-214.

Destaca el gran influjo intelectual que tuvieron “los novatores” en las dos últimas décadas del s. XVII, y ello a pesar de que desde el Tratado de Westfalia, todo lo español, sobre todo por los propios españoles, se considera exótico o anómalo, y no se considera verdaderamente científico sino lo que se publica en inglés, alemán o francés<sup>572</sup>.

Nicolás Antonio (1617-1684) escribió *La biblioteca hispana Vetus y Nova* con el propósito de formar un índice universal y crítico de todos cuantos españoles habían escrito hasta su tiempo desde el imperio de Augusto y adelantándose realmente a la *Encyclopedie*.

El matemático Antonio Hugo de Omerique (1634-1705) era comentado por Isaac Newton en los términos más favorables, no faltando sucesos como el del escorbuto, cuya erradicación se atribuye al cirujano de la *Royal Navy*, James Lind en una publicación de 1753 pero en 1980 apareció un trabajo de Julián de Zulueta en el que se daba noticia de las disposiciones encaminadas a incorporar a los barcos fresqueras con agrios de limón así como barriles de agrios y jarabes de limón en el galeón de Manila y en 1579 apareció el *Tratado breve de anatomía y cirugía* de Fray Agustín Farfán con las primeras indicaciones médicas encaminadas a evitar el escorbuto con cítricos y preparados a base de estos y ello cuando Cook todavía luchaba contra el escorbuto con coles y malta fermentada, absolutamente ineficaces.

La epidural es obra del médico de Huesca, Fidel Pages Miravé (1886-1923), un médico militar que trabajó en Melilla.

La mayoría de los españoles desconoce que el calendario que hoy rige el mundo salió del trabajo de la Universidad de Salamanca en el s. XVI porque, obviamente, si hubiera salido de Oxford o de Harvard, lo sabríamos todos y estaría en los libros de texto, por no citar a otros muchos médicos o matemáticos<sup>573</sup>.

## -LA REALIDAD Y LA FICCIÓN LITERARIA

Debemos ocuparnos ahora de los mitos que se asocian a la ideología española, a través de la leyenda negra, que ha terminado por ser asimilada y creída, sobre todo en España, cuyos pensadores analizan la realidad sobre la base de tales falsos parámetros<sup>574</sup>.

Construir la realidad sobre la base de las fantasías literarias, aparte de licencia poética, poco puede aportar a su conocimiento.

Es factible su utilización dialéctica pero darle carta de naturaleza de realidad a una ficción, sobre la que se pretende construir una realidad en la dimensión pública y asociativa es una pretensión propia de enajenados y crearla no es propia de un examen sereno<sup>575</sup>.

---

<sup>572</sup> Muy bien puede citarse a Félix de Azara como impulsor de la teoría de la evolución de las especies a través de su obra *Viajes por la América Meridional*, aparecida 70 años antes y que el propio Darwin cita en varias ocasiones en sus obras.

<sup>573</sup> María Elvira Roca Barea, *Fracasología: España y sus élites: de los afrancesados a nuestros días*, Espasa, Barcelona, 2019, pp. 141 y sgts.

<sup>574</sup> Desde luego que dan más juego al divertimento patrio pero ahí debe estar el límite.

<sup>575</sup> Realmente una ópera bufa que solamente puede valorarse por los más entendidos. En fin, un cuento de niños que se

Elvira Roca, basándose en Arnoldsson, ratifica que si la leyenda negra de España es la mayor alucinación colectiva de Occidente, la leyenda Ilustrada de Francia es la segunda y destaca la gigantesca desproporción entre la verdadera situación económica y social de Francia, y la imagen que los Ilustrados franceses consiguen proyectar de su país, interna y externamente<sup>576</sup>.

Quienes buscan la ideología española a través del recurso literario del Quijote<sup>577</sup> debían centrarse en el idealismo de un ente tan inconcreto e indeterminado como la voluntad popular o la razón humana como elemento de Estado, que se atreve a hacer tabla rasa de todo lo anterior a través de la legalidad, incluso de los conceptos y de la propia realidad, arrastrando a los hombres a un dolor y horror desconocido en la historia.

Los falsos mitos de la voluntad general, luego terciada por la democracia participativa, la razón, el contrato social (no se sabe si regido o no por el principio *rebus sic stantibus*), la limitación y separación de poderes, que da lugar al poder más absoluto conocido, ya que pretende esclavizar y dirigir hasta la moral<sup>578</sup>.

Por ello deben ser inoculados como credo civil desde la infancia y así como se permite debatir e incluso vilipendiar a la religión, especialmente a la católica, la crítica de tales principios levantará la más airada reacción, incluso de los pacíficos porque se sienten atacados en los resortes de los dogmas que hasta ahora se han considerado irrefutables<sup>579</sup>.

Pero debemos tener en cuenta que *Las aventuras del ingenioso hidalgo o caballero don Quijote de la Mancha* (primera o segunda parte) es esencialmente un libro satírico, como confesadamente reconoce en su prólogo.

---

atreven a obligarnos a creer, al pie de la letra y sobre el que pocas personas reflexionan.

<sup>576</sup> Considera que se trata de un fenómeno colectivo fascinante y poco estudiado como producto cultural creado y vendido por los propios Ilustrados, en una operación de marketing intelectual, que debería hacer palidecer de envidia a las modernas compañías publicitarias. Francia, que había perdido todas sus Colonias en 1763, siendo breve la historia del Virreinato de Nueva Francia, con completa desatención de la población indígena, como sucede en el mundo inglés de la colonización americana, se atreve a dar lecciones de gobierno al resto del mundo, especialmente a Rusia, España y Estados Unidos. La mayoría de sus Ilustrados nunca visitó Rusia ni hablaba ruso, lo que no les impidió opinar, con total libertad y fantasía sobre la enorme realidad de Rusia, la cual, es evidente, se escapa completamente de su conocimiento y además en un tono condescendiente e irritantemente superior, dicho ello tras haber perdido su propio imperio, aspecto del que no hacen la más mínima mención. Estos Ilustrados franceses opinan de todos los imperios, basándose en la naturaleza y en una de sus consecuencias, la razón, lo que les permite llegar, evidentemente, a las consecuencias que desean y consideran que los imperios nuevos (Rusia) están sin civilizar, los viejos (España) están corrompidos, degradados y atrasados, y si están por germinar (Estados Unidos) van a degenerar rápidamente. María Elvira Roca Barea, *Imperiofobia y leyenda negra, Roma, Rusia, Estados Unidos y el Imperio Español*, Siruela, Madrid, 2016, pp. 93-103.

<sup>577</sup> Como señala Mattoso, Francisco de Asís, el más poético de los sabios medievales, el que más ama a las criaturas y menos sabe de filosofía, fue el que más contribuyó a desentrañar la realidad de este mundo, liberándola de su interpretación Platónica y es el que abre el camino al humanismo cristiano, destacando de entre ellos a Cervante, Shakespeare y Montaigne. José Mattoso, *Levantar o céu. Os labirintos da sabedoria*, Temas e debates, Circulo de Leitores, 2012, p. 145.

<sup>578</sup> Elementos con los que se pretende construir el Estado de Derecho, mejor dicho de ley, no pasan el tamiz de cierto rigor intelectual.

<sup>579</sup> Ya se ha visto como Coke señalaba que cuando se quiere imponer un absurdo debe elevarse este a lo más alto, a la categoría de principios, que es lo que los Revolucionarios Franceses, el Idealismo Alemán y sus hijos llevan a cabo.

Es, sin duda, la primera novela Moderna y polifónica, en donde ganan trascendencia, por primera vez en la narración, el personaje y el propio autor, y en la que se presentan las diversas visiones del mundo, que representan sus personajes.

Aunque se trató de una obra muy leída por el público no fue muy estudiada, en un principio, por los críticos españoles y fue, precisamente durante la Ilustración, especialmente por John Bowle y Voltaire, quienes con tal obra pretendían avergonzar a los españoles que presumían de cervantistas.

Es en el romanticismo cuando, en esa misma línea, se le liga a la ideología política y, por ello, queremos traer a colación, las palabras del discurso de Menéndez Pidal ante la Real Academia de la Lengua, con ocasión del IV Centenario del nacimiento de Cervantes, que recoge el testimonio del autor de *Don Juan*, Lord Byron, que sobre la obra manifestó que :

“El Quijote es la más triste de todas las historias, tanto más triste cuanto nos causa risa; su héroe busca siempre la justicia, pero precisamente sus virtudes son las que le vuelven loco; las nobles empresas son nada más que una burla; Cervantes, con una sonrisa, desterró de España la caballería y cortó el brazo derecho de su patria; compró su propia gloria de escritor muy cara, con la perdición de su pueblo”<sup>580</sup>.

Nótese, que las críticas que se hacen a la mentalidad española, a través de la novela picaresca, género literario que tiene antecedentes en la literatura universal, se producen en el siglo XVI, en el Siglo de Oro español, cuando los tercios españoles eran invencibles y seguirían siéndolo durante décadas, de ahí que entienda que, realmente, solo pueda desprenderse de tal género literario, la variedad de situaciones humanas que se manifiestan en esa literatura y, posiblemente, nada más.

Dejando de lado leyendas negras, intereses de religiones emergentes o intereses particularistas o señoriales, el romanticismo o la cultura propia de los libros de viajes, perseguidores de lo exótico hasta forjarlo *ex novo*, si faltaba algo en el fingido soporte, se debe tener en cuenta, las amplias ayudas que en tal labor produce una historia imaginada y, por ello, reconocer el recurso literario y las múltiples facetas que tiene la realidad y como cristianos católicos destacar el valor de los hechos<sup>581</sup>.

A esta obra de Cervantes se le han atribuido los más variadas interpretaciones, pudiendo ser una de ellas, a la vista de lo que se acaba de exponer, la época de su gestación y sobre la base del pensamiento que se pone en boca de Don Quijote por Cervantes referido a la importancia de los hechos, una sátira inversa en el sentido de considerar grotesco, el don Quijote y su locura, no como propia de un caballero español sino precisamente del idealismo contra el que se luchaba en los más diversos campos de batalla y, sin duda, frente al objetivismo y realismo de la tradición y la autoridad en que se asentaba el orden español, frente al que se alzaría, como un verdadero absurdo de conciencia, el libre examen de Lutero, que sí daría lugar a las más diversas “Baratarias” en Europa y América, idealismos que de no tener ya constancia fáctica de los desastres que han provocado calificaríamos

---

<sup>580</sup> No debemos olvidar que, precisamente, en esa época, y por innovación española del Gran Capitán, el arma esencial que producía el mayor daño en las batallas era la infantería.

<sup>581</sup> Por ello dice Cervantes: “sábet, Sancho, que no es un hombre más que otro si no hace más que otro”, *El ingenioso Hidalgo Don Quijote de la Mancha*; Parte primera, cap. XVIII. No debe olvidarse que somos el único pueblo que ha conseguido reconquistar su territorio tras la invasión musulmana, el germen y la primera preocupación por los derechos humanos, precisamente en el siglo XVI, llevándolo hasta las consecuencias tan diferentes de la conquista Americana, que la llevada a cabo por los anglosajones o de la que hicieron las potencias europeas en los S. XIX y XX en África.

como sátiras o esperpentos que no podía ser admisibles por una mente sana y provocadores de la risa y el escarnio.

Sin duda, la ideología española y la personalidad española la conforman mejor, atendiendo a los grandes hechos como conjunto más determinante, que importan más a nuestra forma de pensar, propia del catolicismo, que ha conformado nuestra forma del deber ser a lo largo de los siglos, como pueblo mayoritariamente católico: Pelayo “el rumi” (Pelayo el romano), Graciano y Raimundo de Peñafort (cuyas Decretales y legislación perduraron durante más de 700 años en la Iglesia Católica), Alfonso VI, Alfonso X “El sabio”, Isabel I de Castilla, el Gran Capitán Gonzalo Fernández de Córdoba, Alonso de Ojeda, Hernán Cortés, Felipe II, Francisco de Vitoria, Carlos III, Malaspina, Miguel Servet, Isaac Peral, Juan de la Cierva, Santiago Ramón y Cajal, Severo Ochoa o Amancio Ortega.

No creo que incurra en los errores que imputaba Ortega y Gasset a la ideología española, entendiendo por tal, la que sustituye el objeto real por la voluntad o por la visión unilateral<sup>582</sup>.

No debemos desesperarnos con la inacción ni ser pesimistas patológicos sino que debemos luchar de la mejor manera dentro de nuestras posibilidades, para mejorar nuestra convivencia y el futuro de nuestros hijos, aspecto en el que no considero baladí la aportación que se lleva a cabo con esta tesis doctoral.

## - EL ARTE Y LA PERSONALIDAD DEL PUEBLO

María Elvira Roca destaca la íntima relación del pueblo español con sus escritores y artistas, señalando como ejemplo a Lope de Vega, cuya vida, como se sabe, fue un escándalo pero a pesar de ser un clérigo ni fue excomulgado ni enterrado en las tapias del cementerio durante la noche, a diferencia de lo que sucedía en Francia, en donde los comediantes, debido a que ejercían una profesión que era considerada infame por las autoridades civiles y eclesiásticas, estaban excomulgados, manteniéndose en la actualidad que Molière, realmente, no existió, al tratarse de un farsante que pagó al dramaturgo Pierre Corneille por todas y cada una de las obras, que con el nombre de Molière conocemos<sup>583</sup>.

Las expresiones culturales, hoy en día, especialmente en el campo de la pintura y escultura son especialmente ejemplificativos del fenómeno al que se va a hacer referencia.

Mientras que las representaciones pictóricas y esculturas se han valorado siempre por su belleza, hoy en día se dice que nos transmiten ideas o valores en términos racionales de supuesta apreciación universal pero resulta que en numerosas ocasiones es necesaria la opinión del autor para descifrar su

---

<sup>582</sup> Esta visión de Don Quijote o de Don Juan o de la picaresca española, realmente, son propios de la leyenda negra española al que se ataca como imperio y que un día realizaron las Iglesias Reformadas y los nacionalismos emergentes, que los utilizaron como pretexto, ya que no debe tomarse el rábano por las hojas y atenderse a realidades más amplias, complejas y determinantes, como las que se acaban de exponer y en las que no me voy a detener más, por no constituir el objeto directo de esta obra, si bien tiene trascendencia al orillar el idealismo y la fantasía de nuestro ser tradicional hispánico, que hoy en día tanto se prodiga.

<sup>583</sup> María Elvira Roca Barea, *Fracasología: España y sus élites: de los afrancesados a nuestros días*, Espasa, Barcelona, 2019, pp. 123-130.

mensaje, instrumento común el de la razón que, de otro lado, a cada observador le sugiere cosa diferente y normalmente simple e inconfesable en las modernas producciones<sup>584</sup>.

Desde siempre, todo el arte ha sido también una ciencia con sus propios códigos y representaciones, con la voluntad principal de satisfacer a todos los públicos, incluidos los más informados, de ahí que este arte moderno no suponga ninguna novedad salvo, en muchas ocasiones, la sublimación del mal gusto y la inexpresividad, para el que la realidad ha perdido su interés, en favor de un mundo irreal y frío.

Eso sí, con una voluntad de reeducación de la ciudadanía hacia el fenómeno que se abordará más adelante, no tanto de que el poder público y sus frutos sean manifestación de la voluntad general o popular sino de que de esta manera se reoriente en la forma que más guste al poder político<sup>585</sup>.

El cine y el teatro, como espectáculos de masas que siempre han sido muy valoradas por el público, no solo eran rentables sino muy rentables pero ahora precisan, en las sociedades cerradas, de subvenciones públicas que los poderes públicos otorgan de forma muy gustosa, puesto que no se debe olvidar la función reeducadora y reorientadora que desempeñan.

No se trata del divertimento propio del espectáculo que siempre ha constituido su objeto, ni siquiera de la exposición de una experiencia interesante o inquietante sino, esencialmente, de educar o más bien de adoctrinar cívicamente, además, de la manera más aburrida, de ahí que los artistas, en muchos casos, se hayan convertido en intelectuales de esas ideologías, en las que participan, incluso, más activamente que en su oficio.

Todo por el pueblo y para la reeducación del pueblo de adultos responsables, al que, desgraciadamente, es preciso señalarle los hitos que han de superar y efectivamente lo consiguen, incluida la incorrección política de la manifestación de su real opinión en estas materias.

La proporción que existe entre la razón y el arte es proporcional a la existente entre la razón y el amor, entre la razón y la vida, esferas que de ninguna de las maneras son plenamente cognoscibles desde esta perspectiva, ya que apenas ocupan una pequeña parcela y entre las que se produce una cierta contradicción en muchas ocasiones.

Cualquier persona puede valorar las obras clásicas y prueba de ello son, por ejemplo, las obras de cine y teatro que son adaptadas hasta extremos que nadie reconoce, pretendiéndose apartar al arte selecto de lo que una persona normal puede comprender, cambiando los artistas modernos, la historia y la tradición por puros caprichos academicistas y el criterio de supuestos intelectuales<sup>586</sup>.

---

<sup>584</sup> Prueba de lo que se dice es que afamadas obras de artistas consagrados se hayan expuesto en prestigiosos museos, colgadas del revés durante años o que se organicen concursos radiofónicos para determinar la localidad en que se encuentra la escultura o el monumento reciente, todos de libre inspiración del artista que parezcan, al común de los mortales, más horroroso.

<sup>585</sup> Más adelante se hará referencia a la *gauche divine* y a la forma en que las élites de izquierda, a través de lo que se ha diseñado como políticamente correcto, manipula, con dinero público, a la universidad, a la sociedad y a los medios de comunicación de masas. Una de sus manifestaciones más recientes se explica por Paul Edward Gottfried, *La extraña muerte del marxismo. La izquierda europea en el Nuevo Milenio*, Ciudadelalibros, Madrid 2007, obra de la que haremos una más amplia mención más adelante. Sobre el papel coadyuvante de los artistas en las Revoluciones o en el control social puede verse la obra de Manuel Chaves Nogales, *El Maestro Juan Martínez que estuvo allí*.

<sup>586</sup> Cit. José Javier Esparza y Anthony Esolen, *Guía políticamente incorrecta de la civilización Occidental*, Ciudadelalibros, Madrid, 2009, pp. 244, 200-203 y 252-254 y sgts.

## 2. EL HUMANISMO RENACENTISTA, LA MENTALIDAD ESPAÑOLA EN LOS S. XV Y XVI : LA ESCUELA DE SALAMANCA

Elvira Roca destaca que la soberbia intelectual del Humanismo, como fenómeno de ocultación de lo realmente sucedido, constituyó un fenómeno sin precedentes en la Europa cristiana, que no tendrá parangón hasta la Ilustración.

Comienza creando la Edad Media para rechazar todo lo que había existido anteriormente, como un renacimiento grecolatino con una interrupción lamentable, transformando lo Medieval en un insulto y exaltando lo grecorromano, siendo uno de sus motivos favoritos equiparar la Italia del Renacimiento<sup>587</sup> a la de su Imperio y considerar a España Medieval y goda<sup>588</sup>.

La élite intelectual dominante<sup>589</sup> sigue considerando a España como un lastre e irremediamente anclada en el pasado, por más que a Fernando “el católico” se le considere inspirador de *El Príncipe* de Maquiavelo y gran parte de la doctrina a España como el primer Estado Moderno<sup>590</sup>.

Pero si nos atenemos a los hechos no queda más remedio que reconocer, cuando menos, que entre la culminación de la Reconquista, el descubrimiento de América (1492) y la derrota de los tercios de Flandes en Rocroi (1643), fecha convencionalmente usada por los historiadores para marcar el comienzo del declive español, España vivió una época rutilante como primera potencia de Occidente en lo político y militar, expandiendo los límites del mundo conocido y forjando, en pocas décadas, el primer imperio global de la historia, siendo una época que se conoce también como su “siglo de oro” de las artes y las letras<sup>591</sup>.

---

Como señala Hayek, hoy la política legislativa se basa, en gran medida, en la popularidad de los grupos directamente interesados y en la necesidad de procurarse votos, lo que se conseguirá beneficiando a grupos o actividades particulares y por esta necesidad de ganarse el apoyo de los revendedores de ideas, especialmente de los medios de comunicación, que tan decididamente influyen en la opinión pública y que se manifiesta, entre otras cosas, en el apoyo al arte moderno, que seguramente no gusta a la mayoría de la gente pero a través de este apoyo, un partido político puede asegurarse el de los intelectuales que dominan los medios de comunicación. Friedrich A. Hayek, *Derecho, legislación y libertad. Una nueva formulación de los principios liberales de la justicia y de la economía política*, 2ª edición, Unión Editorial, 2014, p. 399.

<sup>587</sup> Es evidente que el poder público y el grupo dirigente desempeñan un protagonismo esencial en el florecimiento cultural y político de los territorios y de las personas e inimaginable que se produzca al margen de él, aspecto natural que no se explica y a pesar de su evidencia suele pasar desapercibido a los pensadores que se ocupan de España y de la función que ha desempeñado en la historia, incluida la italiana.

<sup>588</sup> María Elvira Roca Barea, *Imperiofobia y leyenda negra, Roma, Rusia, Estados Unidos y el Imperio Español*, Siruela, Madrid, 2016, pp. 130 y sgts.

<sup>589</sup> Más adelante se hará referencia a los fenómenos de la *damnatio memoriae* de los Austrias, de los afrancesados y germanófilos.

<sup>590</sup> En España, las duras tensiones entre la corona, la aristocracia y la oligarquía urbana, la ciudad y el campo, entre campesinos y señores, se compensaron unas con otras, en un equilibrio dinámico del cual resultaron grandes instituciones como universidades, escuelas, el imperio del Derecho, bancos y gobiernos locales y estimuló las artes y las letras, todo ello apuntalado por la severa autoridad moral de una iglesia renovadamente militante, como una era de gran optimismo y confianza. Cit. Robert Goodwin, *Spain: the center of the world 1519-1682*, Bloomsbury press, Londres- Nueva York, 2015, p. 3.

<sup>591</sup> Este prejuicio italiano de pueblo culto, en ese momento en la órbita española, tendrá también las consecuencias en el centro del Continente y en las iglesias Reformadas.

En el siglo XVI, los Habsburgo españoles defendieron y ampliaron un vasto imperio que se extendía desde la Europa meridional hasta el Lejano Oriente, desde Goa y las Filipinas a Chile y Nuevo México<sup>592</sup>.

En este periodo, un grupo de teólogos y juristas españoles van a realizar aportaciones muy notables a la metafísica, la teoría política, la filosofía del Derecho e incluso a la teoría económica: Francisco de Vitoria, Domingo de Soto, Juan Ginés de Sepúlveda<sup>593</sup>, Juan de Mariana, Luis de Molina, Alfonso de Castro, Gabriel Vázquez, Fernando Vázquez de Menchaca, Francisco Suárez y otros.

Friedrich A. Hayek, el gran pensador liberal y premio Nobel de economía, señaló en 1979, que las contribuciones a los principios de la teoría del mercado competitivo fueron desarrollados por los Escolásticos españoles del siglo XVI y que el liberalismo económico no fue inventado por los calvinistas sino por los jesuitas<sup>594</sup>.

La Escuela española de Salamanca forma parte de una corriente filosófica más amplia, llamada Segunda Escolástica, movimiento que pretende un retorno a Santo Tomás como solución, tanto por el desafío filosófico planteado por el Nominalismo del siglo XIV por Guillermo de Ockham como por la Reforma Protestante, a la que la Iglesia Católica responderá con el Concilio de Trento (1545-1563) y la Contrarreforma.

Estos pensadores desarrollaron el legado Tomista y sobre todo, lo proyectaron a las nuevas circunstancias históricas, de ahí que estos pensadores de la Escuela Española destaquen, especialmente, en lo que podríamos llamar filosofía aplicada o reflexión práctica sobre las cuestiones religiosas, sociales y políticas del momento, encontrándose su pensamiento pegado a la tierra, práctico y desarrollado para intentar responder, desde un Tomismo relativamente remozado, a problemas de la Modernidad incipiente, entre los que destaca la colonización de América<sup>595</sup>. Su legado e ideas tienen incluso hoy autoridad y proyección, como se va a desarrollar.

La concepción del Renacimiento incluye una aspiración a un nacer del hombre a una vida verdaderamente humana, al hombre natural en sí mismo a través de una vuelta a sus orígenes, convirtiéndolo en un ser libre, en un microcosmos en la que se sitúa al hombre en la cúpula del mundo, y que en materia religiosa determina una vuelta a la primitiva Iglesia cristiana, libre de tantas ceremonias y exterioridades con las que se consideraba, que se habían ido desdibujando sus perfiles.

En un primer momento del Humanismo encontramos un intento de recuperar los valores inmanentes del mundo pagano y de su cultura, distanciándose de la tradición Medieval y buscando en las fuentes de la Antigüedad clásica grecolatina, elementos renovadores, que tiene su reflejo en el

---

<sup>592</sup> Los españoles del siglo XVI fueron a las Américas como conquistadores y pobladores, batallaron por toda Europa como soldados profesionales, viajaron como mercaderes y diplomáticos. Sevilla se convirtió en el centro del comercio mundial, un lugar donde pululaban mercaderes, banqueros y aventureros de muchos países.

<sup>593</sup> Sobre las ideas de Sepúlveda dentro de los juristas de la época: Francisco de Vitoria, Francisco Suárez, Palacios Rubios, Soto o Vázquez de Menchaca; su concepto del Derecho natural o sus teorías sobre la guerra y la conquista de América puede consultarse a Manuel García Pelayo, *Obras completas*, VIII, Centro Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, pp. 2117-2141.

<sup>594</sup> Carta de Friedrich Hayek a Jesús Huerta de Soto, 20-1-1979, Jesús Huerta de Soto, "Juan de Mariana y los escolásticos españoles", *Nuevos estudios de economía política*, Unión editorial, Madrid, 2007, p. 250, nota 4.

<sup>595</sup> Francisco José Contreras, *La Filosofía del Derecho en la Historia*, Tecnos, 2016, pp. 89-91.

Erasmismo, que intenta poner al Renacimiento al servicio de la Iglesia Católica, si bien dentro de la unidad religiosa de los cristianos, que para Erasmo era esencial<sup>596</sup>.

Carlos V pretende evitar la ruptura de la unidad espiritual cristiana, característica esencial erasmista y síntesis y antítesis de la razón de Estado de Maquiavelo<sup>597</sup>.

Como destaca Dário Moura Vicente<sup>598</sup> a Guillermo de Ockam se le podría considerar el primer Protestante, de acuerdo con las tesis oficiales del ser humano individual y concreto, lo que constituiría el origen remoto del pensamiento renacentista y posterior Protestante y, con ello, hacerle partícipe del derecho subjetivo individual, no de los derechos de la colectividad sino de los propios.

Este autor recoge la postura de Thomas Mann, que consideraba que las tesis de Lutero constituyen la gigantesca encarnación de la naturaleza alemana, en la que es profundamente extraña la idea de libertad política, ya que su idea de libertad es, esencialmente, exterior, como el derecho de ser alemán, solo alemán y nada más que eso, mientras que en el orden interior es capaz de permitir, con una sorprendente tolerancia, la opresión, el menosprecio y la sumisión.

El Luteranismo considera al Derecho como una cuestión enteramente terrenal y religiosamente indiferente, de ahí su postura respecto del divorcio y el matrimonio de los clérigos, y esta interpretación de la conciencia de los cristianos hecha por Lutero, así como de la igualdad de cada persona ante Dios y sus semejantes constituyó la nueva doctrina, que sobre organización del poder político se desarrolló en la vertiente Calvinista del Protestantismo.

La universidad salmantina llevó a cabo en esta centuria de 1400 un cambio relevante y pasó de Universidad Medieval a Moderna.

---

<sup>596</sup> El Erasmismo defiende que todos los cristianos deben constatar directamente la doctrina de Cristo, prescindiendo de las especulaciones que dicen iluminarla, considerando, en esta línea, que para captarla, lo único que es necesario es un corazón puro, lleno de fe y que, por lo tanto, es necesario traducir esa doctrina a todos los idiomas y para todas las gentes, en contra de los teólogos profesionales y los frailes que se consideran monopolizadores del cristianismo. Domínguez Ortiz destaca que las recomendaciones de Erasmo sobre la vuelta a las fuentes del cristianismo, a la Biblia y a los Santos padres, y la sustitución del escolasticismo por un humanismo cristiano no constituía una novedad en Castilla, como tampoco lo era una religión más interior y menos formalista para una élite culta, que ya había llegado a tales conclusiones por sus propios métodos. El Erasmista Juan de Valdés destaca la gran necesidad de construir experiencias sobre la base de las verdades de la religión que, según Sánchez Lauro repercutirá, posteriormente, en todos los campos del saber, por la gran importancia que va a recibir el valor empírico en todas las ciencias.

Juan Luis Vives, en su libro *De Concordia et discordia in humano genere*, expone al emperador Carlos V, la necesidad de un concilio ecuménico que solucione los problemas existentes y, como ya se ha dicho y Erasmo no podía aprobar una escisión de los cristianos en dos campos antagónicos, ya que la unidad cristiana era esencial.

Jiménez de Cisneros, en el s. XV, realizó tres aportaciones importantes: la reforma de la Orden franciscana, que servirá de impulso a las otras Órdenes religiosas; la fundación de la Universidad de Alcalá de Henares, para que constituyera una reforma de la teología joven y fecunda; y la Biblia Políglota, sobre la base de las lenguas originales: arameo, hebreo, griego y latín, que constituirá en el S.XVI, un arma utilísima a los teólogos católicos en su enfrentamiento con la heterodoxia protestante, merced a su estudio directo de la Biblia, que también servirá para la crítica y revisión de la Primera Escolástica, del Tomismo, Escotismo y Nominalismo, dando lugar al Iusnaturalismo castellano o Segunda Escolástica.

<sup>597</sup> Domínguez Ortiz entiende también, que el buen príncipe debe ser imagen de Dios, en el que su servicio al reino no es más que un oficio, que sirve de intermediario entre Dios y la comunidad, por lo que debe proteger a sus miembros, y si quiere ser tenido por príncipe debe procurar ser muy semejante a Dios, no haciendo cosas que él no haría. Sixto Sánchez Lauro, *Crimen de herejía y su represión inquisitorial. Doctrina y praxis en Domingo de Soto*, Premio Domingo de Soto 2017, Universitat Pompeu Fabra, 2017, pp. 46-50, 64-68 y 76-91.

<sup>598</sup> Dário Moura Vicente, *Direito comparado. V. I, Introdução e Parte Geral*, Almedina, 2011, pp. 120 a 124

Uno de sus personajes más ilustres de esta época, Alfonso Fernández Madrigal, consideraba que el soberano no es un gobernante que ejerce un poder absoluto y que en el ejercicio del poder político ha de estar presente, aquella parte del tejido social compuesto por las clases medias, considerando que el poder debería estar en manos del pueblo y que la democracia es la mejor forma de gobierno, aun reconociendo que adolece del defecto, de abrir a los indoctos su participación en el poder, considerando arriesgado que se concentre en un único individuo, aunque entiende que la monarquía es la mejor forma de gobierno siempre que el monarca lo sea por elección.

Pablo de León, en sus proposiciones contenidas en la *Ley Perpetua*, proclama que las leyes obligan tanto a los príncipes como a sus súbditos, que el monarca debe ser moderado con los gastos de su Corte e insiste en que, de un lado, se respete la dignidad humana de los ciudadanos y, de otro, procure que su entorno esté compuesto por hombres buenos y capaces para realizar su labor de consejeros, recordando al monarca sus deberes con relación a la política, y su misión de guardar y hacer guardar las exigencias de la justicia.

Es en este sustrato ideológico que atiende a la realidad histórico-cultural del hombre y a los principios del Derecho natural en el que Vitoria, que se había formado en el colegio dominico Saint Jacques de París, siguiendo enseñanzas Nominalistas y Tomistas formará su doctrina, que constituirá la *doctrina communis* de la Escuela de Salamanca<sup>599</sup>.

Quizás de una forma un tanto inconsciente o al menos así se ha interpretado por parte de la doctrina, pudiese considerárseles un tanto Nominalistas a Vitoria y especialmente a Suárez, en contraposición a Domingo de Soto, que en su obra *De justitia et iure* (L. IV,c1,a1) conociendo el Nominalismo lo rebate, ya que identifica justicia y derecho pero no derecho y dominio y ello porque considera que no lo toleran ni los mismos vocablos siguiendo a San Isidoro<sup>600</sup>.

#### **A. LA NATURALEZA DE LOS DERECHOS HUMANOS EN FRANCISCO DE VITORIA. EL VERDADERO ALCANCE DE LAS APORTACIONES POSTERIORES Y LA CONSTRUCCIÓN ARTIFICIAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.**

Como señala García-Gallo, el ordenamiento jurídico romano regula el orden social en el que se reconoce a cada uno su derecho y la función de la justicia consiste, precisamente, en atribuir a cada uno lo suyo, que como ya se ha dicho recogía Papiniano de forma muy expresiva.

El Derecho cristiano, sobre la base también de los filósofos estoicos, puntualizó al romano al considerar que los esclavos también tenían derechos, lo que determinaba el carácter innato de los mismos, al margen de la concesión o reconocimiento por el Derecho positivo, de manera que el triunfo del cristianismo y el influjo que sobre el Derecho secular lleva a cabo, apuntala la situación de los derechos innatos, situación de equilibrio que se mantiene durante la Edad Media y Moderna.

---

<sup>599</sup> Sixto Sánchez Lauro, *Crimen de herejía y su represión inquisitorial. Doctrina y praxis en Domingo de Soto*, Premio Domingo de Soto, 2017, Universitat Pompeu Fabra, 2017, pp. 75-91.

<sup>600</sup> Elio A. Gallego, *Tradición jurídica y derecho subjetivo*, Dykinson, 2005, p. 116 y 117. Esta clasificación o tendencia no obedece sino a una tergiversación de conceptos derivados de las palabras pero que, rectamente entendidas, de acuerdo siempre con defender a Santo Tomás no debe catalogarse en esta tendencia u origen.

Manifestación de esta postura tradicional es la súplica constantemente ante los reyes para que confirmasen determinados documentos, fueros, privilegios y libertades, poniéndose tal cuestión de manifiesto de una manera virulenta por la libertad y derechos de los nativos americanos, que dió lugar a un cambio en el viejo Derecho español, asunto que adquiere trascendencia universal.

Francisco de Vitoria en la *Relectio de indis*, lección o conferencia sobre los indios, pronunciada en Salamanca el 18 de enero de 1539, tras sentar la obligación del príncipe de seguir el dictamen de los teólogos en materia grave, plantea el problema de los justos títulos sobre las Indias.

No sobre la base del Derecho común, válido solo para los españoles y europeos sino del natural, que se refiere a indios y españoles, creando así un Derecho de Gentes, válido para todos los pueblos, y siguiendo a Santo Tomás reconoce que, conforme a la ley natural, los indios gozan de libertad y del pleno goce de los derechos civiles y políticos, como defendía Las Casas<sup>601</sup>.

Como observa Luis Suárez Fernández, esta postura tiene un claro antecedente en Clemente VI, ya que con ocasión de la conquista de una cadena de archipiélagos entre Canarias y Azores, y como se trataba de moradores que no respondía a ninguno de los tres modelos conocidos: cristiano, judío o islámico, el Papa se enfrentó con la cuestión suscitada en muchas escuelas y universidades, y afirmó en 1346, que a todos sus pobladores alcanzaba la redención de Jesucristo y como seres humanos debían ser tratados, reconociéndose que en ellos, Dios, su creador, ha sentado tres derechos inalienables, naturales y pertenecientes a su propia naturaleza, sin ser otorgados por poder alguno.

Estos tres derechos, de los que luego también nos hablará Locke son: el derecho a la vida, que es un don de Dios y no consecuencia de la voluntad; el derecho al libre albedrío, puesto que de él depende el ejercicio de la voluntad y, finalmente, el derecho de propiedad porque es considerada como producto de la laboriosidad humana.

En este sentido señala este autor, que los Reyes Católicos aplicaron a todos sus súbditos, el reconocimiento de los tres derechos naturales que desde 1346 la Iglesia había declarado y por ello, en la Ley de Guadalupe dispusieron que cualquier reliquia de la servidumbre que aún subsista debía declararse y considerarse nula<sup>602</sup>, destacando la radical diferencia existente entre esta conciencia y la que desde la Revolución Francesa se ha impuesto en Europa, al sustituir los naturales por los derechos

---

<sup>601</sup> Señala Domingo Oslé, que la creación del Derecho de Gentes quizás deba buscarse en el continuo Guadiana del Derecho natural, con postulados además en ocasiones contradictorios, y basándose en Maine destaca que, precisamente, fue el Derecho natural el que hizo superior al Derecho romano frente a otros ordenamientos. *Ius naturale* romano, como expresión de la *phisei dikaion* griega de Aristóteles plasmada en la *Ética a Nicómaco*, que deriva las normas jurídicas de la contemplación de la vida, que alumbra el *ius gentium romanorum*, que aunque con distinto origen y objetivo han cabalgado juntos, de ahí que fuera el propio Cicerón, el que por primera vez empleara la expresión Derecho de Gentes y lo hiciera a la luz del Derecho natural. Doctrina Ciceroniana que continúa en la Gayana de identificar el Derecho natural y el de Gentes, a la que dio alas Pablo de Tarso, que incorporó la doctrina estoica a la ley natural en su Epístola a los Romanos, 2.14, reconociendo la eficacia de las leyes de la naturaleza, criterio continuado por San Ambrosio, San Agustín y San Isidoro, de donde pasó al Decreto de Graciano y a Santo Tomás de Aquino, tesis a la que saca brillo Francisco de Vitoria, que servirá también a Grocio, Pufendorf y en el mundo anglosajón a Blackstone, Locke y Jefferson, con la crisis inducida por la Escuela Histórica del Derecho, que desembocará en Kelsen y en su renacimiento tras la Segunda Guerra Mundial, considerando que la crisis del Derecho Internacional Moderno es consecuencia de la separación del Derecho natural iniciada por Grocio y consumada por Bentham. Rafael Domingo Oslé, *¿Qué es el Derecho global?*, Premio Rafael Martínez Emperador, 2007, CGPJ, 2008, pp. 93-101.

<sup>602</sup> En el caso de Málaga, al aplicarse las leyes de guerra, prefirieron establecer un rescate que permitiría devolver a los moros y judíos a su libertad.

del ciudadano, que son aquellos que fijan las asambleas dotadas de poderes y dirigidas por partidos, sin tener que someterse al orden de la naturaleza y es por ello que en el Antiguo Régimen, el Estado carecía de competencia sobre el aborto, el matrimonio o la homosexualidad<sup>603</sup>.

Consideraba Francisco de Vitoria que no constituyen verdaderos títulos, ni la ocupación, por tratarse de tierras que en realidad pertenecen a los indios; ni la donación por la providencia, por no constar prueba de ella; tampoco por concesión pontificia, por carecer el Papa de poder temporal sobre los infieles y, en caso de tenerlo, por inalienable, dado el carácter del dominio temporal; ni tampoco por concesión del emperador por carecer de tal poder.

Tampoco por la sumisión a través del requerimiento por la coacción que entraña, que vicia su voluntad, ni merced a la pérdida de la libertad natural por la idolatría y el pecado porque la gracia no priva de lo que concede el Derecho natural y, por último, tampoco por la resistencia a recibir la fe porque esta no puede imponerse.

Vitoria señala que conforme al Derecho natural sí existía un justo título, y teniendo en cuenta que Alejandro VI, en 1493, concedió las Indias a los reyes de España, excluyendo a los restantes príncipes, aunque el dominio no era de los reyes, sí que se creaba una situación que puede servir de base a la predicación, dada la obligación que tienen los cristianos de predicar el evangelio, lo que les autoriza a hacerlo en cualquier parte.

La potestad espiritual del Papa permite a los cristianos españoles la predicación en estas tierras, excluyendo a determinados príncipes y, en virtud de ese derecho y obligación, los españoles pueden ir a América a predicar y si los indios se resisten, hacerles guerra justa y si es necesario, en la medida precisa, ocupar sus tierras.

De acuerdo con la doctrina de Santo Tomás, una vez convertidos los indios al cristianismo, el Papa puede deponer a sus señores infieles y designar un príncipe cristiano, que es lo que realmente hacen las Bulas Alejandrinas y si los indios bautizados son perseguidos por otros indios o sus jefes, los príncipes cristianos, para evitarlo y defenderlos, pueden hacerles la guerra y deponerlos.

Si la incapacidad de los indios para gobernarse realmente existiera, también sería causa legítima, como defendía Aristóteles, así como si practicasen leyes inhumanas, destacando el derecho de todos los hombres a navegar y circular por cualquier mar o país y a comerciar con sus productos, sin daño y ofensa de los naturales y, con mayor razón, si los españoles han tenido hijos en el país.

En todo caso, Vitoria no considera lícito ni conveniente que el rey de España abandone las indias por los daños que entonces sufrirían la evangelización y los indios ya convertidos.

En 1542 Carlos V desiste de su idea inicial de abandonar el Perú y que había adoptado tras oír las alegaciones de Las Casas, considerando que debía mantenerse hasta que los indios supiesen gobernarse por sí mismos y reconoce a los jefes indios como señores naturales de sus pueblos y procura su sumisión voluntaria, abandonándose el antiguo requerimiento que se les hacía para que se sometiesen.

Reunida nuevamente la Junta en Valladolid, en 1550, se disputan las tesis de Las Casas y las que también defiende el clérigo y cronista de Carlos V, Juan Ginés de Sepúlveda, quien sostiene que los

---

<sup>603</sup> Luis Suárez Fernández, *La construcción de la cristiandad europea*. Madrid, Homologens, 2008, p. 376 y *Lo que España debe a la Iglesia Católica*, Homologens, 2012, pp. 97, 125 y 150.

indios pueden ser sometidos por su idolatría, por no saber gobernarse y por su inhumanidad, al realizar sacrificios humanos o antropofagia, resolviéndose definitivamente la cuestión de los justos títulos hacia 1570, bajo el reinado de Felipe II.

Se intentará conciliar la libertad natural de los indios y la concesión de la Bula de Alejandro VI, distinguiéndose entre los territorios ya ocupados de los no descubiertos, de manera que en los territorios ocupados es necesaria la sumisión voluntaria y allí donde esta falta, la presencia española tiene el carácter de protectorado.

Esta situación permite seguir actuando a los caciques o señores naturales de los indios, pasando de mero protectorado a dominio efectivo cuando el virrey Francisco de Toledo llega a la conclusión de que los incas no eran señores naturales de los indios sino tiranos, que por la conquista arrebataron el Perú a sus legítimos señores y tuvieron sometidos a los pueblos, de manera que al ofrecer el virrey Toledo a los caciques un nombramiento de tal, expedido por el rey de España, que fue aceptado y además procurado por ellos, reconocieron la superior autoridad de este.

Respecto de las no descubiertas se reconoce el pleno dominio sobre las tierras descubiertas y por descubrir por las Bulas, y los españoles pueden y deben tomar posesión de ellas, ocuparlas y construir ciudades o fortalezas pero sin causar daño a los indios, de manera que si estos atacan puede hacerse guerras defensivas pero no contratacarlos.

A los indios ha de considerárseles libres por derecho natural y como tales han de vivir aunque el territorio sea español, de manera que se pueden y deben pactar alianzas y procurar atraérselos y, solamente, cuando voluntariamente reconozcan y obedezcan al rey de España quedarán sometidos a él<sup>604</sup>.

Lo relevante pues no es solo la defensa que hizo Bartolomé de las Casas sobre la base de la existencia de un derecho natural de los indios que, posteriormente, es puntualizado por Francisco de Vitoria sino por la fuerte constatación del concepto y existencia de unos derechos humanos propios de los seres humanos, que sirven de fundamento para el disfrute de sus derechos civiles.

Muñoz Machado<sup>605</sup> señala que estas teorías constituyen el origen de los derechos humanos que se ostentan incluso frente al poder público, y tras destacar el escaso protagonismo que en esta materia se otorga a España describe la real influencia que estas teorías produjeron en los filósofos y movimientos políticos posteriores.

La cuestión de que tratamos surgió en el demoleedor sermón que pronuncia en la Española, en el cuarto domingo de Adviento de 1511, Fray Antonio de Montesinos, que motivó la vocación religiosa de Bartolomé de las Casas y transcribió en su *Historia de las Indias*, y en donde se pregunta: ¿con qué derechos y con qué justicia tenéis en tan cruel y horrible servidumbre a estos indios?, ¿con qué autoridad habéis

---

<sup>604</sup> Alfonso García- Gallo, *El origen y la evolución del derecho*, octava edición, Madrid, 1979, pp. 166 y sgts. y 669 y sgts.

<sup>605</sup> Santiago Muñoz Machado, *Tratado de Derecho administrativo y Derecho Público general*, T: I, *La formación de las instituciones públicas y su sometimiento al Derecho*, tercera edición, Madrid, 2011, pp. 444 y sgts. Su discurso de ingreso en la real Academia de Ciencias Morales y Políticas abordó esta temática con el título: *Civilizando a los bárbaros*, Real Academia, 2012. En esta obra también aborda la colonización inglesa de América, en donde destaca las exclusivas motivaciones económicas y mercantiles, y la ausencia de planteamientos religiosos o humanitarios por parte de la Corona inglesa. También trata de la cuestión, entre otros, José Manuel Pérez-Prendes Muñoz-Arraco, *Interpretación histórica del Derecho*, Universidad Complutense de Madrid, 1996, p. 1.063.

hecho tan detestables guerras a estas gentes, que estaban en sus tierras mansas y pacíficas, con muertes y estragos nunca oídos antes?, ¿cómo los tenéis tan opresos y fatigados sin darles de comer ni curarlos de sus enfermedades, que de los excesivos trabajos que les dais se os mueren? ¿estos, acaso, no son hombres? ¿No tienen ánimas racionales? ¿No sois obligados a amarlos como a vosotros mismos<sup>606</sup>?

La reina Isabel había encargado en su testamento de 1504, que se tratara bien a los indios y ese mandato se había trasladado a las Leyes de Indias.

Lógicamente tan agria controversia no se hubiese organizado si los hombres de aquella época no hubiesen tenido en sus cabezas tal sensibilidad y de una forma muy notable.

El rey Fernando “El Católico” abriría una información sobre los hechos, lo que motivó una seria protesta de los encomenderos. A causa del sermón de Montesinos se redactaron las Leyes de Burgos de 1512<sup>607</sup>.

Carlos I sometió la cuestión a Francisco de Vitoria y tras sus reflexiones se dictaron, de inmediato, las Leyes Nuevas de Barcelona de 1542, y como las denuncias continuaron, en 1549, el Consejo de Indias ordenó detener la conquista, y sucedió lo que nunca había pasado antes en la historia: un emperador, en la cúspide de su poder, toma la decisión de detener sus conquistas, ¿la causa?, ¿tener la certidumbre de estar obrando con justicia!

En la Controversia de Valladolid (1550-1551), Juan Ginés de Sepúlveda y Bartolomé de las Casas expusieron sus argumentos, los del primero convencieron más a los juristas, los del segundo a los teólogos.

El Tribunal votó y empató, no hubo sentencia pero sí informes en los que resplandecían las ideas de Francisco de Vitoria, muerto años antes, y en los que se consideraba que no sería conveniente ni lícito, abandonar aquellas provincias después de haber convertido a muchos, razón por la que en 1556 se ampliaron los asentamientos en el Perú, con instrucciones muy específicas de evitar daños a los indios<sup>608</sup>.

Considerando Vitoria que Dios ha creado al hombre como ser social por naturaleza y no cabe, por lo tanto, un estado asocial ni antisocial previo ni un contrato social de tipo hobbesiano o roussoniano, fruto de una reunión de los miembros de la comunidad sino que se trata de un consenso popular de la comunidad (en la que reside el poder), que acepta un régimen de gobierno y a su gobernante, al que transmite su imperio y potestad, la fuente primaria y radical del poder no es la misma comunidad sino Dios, que ha creado al hombre como ser social, y esta literatura no es compatible con la teoría del poder divino de los reyes, que en el siglo siguiente será objeto de defensa acérrima por los defensores del poder absoluto de los monarcas<sup>609</sup>.

En Portugal, el padre António Vieira, continuador del ejemplo español, denuncia la postura del rey portugués y sus intentos de expulsar a la Compañía de Jesús, que denunciaba el genocidio perpetrado.

---

<sup>606</sup> José Javier Esparza, *La Gesta española*, Áltera, Barcelona, 2007, p. 190.

<sup>607</sup> Señala José Prat García, *Medio milenio del Nuevo Mundo*, Editora Nacional, 1ª edición, Madrid, 1985, pp. 88 y 89, que en los años iniciales del Nuevo Mundo aconteció la primera gran campaña antiesclavista de la historia sobre la base de lo dispuesto por Isabel “la Católica” y la mentalidad cristiana de los Conquistadores.

<sup>608</sup> José Javier Esparza, *La Gesta española*, Áltera, Barcelona, 2007, p. 190.

<sup>609</sup> Sixto Sánchez Lauro, *Crimen de herejía y su represión inquisitorial. Doctrina y praxis en Domingo de Soto*, Premio Domingo de Soto 2017, Universitat Pompeu Fabra, 2017, pp. 86 y 87.

Señalaba que así como un español o genovés cautivo de los árabes permanece vasallo de sus naciones no puede entenderse de otra manera la situación de los indios sujetos a Portugal, privados de su libertad natural, por lo que deben ser restituidos e indemnizados por los trabajos forzados a los que fueron sometidos.

Destacaba que la postura del pensamiento jurídico de tutela de estos valores nucleares de la persona humana es la que ha perturbado al poder constituido.

Erasmus de Rotterdam señala en su *Elogio de la locura*, que la verdad no tiene el aprecio de los reyes, quienes, por costumbre, ignoran las leyes y no procuran el bienestar público sino el propio, odian la erudición, la verdad y la libertad, y no buscan la salvación de la república sino que en su mente solo existe el deseo y la utilidad<sup>610</sup>, expresiones que pueden considerarse desmesuradas con relación a los Monarcas españoles, como se acaba de ver.

La construcción de los derechos humanos, en su formulación auténtica, la que estamos tratando, fue posible por la división del poder que acontecía en el Antiguo Régimen, por la bipartición del deber ser, que los Modernos Estados reclaman íntegramente para sí, en los que es inimaginable una disputa y limitación del poder público como la que se está tratando.

El culmen de esta postura totalizadora lo va a representar el Estado de Derecho alemán, cuya teoría de los derechos públicos subjetivos esclaviza al ser humano, al hacerle completamente dependiente del Estado.

La cuestión traspasa la materia estricta de los derechos humanos para afectar a la propia libertad sin la que poco o nada bueno se puede decir, ya que la libertad es como los derechos.

## - EL VERDADERO ALCANCE DE LAS APORTACIONES POSTERIORES

La aportación que el Iusnaturalismo racionalista ha hecho en la construcción doctrinal de los derechos humanos (Grocio, Pufendorf, Tomasio, Altusio, o Wolff) es innegable.

Ahora bien, la verdadera causa de reconocimiento de tales derechos anteriores y superiores al propio Estado y la dignidad de la persona, tiene su reconocimiento inmediato en la Segunda Escolástica.

La razón humana, imperecedera y universal, a que se refieren los Iusracionalistas no es otra que aquella de que la en que se nutren en concreto, en la doctrina anteriormente expuesta, y en líneas generales, en el pensamiento cristiano que ha recibido la filosofía griega de Platón y Aristóteles, a través de San Agustín y Santo Tomas: la universalidad del Dios cristiano y del ser griego.

En el ámbito en que se desarrolla la idea de los derechos fundamentales, no hay mas concepto de la naturaleza humana que la derivada del cristianismo, de ahí que el verdadero fundamento de los derechos del hombre no sea sino ético o valorativo, que es a la postre el origen de las ideas.

Ninguna duda puede ofrecernos la influencia que el cristianismo ha desempeñado en el desarrollo del poder civil: en el romano primero y en las sucesivas transformaciones en que el poder público se

---

<sup>610</sup> Cit. Paulo Otero, *Instituições políticas e Constitucionais*, V. I, Almedina, 2016 pp. 129- 133.

iba desarrollando.

Solamente a partir de la existencia de un ser superior, origen de todas las cosas, y a cuya imagen y semejanza hemos sido creados es factible una ruptura radical con lo anterior y la legitimación que en sus Declaraciones llevan a cabo, tanto los colonos americanos como los Revolucionarios franceses.

Desde el punto de vista de Jung, como método de conocimiento, un exclusivismo de la reflexión consciente de la realidad humana es también, a la larga y a la corta, empobrecedora para el hombre y la cultura.

Lo saludable, como lo virtuoso, es el término medio, el equilibrio entre las fuerzas vitales y la razón, entre lo inconsciente y la conciencia, entre lo caótico y lo formado, que constituye, sin duda, la madurez. Así lo entienden la mayoría de filósofos y psicólogos<sup>611</sup>.

No hay duda de que San Agustín (siglo IV- V), Santo Tomás (siglo XIII), Francisco de Vitoria o Bartolomé de las Casas (siglo XVI) tienen presente al ser humano, en su dimensión individual, para elaborar sus postulados filosóficos.

Su desarrollo posterior sobre la base del Racionalismo puede considerarse de manera muy fundada en el desenvolvimiento filosófico del pensamiento cristiano ; ya Alfonso X el Sabio decía en la Partida VII, título I, ley 26 que: “*la persona del ome es la más noble cosa del mundo*” y las Declaraciones de Derechos Humanos del siglo XIX, a pesar de su importancia, tienen únicamente carácter abstracto y universalista pero no adquieren su carácter normativo inmediato sino hasta mediados del siglo XX, es decir, se trata de la evolución de un fenómeno que arranca en Jesucristo o antes, del pensamiento estoico, en pos de la dignificación humana.

Ciertamente que la igualdad de todos los hombres, en tanto que ciudadanos del reino de Dios y su dignidad puede tener su antecedente en las ideas de cosmopolitismo y de razón humana como parte del *logos* divino, que concebía al hombre como miembro de una familia universal, propias del estoicismo, y que Marco Aurelio, Séneca, Epícteto o Cicerón expandieron en el mundo latino.

Todos los grandes pensadores que han construido la filosofía moderna (Descartes, Leibniz, Bacon, Hobbes, Locke, Grocio, Pufendorf) habían recibido una formación Escolástica. Grocio, en *De Iure Belli* cita 58 veces a Vitoria y en otras muchas ocasiones lo sigue con toda evidencia sin citarlo<sup>612</sup>.

Ciertamente que la naturaleza, la razón humana o la autonomía de la voluntad se ponen en un primer plano en el Iusnaturalismo racionalista.

El Derecho natural es concebido como algo que fluye inmediatamente del hombre sin una relación necesaria con Dios, es decir, que el Derecho natural existiría con toda su fuerza aunque no existiese Dios (*etsi Deus non daretur*), pero como Dios existe, el Derecho natural puede imputarse a Él, por cuanto libremente quiso que tales principios existiesen en nosotros y nuestra razón nos dicta irrefutablemente que debemos obedecerle (Grocio, *De Iure Belli Ad Pacis*)<sup>613</sup>.

---

<sup>611</sup> Jacinto y Pilar Choza, *Ulises un arquetipo de la existencia humana*, Ariel, Barcelona, 1996, p. 7.

<sup>612</sup> Santiago Muñoz Machado, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Madrid, 2011, 3ª edición, Iustel, p. 448.

<sup>613</sup> Alfonso García-Gallo, *El origen y la evolución del Derecho*, Madrid, 1979, p. 152.

No hace falta gran imaginación para considerar que, solamente, desde la perspectiva del ser humano, titular de derechos inviolables, anteriores y superiores al propio poder público es factible tal audaz aventura. Eso sí, siempre con la protección de Dios.

La idea de pacto con Dios como medio de gobierno en lo terrenal es tan antigua como el diluvio universal en el que Noé pacta con el Creador<sup>614</sup>. Durante la Edad Media, el pactismo o el gobierno del rey merced al pacto con el pueblo, en sentido estamental, es fuente de legitimación.

Para el catolicismo, el ser humano es titular de derechos inviolables, anteriores y superiores a cualquier organización política destacándose, como se ha visto, la idea de no depender de la ciudadanía, de las leyes del Estado o se encontrarse limitadas a un grupo étnico o religioso, hasta el punto de que su legitimación descansa en su persona.

Estas ideas de Suárez y de la Segunda Escolástica también pudiesen constituir el paso decisivo hacia el contrato social de Rousseau o hacia las ideas de Locke, Voltaire o Hobbes, que no son sino un pequeño paso más allá.

Lo importante es este gran concepto del ser humano<sup>615</sup>.

Que después se origine en el pacto social o en la forma en que lo determinan Locke, Voltaire o Hobbes es realmente una cuestión de menor calado si, realmente, llegan a ser efectivos y garantizados.

Esta tesis doctoral, lo que denuncia es que estas evoluciones, además de traicionar la idea original son muy peligrosas para la estabilidad política, social y económica.

Lo relevante no es tanto el origen del Derecho natural sino las consecuencias que se derivan de ello según Vitoria, y la prueba de que este mensaje de la Escolástica continúa vigente en las primeras Declaraciones de Derechos es la constante apelación que se hace a Dios.

La filosofía ha evolucionado en los últimos siglos, la base del conocimiento será racionalista (con una mayor o menor participación de Dios), empirista o intuitiva pero las consecuencias de la dignidad humana permanecen inmutables en sus consecuencias.

Tal idea política, base de la democracia moderna, es indudable que tiene una base religiosa (Jellinek<sup>616</sup>), de ahí que entre los primeros derechos que se reivindiquen sea la libertad religiosa.

Prueba de ello es el *Agreement of people* que se somete a Cronwell en 1647 y las doctrinas de Roger Williams, que había desembarcado en Massachussets en 1631 y cuyo nombre recuerdan aún hoy los americanos con veneración y las propias Declaraciones de derechos.

Se hace mucho hincapié en la protección política de la libertad de conciencia pero no se debe olvidar, que es esta libertad de conciencia cristiana, la que sujeta el sistema político, como se ha

---

<sup>614</sup> Por cierto, aunque hoy la bandera arco iris es la del laicismo más beligerante constituye, realmente, el símbolo más originario del pacto de Dios con los hombres. *Génesis*, 9. En páginas precedentes se ha hecho mención de esta idea destacada por los Protestantes, que tanta trascendencia ha tenido en el desarrollo y personalidad política y el Derecho de Norteamérica.

<sup>615</sup> Solamente partiendo de la glorificación del hombre en cuanto ser humano titular de derechos anteriores y superiores a cualquier ordenamiento se puede llegar, eso sí con la ayuda de Dios, a un pactismo basado en la idea permanente de representación.

<sup>616</sup> Santiago Muñoz Machado, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Madrid, 2011, 3ª edición, Iustel, p. 446.

expuesto en el apartado anterior.

Si el pacto con el monarca es originario (Suárez) o representativo (Protestantes) o si todo hombre es un sacerdote que no necesita de la mediación de la jerarquía romana porque tiene acceso directo a Dios (Lutero<sup>617</sup>) y no otro Cristo como lo expresa la ordenación sacerdotal católica, no debe pasarse por alto, que tales cuestiones no dejan de ser una controversia entre cristianos.

Al afirmar Martín Lutero, posiblemente cogiendo la antorcha del Nominalismo de Ockam, que todos los cristianos, por el hecho de serlo son sacerdotes (de modo que pueden leer e interpretar libremente la Biblia) inicia la disolución de la jerarquía doctrinal de la iglesia y provoca profundas consecuencias en el Viejo Continente, dado que posibilita el nacimiento de la conciencia individual, del individuo, concepto que está en la base ilustrada de la ciudadanía, y que tienen en el orden jurídico desarrollos de enorme trascendencia, entre los que se encuentra, el desarrollo del Iusnaturalismo protestante, que llega a prescindir de Dios en su filosofía del Derecho natural<sup>618</sup>.

En la Vieja Europa, la Iglesia católica tiene que ver o se encuentra muy relacionada con el poder constituido, de ahí que en los países Continentales, la religión tenga cierta connotación con privilegios de clase, a diferencia de los países anglosajones, en que la religión se relaciona más bien con los límites del poder público.

Así, en España, ser católico y sin embargo desconfiar de la Iglesia es algo que goza de una arraigada tradición.

La actitud se encuentra ya plasmada en nuestros clásicos y continúa en la actualidad, ya que existe una forma específicamente española de anticlericalismo católico y es característico de nuestra actitud. Esta aparente paradoja es fuente inagotable de divertidas anécdotas<sup>619</sup>.

De todos modos, reconocido el ser humano como portador de valores innatos, anteriores y superiores al propio Estado, del reconocimiento del pacto social implícito en su naturaleza al modelo político representativo<sup>620</sup> partiendo del exclusivamente originario o no, hay, aunque trascendental, solamente un pequeño paso conceptual, que en todo caso se da con la ayuda, protección y advocación constante de Dios, como se reconoce en todas las primeras Constituciones y Declaraciones de derechos, como hemos señalado antes.

Es un problema entre cristianos y básicamente por la jerarquía.

Si en las Constituciones aparece un catálogo de derechos fundamentales o los mismos se reconocen sutilmente a lo largo del articulado se trata, simplemente, de una cuestión de estilo u

---

<sup>617</sup> Xavier Arbós Marín y otros, "Laicidad: Historia. Filosofía. Orden constitucional", *La laicidad desde el Derecho*, Marcial Pons, 2010, p. 17.

<sup>618</sup> Alfonso García-Gallo, *El origen y la evolución del Derecho*, Madrid, 1979, p. 153.

<sup>619</sup> Frecuentemente, los anarquistas españoles se resistieron a los intentos misioneros de pastores protestantes alegando que el catolicismo era "la verdadera religión". Salvador Giner y Sebastián Sarasa, *Buen Gobierno y Política Social*, Ariel, 1997, p. 73.

<sup>620</sup> Así Stuart Mill, *Sobre la Libertad*, señala como en algún momento, los hombres se precavieron de los gobernantes y les negaron la posibilidad de detentar una suerte de poder independiente con poderes opuestos a los suyos. Les pareció mucho mejor, que los diversos magistrados del Estado fuesen sus arrendatarios o delegados revocables a placer; creyeron que sólo de esta manera podían tener completa seguridad, en que los poderes del gobierno no fuesen utilizados de una forma abusiva en contra suya.

oportunidad.

No es sin embargo una cuestión de estilo, preguntarnos cómo es posible que quienes fueran los primeros en plasmar tales catálogos de derechos humanos en sus Constituciones, fueran al mismo tiempo, capaces de perpetrar la práctica aniquilación de los nativos americanos, sin olvidar, además, la causa por la que se plantea la problemática de los derechos humanos para los católicos.

Es decir, que desde mi punto de vista, no queda más remedio que reconocer que la formulación católica de los derechos humanos ha de considerarse la auténtica, ya que, realmente, parte de unos derechos que posee todo ser humano, al margen de su nacionalidad, legislación o grupo étnico o religioso de pertenencia (*Bill of Rights* o Revolución Francesa), o al menos así se lo planteaba Montesinos y Francisco de Vitoria.

Las Declaraciones Norteamericanas, al mismo tiempo que se proclaman, realmente no se practican y, cuando menos, se manda a los indios (nativos americanos que habían sobrevivido en los territorios españoles) a las reservas.

Por ello no faltan autores que señalan que la *Bill of Rights* puede considerarse una declaración de derechos, pero no de derechos humanos, puesto que los mismos no se reconocen sino con alcance nacional y no se consideran propios de todo hombre<sup>621</sup>, lo que, por las razones expuestas, puede considerarse predicable de las norteamericanas.

Si una cosa había quedado clara en la Controversia de Valladolid (1550-1551) fue que por primera vez en la historia, reyes y teólogos se plantearon la cuestión de los derechos fundamentales de los hombres, por el simple hecho de ser hombres, derechos anteriores a cualquier ley positiva.

Se consideraba, de forma que no cabía por ello duda alguna, que los indios (nativos americanos) eran seres humanos o personas, y por tanto titulares de tales derechos, lo que desde mi punto de vista ignoran las Declaraciones Norteamericanas.

Quiero destacar en este punto, la distinción del abanico de poderes y facultades de entre quienes ostentan el poder civil, capaz de imponerse, de quienes ostentan el moral, que solamente pueden aconsejar y orientar.

El Iusnaturalismo racionalista y todas las corrientes filosóficas posteriores pretenden ignorar estas bases, y existe un claro proceso de secularización de la sociedad, especialmente de las de base cristiana, pero no pueden desconocerse tales principios religiosos, que florecen cuando volvemos a nosotros y hacemos una petición de principios.

No debe pasarse por alto para juzgar el desenvolvimiento de los movimientos, las tesis que mantiene la Iglesia Católica y el apoyo que dieron los príncipes y los monarcas Absolutos a las Iglesias Reformadas, cuyos postulados les favorecían desde el punto de vista político y económico (sobre todo al incautarse de los bienes de la Iglesia Católica).

---

<sup>621</sup> Antonio Fernández Galiano y Benito de Castro Cid, *Lecciones de Teoría del Derecho y Derecho Natural*, Universitas, 1999, p. 546.

## - LA CONSTRUCCIÓN ARTIFICIAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Ya se ha destacado que Francisco de Vitoria, aunque era teólogo formuló su monumental construcción de los derechos humanos desde un punto de vista jurídico, dentro del Derecho de Gentes, por lo que su obra fue estudiada y compendiada desde un punto de vista, que trasciende a la Teología.

Por ello, las críticas que pueden realizarse a su obra deben partir de un punto de vista teológico-jurídico.

Miguel Ayuso, recogiendo la obra de los Iusnaturalistas católicos modernos como Álvaro d'Ors o Vallet de Goytisolo considera que la teoría de los derechos humanos adolece de un error esencial, cual es su consideración como derechos cuando realmente son obligaciones, no son derechos naturales del hombre sino deberes personales y no conceden derechos a los individuos.

Destacan que la pretensión de estas Declaraciones de derechos humanos es la de construir un Derecho natural, base de toda legitimidad, desalojando la Ley de los Mandamientos y del Evangelio, por lo que solo la Iglesia tiene la autoridad necesaria y no una simple Organización de Naciones Unidas<sup>622</sup>.

En este mismo sentido, el gran defensor de los derechos humanos, Gandhi, estaba en contra de la excesiva unilateralidad con que se consagraba la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, ya que no hacía mención de los deberes del hombre, y teniendo presente que “el Ganges de los derechos nace en el Himalaya de los deberes” y sobre la base del *Bhagavad Gita* hindú y el Sermón de la Montaña de Jesús denunció los 7 pecados capitales de la Modernidad: 1º. Política sin principios. 2º. Negocios sin moral. 3º. Riqueza sin trabajo. 4º. Educación sin carácter. 5º. Ciencia sin humanidad. 6º. Goce sin conciencia. 7º. Religión sin sacrificio<sup>623</sup>.

Miguel Ayuso considera que el Liberalismo, el Laicismo y el Totalitarismo son fenómenos Occidentales y herejías cristianas a un tiempo en tanto que, nacidas en el seno de la civilización cristiana, han terminado extendiéndose por el mundo entero, dando lugar a un nuevo tipo de cristiano y de bárbaro: el bárbaro cristiano.

San Pío X en *Pascendi*, señaló que el Modernismo además de enemigo de la Iglesia también lo era de lo que quedaba de la cristiandad y constituía la síntesis de todas las ideologías, afirmando que no era una mera doctrina sino un cuerpo bien compacto donde admitir una cuestión conlleva la del resto y que se extiende a los campos de la filosofía, la ética, la política y a la sociedad e incluso desde el punto de vista teológico, precisamente, por ser, en primer lugar, una doctrina filosófica y en cuanto tal, contiene los cinco principios del Modernismo: a) subjetivismo; b) el principio de la razón inmanente y por lo tanto libre; c) el principio de la religión como necesidad satisfecha con la elaboración racional del objeto que ha encontrado en el espíritu; d) el principio de la verdad como identidad del espíritu y e) el principio político de la democracia.

---

<sup>622</sup> Miguel Ayuso, *Constitución. El problema y los problemas*, Marcial Pons, 2016, pp. 143-145.

<sup>623</sup> Hans Küng, *En busca de nuestras huellas. La dimensión espiritual de las religiones del mundo*. Círculo de Lectores, Barcelona, 1999, p. 118.

En resumen, el Modernismo implicaba en el mundo, la rendición de la Iglesia y de la cultura Católica al mundo Moderno, como Pío IX había condenado en el *Syllabus*.

Entiende que la rendición del Catolicismo comenzó con la cultura política, continuó con la filosofía, más tarde con la teología y luego con la cultura.

La Iglesia combatió a partir de Trento el error Protestante y sus consecuencias filosóficas y políticas y, precisamente, por su carácter clerical pudo subordinarse, a veces, al error Moderno, en tanto que tenía sus raíces en una corriente deletérea surgida en el seno de la Primera Escolástica, el Nominalismo<sup>624</sup>.

## B. LA ESCUELA DE SALAMANCA Y LA ORGANIZACIÓN SOCIAL

García Pelayo señala que dentro de la teoría del contractualismo social y político cabe señalar dos etapas: el contrato, considerado como un hecho histórico y otra claramente a partir de Rousseau, como acción especulativa que comienza a dibujarse con Althusius y sobre todo con Locke y en el que Grocio, a pesar de su lugar destacado en la historia de esta teoría, pertenece a la primera tendencia.

Entiende que Hobbes, Pufendorf y Locke, si bien en su origen lo consideran un hecho histórico, lo racionalizan en su contenido y efectos, a pesar de alguna desviación en su ruta, como sucede con Grocio y Hobbes.

La nueva faceta de la teoría contractualista aparece claramente en Rousseau que, sin embargo, no puede ser considerado como una separación tajante en las fases de la historia del contrato, pues las cuestiones que plantea para ser resueltas mediante este origen del Estado, ya habían sido formuladas por la mayoría de los tratadistas desde los tiempos Escolásticos (soberanía popular, individuo, derecho de resistencia, etc...), si bien puede considerarse que nadie como él sabe construirlo, de una forma tan correcta y sin ninguna relación con su origen histórico, que estudia en su *Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres*.

Las cuestiones que Rousseau había resuelto por intuiciones son examinadas más tarde por Kant, a la luz de la metafísica y de la lógica para una elaboración de mayor pureza filosófica pero que no admite como en el filósofo ginebrino, el derecho de rebelión contra el tirano<sup>625</sup>.

Considera este autor, que los orígenes de la teoría contractualista alcanzaron en nuestro país una gran difusión merced a Soto, Vázquez de Menchaca, Mariana, Fox Morcillo etc..., que pertenecen a la tendencia democrática, que debía buscarse, especialmente, en Francisco de Vitoria y Francisco Suárez.

Francisco de Vitoria entiende que el poder público es una institución de Derecho natural y no de

---

<sup>624</sup> Miguel Ayuso, “¿ocaso o eclipse de la cultura política católica?”, *Cultura política y los católicos: del siglo XX al XXI*, Fundación Elías de Tejada, 2018, pp. 292-296.

<sup>625</sup> Como menciona José Luis Muñoz de Baena Simón y aparece en el *Contrato Social*, I, 7, p. 26: “A fin, de que el pacto social no sea un vano formulario que implica, tácitamente, el compromiso, el único que puede dar fuerza a los demás y quien rehúse obedecer a la voluntad general será obligado a ello por todo el cuerpo ; lo cual no significa sino que se le forzará a ser libre.... Cit. José Luis Muñoz de Baena Simón, *La abstracción del mundo. Sobre el mal autoinmune de la juridicidad moderna*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018, p.114.

Derecho positivo y que lo único que este hace es concretar la persona en que ha de recaer el poder.

Su contractualismo no considera a los hombres en una situación pre-social sino en una extracción de la vida política o Estado y en este sentido todos nacen iguales en derechos, lo que puede entenderse como un adelanto a la racionalización de la idea del contrato posteriormente alcanzada con Rousseau y Kant.

Pero Francisco de Vitoria encuentra el fundamento de sus teorías en San Pablo y Santo Tomás.

Con relación a la justificación del poder público se basa en la conocida fórmula de San Pablo: *omnis anima potestati sublimioribus subdita sit, non est erim potestas nisi a Deo: quae autem sunt, a Deo ordinatae sunt*, que reelaborada por Francisco de Vitoria considera que el poder público encuentra su origen en el Derecho natural.

Mas como quiera que el autor del Derecho natural es Dios, es aquí donde se encuentra la justificación de la autoridad del Estado y con esta fórmula se evita el peligro de suponer que la autoridad de una determinada persona tenga un origen divino.

Una vez resueltos estos problemas del poder público se plantea el de quién es, por Derecho natural, su titular primario y la Escolástica resuelve este problema, entendiendo que es la comunidad la que posee esta potestad política y la que lo transmite a quien le parece, y de esta concepción nace la idea del contrato social como origen del Estado y del Derecho.

En Suárez aparecen dos contratos: el social y el político. El político no pertenece a ninguna persona particular y tampoco pertenece a su conjunto porque nadie es capaz de adquirir lo que no tiene aunque sea juntándose con semejantes que también carecen de ello, cuestión que resuelve por la existencia de dos contratos: uno en virtud del cual, el conjunto de los simples individuos se convierte en un todo social conexo y otro, en el que este todo social otorga el poder político a un titular y en la forma que a la comunidad le parezca justa: monarquía, aristocracia o democracia.

Teniendo en cuenta que la potestad del monarca se encuentra limitada por el Derecho natural se puede decir que, en cierta manera, se anticipaba a las tesis de Hobbes, Locke y Rousseau, si bien desde la perspectiva Tomasina sobre la que se discute en este aspecto, ya que también en él se reconoce el germen del reconocimiento del derecho subjetivo entre los católicos<sup>626</sup>.

Santo Tomás señaló que siendo el fin de la sociedad el bien común y no estando este sujeto a determinado individuo sino a la comunidad toda, es a esta a quien corresponde el nombramiento del titular del poder, nombramiento que no implica, en modo alguno, una renuncia a que la comunidad sea en quien, en último término, radica el poder, no siendo el titular otra cosa que el administrador, por así decirlo de este poder.

Paulo V había encargado a uno de sus reputados teólogos y juristas, Francisco Suárez (1548-1617), la elaboración del dictamen que ofreciera fundamento jurídico y político a la *auctoritas* defendida por la Iglesia en la Europa Moderna, el cual no solo recoge la tradición jurídica de la Escuela de Salamanca

---

<sup>626</sup> Manuel García Pelayo, *Obras completas*, V.III, Centro Estudios Políticos y Constitucionales, tomado de la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* de la recensión del libro de Luis Recasens Siches, *Las teorías políticas de Francisco de Vitoria (con un estudio sobre el desarrollo de la idea del contrato social)*, Madrid, 1932, T. 161, pp. 143-147. De Luis Recasens Siches puede consultarse “La historia de las doctrinas sobre el contrato social”, *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, T. 3, octubre-diciembre de 1941, 12, pp. 17-202.

(Alfonso de Castro, Francisco de Vitoria, Domingo de Soto, Luis de Molina, Martín de Azpilcueta o Diego de Cobarrubias) sino también el pensamiento español del Siglo de Oro (Juan de Mariana o Vázquez de Menchaca), publicándose en 1613 la obra *Defensio Catholicae Adversus Anglicanae Sectae Errores*.

Se afirma en esta obra, siguiendo a Francisco de Vitoria, Domingo de Soto, Martín de Azpilcueta y Pedro Bertrán, que el Papa carece de poder de jurisdicción temporal en toda la Iglesia y que a diferencia del Sumo Pontífice, que recibe su potestad directamente de Dios, los príncipes de la Iglesia no gobiernan por designio divino sino que siguiendo a Santo Tomás y las categorías aristotélicas de comunidad, el poder político provenía de esa sociedad política, realidad natural y previa al establecimiento del poder político.

El primer elemento constitutivo de la sociedad civil es la propia naturaleza del hombre, de donde deduce que la autoridad política resulta como una propiedad de esta naturaleza humana.

La potestad terrenal provenía igualmente de Dios pero de modo mediato a través de las comunidades políticas, que eran conformadas por Dios (autor del Derecho Natural), confiriéndoles el derecho de gobernarse a su arbitrio, de modo que a través de su razón (inspiración divina) postularan un gobierno u otro.

Todo este postulado ideológico concluía, en que una vez que la comunidad realizaba aquella elección originaria no podía reclamarla de nuevo a capricho, dado que el gobierno temporal no debía ser entendido como representación.

Ahora bien, sí podía hacerlo por razones justificadas, si el gobernante se portaba mal con ellos, teniendo derecho a defenderse y sublevarse con él y, en esas circunstancias, aunque se debían comportar con moderación y justicia, tenían incluso derecho de matar al tirano.

Debe tenerse en cuenta que el Rey Medieval español no era un ser divino.

Santo Tomás considera que el hombre es un ser gregario por naturaleza, Suárez en esa línea pero en su desarrollo entiende que la *polis* es moralmente justificable por el mismo motivo que existe en las comunidades domésticas o familias, por causa de tratarse de un ser social y al igual que se nace con el derecho natural a la libertad también se nace con la capacidad para situarse, a sí mismo, bajo la obligación de obedecer a otros seres humanos.

Por ello, la obediencia a la comunidad política o a las leyes legisladas por el soberano, no es contrario a la ley natural sino que se es consonante con ellas, ya que no puede haber un barco sin capitán, un cuerpo sin cabeza o un Estado sin gobierno.

Para Suárez, la *polis* es fruto de una unión moral, una entidad moral, una entidad *per se* basada en el sentimiento político, como una propiedad que se sigue de la naturaleza por medio del dictamen de la razón natural, que demuestra que Dios proveyó suficientemente al género humano y le dio el poder necesario para su conservación y conveniente gobierno, de manera que los dictámenes de la razón natural no generan obligaciones, ya que es voluntad de Dios, que actuemos de acuerdo con ellos.

Este consentimiento humano, que será el equivalente a las promesas y también derivado de la simple circunstancia de residir en determinada jurisdicción, no precisa de actos distintos y separados de crear ciudad y más tarde investir el poder político porque es consecuencia esta segunda de la primera, ya que Dios es el autor de las leyes de causación moral.

En ningún momento Suárez argumenta que el consentimiento constitutivo lo sea de transferencia de derechos, ya que transferir derechos no es la única forma de asumir voluntariamente obligaciones, tal y como sucede con los juramentos, votos y promesas, puesto que las obligaciones, voluntariamente asumidas, no presuponen ni por fuerza original, una transferencia de derechos<sup>627</sup>.

De esta construcción de base moral, fundada en la voluntad de Dios y en el orden natural, sin transferencia de derechos se pasará a la archiconocida de Hobbes, que ya destaca se trata de una construcción artificial, como si la sociedad fuese un invento o artificio artificial y además incongruente, ya que los derechos humanos son inalienables e indisponibles; a Locke, que sin cesión de derechos reconoce la organización social para el respeto de la *property* (vida, libertad y propiedad), como si el resto de derechos humanos, inherentes a la naturaleza humana, no fuesen trascendentes (especialmente en la mentalidad anglosajona alejada de los catálogos); y a la de Rousseau, que incluso niega el derecho de resistencia<sup>628</sup>.

Pudiera pensarse que Suárez comienza la vía de la individualidad y el consentimiento que después se desarrollará pero considero yo, y a pesar de las propagandas, muy pobremente.

Suárez funda la *polis* en la base natural de Santo Tomás, como emanación del derecho natural y en cuanto viene de Dios legítima, sin cesión de derechos y sobre la base del consentimiento derivado de las promesas.

Pudiese decirse que Suárez sienta las bases de la subjetividad pero sobre la base de lo expuesto, de igual manera, que Hobbes, Locke y Rousseau, la desarrollan de una forma muy atropellada.

La cuestión de la naturaleza y concepto de derechos humanos trasciende un concepto estricto de esta materia y tiene una fuerza expansiva total sobre la sociedad y el Derecho al afectar a la libertad, que no es la que se otorga (derechos subjetivo y fuente de los derechos humanos) sino la que se tiene. No se es *sub-jetum* sino ser humano y los derechos y la libertad, al igual que los que se consideran estrictamente humanos, se tienen *per se*. Las teorías contractualistas, especialmente hobbesianas y rusionianas, encadenan al hombre en la organización social y en el Estado del que lo hacen dependientes, especialmente tras la teoría de los derechos subjetivos, lo que condiciona la diferente postura del derecho de resistencia de la Escolástica Ibérica frente a la posterior de los modernos Estados.

### **3. LA TRASCENDENTAL APORTACIÓN ESPAÑOLA A LA MODERNIDAD Y LA TRANSMISIÓN DE LAS IDEAS DE FRANCISCO DE VITORIA Y SUÁREZ A INGLATERRA, HOLANDA Y LAS COLONIAS INGLESAS**

Si la Escolástica española abrió las puertas en materia social a los mundos originarios del contrato social, lo fue de la mano de la igualdad de derechos por nacimiento y en depositar en la sociedad el control de sus gobernantes (limitados por el Derecho natural (Suárez), que encuentra su origen en

---

<sup>627</sup> Daniel Schwartz Porzecanski, "Francisco Suárez y la tradición del Contrato Social", *Contrastes*, Revista Internacional de Filosofía, V. X, 2005, pp. 119-138.

<sup>628</sup> A diferencia de la Escolástica, lo que en conclusión se puede destacar de la Modernidad es su búsqueda de fundamento para dejar desnudo al ser humano y a plena disposición del poder civil, que se esfuerzan en legitimar.

Dios) y considerando que Dios ha creado al hombre como ser social por naturaleza (Francisco de Vitoria siguiendo a Santo Tomás y a Aristóteles) sin estado asocial ni antisocial previo (Hobbes) ni fruto de la reunión de los miembros de la sociedad (Rousseau), evolución que se produce pasando de Grocio “aunque Dios no exista” (aunque lo funda en él) al Iusnaturalismo Protestante y a la razón natural del hombre (en cuanto creado por Dios a su imagen y semejanza) y, posteriormente, al Iusnaturalismo Racionalista, que elimina este último soporte.

Del Realismo español se pasará a la fantasía Ilustrada del *Contrato Social*, que con toda gracia será satirizada por Alejandro Nieto como se verá más adelante.

En materia de derechos humanos, entendidos como fundamentales y políticos, Francisco de Vitoria sentará cátedra con la práctica consideración de los seres humanos como titulares anteriores, superiores e inalienables de los mismos, que el poder público debe respetar en todo caso, lo que tenía antecedentes en el Derecho natural de la *fisei dikaion* de Aristóteles, plasmada en la *Ética a Nicomaco*, que desarrollará Cicerón con la denominación de *ius gentium* y pasará a la doctrina Gayana identificándolo con el Derecho natural, y después a San Pablo, que incorporará la doctrina estoica a la ley natural, de donde pasará a San Ambrosio, San Agustín, San Isidoro, al Decreto de Graciano, a Santo Tomás y a Clemente VI.

El camino de la ruptura lo iniciará Grocio “aunque Dios no exista” (aunque partiendo de la ineludible existencia de Dios) que consumará Bentham.

Esta monumental e histórica creación de los derechos humanos será arruinada por la Escuela del Derecho alemán, que sobre la base del Derecho Privado elaborará el Público, que fagocitará al primero con las manos del Leviatán- Estado, que no solo hará tabla rasa de esta concepción del Derecho (dando lugar a la desaparición del Privado absorbido por la omnisciencia del Público como único medio de imputación normativa) y de la sociedad en todos y cada una de sus manifestaciones, incluyendo a la familia, tras recibir el decisivo impulso del concepto romántico de pueblo, nación y Estado.

Los derechos humanos, al pasar a un catálogo, ahora ya con fuerza normativa, son exacta y realmente los recogidos aunque se reconozca que no están todos los que son, lo que conduce a su búsqueda, al menos doctrinal, y con ello ya sin la inexcusable fuerza normativa (ahora imprescindible) o al menos como mera especulación de los de segunda, tercera y cuarta generación (Baena).

Lo que de un lado, de reales los transforma en imaginativos y les hace perder su fuerza y eficacia originaria, que se procura, no en atención a su origen sino por el pacto ficticio o mediante contrato (pacto estatal o internacional).

De otro lado se les priva de su innovación y declaración práctica, al no poderse declarar sino a través de la fuente oficial (poder político autorreferente), sin que nada pueda hacer el poder judicial maniatado por la ley (por ello los ingleses los sitúan en la boca del juez independiente).

Nuestra Constitución de 1978 es una prueba de la antítesis que se expone, ya que de un lado, el artículo 9 los refiere innatos y fundamento del orden político y la paz social pero de otro, no se les reconoce valor normativo sino en los que cita (en este punto, la Constitución Española de 1869 era más realista, como se verá), si bien por efecto de los tratados internacionales puede haber otros (arts. 10 y 96 CE) que, sin embargo, no se pueden residenciar ni en los Tribunales españoles ni ante el Tribunal Constitucional y se debe acudir a los internacionales (propiedad).

A pesar de su importancia, no solo humana y concreta sino social y política, puede ser denegada su reclamación, tanto por el Tribunal Constitucional como por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos mediante providencia inmotivada y ello aun reconociendo que existente la violación pero considerando que tal violación (se ha dicho que su respeto constituye el fundamento del orden y paz social) no tiene trascendencia Constitucional (art. 50 de la LOTC), lo que nos indica su verdadera paternidad y la ruina de tan formidable y útil construcción de Francisco de Vitoria, olvido que ha dado lugar a grandes desastres de la Humanidad, desconocidos hasta entonces por su gravedad y magnitud, y a cuya repetición nos dirigimos en la posmodernidad con un timón perfectamente encaminado.

### **- LA TRANSMISIÓN DE LAS IDEAS DE FRANCISCO DE VITORIA Y SUÁREZ A INGLATERRA, HOLANDA Y LAS COLONIAS INGLESAS**

La sociedad del Antiguo Régimen era estamental, ya que los hombres no tenían en ella una igualdad de derechos sino que había unos estamentos privilegiados, nobleza y clero, cuyos miembros eran titulares de una condición jurídica superior a la del resto de individuos, incluidos a los que ya entonces se llamaba estado llano.

Era señorial porque el poder material, disfrutado por los estamentos privilegiados, descansaba en su dominio sobre la tierra, que estaba vinculada a la nobleza en régimen de mayorazgo o amortizada en poder de la iglesia que era, generalmente explotada, según las normas usuales del secular régimen señorial.

Los señores no solo eran titulares de un dominio eminente sobre la tierra, del cual se derivaban determinados derechos reales sino que ejercían, además, una amplia gama de poderes sobre los campesinos que la trabajaban<sup>629</sup>.

Precisamente en estas fechas y situaciones emerge el Estado Moderno con una concentración de poderes en el monarca que antes eran de los nobles, y consecuencia de ello fue, por ejemplo, que Adriano VI nombró, en 1522, a Carlos I, con carácter hereditario, Gran Maestre de las Órdenes de caballería de España.

La monarquía y el Estado estaban legitimados políticamente en cuanto emanaban de la voluntad del soberano, que a su vez se derivaba de Dios, de ahí que una crítica racional del contenido de las normas jurídicas emanadas del mismo considerara que estas eran legítimas, en cuanto coincidieran con los principios racionales del Derecho natural y, por ahí, vendrá la evolución hacia las ideas que alumbrarán los sucesivos pasos de la Modernidad, sobre todo a partir de las tesis hispánicas, como se va a desarrollar.

Frente a todo este conjunto de doctrinas políticas Medievales y de poderes absolutos de los soberanos, Muñoz Machado destaca la función esencial que desempeña la garantía de los derechos en esa evolución, reconociendo un protagonismo esencial a la Segunda Escolástica y especialmente a Francisco de Vitoria, puesto que durante centurias, los derechos de los individuos estuvieron

---

<sup>629</sup> Francisco Tomás y Valiente, *Manual de historia del Derecho Español*, Madrid, 1981, p. 401.

restringidos a clases o corporaciones determinadas y privilegiadas, y que el descubrimiento teórico de más importancia de toda la historia Constitucional son los derechos fundamentales.

A su juicio, aunque la doctrina francesa ha realizado aportaciones capitales porque la Declaración de 1789 es la primera y más general, y también se ha asignado mérito a los ingleses, ya que la influencia de su constitución y la participación de sus filósofos en la redacción de la declaración es innegable y además porque ellos anticiparon el *Bill of Rights* de 1689 y otras Cartas de derechos anteriores y posteriores al movimiento Positivista.

Los americanos también creen suya la iniciativa porque además de que la Declaración debe mucho a la influencia personal de Lafayette, que había estado en primera línea con ocasión de la Revolución y la independencia americanas, tiene antecedentes en la Declaración de Virginia y de otros Estados, que se inspiraron en el sentimiento favorable a la libertad religiosa y otros derechos inalienables de los hombres; y los alemanes porque la doctrina de los derechos humanos procede del Iusnaturalismo racionalista y en este sentido son importantes las aportaciones de Hugo Grocio y de Pufendorf.

Pero entiende que la aportación esencial es española, la sitúa en la Segunda Escolástica y especialmente en Francisco de Vitoria, cuyas ideas constituirán el fundamento de los modernos derechos humanos, que servirán de soporte a las nuevas ideas políticas.

Salvadas todas las distancias, las ideas que los cristianos fundamentan en Dios y los Iusnaturalistas en métodos racionales que no trascienden a la razón humana, no puede oponerse la menor objeción a que el planteamiento del problema, su desarrollo y solución no van a variar con relación a la idea básica y original: que los hombres tienen unos derechos innatos, que no pueden ser violados por el poder público.

Esta concepción viene a significar una preeminencia del individuo sobre el poder, de ahí que sea Francisco de Vitoria, al que se deba atribuir el arco de bóveda de la monumental creación intelectual en defensa del reconocimiento de los indios (nativos americanos) como hombres y la proclamación universal de los derechos humanos, al introducir el elemento personalista en los derechos políticos, que antes solo se aplicaba a los derechos civiles, que se considerarán por el profesor salmantino, derechos innatos también exigibles al poder público.

Pese a su condición de teólogo impulsó el inmediato movimiento de secularización, puesto que su argumentación se integrará ya entre los componentes ideológicos inescindibles de cualquier reflexión sobre los derechos de los hombres y de los pueblos en las épocas posteriores, ya que todo el género humano disfruta de iguales derechos, que son universales y los considera pertenecientes al Derecho de Gentes.

En contra de lo que se mantenía en el Derecho romano, el dominico concibe el Derecho de Gentes como Derecho natural, no como un Derecho aplicable solo al universo de los cristianos sino a todas las gentes del mundo.

La dignidad de la persona humana, el ser humano como sujeto absoluto de derechos, el pluralismo de culturas, la libertad de decisión de los hombres y la igualdad entre ellos es lo que lo justifica.

Será Francisco de Vitoria (1483-1546) el gran propulsor de la monumental creación intelectual de los derechos humanos, como anteriores y superiores al propio Estado, y como inherentes a su propio ser, y aun siendo teólogo, tales argumentos los formula al margen de elementos teológicos, de manera

que por su importancia y neutralidad religiosa se utilizarán, en lo sucesivo, en cualquier reflexión sobre la organización política interna o internacional<sup>630</sup>.

Ya se ha hecho referencia al tratar del derecho subjetivo, de la evolución del derecho-facultad al derecho subjetivo a través del franciscanismo sobre la cuestión objetiva y subjetiva de la propiedad y de la posesión merced a su creencia en Dios como Creador y la incapacidad de la razón y la intervención de la Escolástica española y más especialmente de Francisco de Vitoria en la tercera acepción de *ius* como ley, considerando Rafael Ramis Barceló que existe una equiparación entre la *facultas* de Suárez y la *qualitas moralis* de Grocio<sup>631</sup>.

Muñoz Machado también destaca la gran trascendencia que tuvo en Inglaterra, la obra de Francisco de Vitoria.

Alberico Gentili fue nombrado profesor en Oxford en 1587 y en su obra *De Iure Belli* de 1589 se encuentran directamente las opiniones de Francisco de Vitoria, lo que da lugar al caldo de cultivo filosófico, en cuyo marco se producirá el gran desarrollo del *common law* inglés a principios del siglo XVII.

Ello se producirá, sobre todo, gracias a la obra de Coke, que aportará la idea de capital importancia referida a que las leyes del Parlamento pueden ser anuladas, cuando se opongan a los derechos inmemoriales e inalienables, y que darán lugar a las reivindicaciones esenciales de la Revolución Inglesa de 1688 y la *Bill of Rights* de 1689, de cuyas experiencias se servirá Locke para escribir su *Tratado sobre el Gobierno Civil* y para sustentar sus ideas sobre los derechos, que influirán de modo directo en las Constituciones de los Estados, en la Constitución Federal Norteamericana y en la Revolución Francesa.

A finales del siglo XVI, Robert Brown y sus adeptos defendían en Inglaterra, que la iglesia debía identificarse con la comunidad y sus miembros gobernarse y decidir conforme a las reglas de la mayoría, pensamiento que se trasladó a Holanda por John Robinson y se transformará más tarde en el Congregacionismo, que defenderá la separación de la Iglesia y el Estado.

Se considera que *The Fundamental Orders* de Connecticut de 1639 es la primera Constitución escrita de la tradición Occidental y, fácilmente, se puede comprobar que es el prototipo de la Constitución Federal de EEUU de 1776, es decir, aprobada 150 años antes.

Su principal impulsor e inspirador fue Thomas Hoocker, que estudió en Cambridge desde 1611 y en 1625 se hizo predicador.

Por su oposición a las teorías Absolutistas de Jacobo I de Inglaterra y por no aceptar la doctrina de la Iglesia de esa época, ya que consideraba que las ceremonias religiosas no estaban de acuerdo con la Biblia, huyó a Holanda desde donde se marchó a América en 1633.

En Massachussetts comenzó a cuestionar su forma de Gobierno, así en la “enojada carta” a John Winthorp, en la que muestra su contrariedad, destaca el pasaje del *Éxodo* 18, 17-18 en el que el suegro de Moisés le replicó: “no está bien lo que haces. Pronto os cansaréis tú y la gente que os rodea porque

---

<sup>630</sup> Santiago Muñoz Machado, *Tratado de Derecho administrativo y Derecho Público general*, T: I, *La formación de las instituciones públicas y su sometimiento al Derecho*, tercera edición, Madrid, 2011, pp. 444 y sgts.

<sup>631</sup> Rafael Ramis Barceló, “Consideraciones sobre el derecho-facultad y el nacimiento de la subjetividad jurídica en la Modernidad”, *e-Legal History Review*, 9, 2010.

la tarea es demasiado pesada para ti solo”, y se marchó a Connecticut en donde pensó constituir un Estado, manteniendo en el “ sermón de las elecciones”, uno de los más influyentes de los predicados en Nueva Inglaterra, y en opinión general, una pieza fundamental para acreditar que el contenido de *The Fundamental Orders*, que se basa en el Deuteronomio (1,13), y considera que la autoridad del Gobierno radica en el libre consentimiento del pueblo<sup>632</sup>.

A juicio de Rafael Termes<sup>633</sup>, al coincidir las posturas de Thomas Hoocker y del Padre Suárez, que publicó su obra en 1612, debió ser conocida por Hoocker, que como se ha dicho había estudiado en Cambridge desde 1611, quien destaca la opinión de Joris Steverlynck, quien considera que tal Constitución no se debió al pensamiento de Locke (1632-1704), primer inspirador de la democracia moderna sino que el padre de la democracia política (Locke) recibió sus ideas del pensamiento liberal de las colonias americanas.

Francisco Suárez (1548-1617) en su obra *Tractatus de Legibus ac Deo Legislatore* de 1612 señala que todo el poder viene de Dios, reside en el pueblo y este, mediante un acto de libre voluntad lo trasfiere, eligiendo la persona o personas que lo han de ejercer. Ningún rey o monarca tiene o tuvo directamente autoridad política de Dios o por institución divina sino mediante la voluntad o institución humana.

Por otro lado, Suárez y Hoocker coinciden en que el poder de los reyes no proviene del derecho divino sino de la voluntad humana, de ahí que este autor, Steverlynck, considere que las obras del teólogo español fueron conocidas por el clérigo colonial angloamericano, inspirador de la primera Constitución del mundo Occidental que, como ya hemos dicho, había estudiado en Cambridge desde 1611.

No se debe pasar por alto que parte de la doctrina científica considera que el jesuita granadino Francisco Suárez podría representar la ruptura y el fondo de inflexión de nuestros teólogos, al aceptar la teoría subjetiva del derecho elaborada por el Nominalismo y que ha servido, quizás con un ánimo desvirtuado, a las Iglesias Reformadas (*sola fides*) y a través de su evolución al subjetivismo, que enlaza a los particulares y a la persona individualmente considerada y aislada, de la mano del contrato social, al Iusnaturalismo racionalista y de su mano al Positivismo jurídico.

En cualquier caso, no parece que Suárez fuese consciente que de esta forma venía a renunciar a la tradición jurídica de Santo Tomás, que con claridad sigue Domingo de Soto, combatiendo al Nominalismo<sup>634</sup>.

---

<sup>632</sup> Santiago Muñoz Machado, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Madrid, 2011, 3ª edición, Iustel, pp. 451, 452, 498, 499 y 500.

<sup>633</sup> Rafael Termes, “Francisco Suárez y “The Fundamental Orders de Connecticut”, *Cuadernos de Ciencias Económicas y Empresariales*, Homenaje a Marjorie Grice-Hutchinson, nº 37, julio-diciembre 1999, publicado en diciembre de 2000, Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales, Universidad de Málaga.

<sup>634</sup> Danilo Castellano, *Martín Lutero. El canto del gallo de la Modernidad*, Marcial Pons, 2016, pp. 128-136. Daniel Schwartz Porzencanski, “Francisco Suárez y la tradición del contrato social”, *Contrastes: Revista internacional de filosofía*, 10,2005, pp. 119-138, considera que existen importantes discrepancias entre los intérpretes acerca de si Francisco Suárez fue un teórico del contrato social y en buena medida, este desacuerdo tiene que ver con la relación entre el consentimiento constitutivo (por el cual la comunidad política es creada) y la obligación política. De acuerdo con una interpretación de Suárez, el consentimiento constitutivo no crea obligación política; más bien tal obligación corresponde a la comunidad política en virtud de la clase de entidad que sea (igual que las personas tienen derechos de autonomía por ser personas) pero Suárez propone que los efectos del consentimiento constitutivo deberían ser comprendidos a la luz del tratamiento que ofrece de

Por otra parte, es indudable que la Segunda Escolástica no era sino seguidora de lo expuesto por San Isidoro de Sevilla: “*Rex eris si recte facies; si non facias non eris*” (Serás rey si actúas rectamente, pero dejarás de serlo si no actúas de ese modo), en correlación con lo expuesto en el Evangelio, según San Mateo, 18, lo que pasó a las *Partidas*, al *Fuero Real* y constituye el reflejo del reflejo del rey Medieval español, que no era un ser divino.

Es indudable que la obra de Suárez era conocida en Inglaterra, toda vez que Jacobo I ordenó quemar por el verdugo en la hoguera su obra *Tractatus de Legibus*<sup>635</sup> y, concretamente, también debió ser bien conocida por Hoocker, si tenemos en cuenta la causa por la que se marchó a América, que se ha expuesto más atrás.

La conexión entre las ideas políticas y religiosas, y el origen de las primeras en las segundas se pone bien de manifiesto en el Preámbulo de esta primera Constitución del mundo Occidental, ya que al definir los propósitos buscados señala que estos son, por un lado, mantener y preservar la libertad y la pureza del Evangelio de nuestro Señor Jesús, y por otro, ordenar y disponer de los asuntos del pueblo, para lo cual, y a fin de asegurar la paz y la unión de tal pueblo, resulta necesario el establecimiento de un ordenado y decente Gobierno.

Ciertamente que la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789 es la positivación más explícita pero no debe olvidarse el precedente del *Bill of Rights* de 1689 ó la Declaración de Virginia de 1776.

En 1679 se dictó la ley de *Habeas Corpus* y en 1689, el Parlamento impuso a Guillermo III de Inglaterra el *Bill of Rights*, una serie de principios sobre los cuales las normas no podían legislar o decidir, cerrándose así el paso a la restauración de la monarquía Absoluta, que se basaba en la pretensión de la Corona inglesa de que su derecho era de designio divino.

#### **4. LAS VÍAS DE PENETRACIÓN DE LAS IDEOLOGÍAS FORÁNEAS A TRAVÉS DE LAS ÉLITES ESPAÑOLAS: LA *DAMMNATIO MEMORIAE* DE LOS AUSTRIAS DURANTE LA MONARQUÍA BORBÓNICA, EL FARO FRANCÉS, LA GERMANIZACIÓN Y NUESTRA PERTENENCIA A LA UNIÓN EUROPEA**

Se empieza a hablar del problema España y automáticamente existe y la cuestión no se observa desde la perspectiva de que en España haya o no tal problema sino que España se convierte en un problema en sí misma y es entonces cuando vienen las soluciones, que han sido el afrancesamiento en los siglos XVIII y XIX y la germanización e europeización en los s. XX<sup>636</sup> y XXI.

---

“actos operativos” como votos, promesas y juramentos, entendiendo que muchos de los pasajes de Suárez han sido incorrectamente interpretados como apoyo de una lectura organicista cuando en realidad corresponden al planteamiento que hace de la causación moral. Elio A. Gallego, Tradición jurídica y derecho subjetivo, Dykinson, 2005, p. 118 y Sixto Sánchez Lauro, *El crimen de herejía y su represión inquisitorial. Doctrina y praxis en Domingo de Soto*, Universitat Pompeu Fabra, 2017, pp. 90 y 91.

<sup>635</sup> Quejándose también ante Felipe III, de que albergara en su reino a este enemigo declarado del trono y majestad de los reyes.

<sup>636</sup> Un ejemplo bien significativo puede constituirlo la llamada generación del 98, en donde se considera que el problema es España cuando no se trata sino de la consabida crisis de fin de siglo, como sucedió en el resto de Europa, ya que allende

El fenómeno de los hispanistas, es decir que sean extranjeros quienes escriban nuestra historia, es desconocido en el mundo entero, con el agravamiento de que los autores hispanos los siguen con verdadera devoción.

Elvira Roca, parafraseando a Carmen Iglesias, considera que somos un pueblo cuyas élites han interiorizado, en mayor o menor medida, la leyenda negra de su pasado, a veces en un ejercicio de autoflagelación y de cierto complejo de inferioridad, que no deja de asombrar a propios y extranjeros, y pretendiendo investigar de qué manera y los motivos y circunstancias se acomodó la leyenda negra entre las élites españolas y cómo esto sucedió antes del desmembramiento del Imperio, también entre las élites criollas, destaca, a modo de ejemplo, que cualquier español conoce el episodio de la Armada Invencible de 1588 pero no la batalla de Cartagena de Indias de 1741, fenómeno que, sin duda, explica nuestra dependencia de los ingleses, en el conocimiento de nuestra propia historia<sup>637</sup>.

Sin duda nuestra fe europeísta, a diferencia del aumento del euroescepticismo o del abandono, como sucede con los ingleses, viene de muy atrás y está relacionado con el complejo de inferioridad moral, que forma un conjunto casi inseparable con el problema de subordinación cultural que España arrastra desde el S. XVIII y que pasa de la imitación a Francia, a la propuesta de germanización.

Este problema de confianza constituye para nosotros un problema estructural y constituye una de las consecuencias de las ideologías impuestas pero que seguimos con verdadera devoción<sup>638</sup> y ha determinado tanto la caída de nuestra autoestima como de nuestro amor por la patria y el declive de nuestra economía.

La mayoría de los intelectuales españoles de los últimos dos siglos culpabilizan de nuestros fracasos a la Iglesia Católica y al tradicionalismo, y han considerado que la solución viene de la mano de Francia, Alemania y, más recientemente, a nuestra pertenencia a la Unión europea.

Las élites dieciochescas francesas creían que su país era el de la libertad mientras las españolas consideraban que hacían falta muchas reformas para sacar a España de la intolerancia, si es que esto puede conseguirse.

---

los Pirineos buscan la causa de sus angustias en distintas circunstancias: a las que les ha llevado el devenir de la vida Occidental, el materialismo o el aburrimiento burgués como causas eficientes del malestar porque no se les ocurre problematizar a sus propios países y ahí están el pesimismo existencialista de los alemanes, de Nietzsche o Schopenhauer, luego de Thomas Mann, Hermann Hesse o Pirandello. María Elvira Roca Barea, *Fracasología: España y sus élites: de los afrancesados a nuestros días*, Espasa, Barcelona, 2019. p. 334.

<sup>637</sup> María Elvira Roca Barea, *Fracasología: España y sus élites: de los afrancesados a nuestros días*, Espasa, Barcelona, 2019, pp. 14 y 15.

<sup>638</sup> Así destaca la tesis absurda del economista Hamilton, que se puso a demostrar que el oro y la plata de España, al fluir en tales cantidades en el S. XVII desbordó los cauces económicos europeos, que no estaban preparados para encajar tanto metal precioso y provocó un desequilibrio inflacionista de proporciones tales, que arrastró a Europa entera, desencadenando la gran crisis de ese siglo, con todos sus jinetes apocalípticos de guerras, hambrunas y descenso demográfico, es decir, que España sucumbió bajo el peso de los tesoros robados en América y esta ha sido la causa oficial de la crisis de ese siglo y que hemos estudiado todos los españoles; tesis que se desarrollan en las Universidades de la zona norte de Europa, son aclimatadas por los hispanistas y posteriormente prenden en España. Esta tesis ha sido totalmente descartada por Parker, que habla de una crisis planetaria desde China a Nueva Zelanda, al Imperio turco y debida, esencialmente, a factores climáticos. Sin duda, de ser este autor español hubiese sido calificado de españolista, imperialista o nacionalcatólico. María Elvira Roca Barea, *Fracasología: España y sus élites: de los afrancesados a nuestros días*, Espasa, Barcelona, 2019. pp. 401 y 402.

La realidad, sin embargo, era bien distinta porque los españoles estaban acostumbrados, durante siglos, a un gran nivel de crítica interna que los Austrias, no solo habían tolerados sino incluso fomentado y los españoles pensaban que esto, que sucedía en nuestro país, sucedía en el resto y no se percataban del férreo control que de la libertad de expresión se realizaba en el territorio Protestante y tanto o más en la Francia de Luis XIV.

Ni los ingleses ni los franceses estaban acostumbrados a poder criticar a sus reyes ni al país que su reyes encarnan y si los ingleses no criticaban a Inglaterra ni los franceses a Francia pensaron los españoles que tal fenómeno sucedía porque nada habría que criticar<sup>639</sup> y debieron pensar, por ello, que al igual que los franceses e ingleses, se les debía considerar capacitados para criticar a España<sup>640</sup>.

Las palabras reforma y reformista<sup>641</sup> se convierten en conjuros mágicos pero luego vendrán regeneración y regeneracionista, que si se le quita el aparataje de adjetivos, se ve lo concreto y se averigua su origen, descubriéndose que no son nada más que ropajes que pretenden cubrir una realidad inconfesable.

Con los Liberales se produce el segundo corte con nuestra tradición, y que explica la conversión de la historia de España en un campo de batalla ideológico<sup>642</sup>.

De esta forma, las corrientes ideológicas de la Iglesias Reformadas penetraron en nuestra ideología en sus facetas políticas y culturales e indirectamente en el Derecho.

Como señala Fernández Segado, España no ha contado a lo largo del s. XIX con un Estado fuerte y si alguna nota le puede caracterizar es la de existir una clara diferenciación entre el poder social y el poder gubernamental, no existiendo en nuestro país, una clara diferenciación entre Administración y oligarquía sino una clara ósmisis.

Consecuencia de ello será el predominio de intereses locales frente a los nacionales o lo que es igual, la implantación y estabilidad del caciquismo como forma de organización política, unido a la lucha entre los privilegios locales y la formación de un sentimiento nacional, con la frecuentes pretensión de cada partido político de convertir, puntos de su programa en artículos Constitucionales, con la consiguiente negativa y reticencia de las restantes fuerzas políticas a aceptar esa Ley Fundamental común.

Estas circunstancias son las que han determinado la existencia de tantas Constituciones en

---

<sup>639</sup> Buena parte de los libros de los ilustrados franceses estuvo prohibida en Francia mientras que circulaban libremente en los ámbitos del imperio español, ya que la mayor parte de las élites españoles consumía los textos franceses con la fe de los convertidos a una verdad revelada que no es cierta sino que, más bien, no son los vientos de libertad sino los vientos Absolutistas, que se van a acrecentar tras la Revolución Francesa y esta visión es constante y actual, como puede constatar desde los más diversos ámbitos, desde la llegada de Felipe V.

<sup>640</sup> Valgan como ejemplos, los episodios de Montesinos, la cuestión o la controversia de Valladolid, de las bases del pensamiento de la primera y la segunda Escolástica y lo que pensaba el rey inglés de las tesis Suárez.

<sup>641</sup> Las élites españolas, a diferencia de las europeas, no conocían que el término era español y de ahí se había extendido a otros países pero como consideraban que todo era y debía ser importado, no aprendieron la lección que supuso la Guerra de la Independencia. María Elvira Roca Barea, *Fracasología: España y sus élites: de los afrancesados a nuestros días*, Espasa, Barcelona, 2019, p. 116.

<sup>642</sup> Tocqueville señalaba que la democracia solo está asegurada cuando la mayoría posee convicciones justas y es por ello que resulta tan importante proteger los valores morales fundamentales sin las cuales la política se convierte en un conflicto de intereses disfrazados de lucha de principios. Cit. José Ramón Ayllón, *Ética actualizada*, Homolegens, 2020, pp. 181-182.

nuestro país, solo superado en su número por Francia, que junto con la creencia y sentimientos seguramente equivocados, de pensar que la introducción en ella de una concreta institución era capaz de producir resultados benéficos ciertos en nuestra vida política.

Todo ello determinó la muerte del mito Constitucional, al no ser respetadas, como se debiera, ya que se consideraban como una ideología que solo afectaba a la clase culta y propia de la nueva actitud mental del hombre Moderno, que quiere canalizar el orden y, por tanto, constituía un sentimiento superficial, carente de razones profundas en el alma del pueblo<sup>643</sup>.

Las expresiones culturales, hoy en día, especialmente en el campo de la pintura y escultura son especialmente ejemplificativos del fenómeno al que se hace referencia.

### - EL FARO FRANCÉS Y LA *DAMNATIO MEMORIAE* DE LOS AUSTRIAS DURANTE LA MONARQUÍA BORBÓNICA

Los Borbones realizaron a la perfección la ocupación de los mecanismos políticos y culturales desde el primer momento y después de varias décadas, de practicar una política, con los premios o castigos correspondientes se produjo una selección hacia la categoría de élite, de quienes comulgaban con estos planteamientos y solo con quienes así pensaban<sup>644</sup>.

El vulgo ignorante es el resultado de no saber dónde ubicar a España, cuyos malos vicios atávicos hay que colocar en algún sitio, lo que provoca el desprecio francés por la cultura popular española, por la historia de España de los siglos precedentes y la admiración acrítica de lo que está al otro lado de los Pirineos, que es el ambiente intelectual propio de la España actual entre los intelectuales españoles<sup>645</sup>, que quieren homologarse a sus equivalentes europeos y deben moverse dentro del prejuicio racial contra España<sup>646</sup>.

Con el cambio dinástico se impone una *damnatio memoriae* de la época de los Austrias como oscura, atrasada e inquisitorial, señalando que España, para modernizarse, tenía que dejarse de

---

<sup>643</sup> Francisco Fernández Segado, *Las Constituciones históricas de España*, ICAI, 1982, pp. 31-33. Basándose en Jorge de Esteban, José Jiménez Blanco, Eloy Terrón, Tomás Villarroya y Luis Sánchez Agesta.

<sup>644</sup> Pero las élites se reproducen y la primera consecuencia del afrancesamiento es el desprecio por la cultura popular española, del vulgo ignorante y brutal, que no se merece a los afrancesados, que son hombres de ideas avanzadas y modernas a los que les ha tocado la desgracia de nacer en un país donde es imposible hacer nada de provecho.

<sup>645</sup> Esta autora considera asombroso que este país haya podido sobrevivir con sus clases intelectuales. El afrancesamiento de las élites españolas es consecuencia de un proceso de decantación cultural que comienza en España con el cambio de dinastía por efecto de la propagación anti-Ausburgo que venía de Francia y pretendía someter al ostracismo todo el periodo anterior, circunstancia muy propicia para la propagación de la leyenda negra, que ya se había puesto en marcha en los Países Bajos e Inglaterra. Cit. María Elvira Roca Barea, *Fracasología: España y sus élites: de los afrancesados a nuestros días*, Espasa, Barcelona, 2019. p. 346. A pesar de sus diferencias, el lamento fatalista y el jimoteo constituyen la marca de nuestros intelectuales y quejándose de España se proclaman sus víctimas, aunque considera bien fundado considerarlos sus responsables.

<sup>646</sup> Por ello puede decirse que nuestro imperio fue derrotado por un arma hasta entonces desconocida, ya que con la propaganda, primero se pierde la confianza y luego viene la justificación, teniendo en cuenta que la propaganda es una forma de gestionar la mentira, que el español nunca ha podido aprender, no supo defenderse de ella en los s. XVI y XVII y sigue sin saberlo en el XXI.

parecer a sí misma e imitar a Francia y esta es la política cultural que se sigue a lo largo del S. XVIII<sup>647</sup>, con resultados visibles en la literatura y en la historia, y que se pone de manifiesto en la pérdida de brillantez, que todas las artes literarias habían tenido en el periodo anterior y el repudio de las clases populares a este nuevo arte frente a la pasión con que se vivían en el siglo anterior.

A pesar de todas las leyendas negras, la España del barroco era mucho más moderna y popular que la Francia ilustrada, ya que el barroco ofrece un espacio para la libertad personal y la creación individual de la que carece la España afrancesada, lo que produce un distanciamiento entre el pueblo y sus élites<sup>648</sup>.

En este sentido, tal y como señala Vallet de Goytisolo, los hispánicos no podían aceptar la noción de soberanía de Bodin, y así Gaspar Añastro Isunza, cuando vierte al castellano *Las Repúblicas* de Bodino la sustituye por la de *suprema auctoritas*, dado que la soberanía es un poder ilimitado por encima de los cuerpos sociales mientras que la *suprema auctoritas* implica que cada cuerpo político, incluidas las potestades del monarca, están encerradas dentro de unos límites y ejemplos de esta

---

<sup>647</sup> No parece ser que estas cuestiones cesen en esta época histórica sino que continúan y así el Parlamento Europeo votó y aprobó el 19 de septiembre de 2019, una resolución con 535 votos a favor 63 en contra y 52 abstenciones, en que se señala que los regímenes nazi y comunista cometieron asesinatos en masa, genocidios, deportaciones y fueron los causantes de una pérdida de vidas humanas y de libertad en el s. XX, en una escala hasta entonces nunca vista en la historia de la Humanidad y en la que se señala que mientras los crímenes nazis fueron evaluados y castigados en los juicios de Nuremberg, todavía sigue existiendo la necesidad de sensibilizar sobre los crímenes perpetrados por el estalinismo y otra dictaduras, evaluarlos moral y jurídicamente y llevar a cabo investigaciones judiciales. Se solicitaba que se declarase el día 23 de agosto como día europeo de conmemoración de la víctimas del estalinismo y del nazismo para condenar y contrarrestar todas las formas de negación del Holocausto y la minimización de los crímenes cometidos por los nazis y sus colaboradores y que eviten su banalización en el discurso político y en los medios de comunicación, afirmando que Rusia sigue siendo la mayor víctima del totalitarismo comunista y que de su evolución nace un Estado democrático, que necesariamente se ve obstaculizado mientras el Gobierno, la élite política y la propaganda política continúen encubriendo los crímenes comunistas y ensalzando el régimen totalitario soviético, pidiendo a la sociedad rusa que acepte su trágico pasado.

El PP presentó una proposición no de ley en el Congreso de los Diputados para que se suscribiese tal Resolución el Parlamento Europeo para su incorporación a la legislación vigente sobre memoria histórica o democrática y los cambios que en ella se produzcan, que fue rechazada por 20 votos en contra y 16 a favor. La Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados el 19 de noviembre de 2020 no admitió la proposición no de ley de condena de los totalitarismos nazi y comunista, es decir, suscribir la Resolución del Parlamento Europeo de 19 de septiembre de 2019 de condena de los totalitarismos nazi y comunista y adoptar las medidas contempladas en las declaraciones de la citada resolución del Parlamento Europeo.

En este sentido, el informe del CGPJ de 7 de junio de 2021 señala que la consideración de “actos contrarios a la memoria democrática” debería configurarse de un modo más omnicompreensivo, siguiendo el espíritu de resoluciones, como la aprobada el 19 de septiembre de 2019 por el Parlamento Europeo sobre la importancia de la memoria histórica para el futuro de Europa, en la que se pide “una cultura común de memoria histórica que rechace los crímenes de los regímenes fascistas y estalinistas, y de otros regímenes totalitarios y autoritarios del pasado (...)”.

<sup>648</sup> Nunca había sido el pueblo español tan despreciado por sus élites como lo fue en el siglo XVIII pero todos los esfuerzos encaminados a meter por la vereda francesa a ese pueblo insumiso resultaron inútiles y, al contrario, alimentarán el levantamiento contra el francés.

Los historiadores, cuando no se olvidan por completo de la historia de España, lo hacen de su inmediata etapa anterior a la llegada de los Borbones. El catalán Antonio de Capmany sí distinguía entre Ilustración y afrancesamiento pero Juan Gregorio Mayans y Siscar, que dedicará sus mayores esfuerzos a las bibliografías, lo hace de los autores del Humanismo y Renacimiento español como Antonio de Nebrija, Benito Arias Montano, El Brocense, Fray Luis de León o Juan Luis Vives pero no pasa a la historiografía y considera que esta obra fue arruinada por el barroco, y Muñoz Torrero, que fue Rector de la Universidad de Salamanca nunca menciona esta Escuela de pensamiento, por no mencionar la conducta de Menéndez Valdés, Macanaz, Jovellanos o Campomanes. María Elvira Roca Barea, *Fracasología: España y sus élites: de los afrancesados a nuestros días*, Espasa, Barcelona, 2019. pp. 82-114, 130-137 y 159-166.

limitación son *Las Partidas* 3, 18, 29 lo resuelto en las Cortes de Valladolid de 1420 y la ley 3 del título 36 del Fuero de Vizcaya de 1427<sup>649</sup>.

## - LA GERMANIZACIÓN

Después del afrancesamiento vino la germanización, que comienza a finales del S. XIX, considerando la intelectualidad española en el S. XX, que mientras que el vecino francés se encontrase estancado, las soluciones habrían de provenir de Alemania<sup>650</sup>.

La educación española acometió durante la última parte del S. XIX y comienzos del XX, un magno intento de renovación pedagógica, que se conoce como krausismo por el nombre de su inspirador, Krause<sup>651</sup>, cuyo bagaje teológico y metafísico, aunque ya desfasado como lo estaba el teatro de Moratín, fue poco conocido por la mayoría de los krausistas, que ni lo estudió ni menos lo entendió pero el caudillismo germánico era lo importante.

Bajo su amparo nació la Institución Libre de Enseñanza, que fue fundada por Giner de los Ríos y fue la responsable de la formación de las élites españolas durante décadas, y que, a pesar de su carácter elitista, ha sido aceptadas acríticamente por las masas.

Se consideraba que en este racionalismo armónico que defendían los krausistas se resolvían todos los antagonismos individuales y todas las oposiciones sistemáticas: el escepticismo, el idealismo y el naturalismo entran como piedras labradas en una construcción más amplia, cuya base será el criticismo kantiano, en el que el sentimiento y la razón se abrazaran estrechamente en el nuevo sistema.

Se calificó a estos alemanes (Kant, Fichte, Schelling, Hegel) como estirpe orgullosa, si bien Hamilton dijo que eran una estirpe orgullosa en cuanto a la razón, alimentada con quimeras en cuanto

---

<sup>649</sup> Aunque realmente considera que lo mismo sucedía en Francia en el Antiguo Régimen, ya que el poder de los reyes Absolutos no abarcaba lo que después de la Revolución Francesa se atribuyó a la soberanía ejercida por los representantes a través de la voluntad general y así los reyes de Francia no se atrevieron a modificar las costumbres por ordenanzas y sus competencias eran, esencialmente, en materia penal y de justicia, estando sometidos a los *parlements*, a los que Montesquieu quería darles toda la importancia. Juan Vallet de Goytisolo, "La independencia de la función judicial y la pretendida separación de poderes", *Verbo* nº 309-310, 1992, pp. 1022, 1028 y 1029.

<sup>650</sup> Así lo considera Ramiro de Maeztu, que además es militantemente antifrancés. Pío Baroja consideraba que lo interesante para España era ponerse del lado de Alemania, ya que en Italia, Francia, Suiza, Bélgica y Holanda, sus zonas fronterizas con ese país eran las más prósperas. Para Ortega, la raza francesa estaba enferma, la verdad era un producto germánico y la Francia laboriosa, honesta y practicante de las virtudes profundas es la Francia germanizada, considerando que no hay nada en Europa que merezca la pena que no proceda del tronco germánico y lamentable que los franceses no se hayan bajado los pantalones hasta las rodillas para dejarse fertilizar por el semen germánico, siendo incapaz de percibir, tras la Segunda Guerra Mundial, hasta qué punto todo ello había sido consecuencia de la mentalidad germánica.

Sin embargo, la opinión de Menéndez Pelayo sobre el krausismo no puede ser más demoledora. Señala que se suele creer que se envió a Sanz del Río a Alemania a aprender krausismo, lo que no fue así, ya que se trató de un decantamiento personal, puesto que consideraba que la escuela krausista constituye el modo alemán del eclecticismo y cuyo estudio amplió con Kant, Fichte, Schelling y Hegel, con la pretensión de concordarlo todo, de dar a cada elemento y a cada término del problema filosófico su legítimo valor, dentro de un nuevo sistema que se llamará racionalismo armónico.

<sup>651</sup> Pensador postkantiano y producto clásico, aunque menor, del Idealismo alemán, mucho más conocido en España que en Alemania, dada la importancia que se daba a Alemania tras el descalabro francés, que dejó muy caídas a nuestras élites y encontraron este faro para la salvación nacional.

al alma y esto lo aplicaba el gran crítico escocés a Hegel y a los suyos, como verdadera raza de titanes dialécticos revelados contra el sentimiento de la humanidad y empeñados en fabricar un mundo ideal y nuevo, designio gigantesco, aunque monstruoso.

Considera Roca Barea, que tales derroteros se producen en nuestra patria al romperse la tradición científica española desde los últimos años del s. XVIII, lo que condiciona la más pobre y desmedrada enseñanza filosófica del s. XIX, en el que no hay ni vestigio ni sombras de originalidad, no ya en las ideas, ya que esta rara vez se alcanzan sino en el método, la exposición y la manera de asimilar lo extraño.

Entiende que si terrible cosa son los filósofos metidos a políticos porque aun suponiendo que sea buena su filosofía llevarán siempre a la práctica de la vida lo absoluto, rígido e imperatorio de los principios universales, no es menos grave el daño de los políticos que, por sorpresa, se introducen en el campo de la filosofía, trayendo a ella todas las ligerezas, distracciones y atropellos de su vida.

Por ello considera que la recepción del krausismo constituye una gran vergüenza para España, ya que cuando todo el mundo culto, sin distinciones de impíos y creyentes, consideró a tales visiones dignas de la cueva de Montesinos, aquí fueron seguidas por sectarios fanáticos, que atrofiaron el entendimiento de una generación entera.

Las cargaron de servirles ligaduras, lo que sirvió para incomunicarlas con el resto del mundo, derramando sobre nuestras cátedras una espesa tiniebla porque los krausistas han sido más que una escuela, una logia, tribu o sociedad de socorros mutuos (por la forma en que se protegían unos a otros), un círculo alumbrado, algo tenebroso y repugnante a toda alma independiente y aborrecedora de trampantojos<sup>652</sup>.

Señala esta autora, que las obras de Weber han tenido en España casi tantas ediciones como en Alemania, síntoma claro que hace pensar en la superioridad manifiesta de los europeos en general y de los alemanes en particular, en todos los órdenes: filosófico, social, político y particularmente en el económico.

No debería pasarse por alto que los alemanes y estas ideas dominantes han llevado al Continente a la ruina en dos ocasiones, provocado las dos guerras mundiales y asesinando a seis millones de inocentes en cámaras de gas, a lo que podría unirse, en mi opinión, la estafa del diesel<sup>653</sup>, destacando esta autora que algún escribiente se extrañe de que nunca caiga sobre algunos países europeos, la condenación eterna por más atrocidades que hayan perpetrado.

Sobre la base de su predicamento realiza una crítica a la obra que considera esencial, *La ética del protestantismo y el espíritu del capitalismo*.

Comienza por comentar las inadecuadas menciones de su título y destaca las falsedades en que se basa sobre el fondo: los territorios más ricos de Alemania no han sido aquellos en donde se desarrolló el Protestantismo sino los que heredaron el Catolicismo<sup>654</sup>, no realizando otra función el Luteranismo

---

<sup>652</sup> Cuando mandaban se repartía las cátedras como terreno conquistado: todos hablaban, vestían y se parecían en su aspecto exterior aunque no se pareciesen antes porque el krausismo es cosa que imprime carácter y mortifica hasta las fisionomías, no siendo oscuros porque digan cosas muy profundas o porque les falten giros en la lengua sino porque ellos mismos se enrollan y forman ideas confusas e inexactas de las cosas.

<sup>653</sup> Desconocida hasta ahora por su capacidad de engaño y dimensiones.

<sup>654</sup> Baviera, de aplastante mayoría católica, era uno de los *landers* más pobres de Alemania antes de la II Guerra Mundial y

que prolongar el feudalismo, ya que en la Guerra de los campesinos estos fueron aplastados a sangre y fuego por los príncipes alemanes, en especial de Sajonia y Dresde, grandes señores alemanes, a quienes Lutero convirtió en obispo supremos.

Destaca que a lo largo de la historia ha habido más de 40.000 sectas Protestantes, realmente responsables de las guerras de religión en el S. XVI, que tienen seguidores en África, tales como los pietistas, metodistas, baptistas, que no parece que hayan prosperado mucho con su espíritu favorecedor del capitalismo mientras que el cristianismo, en su versión católica, provocó el llamado Renacimiento del S. XIII, con el auge demográfico y el crecimiento urbano, el nacimiento de las universidades, el desarrollo comercial y el Humanismo.

Hegel, al igual que otros alemanes consideraban que el alemán era la lengua más adecuada para la filosofía y que incluso se debían eliminar los latinismos sin los cuales, por cierto, no hubiesen podido leer a su maestro Kant, que utiliza toda la terminología de la Escolástica<sup>655</sup>.

Más adelante nos ocuparemos de la gigante construcción que estos filósofos alemanes hicieron del Estado de Derecho alemán, cuya centralización y absorción del poder será, sin duda, la real clave sociológica de los movimientos totalitarios, de las dos guerras mundiales y del actual concepto de Estado Social y Democrático de Derecho, que también plantea problemas parecidos a los que desencadenaron las citadas crisis.

Esteve Pardo destaca que en Alemania, sin apenas solución con el Estado feudal aparece una élite integrada esencialmente por profesores universitarios, que a través de su carrera universitaria van a adquirir una preeminencia cultural, social y e incluso política, el hombre de letras alemán dedicado al estudio, una aristocracia de “mandarines” que ejercerán una extraordinaria influencia en las altas instituciones del Estado y que pondrán en marcha la idea de un Estado abstracto y racional que puede autodirigirse con carácter objetivo y hasta científico por encima de coyunturas y turbulencias políticas<sup>656</sup>, principio que en mi opinión favoreció el auge y en general seguidismo que consiguió el nazismo.

Sin lugar a dudas, el pensamiento de Ortega y Gasset ha sido objeto de los más diversos estudios.

Gustavo Bueno considera que a Ortega ha de entenderse en términos del Idealismo alemán, en el que España y Europa son ideas abstractas con cierto fundamento: en el caso de España, en lo sustancial, la idea de “la leyenda negra” salvo en sus pronósticos derrotistas y pesimistas.

Dentro de la mitología de los Escolásticos, que se preguntaban si Dios existía y qué era Dios se pregunta si España existe y qué es España.

Frente a la bárbara África, Europa es la cultura y el espíritu del igualitarismo, una idea filosófica que va rodando desde Herder y Hegel hasta Husserl y no como un mero acompañamiento retórico de los proyectos económicos y políticos, el “estro divino” de los pueblos creados por el Imperio

---

ahora es el más rico, y dejó de ser pobre cuando desapareció, con el nacimiento de la República Federal Alemana, la discriminación política, social y legal que sufrían los católicos en Alemania desde los tiempos de Bismarck.

<sup>655</sup> María Elvira Roca Barea, *Fracasología: España y sus élites: de los afrancesados a nuestros días*, Espasa, Barcelona, 2019, pp. 317-404 y 463-477, especialmente, pp. 318, 328, 332, 334, 341, 342, 346, 394, 39, 402, 403, 463-474.

<sup>656</sup> José Esteve Pardo, “De la universidad al poder. Un camino errado”, *Revista española de Derecho Constitucional*, año 19, nº 57, septiembre-diciembre de 1999, pp. 1311-1318.

Romano y de la que han surgido las cuatro o cinco naciones, que aunque se han derramado por el mundo nunca han perdido su concepto de unidad: Francia Alemania, Inglaterra, Italia y España<sup>657</sup>.

Junto al problema de España y su solución en Europa se encuentra , en opinión de Jerónimo Molina Cano<sup>658</sup>, desde la primera mitad del S. XX, la doctrina Orteguiana del Estado galvanizador de la vida pública, que no es un episodio aislado en España y aparece como una alternativa apenas barruntada por Donoso Cortés, que ya apuntaba la edificación de un Estado, consciente de las posibilidades históricas de la forma política moderna por excelencia, el Estado, dando lugar a “La Escuela española de Derecho Público” (1935-1969) de la que formarían parte Francisco Javier Conde, Jesús Fueyo, Gonzalo Fernández de la Mora, Rodrigo Fernández Carvajal, Torcuato Fernández Miranda, Manuel García Pelayo, Nicolás Ramiro Rico, Enrique Tierno Galván, Laureano López Rodó, Antonio Carro Martínez o Manuel Fraga Iribarne.

### - NUESTRA PERTENENCIA A LA UNIÓN EUROPEA<sup>659</sup>

En la actualidad, los españoles somos grandes partidarios de la Unión Europea y en estos momentos pensamos de forma mayoritaria<sup>660</sup> que las instituciones europeas son más fiables que las españolas, al límite de tener una confianza ciega en Europa por lo que la apoyan, aunque no sepan muy bien en qué consiste esta confianza y con ello al euro, sin haber reflexionado si en realidad les conviene o no, simplemente, lo apoyan porque les gusta pensar que tienen la misma moneda que los alemanes<sup>661</sup>.

---

<sup>657</sup> Gustavo Bueno, “La idea de España en Ortega”, *El basilisco*, 32, 2002, pp. 11-22.

<sup>658</sup> Jerónimo Molina Cano, “La polémica de la España Invertebrada de José Ortega y Gasset en la fábrica del Estado Español”, *Revista de Estudios Políticos*, 181, 2018, pp. 13-38.

<sup>659</sup> Lo que vamos a exponer a continuación constituye el resumen de obras de mayor dimensión y se encuentra, esencialmente, en la obra de Juan Manuel Millet Frasquet y Victor Vicedo Colonques, *La Traición Europea*, 2020, especialmente en las páginas 282-286, 90-92, 296, 42, 197, 34, 11, 309, 32, 60 y 213. Las cuestiones Tributarias se han tomado también de Jesús Servedo González, que publicaba en *El País*, el 23 de noviembre de 2012, un artículo cuyo título no da lugar a dudas: “Gigantes tecnológicos, enanos tributarios” ; de Pedro Juez Martel. “ En el filo de la ley: Huecos, creación de sociedades en el ámbito internacional y empleo de paraísos fiscales: normas y jurisprudencia aplicables. *Economía y contabilidad* (2017) *Formación a Distancia* , 3, 4 , 2017 y *Cuadernos Digitales de Formación*, V. 37, CGPJ, 2012 y de Néstor Carmona Fernández, (coordinador), *Convenios fiscales internacionales y fiscalidad de la Unión Europea*, Wolters Kluwer, 2015.

<sup>660</sup> El 83% de la población, lo que no constituye ninguna sorpresa, ya que con los precedentes expuestos sea típicamente español ver mejor a los extranjeros que a sus conciudadanos.

<sup>661</sup> En España desde el año 2000 al 2010, el consumo de antidepresivos aumentó el 120%, por encima de la media europea que lo fue del 80%, que es lo que se conoce como medicalización del sufrimiento. El problema es tan grave, que incluso se ha creado una sociedad española de suicidología, cuyo presidente Andoni Asean, en una entrevista a Efe manifestaba que “en España y otros países del entorno, los hombres jóvenes se mueren por suicidio pero este dato no sale en los medios de comunicación y es sorprendente: nadie quiere ver el elefante que tenemos en la habitación... en España y en todos los tramos de edad se suicida una media de 10 personas al día”. La crisis de precios por competencia ilícita de países terceros está sacudiendo las conciencias en Francia a consecuencia de episodios reales que se están sufriendo, con un incremento notable de los suicidios. En la revista científica *The Lancet* puede leerse que una persona en situación de urgencia económica, ruina o paro experimenta sentimientos negativos y una situación de estrés que afecta a la salud mental y puede llevarle al suicidio.

El inicio de la Unión Europea fue el Tratado de Roma de 1957 y que ahora como entonces se asienta en tres principios básicos<sup>662</sup> que, previsiblemente, darían lugar a una unidad de mercado de los países miembros.

Es decir, las fronteras desaparecerían en toda la Unión Europea, de forma que los países podrían comerciar y transitar sin pagar arancel, aduanas o tasa alguna por ello, siendo evidente que la eliminación de las fronteras lo era dentro de esa Europa, que no con países terceros, de donde sobre la base de la integración y el desarrollo de las políticas comunes y de cohesión se deducía el principio de preferencia Comunitario.

Estos principios parecían determinar que los países miembros se abastecerían de forma preferente entre sí, como mercado común que constituyen, siendo fruto y consecuencia de lo expuesto también la solidaridad financiera, por el que los gastos que todo ello ocasionara serían satisfechos por los Estados miembros, aportando España en la actualidad catorce mil millones de euros.

Sin embargo este entusiasmo infantil europeo contrasta, fatalmente, con la percepción que los ciudadanos tienen de la realidad, que es evidente que, de una manera muy importante, merced a las cesiones de soberanía y competencia que se han llevado a cabo para pertenecer a este club europeo, en gran medida, son de su responsabilidad<sup>663</sup>.

La renta *per cápita* alemana es el doble que la española y lo mismo que la de los Países Bajos aumenta día a día, en una dinámica en la que los países del sur de Europa están cada vez más distanciados de los del norte.

Un destacado autor suizo, Jean Ziegler, dice que la Unión Europea, al traicionar a sus propios valores fundacionales, está cavando su propia tumba.

Entiende que la Europa de hoy no es más que un mercado y el mejor terreno de las multinacionales, y en el mundo globalizado, los ejecutivos de las multinacionales y los especuladores bursátiles no son otra cosa que depredadores que acumulan dinero, destruyen la fuerza económica de los Estados y devastan la naturaleza y a los seres humanos.

Wolfgang Streecke, economista, sociólogo y director del Instituto Max Planck considera que los españoles nunca han dado problemas en la Unión Europea porque sus políticos no saben dónde están metidos y que la unión monetaria es un dispositivo para que Alemania obtenga riqueza y otros países

---

<sup>662</sup> La libre circulación de mercancías (artículo 28 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), de personas (artículos 45-55 el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), que da lugar a la libre circulación de trabajadores, a la libertad de establecimiento, a la libre prestación de servicios y a la libre circulación de capitales y pagos (artículos 63-66 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea).

Todo ciudadano de la Unión Europea puede válidamente invocar la Carta Europea de Derechos Humanos y el Convenio Europeo de Derechos Humanos, que según el Tribunal de Justicia de la Unión Europea forma parte del acervo Comunitario como principio general de ese Derecho Comunitario y porque, además, así lo recoge el artículo 18 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, teniendo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea también presente para resolver los principios interés general y el de eficacia de los controles fiscales y la recaudación tributaria, con objeto de prevenir el fraude y la evasión fiscal internacional.

<sup>663</sup> Así cuando a los españoles se nos pregunta por el empleo, la perspectiva es muy negativa pero seguimos confiando en Europa o al menos no la culpabilizamos ni por la precariedad económica que sufrimos, ni tampoco de nuestra situación económica, a la que no se le ve salida pero a nadie se le ocurre imputar esa situación a la Unión Europea por el desempleo, la inmigración o las pensiones.

no, lo cual se asienta, de alguna manera, en las denominadas puertas giratorias<sup>664</sup> y en el sueldo que tienen los eurodiputados de 9.000 €, más 25.000 para gastos y personal, lo que representa un total de 34.000 € mensuales y alrededor de medio millón al año<sup>665</sup>, de ahí que podamos imaginarnos su nivel de vida con personal a su servicio, restaurantes y coches de lujo, viajes en primera, lo que, sin duda, determina su activa colaboración en una situación como de la que se hace mención.<sup>666</sup>

En la Unión Europea existe la libre circulación de capitales, lo que significa que si constituimos sociedades en países con mayores ventajas fiscales, obtendremos exenciones y deducciones de las que no tendríamos solo con sociedades nacionales, lo que cuenta con la ventaja adicional de que siempre son mucho más difíciles de investigar por el fisco las cuentas internacionales que las nacionales.

Lo expuesto tiene verdadera trascendencia para la constitución de sociedades en Europa con relación a la mayor o menor opacidad fiscal<sup>667</sup>.

La renta per cápita de Luxemburgo es la más alta del mundo con 114.000 \$ según el FMI (4 veces más que la española) y ello sin tener ninguna actividad conocida distinta a la de ser un paraíso fiscal.

Ello evidencia que cualquier idea sobre la existencia de una cohesión social europea o de una armonía Continental es una mera quimera porque los intereses particulares prevalecen y las desigualdades no solo existen sino que se agudizan con el paso del tiempo.

Alemania, país exportador, y sus adláteres dirigen la Unión Europea y a través de las políticas fiscales o acuerdos con terceros países se aseguran las ganancias y el respeto a sus intereses.

---

<sup>664</sup> De las que el ejemplo más paradigmático pudiera ser José Manuel Durão Barroso, que fue durante 10 años presidente de la Comisión Europea y en la actualidad dirige hasta 22 actividades privadas.

<sup>665</sup> Es evidente que un honrado catedrático o probo juez no llega a ganar esa suma en toda su vida laboral. En Extremadura, situación que lo más probable es que pueda extenderse a toda España, tenemos algún ejemplo de que tan alta función ha sido desempeñada por quien no era capaz de superar las más modestas oposiciones a la Administración de justicia.

<sup>666</sup> Chomsky, intelectual norteamericano, nos da las claves de cómo se logra la ocultación en estas situaciones a través de técnicas de distracción, mantener al público en la ignorancia, la autoculpabilización o dirigirse al público como si fueran niños, ya que ante la falta de reflexión sobre las políticas actuales, la gente solo actúa y se motiva por criterios puramente emocionales, consiguiéndose que el público viva en medio de la ignorancia y la mediocridad, animando a la gente a admitir la vulgaridad como algo bueno y la excelencia como algo diabólico. Desde 1976, el coeficiente intelectual de los españoles ha bajado 7 puntos y su tendencia se acentúa.

La revista *Ajoblanco* publicó en verano de 1996, el informe elaborado a instancias del CSIC por James Petras, colaborador de Chomsky, en donde concluía que la supuesta modernización de la economía española bajo los auspicios del régimen socialista de Felipe González había tenido un efecto profundamente negativo sobre la vida socio-económica, política y cultural, especialmente sobre la familia y los trabajadores jóvenes, señalando que aunque la calidad de vida de los jóvenes trabajadores era mejor que la de sus padres, sus perspectivas de futuro eran mucho más negativas y aunque había aumentado la renta nacional, la participación en ella de la clase trabajadora había disminuido y especialmente la de los salarios que corresponde a los jóvenes trabajadores. El 95 % de los nuevos contratos laborales eran temporales y la gran mayoría de los trabajadores eventuales no se convertían en fijos, por lo que al haberse criado entre algodones, el futuro incierto les generaba miedo y frustración, que podían generar violencia, lo que era aderezado con la política clientelar, la corrupción política y la dominación de los media por los regímenes socialista y nacionalistas, que impedían el flujo de las fuentes de información alternativas, dando lugar a una generación de trabajadores frustrada y ansiosa, y a una generación joven marginada y apolítica.

<sup>667</sup> La mayor parte del capital extranjero que ha invertido en España tras la crisis de 2007 lo ha sido a través de capitales que primero han constituido su matriz en los Países Bajos.

En los Países Bajos, las sociedades holding no tributan, es decir, no pagan ni un euro por los dividendos y ganancias que le reportan sus filiales siempre que se tenga una participación mínima en la filial del 5% y existen convenios de doble imposición entre este país con Aruba y Barbados, que además de paraísos fiscales son parte de su territorio (aunque no forman parte de la Unión Europea).

De acuerdo con estos convenios, la distribución de beneficios generados por sociedades en los Países Bajos hacia esos países llega exenta de impuestos y la fiscalidad de Aruba y Barbados, considerados paraísos fiscales por su opacidad es muy favorable, ya que en Aruba solo tributan el 1, 7 % y nada en Barbados.

Luego si constituimos una sociedad en Países Bajos, fácilmente podemos derivar fondos a estos paraísos fiscales y después de llevarlos hacia otros paraísos fiscales como Suiza o Leichtenstein o crear sociedades españolas que son titularidad de sociedades de los países Bajos.

La tributación por intereses en los Países Bajos, el corazón de la Unión Europea, es solo del 5 % y alrededor del 21 en España. En Bélgica tras la deducción por gastos, de alrededor del 1%<sup>668</sup>.

Los Países Bajos con un territorio muy pequeño y poca población relativa compra lo más barato que puede a terceros países para luego revenderlos en Europa, siendo el segundo exportador mundial de productos agrícolas.

Debemos distinguir entre libre mercado, que se circunscribe a un territorio en donde se utiliza la misma moneda, existe un nivel de vida de cierta equiparación y una cierta unidad jurídica y legislativa, del libre comercio, concepto internacional en donde sí hay fronteras y grandes diferencias políticas, sociales, económicas y de toda índole.

Alemania es el país más pujante de Europa y la cuarta potencia mundial, siendo China el mayor mercado mundial donde vende cifras asombrosas de vehículos, entre otras materias, de manera que la riqueza de Alemania depende directamente de la exportación.

---

<sup>668</sup> Un estudio de *Tax Justice Network* dice que por cada euro que entra en los Países Bajos, paraíso fiscal, la Unión Europea pierde 4 y habla de nada menos que 100.000 millones anuales de beneficios obtenidos por multinacionales que son derivadas a Países Bajos. La defraudación fiscal en España por esta causa es de 13.500 millones de los que 11.000 van a parar a los Países Bajos. Este estudio ha sido elaborado por Gabriel Zucman, Thomas Torslov y Ludvig Wier y según otro estudio del prof. Murphy de la Universidad de Londres y citado por Eliseo Oliveras son 190.000 millones los eludidos por las grandes multinacionales. Las sociedades pantalla en Países Bajos, con el objetivo de desviar beneficios, suman 4 billones de euros anuales, cinco veces su PIB. Pero en España también existen figuras que pretenden atraer capital con una fiscalidad muy reducida o directamente nula, lo que más que distorsionar el mercado Comunitario crean un sistema tributario injusto: Las empresas de tenencia de valores extranjeros: reguladas en los artículos 116 a 119 de la Ley del Impuesto de Sociedades, que son entidades cuyo objeto social comprende la actividad de gestión y administración de valores representativos de los fondos propios de entidades no residentes en territorio español mediante la correspondiente organización de medios materiales y personales, y que cumplan los requisitos establecidos en el artículo 21 de ese mismo texto legal, que precisa una inversión mínima de 6 millones de euros, los incrementos de patrimonio tributan al 1%, el 90% de sus activos tienen que estar invertidos en valores que cotizan en mercados oficiales con una liquidez de al menos el 3. Las SICAV: precisan un colectivo de inversores de al menos 100 personas. El empleo de fondos de capital-riesgo creados por la ley 25/2005 sobre regulación de las entidades de capital-riesgo y sus entidades gestoras que requieren un capital mínimo de 1.650.000 € para su constitución y que el Artículo 55 de la Ley del Impuesto de Sociedades establece una exención de hasta el 99% de las plusvalías que obtengan con la transmisión de valores, y Las SOCIMI (sociedades cotizadas de inversión en el mercado inmobiliario) creadas por ley 11/2009 deben tener un capital social de 5 millones de euros y al menos el 80% de su activo deben ser inmuebles urbanos destinados al arrendamiento y cumpliendo los requisitos establecidos tributan al 0% en el Impuesto de sociedades.

Por ello, Alemania solo puede ser globalista, dado que su riqueza depende de la venta en mercados de los distintos Continentes y, en consecuencia, está muy interesada en los tratados de libre comercio<sup>669</sup> pero que no se explican adecuadamente en el seno de la Unión Europea y vienen a ser bastante opacos, de manera que tenemos Tratados de libre comercio con Suazilandia, Sudáfrica, Egipto o Marruecos (con el ambicioso Plan Verde) pero no los tenemos con Japón o Rusia<sup>670</sup>.

Es evidente a quién le beneficia producir en África, lo que está arruinando la agricultura española, que poco a poco va desapareciendo y es la única riqueza que nos queda, ya que se nos exigió la desindustrialización para entrar en el club europeo.

A pesar de preconizar la UE políticas verdes, los grandes transportes internacionales<sup>671</sup> dejan una huella de carbono que en la Unión Europea producen, según *The Guardian*, 50.000 muertes prematuras y 60.000 millones de € en costes sanitarios, además de cerrar los ojos a pesticidas no permitidos en la UE, los salarios o la vulneración de los derechos humanos a que se dicen tan sensibles.

En esta situación, la Unión Europea ha dictado la Directiva UE 2017/1852 del Consejo de 10 de octubre de 2017, relativa a los mecanismos de resolución de litigios fiscales en la Unión Europea o la Directiva 2018/822 de 25 de Mayo de cooperación administrativa que introduce la obligación de comunicación de los mecanismos transfronterizos de planificación fiscal agresiva a los intermediarios financieros y a los contribuyentes realizando, sin embargo, en esta materia el mayor esfuerzo la OCDE a través de los mecanismos de la cláusulas BEPS y de un tipo tributario único y homogéneo en el Impuesto de Sociedades.

Los británicos han llegado a la conclusión de que pertenecer a la actual Unión Europea, en las condiciones en la que está desarrollándose su política, les perjudica y no son un país cualquiera sino uno de los baluartes de la civilización Occidental y en muchos aspectos van por delante del resto<sup>672</sup>.

Con estas irregularidades, los países del norte de Europa ( en la anterior crisis se les denominó *PIGS*, como acrónimo de los que pertenecían al club del sur y que consideraban que se gastaban el dinero en alcohol y mujeres) consiguen las riquezas que luego nos prestan y eliminan nuestra soberanía y capacidad de decisión<sup>673</sup>.

---

<sup>669</sup> Permitido por el artículo 110 del Tratado de Roma, que dice que mediante el establecimiento entre sí de una unión aduanera, los Estados miembros se proponen contribuir, conforme de interés común, al desarrollo armonioso del comercio mundial, a la sucesión progresiva de las restricciones a los intercambios internacionales y a la reducción de las barreras arancelarias.

<sup>670</sup> No deben desdeñarse los intereses norteamericanos en la actual Guerra de Rusia y Ucrania.

<sup>671</sup> El tráfico de barcos en el Mediterráneo hasta 2050 se entiende que se va triplicar.

<sup>672</sup> En opinión de José Carlos Fernández Rozas, el Acuerdo entre el Reino Unido y la Unión Europea, que cubre no solo bienes sino también servicios, aviación, transporte por carretera, Seguridad Social, cooperación en salud, aplicación de la ley (entiendo personalmente que satisface plenamente los fines del brexit) permite que el Reino Unido logre un comercio de bienes con arancel cero, cuota cero, con su principal socio comercial y evita que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas desempeñe cualquier función en la solución de las controversias comerciales. José Carlos Fernández Rozas, "Goodbye Britain!: Acuerdo de comercio y cooperación entre la Unión Europea y el Reino Unido", *Especial Diario La Ley Unión Europea*, número 88, enero, 2021.

<sup>673</sup> Domingo Soriano, "Ya somos una colonia alemana (y ni tan mal)", *Libre Mercado*, 20-3-2021 destaca la evolución de nuestra deuda pública, cuya sostenibilidad futura, señala la AIREF, está fuertemente ligada a las políticas del Banco Central Europeo sobre la base de que nuestros vecinos ricos compran o avalan nuestra deuda, lo que nos hace vulnerables y realmente dependientes de los mismos. Como señala Elvira Roca, la expansión colonial inglesa del s. XIX se sostuvo en dos

El presidente Costa de Portugal tuvo que contestarle el 11 de abril de 2020, tras pedir Hoekstra (Países Bajos) que se investigara a países como España, por no tener margen presupuestario para luchar contra los efectos del coronavirus, manifestando que tal petición le parecía repugnante y que por lo menos había un país de la zona euro que se resiste a comprender que el hecho de compartir una moneda común implica compartir un esfuerzo común, calificando la actitud de los Países Bajos como de absoluta inconsciencia, que mina completamente el espíritu de la Unión Europea y es una amenaza para la Unión, ya que si no actuamos en común, nadie va a entender qué significa la Unión Europea.

En conclusión, en esta UE demasiadas cosas están fallando y ya no se sostienen demasiados principios fundacionales traicionados, demasiadas deslealtades y, sin embargo, no parece que la población general se dé cuenta de lo que ocurre y, por el contrario, la mayor parte de la gente sigue llevando la boina europea sobre su cabeza.

## **5. LAS CONSECUENCIAS DE ESTA PENETRACIÓN PARA NUESTRO DESARROLLO POLÍTICO Y SOCIAL: LA PATOLÓGICA HIPERVALORACIÓN DE LA LEY COMO MEDIO DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS Y NUESTRA ORGANIZACIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA**

Se señala en los Evangelios que” todo reino dividido consigo mismo será asolado”<sup>674</sup>.

El historiador inglés Lionel Cecil Jane sostuvo en su ensayo *Liberty and Despotism in Spanish América*, que los países hispanos no reclamaron su independencia porque repudiasen a España sino por todo lo contrario porque esta, a partir del siglo XVIII, había dejado de serlo, perdiendo sus valores y sus ideales e incumpliendo el pacto que unía a sus pueblos, y desde ese momento prefirieron disolver su unión con España y no porque fuese odiado el Gobierno español sino porque parecía que había dejado de ser español, en todos los aspectos salvo en el nombre<sup>675</sup>.

El intelectual español medio vive para copiar lo que se produce en Departamentos universitarios de países extranjeros y no tiene conciencia ni pensamiento propio, por lo que se quejan como si fueran víctimas cuando, realmente, esta situación es la consecuencia de no haber cumplido con sus obligaciones.

Tras llevar siglos por esa senda se produce el acostumbramiento y a no ver cuáles son las razones

---

pilares: en el control maltusiano de la población, que dio lugar a tal cantidad de muertos que no se podrían contar y en la teoría del libre mercado, hasta ahora examinada desde un punto de vista teórico pero que no se ha contrastado en la práctica. Ha-Joo Chang de la Universidad de Cambridge destaca que Gran Bretaña y Estados Unidos realizaron fuertes intervenciones estatales proteccionistas en los productos hasta alcanzar un sistema de producción más eficiente y desarrollado que a través del libre mercado pudiera destruir los de la competencia y en concreto y en su día, los movimientos fabriles de México y Perú mientras que España tenía unos aranceles muy bajos, con independencia del lugar de procedencia de los productos, lo que provocó el hundimiento de nuestra industria y comercio. De una u otra forma, esta práctica europea tras destruir nuestra industria con el hábil manejo de los tratados internacionales constitutivos o de libre comercio, según con quien, puede determinar los vencedores en el tablero de la economía, María Elvira Roca Barea, *Fracasología: España y sus élites: de los afrancesados a nuestros días*, Espasa, Barcelona, 2019. pp. 256 y sgts.

<sup>674</sup> Lucas, II, 17.

<sup>675</sup> María Elvira Roca Barea, *Fracasología: España y sus élites: de los afrancesados a nuestros días*, Espasa, Barcelona, 2019, p. 162.

por las que las élites españolas desertaron de su país para convertirse en portavoces de intereses extranjeros o de ideas extranjeras sobre España, como una forma de avergonzarse de ella misma, de una manera más o menos manifiesta.

Nos encontramos ante un Idealismo en términos políticos insostenible, como lo es el propio concepto de contrato social, que indudablemente tiene un cierto apoyo religioso<sup>676</sup> y sin el que no sería nada pero la Biblia, desde el principio de todo, sin duda porque constituye el peligro más evidente de cualquier religión, ya señala en el relato de la Creación (Génesis 3) :

“Y el Señor Dios dijo: “He aquí que el hombre se ha hecho como uno de nosotros en el conocimiento del bien y el mal; no vaya ahora a alargar su mano también del árbol de la vida, coma de él y viva para siempre”... “El Señor Dios lo expulsó del Jardín del Edén, para que labrase el suelo de donde había sido tomado. Echó al hombre y a oriente del Jardín de Edén colocó a los querubines y una espada llameante que brillaba, para cerrar el camino del árbol de la vida”.

Palabras de donde podemos deducir que hay una verdad objetiva y que se rechaza el subjetivo conocimiento del bien y del mal, ya que es un atributo que pertenece en exclusiva a Dios.

Aunque Marcelino Menéndez Pelayo<sup>677</sup> (1856-1812) era optimista con relación al futuro, al considerar que la verdad permanece y a su lado está el mayor número de españoles, como los mismos adversarios confiesan, de manera que si pasaron los errores antiguos, así acontecerá con los que en su época deslumbraban.

Considera que los españoles volverán a tener un solo corazón, una sola alma y la unidad, que no estaba muerta sino oprimida, que tornaría a imponerse, traída por la unánime voluntad de un gran pueblo, ante el cual nada significa la escasa grey de impíos e indiferentes.

En la filosofía Tomista no tienen ningún cobijo los juegos de la mecánica social de Hobbes o de Hegel, en nombre de los que se pretende hacernos asistir a la desaparición del individuo humano en la fauces del *Leviatán* o a la efímera creación, a través del análisis de la síntesis, de la pulverización del cuerpo social, ya que rechaza tanto aquel engullimiento como esta creación, puesto que tienen el mismo efecto de anular a la persona humana.

La sustancia no puede ser destruida ni producida por ninguna forma de sociedad frente al concepto de hombre, como miembro de un grupo que lo totaliza, principios que tan funestas consecuencias habían causado en la II Guerra Mundial por lo que en la posguerra se alzaron nuevas corrientes que sublimaron al individuo<sup>678</sup>.

La primera que debemos destacar es el Existencialismo, cuyas raíces se encuentran en el S. XIX con Kierkegaard (1813-1855), que frente a la concepción sociológica del grupo o de la mayoría destaca la subjetividad en el proceso de la búsqueda de la verdad, con un individualismo irreductible de cada hombre y en la que desempeña una función importante Dios.

Todo ello, en oposición a la idea de sistema, si bien sobre la base del concepto luterano, que

---

<sup>676</sup> Ya se ha hecho mención en páginas precedentes a la importancia del Protestantismo en la política y concepción del Derecho en Norteamérica y del concepto calvinista del pacto de Dios con los hombres.

<sup>677</sup> Marcelino Menéndez Pelayo, *Historia de los heterodoxos españoles*, V. I, Homologens, 2011, Libro I, cap . 3. Contrapor-tada.

<sup>678</sup> Giuseppe Graneris, *Contribución Tomista la Filosofía del Derecho*, Olejnik, 2019, p. 163.

contiene la idea del pesimismo que abandona por completo Maritain (1882-1978), que también se basa en la existencia real del hombre con trascendencia divina, lo que no constituye ningún obstáculo en su realización libre e inherente de responsabilidad y que encuentra su propia humanidad en Dios; hombre que no puede ser configurado en razón de ser del propio Estado y por ello considera una perversión política, que el hombre se transforme en un instrumento del Estado, ya que la dignidad de la persona humana implica una concepción jurídica que le confiere naturaleza sagrada y absoluta, que determina una sociedad que se debe configurar como un servicio al bien común, en un Estado limitado por los derechos fundamentales de la persona humana y al servicio del hombre.

Estas ideas, que resaltan el individualismo del ser humano tiene exponentes patrios en Unamuno (1864-1936), que considera que el hombre, siendo espíritu, tiene un valor absoluto, ya que tal espíritu se encuentra repleto de eternidad e infinitud, y siendo todos los seres humanos de idéntica humanidad, cada hombre es único e insustituible y distinto de todos los restantes, ya que es el supremo producto de la humanidad, y niega, por ficticia, la dicotomía entre el valor individual y social de la persona.

Ortega y Gasset (1883-1955) considera que los problemas humanos no son abstractos y superando el modelo idealista de base cartesiana entiende que el mundo no está dentro del pensamiento.

Este Existencialismo nórdico resalta la individualidad pero sobre un sustrato pesimista<sup>679</sup> es seguido, entre otros, por Heidegger (1889-1976) o Sartre (1905-1980), si bien el final del S. XX e inicios del XXI se caracterizan por una pluralidad de doctrinas filosóficas, morales y religiosas, muchas de ellas incompatibles entre sí, reincidiendo en los problemas objetivos y neutros, que como base del pensamiento determinaron el triunfo de la violencia contra la que reacciona Popper (1902-1994), que considera que el relativismo tiene una tolerancia laicista que conduce al dominio de la fuerza y, por ello, se debe asumir una actitud intolerante frente a los intolerantes.

De estos contenidos neutros puede ser un buen ejemplo Habermas (1929-...) con su teoría de la democracia deliberativa como concepto procedimental basado en la discusión del Estado Constitucional como instrumento de deliberación racional, lo que es puntualizado por Zagrebelsky (1943-...) desde el punto de vista sustantivo, con el concepto de democracia crítica sobre la base de los excesos a que puede conducir el concepto del monopolio de la verdad y la ausencia de límites en el poder del pueblo, considerando a la democracia en el ámbito del respeto de los derechos humanos<sup>680</sup>, lo que, como se verá ya se había expuso en la Escolástica española, ya que nada son si no se les interpreta dentro del concepto Medieval de naturales, inherentes a la naturaleza humana e irrenunciables ni con carácter previo a cualquier pacto en favor de un ente que luego ya los otorga.

Como veremos al hablar de las fuerzas políticas más activas y nuestro concepto de Derecho, en línea con el resto de potencias europeas de *civil law* y a pesar de los desastres producidos por los conceptos idealistas de Derecho/ derechos y organización social se encuentran plenamente en vigor, canalizando nuestro desarrollo social, político y jurídico.

Aunque Napoleón fue derrotado militarmente no lo fue académicamente, jurídicamente o

---

<sup>679</sup> Del positivismo moral o esperanzador de la Escolástica pasamos al pesimismo existencial de base Luterana sobre la base del perjuicio recibido por el pecado original. El libro de José Ramón Ayllón, *El mundo de las ideologías*, Homolegens, 2019, de lectura fácil, puede resultar clarificador respecto de todas las desgracias que ha provocado este loco mundo de la ideologías.

<sup>680</sup> Paulo Otero, *Instituições políticas e Constitucionais*, V. I, Almedina, 2016, pp. 385- 425.

políticamente, dando lugar a un siglo de inestabilidad tanto en Europa como en América para luego imponerse, definitivamente, de la mano de las élites “Ilustradas”.

Fue esta ideología la que alumbró tanto al Estado de Derecho alemán como al Marxismo, el que a pesar de su derrota y conocimiento de haber dado lugar a los mayores sufrimientos conocidos por la Humanidad, tras la II Guerra Mundial se ha reinventado en el posmarxismo, que ha alumbrado una parte del pensamiento continental europeo y norteamericano.

García de Enterría considera que el motivo por el que se respetó el Derecho Público creado por la Revolución Francesa y Napoleón tras el Convenio de Viena de 1815 obedece a la grandeza técnica de su construcción, lo que entiendo se encuentra en las antípodas de la realidad, ya que esta obra Napoleónica y Revolucionaria no significa sino el Absolutismo al que no se habían atrevido los reyes Absolutos, “en una sociedad construida de arriba a abajo”<sup>681</sup>.

Si a ello le añadimos, el Preámbulo de la Declaración de Derechos de 1789 y el artículo 3 de la Constitución de 1791, además de que, lo que se ha considerado como grandes innovaciones del Consejo de Estado francés (vicios de forma, incompetencia, etc...), ya era usado por los *parlement* (como se desarrollará con más detalle más adelante) pocas dudas debe ofrecernos la causa de tal respeto, a la vista, precisamente, que mientras que en nuestra historia los Progresistas eran partidarios de un sistema judicialista, los Realistas y Conservadores lo eran del sistema Administrativo.

Los Estados hispanos están moralmente debilitados porque desde el S. XVIII se les está borrando su memoria, y las personas y países que la pierden están llamados a perder su identidad primero y a desaparecer más tarde.

La gente corriente, que no escribe libros ni tiene aspiraciones de ocupar cargos, tanto en el s. XVIII como hoy, no entiende el desprecio que hacia su propio país se siente por parte de estos españoles que saben y escriben libros porque esta nación exótica, en sus ser más profundo no comprende la causa de la desconexión de las élites españolas respecto de las gentes trabajadoras y que pululan por el mundo de la cultura y de la alta política.

Sin embargo, no debemos olvidar que el español es muy paciente hasta que deja de serlo, como se puso de manifiesto en la Guerra de la Independencia<sup>682</sup>.

No consigo explicarme las razones por las que en las películas históricas españolas suelen aparecer los monarcas españoles de los S. XVI y XVII, gobernantes de un gran imperio, como poco menos que tontos y siempre depravados o degenerados.

A consecuencia de este deterioro intelectual, la derecha o conservadurismo español actual es capaz de defender, en lo moral, la mayoría de los postulados de izquierdas sin intentar mantener una coherencia católica y aun sin ser explícitamente anticatólicos, lo que se ha producido sobre la base de la cuestión social.

Durante los siglos XIX y XX, los católicos españoles se organizaron y movilizaron para defender la unidad religiosa, el Estado confesional o la monarquía católica, para después involucrarse en la

---

<sup>681</sup> Eduardo García de Enterría y Martínez-Carande, *La lengua de los Derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, Real Academia Española, Madrid, 1994, pp. 37 y 222 y sgts.

<sup>682</sup> María Elvira Roca Barea, *Fracasología: España y sus élites: de los afrancesados a nuestros días*, Espasa, Barcelona, 2019, pp. 295- 307.

cuestión social durante el primer tercio del siglo XX, lo que constituyó una maniobra inmovilizadora de la lucha política católica y culminó con el Concilio Vaticano II, y tras él, una pastoral desastrosa que cayó en la trampa dialéctica del diálogo con el mundo.

A principios del s. XXI, el catolicismo político ha quedado reducido a las movilizaciones sociales en la lucha por la vida pero considera al sistema político como esencial y al catolicismo como accidental, constituyendo una verdadera tragedia para la cultura política en España.

En los años conciliares este catolicismo político se entregó al socialismo y ahora al pensamiento *neocon*, cuyos fundamentos filosóficos se encuentran en autores judíos como Leo Strauss, de ex trostkistas como Irving Kristol, de partidarios en lo económico de la Escuela económica Austriaca, defendida por otro pensador judío, Von Mises, que pretende hacernos creer que constituye una evolución natural del pensamiento católico desarrollado en la Escuela de Salamanca o de Hayeck y Friedman que, simplemente, constituyen la justificación ideológica del sistema capitalista en la economía<sup>683</sup>.

### - LA PATOLÓGICA HIPERVALORACIÓN DE LA LEY COMO MEDIO DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Enrique Gil Calvo<sup>684</sup> conecta la ideología española con el fenómeno de la hipertrofia legislativa por la pérdida del paraíso original y para alcanzar tal arcadia ideal a través de la refundación de España: un borrón y cuenta nueva, que queda constantemente en agua de borrajas y da lugar a la orgía llamada legislativitis, que multiplica, hasta la exasperación, las reformas legales, con la inútil esperanza de recrear al país y a sus gentes con ellas<sup>685</sup>.

Ahora bien, como él mismo reconoce, se trata de un adanismo como mito religioso del Renacimiento, que permite parar el reloj de la historia para ponerlo a cero y volver a empezar de nuevo, escribiendo nuevos códigos legales, que recrearán la sociedad como si esta fuera una página en blanco y esto es lo que hace el gobernante español, que cree empezar escribir la historia de nuevo, como si fuera una especie de pequeño Dios creador.

Dentro de ese quijotismo pretende modificar la sociedad por Decreto-Ley, con las constantes programas de refundación política y todo ello, multiplicado por diecisiete en el Estado de las Autonomías, que si bien en nuestros vecinos ha dado lugar a una nación por Estado no basta para la inventiva de la ideología española, pues aquí nos hemos inventado varios pueblos y varios vice-Estados vicarios también llamados Comunidades Autónomas, haciendo que compitan y se enfrenten

---

<sup>683</sup> Javier Barrycoa, "La disolución del pensamiento político católico en España" en *La Cultura política y los católicos: del siglo XX al XXI*, Fundación Elías de Tejada, 2018, pp. 201-231.

<sup>684</sup> Enrique Gil Calvo, *La ideología española*, ediciones Nobel, 2006, pp. 158 sgts.

<sup>685</sup> Como se ha visto se trata de una abstracción del mundo a que se ha hecho referencia a través de la obra de José Luis Muñoz de Baena Simón, *La abstracción del mundo. Sobre el mal autoinmune de la juridicidad moderna*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018.

entre sí para ver cuál es más singular, más auténtica, más verdadera, más diferente o más real de todas ellas<sup>686</sup>.

Los líderes políticos españoles manipulan y extorsionan la realidad social, tratando de deformarla con la vana esperanza de que adopte una nueva apariencia exterior, más cercana al soñado ideal de la utopía pero siempre se trata de ensoñaciones literarias ajenas a la realidad, erigiéndose las palabras en sustitutos de las cosas y esto considera el autor que sucede en España con cada nuevo gobernante<sup>687</sup>.

Esta importancia exorbitante que se atribuye a la ley viene compensada por su neutralización práctica, ya que se considera que la ideología española o manera de manejar los asuntos públicos y en especial de hacer política es una cultura pública aquejada de un incivismo incurable como principio rector del comportamiento político, que se caracteriza por representar los vicios o rasgos negativos, seguramente adquiridos a lo largo de una tortuosa experiencia histórica, para burlar, impunemente, el principio de legalidad, utilizando el poder para sacarle partido privado en contra del interés público, como pone de manifiesto la picaresca española.

Y ello, aunque para cubrir las apariencias se revista bajo la ampulosa coartada de las grandes palabras, los gestos espectaculares o las causas trágicas, pues los insolentes desplantes del nihilista Don Juan tienden a ampararse bajo las ensoñaciones utópicas del idealista Don Quijote, de manera que de uno u otro modo, el juego político en la arena española siempre tiene que ver con la astucia en la causa pública, para sacarle ventaja<sup>688</sup>.

Tanto en la vida política como en la civil tenemos una conducta fundada en el sectarismo, la confrontación, el escándalo público y el cinismo político, como una variante de la ideología latina, inspirada en la maquiavélica razón de Estado, una degradación de nuestra cultura pública, iniciada hace cuatro siglos.

Por ello se considera que como la historia no se encuentra todavía escrita, por mucho que nuestros antepasados nos hayan legado esta herencia moral, sus sucesores no estamos condenados a tener que asumirla como propia para continuarla y reproducir el legado, al contrario, tenemos el derecho y quizás el deber, de decir no y negarnos a ser cómplices de tan incivil ideología española<sup>689</sup>.

---

<sup>686</sup> Y no se trata solo de inventarse la nación o el pueblo para colonizar con ellos el espacio territorial sino que el arte de reescribir la historia es, entre nosotros, quijotismo puro pues no hay Comunidad Autónoma que no aspire a reinventarse un linaje ancestral, primitivo o nobiliario para justificar el monopolio de su árbol genealógico, compitiendo todos ellas para dibujar con los mejores colores del arco iris, su propia versión de la nueva tierra prometida asignada por Dios a su pueblo elegido.

<sup>687</sup> Considera que aunque que se ha perdido la fe en la violencia revolucionaria se continúa creyendo en las virtudes reformistas del jacobinismo, que implanta nuevas ordenanzas venturosas y benéficas, dictadas por Decreto, desde arriba, pero que en el fondo determina que, en vez de resolver los reales problemas como el desempleo, la especulación, la sanidad o la enseñanza, provocan el eterno retorno al origen e impiden perdurar, haciendo fenecer cualquier posible construcción institucional española.

<sup>688</sup> Se trata de un maquiavelismo negativo que lucha por el poder, no para defender el interés público por patriotismo sino para destruirlo interesadamente por puro sectarismo, al servicio de la lucha por el poder, a la espera, no de adquirirlo y acumularlo en virtud de los propios méritos sino de explotarlo y debilitarlo hasta acabar con él, que es la verdadera cultura política que hemos heredado de nuestros antecesores y que se revela en nuestra manera efectiva de hacer las cosas, en contradicción con nuestras presuntas coartadas retóricas.

<sup>689</sup> Enrique Gil Calvo, *La ideología española*, ediciones Nobel, 2006, pp. 9, 10 y 189 y sgts.

## - NUESTRA ORGANIZACIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Tomás Ramón Fernández<sup>690</sup> señala que la organización de lo Contencioso-administrativo fue objeto en España durante el S. XIX de apasionadas polémicas, cuya apariencia técnica no conseguía encubrir el conflicto ideológico y de poder que subyacía en el fondo del debate.

Los progresistas defendían, con gran fe y entusiasmo, la tesis judicial mientras que el moderantismo y la reacción sostendrán la tesis Administrativa, de manera que al acceder al poder cada uno estableció su modelo, creando un movimiento de vaivén.

El sistema contencioso-administrativo se intenta en España por el Estatuto de Bayona de 1808, como trasplante puro y simple del sistema napoleónico, siguiéndose el sistema judicialista en la Constitución de 1812, con la excepción Tributaria que se suprime en 1813.

Se instauró el sistema contencioso-administrativo mediante Leyes de 2 de abril y 6 de julio de 1845 sobre la base del proyecto Silvela de 1838, y siguiendo el modelo francés se crean, de un lado, los Consejos Provinciales como jurisdicción delegada, es decir, con poder de decisión propios y a través de un procedimiento muy semejante al proceso civil, reclamándose sobre la base de los derechos de las partes, que no exactamente sobre la base de los actos administrativos y, de otro, el Consejo Real, con jurisdicción retenida, es decir, de simple propuesta de la que el Gobierno podía apartarse libremente decidiendo mediante Reales Decretos Sentencias.

De esta manera se incrementaba de manera progresiva lo denominado gubernativo, mecanismo mediante el que se ampliaban por leyes especiales las competencias del Consejo Real, tanto en instancia como en apelación y, simplemente, este se pronunciará sobre aspectos formales de competencia y forma, puesto que lo discrecional se entendía propio de la libertad de elección propia de lo gubernativo.

La Vicalvarada de 1854 sustituyó al Consejo Real por el Tribunal Contencioso-Administrativo a nivel central y a los Consejos Provinciales por las Diputaciones, mediante Reales Decretos de 7 de agosto de 1854 pero al terminar el bienio progresista también se dio término a la experiencia judicialista y por Real Decreto de 17 de octubre de 1956 se vuelve al sistema previo de 1845, cambiando el nombre de Consejo Real por el de Estado.

La Gloriosa proclama la unidad de fueros y atribuye, por Decretos de 13, 16 de octubre y 26 de noviembre de 1968, la función contencioso-administrativa a las Audiencias Provinciales y al Tribunal Supremo, si bien conservando el procedimiento especial anterior pero la Restauración vuelve, una vez más, las cosas al estado en que se encontraban antes de 1868, abandonando el judicialismo.

La Ley de Santamaría de Paredes de 13 de septiembre de 1888 se considera que produce una armonización de los criterios hasta ahora antagónicos e irreducibles, entre los partidarios de los sistemas judicialista y administrativo, con su jurisdicción retenida y delegada.

Esta transacción, que se reflejó en la composición de los órganos de la jurisdicción, dió lugar a un sistema mixto para satisfacción de ambas partes, ya que los órganos de lo contencioso-administrativo se nutrían tanto de la Administración como de la Magistratura (el Consejo de Estado, que la Ley Maura

---

<sup>690</sup> Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, II, cuarta edición, editorial Civitas, 1988, pp. 481-491.

de 1904 trasladó al Tribunal Supremo, teniendo sus magistrados iguales derechos y rango, que los del resto de las Salas y de los Tribunales Provinciales), instituyendo así órganos que el autor <sup>691</sup> considera “de verdadera jurisdicción”, con lo que dejaba de considerarse jurisdicción especial para incluirse dentro de la ordinaria, sobre la base de la peculiaridad técnica del Derecho aplicable, como Derecho común de las Administraciones públicas, aspecto este que resaltaré el legislador de 1956.

Esta Ley de 1888 consideraba el recurso contencioso-administrativo como una apelación de lo resuelto en vía administrativa y en torno al acto administrativo.

El recurso se circunscribía a los actos reglados, excluyendo a los discrecionales, cuyo control se situaba en el terreno de las formas, si bien el artículo 4 de la Ley otorgaba el carácter de discrecionales a una muy amplia gama de ellos, tales como los relativos al orden político o de gobierno, a la organización del Ejército y a los servicios generales del Estado, las disposiciones de carácter general, a la salud e higiene, al orden público y la defensa del territorio, las denegaciones de concesiones de todo género que se soliciten a la Administración y los que niegan o regulan las gratificaciones o emolumentos no prefijados por una ley o reglamento, a los funcionarios públicos.

Se excluía también del recurso a las declaraciones de la Administración sobre su competencia o incompetencia para el conocimiento de un asunto y las correcciones disciplinarias de los funcionarios públicos excepto las que implicasen separación del servicio.

El recurso solo era posible en caso de lesión de derechos subjetivos propiamente tales y la ejecución de sentencias firmes quedaba a discreción del Gobierno.

La Dictadura de Primo de Rivera introdujo en el Estatuto Municipal de 1924, la posibilidad de que cualquier vecino pudiese impugnar los acuerdos municipales sin legitimación específica y trasladó a nuestro Contencioso, la distinción francesa de los dos tipos de recursos según la naturaleza de la pretensión deducida, de mera anulación<sup>692</sup> o de plena jurisdicción.

La Ley de 1956 incidió en el control jurisdiccional de la actividad administrativa en su conjunto sin perjuicio de los actos políticos o de Gobierno, con una legitimación amplia y provisionando todos los niveles de auténticos jueces, que era el estatuto de los funcionarios o abogados que, con arreglo a lo previsto en su artículo 20, podían ser promovidos a magistrados del Tribunal Supremo.

Destaca Tomás Ramón Fernández que esta judicialización decidida y completa de la jurisdicción, que cierra una polémica más que centenaria, se ha querido hacer compatible con la especialización que reclaman las peculiaridades propias del Derecho Administrativo, con el fin de evitar una de las causas más visibles del fracaso de la normativa de 1888-1894, con la introducción de los artículos 20 y 21 en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa 1956, de una modificación importante en la propia organización de la Carrera judicial.

Se reservaba la tercera parte en las plazas de magistrados de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de las Audiencias Territoriales a los miembros de aquella que, contando con la

---

<sup>691</sup> Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, II, cuarta edición, editorial Civitas, 1988, pp. 489.

<sup>692</sup> Primero a través de la introducción del recurso de anulación en la esfera local, materialmente con el art. 253 del Estatuto Municipal de 1924 y posteriormente con esta denominación en la Ley Municipal de 1935, art. 233.b). Cit. Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, II, cuarta edición, editorial Civitas, 1988, p. 43.

experiencia suficiente, hubiesen acreditado mediante oposición, la especialización pretendida, criterio que se prolonga en la composición de la Sala del Tribunal Supremo, en la que se reserva otra tercera parte a los magistrados de esta escala especial que tengan 10 años de servicios<sup>693</sup>.

La Ley de 1956 fue objeto de interpretaciones Constitucionalistas directas o derivadas de la jurisprudencia Constitucional, que como las leyes de esos años, de expropiación forzosa, procedimiento administrativo o régimen jurídico constituyen verdaderos paradigmas del buen legislador, encontrándose vigentes en algunos casos o constituyendo la clara y decisiva inspiración de las posteriores actualizadoras, entre las que se encuentra, propiamente, la 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que a pesar de sus nobles postulados no consigue la plenitud del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, como se desarrollará.

Ya se ha hecho referencia al carácter cortesano de la Universidad francesa con relación a su Consejo de Estado y a su sistema de lo Contencioso-Administrativo pero es que la doctrina española no se queda a la zaga; si la primera no criticó sus defectos evidentes y lamentables, como irónicamente hizo Rivero, la española es esperpéntica, cuando no con sus halagos con su neutralidad.

En esta tesis doctoral se denuncian las falacias evidentes en que se fundó el golpe de Estado de la Revolución burguesa de 1789 y con ella de lo que se dice su consecuencia: su sistema de lo Contencioso-Administrativo que se instauró.

Por ello debemos destacar dos contradicciones evidentes: ¿cómo es posible que el sistema francés de lo Contencioso-Administrativo se considere la manera Revolucionaria de poner fin al oprobio Absolutista mientras que, precisamente, los movimientos progresistas españoles basculan abiertamente e imponen el sistema judicialista?

La razón es evidente porque el sistema de lo Contencioso-Administrativo francés no fue sino lo que el rey Absoluto no se atrevió a hacer y Montesquieu denunciaba.

El monarca Absoluto actuaba bajo lo que después se ha denominado, el sistema de lo contencioso-administrativo francés en vía de fomento (servicio público), y Montesquieu, precisamente, lo que denunciaba era esa reserva de la jurisdicción, inconcebible en un sistema como el inglés, donde existe una separación de poderes pero que los Revolucionarios extendieron a todos los ámbitos de la Administración, que cada vez aumentaba más su poder y ámbitos de actuación<sup>694</sup>.

La doctrina española no denuncia de manera clara y abierta esta situación y Eduardo García de Enterría, a través de la evolución del concepto de legitimación en el ámbito contencioso-administrativo, por tratarse de situaciones dignas de protección, considera que nos encontramos ante una verdadera y completa jurisdicción de la mano de la legitimación a través del concepto de interés legítimo, como nuevo concepto diferenciado del de derechos subjetivos aunque de iguales efectos prácticos por lo que propugna su unificación (al que ya se ha hecho referencia en el apartado correspondiente y también se tratará más adelante) ; pero entonces, qué se ha hecho en esa gloriosa etapa intermedia por parte de la justicia en el

---

<sup>693</sup> Cit. Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, II, cuarta edición, editorial Civitas, 1988, pp. 493 y 494.

<sup>694</sup> Más adelante se hará mención a la claridad y rotundidad con que se pronuncia Vasco Pereira sobre la cuestión. Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva, *Em busca do acto administrativo perdido*, Almedina, 1995, pp. 22-24.

sistema Contencioso Administrativo francés, alemán y en todos los países que ha seguido el sistema Contencioso-Administrativo! que se trata, claramente, de un control del poder.

Este autor se refiere a la construcción de una nueva categoría de derecho subjetivo denominado reaccional o impugnatorio, diferente de los típicos o clásicos de Derecho Privado o activos, señalando que el administrado es titular, además de los derechos subjetivos clásicos del Derecho Privado, también cuando ha sido perturbado en su esfera vital de intereses por una actuación administrativa ilegal.

En este caso, el ordenamiento jurídico, al servicio del más profundo sentido del Estado de Derecho como garantía de la libertad, le apodera con un derecho subjetivo dirigido a la eliminación de esa actuación ilegal y al restablecimiento de la integridad de sus intereses, y estos derechos subjetivos, aunque pueden considerarse diferentes, no implican una división de naturaleza sino que estamos en presencia de derechos subjetivos y su función es, con independencia de ciertos matices, sustancialmente la misma.

Para ello se basa en la famosa afirmación de Bachof, decisiva en la evolución práctica y en la interpretación del Derecho alemán, según la cual, todas las ventajas derivadas del ordenamiento para cada ciudadano se han constituido en verdaderos derechos subjetivos, un principio capital del actual Estado de Derecho.

Destaca que debe matizarse para eliminar posibles equívocos, con la observación de que la constitución en derechos subjetivos no surge directamente por la inferencia de tales ventajas desde el ordenamiento sino solo cuando sufren una agresión injusta por parte de la Administración, derecho subjetivos que tienden entonces al restablecimiento de dichas ventajas por vía reaccional o de eliminación del injusto que las niega, las desconoce o las perturba, y esta consagración comienza y la basa en un determinado concepto de la situación del ciudadano en la sociedad y en el Estado que puso en marcha la Revolución Francesa.

El artículo 4 de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789 declaró:

“La libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudica a otros; así los derechos naturales de cada hombre no tienen otros límites que los que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de esos mismos derechos. Estos límites no pueden ser determinados más que por la Ley”. El art. 5 corroborando el importante párrafo final del anterior señala: “La ley no tiene derecho a prohibir más que las acciones perjudiciales a la sociedad. Todo lo que no está prohibido por la ley no puede ser impedido y nadie puede ser forzado a hacer lo que ella no ordena”.

Señala que en el proyecto girondino de declaración de derechos se decía:

“la conservación de la libertad depende de la sumisión a la ley, que es la expresión de la voluntad general”.

El art. 9 de la declaración inserta en la Declaración de 1789 precisa:

“la ley debe proteger la libertad pública individual contra la opresión de los que gobiernan”.

Y en la declaración de la Constitución del año III, artículo 9 se reitera el principio:

“Lo que no está prohibido por la ley no puede ser impedido. Nadie puede ser forzado a hacer lo que la ley no ordena”.

Considera por ello, que la base estructural de cualquier construcción de un Estado de Derecho, donde se articulan las posiciones jurídicas básicas de la Administración y del administrado y el principio de legalidad de la Administración, sobre la base de las exigencias que ella misma puede derivar de su condición de organización burocrática y racionalizada que garantiza la libertad (sobre la base de lo que dispone la ley) implica que cualquier acto administrativo ilegal constituye una ofensa a la libertad del ciudadano, injustamente afectado por dicho acto, lo que constituye una aguda diferencia, desde el punto de vista jurídico, entre la Administración del rey Absoluto y la surgida de la Revolución.

Durante la primera, la política era una pura instrucción interna que se articulaba en una dirección concreta, por la superioridad abstracta y subjetiva que correspondía al rey, por ser tal, y que ponía en marcha su propio aparato operativo, en el que la ley no era, propiamente, condición de validez de una acción concreta y mucho menos sobre sus términos era posible articular derechos subjetivos de los súbditos.

Considera que la Revolución transforma ese panorama tradicional, de manera que por obra de la jurisprudencia y derivado de la confrontación entre la calidad administrativa y la situación del administrado, sobre la base el control de legalidad objetivo se va abriendo la brecha de la que haré una exposición más concreta al tratar los regímenes procesales en el apartado correspondiente referido a la evolución del sistema contencioso-administrativo francés y en donde tienen cabida, no solo los intereses legítimos sino también los directos por obra del Consejo de Estado francés.

García de Enterría considera sobre la base de la doctrina alemana, que nos encontramos pues ante una nueva hornada de derechos subjetivos, si es que no lo son por esta vía todos<sup>695</sup>, incluso los tradicionales privados en la nueva construcción del Estado de Derecho alemán sino también del propio francés, ya que la acción y, consiguientemente, el Derecho no están dirigidos a purificar por razones objetivas la actuación administrativa sino en defensa de los propios intereses.

El recurrente es parte en el proceso y no un representante de la ley y la Administración también es parte procesal, en cuanto destinataria de una pretensión procesal que le afecta, de manera que, encontrándonos ante un recurso aparentemente objetivo tiene una trascendencia subjetiva, que le hace titular de un derecho subjetivo propiamente dicho, que no de un simple interés, más o menos cualificado<sup>696</sup>.

En estas circunstancias parece fuera de toda duda que, realmente, nuestro sistema contencioso-administrativo tiene poco presente nuestra idiosincrasia y personalidad.

Si en un primer momento siguió a Francia (a la que copia en líneas generales) después por la tendencia subjetivista (la base del Derecho Público alemán lo es en gran medida el Derecho Privado y más en concreto el Civil) y la trascendencia del derecho subjetivo será Alemania nuestra inspiración, es decir, lejos de lo que preconiza Vasco Pereira da Silva de considerar que el ordenamiento jurídico debe obedecer a nuestra idiosincrasia, personalidad y raíces, sin perjuicio de apertura hacia el extranjero pero ni la doctrina ni la jurisprudencia deben imputar su actuación al Derecho extranjero<sup>697</sup>.

---

<sup>695</sup> Como vemos se trata plenamente de la teoría del Estado de Derecho alemán en el que todos los derechos (subjetivos) se consideran emanación del Estado.

<sup>696</sup> Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, II, cuarta edición, editorial Civitas, 1988, pp. 47-54.

<sup>697</sup> Vasco Pereira da Silva, *Direito Constitucional y Administrativo sem Fronteiras*, Almedina, 2019, p. 45.

**SEGUNDA PARTE. LOS ANTECEDENTES  
INMEDIATOS: UNA VISIÓN CRÍTICA DEL  
CONTENIDO DE LOS ELEMENTOS EN QUE SE  
BASA EL SISTEMA ADMINISTRATIVO Y  
CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO**



## VII. LOS ILUMINISMOS INGLÉS, NORTEAMERICANO Y FRANCÉS

La idea del Estado Liberal de Derecho, respetuoso y garantizador de los derechos humanos se consideran en España de paternidad prácticamente única, francesa, consecuencia de los Ilustrados franceses, reconociéndose como fuente accesoria de inspiración a los sistemas políticos de Inglaterra y Norteamérica.

Esta Revolución Francesa, que se considera nos trae los parabienes y consolida la Modernidad y la justicia como innovación, al pasar a principio inspirador, entienden que, prácticamente, tiene como único fenómeno semejante a la revolución Neolítica.

La doctrina científica mayoritaria (salvo algún verso suelto) de la que puede ser una buena muestra Luis María Díez-Picazo Giménez, autor de un manual que se remitió a todos y cada uno de sus miembros de la Carrera Judicial por el Consejo General del Poder Judicial, considera que el Constitucionalismo moderno ha formulado los límites jurídicos al poder político como derechos, ya que en el constitucionalismo antiguo: griego, romano y medieval se articulaba en simples normas de Derecho objetivo, afirmación que se basa en las declaraciones de derechos humanos y en el sustrato filosófico que surge del Iusnaturalismo racionalista, que tiene su origen en la Reforma Protestante, que determina que el Derecho natural, ya no puede concebirse como una emanación de la verdad revelada sino en lo único que tienen los hombres en común: la razón<sup>698</sup>.

---

<sup>698</sup> En enero de 2004 se produjo un trascendental encuentro en la Academia Católica de Múnich entre el entonces cardenal Ratzinger y el filósofo Habermas. El máximo representante de la denominada Teoría Crítica, que hasta los años 80 consideraba que la religión había perdido fuerza expansiva, y, por tanto, sus funciones ideológicas, y que se definió como “sin oído para la religión” destacó, ahora, la utilidad de la religión para el surgimiento de una solidaridad ciudadana, que diese salida a una Modernidad que, según él, se encuentra en un callejón sin salida, a la vez que hacía un llamamiento a la filosofía para que, además de tributarle respeto, adoptase una actitud dispuesta al aprendizaje de las tradiciones religiosas, y que a diferencia de Kant y Hegel, extrajese conocimientos de las citadas tradiciones religiosas, al igual que del comportamiento de las personas y modos de vida que actúan siguiendo estas convicciones. Jürgen Habermas, *El Discurso Filosófico de la Modernidad*, versión castellana de M. Jiménez Rondo, Taurus, 1989, señala que para Nietzsche, la razón que se presenta en esa forma cuasi-religiosa que es el humanismo culto, ya no desempeña ninguna fuerza sintética capaz de sustituir el poder unificante de la religión tradicional. La modernidad pierde su posición de privilegio, y solamente constituye ya, una última época de la historia de la racionalización que viene de muy lejos, y que se inició con la disolución de la vida arcaica y la destrucción del mito. Destaca también los desvelos de Nietzsche respecto de las críticas a la razón, que al convertirse en total se torna en autorreferencial, teniendo presente la capacidad crítica de estimación valorativa, y que lo estético queda más bien mistificado y convertido en lo otro de la razón. La dominación nihilista de la razón, como lejanía de los dioses en que se anuncia el advenimiento del dios ausente, centrada en el sujeto, es concebida como resultado y expresión de una voluntad de poder. Destaca que es Wagner quien lleva a Nietzsche al desengaño acerca de todo lo que a nosotros, los modernos, nos queda para entusiasmarlos, porque él, un rematado decadente, “súbitamente... ha caído de rodillas ante la cruz cristiana”.

El Papa Benedicto XVI señaló entonces, que era tarea de la política someter el poder al control de la ley, con el fin de que se haga un uso razonable del mismo, teniendo presente que las mayorías tampoco resuelven la cuestión de los fundamentos éticos del Derecho, y llamó también la atención respecto de la problemática que presentan los aspectos normativos de los derechos humanos sometidos al escrutinio del juego de esas mayorías. Señalaba que la desconfianza hacia la ley se produciría siempre que esta dejase de ser expresión de una justicia al servicio de todos, convirtiéndose en producto de la arbitrariedad y en abuso por parte de los que tienen el poder para hacer las leyes.

Tras destacar lo que él llamó las patologías de la razón, tales como la bomba atómica o el ser humano entendido como producto, apuntó una rectificación del rumbo de la mano del derecho natural y de los derechos humanos, portadores de valores

El Derecho natural entendido como ideal de justicia, queda centrada en el individuo y se entiende que los derechos tienden a ser formulados como facultades de ese individuo frente a la colectividad.

Considera que el concepto de derecho subjetivo procede del Iusnaturalismo racionalista, ya que era un concepto desconocido tanto por el *ius commune* como por el Derecho inglés, concepto el de derecho subjetivo, que servirá de soporte para configurar los derechos fundamentales.

Todo ello sobre la base del acuerdo múltiple social del contrato social, que hace a los individuos dueños de su destino colectivo, síntesis de todas estas ideas que tiene plasmación en el artículo 16 de la Declaración francesa de derechos del hombre y del ciudadano de 1789, que señala que toda sociedad en la que la garantía de los derechos no esté asegurada ni la separación de poderes establecida no tiene Constitución, aspecto que se encuentra totalmente vigente, al remitirse la actual francesa de 1958 a la de 1789 en materia de derechos fundamentales<sup>699</sup>.

Uno de los aspectos esenciales de este trabajo es desenmascarar esta propaganda, que lejos de no reflejar la realidad, esconde realmente aspectos totalmente diferentes e incluso antitéticos.

Debe destacarse que los materiales que se dicen aprovechar de los filósofos Iluministas franceses no defendían tales tesis; que precisamente la Revolución Francesa plasmó, más que nada, un sistema de organización del poder en favor de la burguesía; que el Iusnaturalismo racionalista hunde sus raíces en la Segunda Escolástica, de la que no es sino una tergiversada evolución; y que la teoría de los derechos subjetivos puede ser muy anterior e incluso revestir un gran peligro en la organización social, como se abordará al tratar el Estado de Derecho alemán.

Las afirmaciones de Luis María Díez-Picazo Giménez, que constituyen las ideas generalizadas de la doctrina reinante, entiendo que son claramente contradictorias: porque ¿cómo va a ser la teoría de los derechos subjetivos soporte de las declaraciones de derechos humanos cuando se afirma que es desconocida, como efectivamente lo es, en el Derecho anglosajón, que también reconoce los mismos, con anterioridad y se dice que sirve de inspiración a los franceses?, ¿en los sistemas de Derecho Continental, que se nutren de los principios de la Revolución Francesa existe, acaso, derecho fundamental que no haya sido declarado, previamente, por una norma jurídica?, ¿cómo se dice entonces que son anteriores al ordenamiento jurídico en que se declaran?

Antes de las teorías contractualistas basadas en los individualismos existían explicaciones más realistas<sup>700</sup> sobre nuestra organización social como seres gregarios que permitían la oposición ante las

---

y normas que pueden encontrarse pero no inventarse, siendo las personas sujetos de derechos por el mero hecho de pertenecer a la raza humana, coincidiendo con Habermas en que la fe cristiana y la racionalidad secular Occidental se deben escuchar mutuamente y desarrollar una relación complementaria, en favor de la Humanidad. Benedicto XVI señaló en la Epifanía de 2012 que: “desde hace más de 2000 años, la verdadera luz es Cristo, mientras que el mundo, con todos sus recursos, no es capaz de dar luz a la Humanidad para iluminarla en su camino. Lo vemos en nuestros días: la civilización Occidental parece haber perdido la orientación, navega a ojo; la Iglesia, en cambio, puede ver a través de la niebla, gracias a la palabra de Dios...” San Juan Pablo II ya había intuido esa situación del alma humana y por eso cuando inauguró su pontificado, desde la Plaza de San Pedro, el 22-10-1978, pronunció como primeras palabras: “No tengáis miedo” reiterando una melodía como vicario de Cristo hasta su muerte en 2005: “No tengáis miedo a la verdad de vosotros mismos”, “No tengáis miedo de vosotros mismos, de abrir de par en par las puertas a Cristo”, lo que, como vemos es uno de los gritos más esperanzadores y revolucionarios del mundo contemporáneo, que se debate entre la angustia y los miedos hacia los monstruos que él mismo ha creado.

<sup>699</sup> Luis María Díez-Picazo, *Sistema derechos fundamentales*, Tomson- Civitas, 2003, pp. 27-29.

<sup>700</sup> Como sin duda lo son las de Santo Tomás.

injusticias individuales y colectivas<sup>701</sup>.

En fin, un cuento de niños que se atreven a obligarnos a creer al pie de la letra desde la más tierna infancia en los colegios de enseñanza y sobre el que pocas personas se atreven a reflexionar.

Una de ellas, Elvira Roca, basándose en Arnoldsson ratifica que si la leyenda negra de España es la mayor alucinación colectiva de Occidente, la leyenda ilustrada de Francia es la segunda y destaca la gigantesca desproporción entre la verdadera situación económica y social de Francia, y la imagen que los Ilustrados franceses consiguen proyectar de su país, interna y externamente.

Considera que se trata de un fenómeno colectivo fascinante y poco estudiado como producto cultural creado y vendido por los propios Ilustrados, en una operación de marketing intelectual que debería hacer palidecer de envidia a las modernas compañías publicitarias.

La opinión pública francesa está convencida de que todo cuanto sucede en Rusia y Estados Unidos es obra de sus Ilustrados y Alexis Tocqueville señala que los franceses llevaban décadas viviendo en la ciudad ideal, construida por sus escritores, hasta el extremo de creer que los americanos se limitaban a ejecutar lo concebido por ellos<sup>702</sup>.

En las páginas siguientes se va a intentar diseccionar el mito de la Revolución Francesa, cuyas falsas premisas sirven de sustrato al sistema jurídico y político de la Europa continental.

Marx manifestó, que cuando el mundo Antiguo estaba declinando, las viejas religiones fueron vencidas por la religión cristiana pero en el S. XVII, las ideas cristianas cedieron su puesto a las ideas filosóficas.

El legado extraordinario de la triple herencia: la razón griega, el Derecho romano y la religión cristiana fue administrado, hasta finales del s. XVIII, por los dos poderes que configuran el Antiguo Régimen: los Reyes y los Papas.

Sin embargo, a partir de la Revolución Francesa, que persigue a la religión cristiana como responsable de todas las desdichas que sufre el ser humano y al Antiguo Régimen, personificado en los Reyes, como causa de todas las injusticias, serán las ideologías quienes configurarán el mundo nuevo, apareciendo en cascada y con este orden: Ilustración y masonería, Positivismo y nacionalismos,

---

<sup>701</sup> Como se ha dicho y se desarrollará con los derechos declarados que no innatos de Hobbes, Rousseau o Kant niegan el derecho de resistencia ciudadana salvo que expresamente lo reconozca la Constitución, como se hace en el art. 20 de la Ley Fundamental de 1949, tras una reforma de 1968. Precisamente, el derecho de resistencia que se recoge en el párrafo cuarto del artículo 20 citado señala que: “Todo alemán tendrá derecho de resistencia cuando no exista otro remedio contra quienquiera que se proponga eliminar el orden de referencia” no viene sino a hacer un planteamiento radicalmente opuesto al que resultaría de la Escolástica, ya que se basa en la defensa del orden vigente, a la manera de *El fin de la historia* de Fukuyama. Quizás en términos más parecidos, como legítima defensa, lo recoge el artículo 20.2 de la Constitución portuguesa de 1976 que señala que: “Todos tendrán derecho a resistir a cualquier orden que atente a sus derechos, libertades y garantías y a repeler por la fuerza toda agresión, cuando no sea posible recurrir a la autoridad pública”.

En cualquier caso, esta normativa viene a reconocer la posible crisis del sistema, ya que lo ordinario es que el propio sistema se defienda a sí mismo, en su caso, a través de los Tribunales, lo que no viene sino a poner de manifiesto la necesidad prevalente del Iusnaturalismo. José Luis Mirete Navarro, “Derecho de resistencia y Constituciones”, *Las Constituciones europeas*, Editora Nacional, Madrid, 1979, pp. 65 y sgts.

<sup>702</sup> María Elvira Roca Barea, *Imperiofobia y la leyenda negra, Roma, Rusia, Estados Unidos y el Imperio Español*, Siruela, Madrid, 2016, pp. 93-103 y preámbulo. Destaca, basándose en Orwel, la dificultad de percibir lo que está delante de nuestros ojos, que exige un esfuerzo permanente.

Liberalismo y comunismo marxista, evolucionismo radical y ecologismo, psicoanálisis freudiano y revolución sexual e ideología de género y posverdad<sup>703</sup>.

Si los griegos pasaron del mito al *logos* a través del puente de la filosofía, sus nietos europeos han girado sus talones en el S. XVIII y han cruzado el puente en sentido inverso, cayendo en los grandes mitos modernos: las ideologías, cuyo estudio comporta, sin duda, una perspectiva esencial en la comprensión del mundo actual.

Aunque nacieron a lo largo de los s. XVIII, XIX y XX rebosan de buena salud y virtualidad en el XXI, con cuya ingeniería social se pretende deconstruir la civilización en la que han nacido, siendo su objetivo el asalto a Occidente.

La civilización Occidental se construye sobre el legado de Grecia, Roma y el cristianismo.

Grecia aporta la razón rigurosa y la democracia, el derecho a ser regido por la ley y el deber de cumplirla, naciendo también en Grecia la enseñanza, que perdura a través de la Edad Media y el Renacimiento hasta las sociedades Occidentales modernas, exigiendo un nivel ético elevado que propone el cultivo de las verdades fundamentales.

Pero si en Grecia existen tantas legislaciones como ciudades, Roma es capaz de construir y mantener la cohesión de un gran imperio por su Derecho, fruto del espíritu práctico de los romanos y de su profundo respeto por la tradición heredada, que propicia una minuciosa recopilación de dictámenes y sentencias judiciales, *Corpus* que se estudia más tarde en las mejores universidades y constituirá la base de los futuros ordenamientos jurídicos Occidentales modernos.

Mientras que griegos y romanos vislumbraron que el universo obedece al plan de algún extraño o invisible ser, lo que jamás pudieron imaginar es que tal Hacedor del Mundo pudiese visitarlo en persona y explicarlo montado en una barca o presidiendo una cena, que es lo que aporta el cristianismo.

Este hecho, que ha sido admitido en bloque por la civilización Occidental durante casi dos milenios, constituye el hecho más asombroso que ha conocido el hombre sobre la faz de la tierra.

Esta triple alianza entre Grecia, Roma y el cristianismo produce, entre otros logros, el Humanismo, como ennoblecimiento armónico del ser humano en sus principales facetas: estética, ética y espiritual, constituyendo la invención de la universidad, su forma de convivencia culta, y como tercer fruto, la ciencia y la técnica, se despliegan de forma decidida a partir del s. XVI<sup>704</sup>.

Por otro lado, no se puede pasar por alto el último eslabón ideológico, de gran impacto social, ya

---

<sup>703</sup> Aunque José Ramón Ayllón, que es el autor al que seguimos en este punto, según expone en su obra *El mundo de las ideologías*, Homo Legens, 2019, (pp.13-16) desmenuza a lo largo de su obra, cada una de las que se han señalado, queremos traer colación la obra de Manuel R. Torres Soriano, (coordinador) *Desinformacion. Poder y manipulación en la era digital*, colección análisis y crítica social, Comares, 2019, en la que diversos autores se refieren a: “La tormenta perfecta”, “Los enfoques estadounidense y ruso de la guerra informativa”, “La injerencia rusa. Putin contra Occidente”, “Desinformacion Rusa contra la Unión Europea”, Guerra mundial en Internet. Cómo la desinformacion agravó la crisis de la independencia catalana”, “Al Andalus o la manipulación de la historia” o “Cómo el terrorismo yihadista utiliza la desinformación” lo cual es introducido por las palabras de Maquiavelo: “Desde hace un tiempo a esta parte, yo no digo nunca lo que creo, ni creo nunca lo que digo. Y si se me escapa alguna verdad de vez en cuando, la escondo entre tantas mentiras, que es difícil reconocerla”.

<sup>704</sup> José Ramón Ayllón, *El mundo de las ideologías*, Homolegens, 2019, pp. 13-16.

que abarca el todo social, como lo es el populismo político, el económico, el feminista, el ecologista, el humanitario, el animalista o el de la información, más fáciles de implantar en una sociedad cerrada de signo socialista, comunista o en el que tenga una gran importancia el poder público, sin olvidar el rédito político que permite su abrazo, al permitir a los partidos políticos minoritarios obtener el poder.

En ese mundo de las ideologías y de la voluntad de describir la historia por ley se pone de manifiesto la importancia de la historia como una sucesión de acontecimientos estudiados desde un punto de vista objetivo, al margen de las filosofías de la historia, el ensayismo o la novela histórica, puesto que para las ideologías es esencial la creación de mundos imaginarios que se construyen con ellas y en los que la verdad tiene poca importancia.

Todo ello sucede, especialmente, en aquellos movimientos ideológicos que quieren borrar la tradición y la historia como intrascendentes, ya que entienden que lo relevante es la actualidad, el presente, el vivir al día, la última polémica de twitter, la última declaración del político de turno o el último escándalo de corrupción pero sin una ligación objetiva que ponga de manifiesto un determinado fenómeno, que la visión ideológica de lo que acontece nos explicará sin el menor esfuerzo de reflexión por nuestra parte, lo que es incompatible con esa visión crítica y realista que debe imponernos la historia y el análisis de los fenómenos sociales y políticos.

## 1. EL CUERPO DOCTRINAL DEL ILUMINISMO

Como acabamos de decir, en general, la idea del Iluminismo entre los españoles está tomada del francés, que se encuentra enmarcada en las ideas de *L'Encyclopédie*, formada entre 1751 y 1779 por 17 volúmenes y 11 adendas, con 7 volúmenes complementarios, que aparecieron entre 1776 y 1789, y cuya finalidad era recoger todo el conocimiento que se encontraba disperso sobre la faz de la Tierra<sup>705</sup> para entregarlo a los hombres.

De esta manera, el saber podía transmitirse a los sucesores para convertirlos, no solo en los más sabios sino también en los más virtuosos y felices, y ello a través del instrumento de la razón pero Helvetius murió en 1771, Voltaire y Rousseau en 1778, D'Alembert y Diderot en 1783 y 1784, y Holbach en 1789, en vísperas de la Revolución.

Condorcet tuvo la suerte de verla y mantener las más altas esperanzas hasta que tuvo que huir del Terror, muriendo en la cárcel en 1794, que es lo que más probablemente le hubiese sucedido a todos los filósofos que la inspiraron, como le sucedió a Robespierre.

Mientras que la Revolución Francesa terminó en desastre, el Iluminismo Inglés y Americano, y sus Revoluciones siguen constituyendo el soporte de la convivencia a la que dieron lugar.

*The Federalist* se encuentra disponible en varias ediciones, constituye un manual de ciencia política y cada vez se cita con mayor frecuencia, tanto por la izquierda como por la derecha mientras que la obra del Iluminismo Francés no pasó de la primera edición y tiene interés, mayormente, para los historiadores.

Mientras que la obra del Iluminismo Inglés se considera viva para resolver los asuntos

---

<sup>705</sup> Tal idea no es novedosa, como se ha dicho, ya que la había puesto en práctica San Isidoro de Sevilla.

contemporáneos y la del Norteamericano ha servido para convivencia entre Estados, ningún mandatario francés tiene en su despacho una foto de Rousseau ni de Robespierre, quizá de Napoleón, que transformó la República en Imperio y después presidió su ignominiosa caída a través de las mayores guerras e invasiones que han conocido los siglos.

El discurso de despedida de George Washington (que así se denomina a la capital) es leído cada aniversario en el Senado.

Gertrude Himmelfarb<sup>706</sup>, tras el examen exhaustivo de las obras y demás escritos de los autores y actores de los Iluminismos Francés, Inglés y Americano: Rousseau, Voltaire, Diderot, Montesquieu, Holbach, Helvetius, D'Alembert, Turgot, Locke, Hobbes, Reid, Adam Smith, Newton, Bacon, Hume, Butler, Burke, Gibbon, Blackstone, Jay, Jefferson, Hamilton, Madison, etc... y de comentaristas como Tocqueville, puntualiza las características particulares de cada uno.

Destaca que aunque las coincidencias entre ellos son muchas, su presentación como un coro o un conjunto comprensivo de varios individuos de diferentes países, todos unidos con un objetivo común y un único estilo de pensamiento no es exacta y obedece a la idea francesa creadora de la palabra y el concepto, que no es precisa, ya que comprende a varios individuos con opiniones diferentes, que defendían pretensiones notoriamente distintas en cada país.

El Iluminismo Francés es eminentemente filosófico, el Inglés filosófico-sociológico y el Americano promulga una nueva ciencia política.

A los ingleses los considera filósofos morales más que otra cosa y de los americanos destaca su compromiso con la libertad. Al británico lo considera la sociología de la virtud, el francés de la razón y al norteamericano la política de la libertad.

*The Federalist* no tenía las pretensiones de cambiar al hombre por otro mejor o de conocer, a través de la razón, principios válidos para todo tiempo y lugar sino que era concebido con un propósito específico y para un país concreto.

Hamilton alertaba a sus compatriotas de la búsqueda quimérica de un plan perfecto, puesto que nunca se debe esperar una obra perfecta de un hombre imperfecto.

Los ingleses, en tanto que filósofos morales o sociólogos, se encontraban preocupados por el hombre dentro de su contexto social. Los franceses, esencialmente filósofos, se encontraban más preocupados por racionalizar el mundo y hacer de la razón un principio de gobierno de la sociedad mientras que los norteamericanos, más modestos, procuraban crear una nueva ciencia de la política, estableciendo una república que fuera un firme aliado de la libertad.

El protagonismo de los franceses se debe a varios factores: uno de ellos es su unión a uno de los acontecimientos más dramáticos de la Modernidad como lo es, sin duda, la Revolución Francesa, otro, su voluntad de protagonismo emancipador y universal, y por último fueron los creadores de la palabra y el concepto, ya que los filósofos constituían una clase de intelectuales organizados, disidentes y potencialmente revolucionarios. Los ingleses eran esencialmente reformadores, con ritmo propio y los americanos constituían una fuerza revolucionaria en sí misma como nunca lo fueron los franceses.

---

<sup>706</sup> Gertrude Himmelfarb, *The Road to Modernity*, 2004, traducida al portugués por Miguel Freitas da Costa, *Os caminhos para a modernidade, Os iluminismo Britânico, Francês y Americano*, Biblioteca Nacional de Portugal, 2015. La elaboración de este apartado ha tenido como base principal a esta obra sin perjuicio de otras que se mencionan expresamente.

Mientras que en Inglaterra se hablaba sobre los términos del Gobierno con quienes gobernaban y Norteamérica entre quienes gobernaban, en Francia se trataba de grupos diferentes y desconectados, que aspiraban a gobernar.

Inglaterra ya había tenido una revolución “Gloriosa”, gozando de cierta libertad religiosa, Norteamérica participaba de ese legado y procuraba la independencia mientras que Francia carecía de todo ello.

Gertrude pone de manifiesto la importancia que hacia la modernidad tuvieron los movimientos inglés y americano, en donde el francés no es sino una copia tergiversada, que según Muñoz-Arraco<sup>707</sup> desempeñó su función en la difusión de tales tergiversadas ideas.

A los estudiantes españoles, desde los primeros cursos de enseñanza, se les adoctrina sobre la enorme importancia que la Revolución Francesa ha desempeñado en el desarrollo social, pasando de una época oscura a otra de las luces, hacia un modelo de felicidad social, basado en los falsos principios que se están analizando<sup>708</sup>.

Esta Revolución, que se dice solo superada por la Neolítica, se explica sin detenerse prácticamente en la Inglesa y en la que la Norteamericana constituye un mero preámbulo, al que se dedica el mínimo espacio.

Desde luego, sin noticias de sus raíces cristianas, es más se predicán contrapuestas, como si la Segunda Escolástica nada hubiese dicho sobre el particular o las Iglesia Reformadas, que desarrollan a la anterior ( erróneamente desde mi punto de vista) no fuesen cristianas<sup>709</sup>.

Por ello, considero que es precisa una profunda labor de revisión del alcance de las ideas de la Revolución Francesa, que deben quedar reducidas a un movimiento social, en el que la clase burguesa se apodera del poder público, de los bienes de dominio público y del Presupuesto del Estado, dando lugar a una concentración del poder público en sus manos desconocida hasta ahora, a través de unos mecanismos que dice se ponen en marcha sobre la base de una supuesta participación voluntaria de la sociedad.

Entiendo que se trata de un extraordinario esfuerzo de legitimación del poder público de la mano de los más diversos profesionales, capaz de acallar todas las críticas pero frente a ello debe tenerse presente el principio de veracidad, que debe ser el criterio de actuación de cualquier pensador y desde mi particular punto de vista se están construyendo tantas falacias, que se recitan a modo de catecismo laicista, que constituyen una rémora muy importante para nuestro desarrollo económico, social y moral, como acreditan los países del *common law* y pusieron de manifiesto los pensadores en que dicen apoyarse y se recoge en nuestra tradición patria.

---

<sup>707</sup> José Manuel Pérez-Prendes Muñoz-Arraco, *Interpretación histórica del Derecho*, Universidad Complutense de Madrid, 1996, p.1063.

<sup>708</sup> La Edad Media se dice fría y oscura, como si el gótico, el canto gregoriano o la creación de universidades fuesen, prácticamente, una cuestión de azar o la práctica de disecciones del cuerpo humano nada tuviese que ver con el conocimiento científico, como si todo se alumbrase de un día para otro. Todo lo contrario, como se ha dicho, la Edad Media fue una época, en general, de climas anormalmente cálidos, a diferencia de como de ordinario se le suele representar en la filmografía a través de paisajes fríos o desolados o directamente siempre nevando.

<sup>709</sup> Ver Santiago Muñoz Machado, *Tratado de Derecho administrativo y Derecho Público general*, T. I, *La formación de las instituciones públicas y su sometimiento al Derecho*, tercera edición, Madrid, 2011, pp. 444 y sgts.

En una fase posterior, esta burguesía se apropiará de los bienes de la Iglesia, en lo que fueron pioneras las Iglesias Reformadas y como secuela de esta apropiación, que se dice popular de los bienes públicos y del poder público, aparecerá el comunismo, que merced a su incapacidad gestora unido a su jacobinismo social determinarán su fracaso como forma política, dejando tras de sí la más completa infelicidad y las más abominables matanzas.

El avance de la Ilustración disuelve la idea de razón objetiva con el dogmatismo y la superstición pero a menudo son precisamente la reacción y el oscurantismo, los que más ventaja sacan de esta solución. Intereses creados opuestos a las tradicionales valores humanitarios que acostumbra a reclamarse en nombre del santo sentido común y de la razón neutralizada impotente<sup>710</sup>

La doctrina no suele detenerse a definir las peculiaridades del Iluminismo Norteamericano e Inglés sobre el Francés, que considero más importantes y ajustados a las necesidades de la civilización.

Más adelante se hará mención de las opiniones de García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, de un lado, y de las demolidoras y poco conocidas conclusiones de Clavero Salvador, que considera que la intervención de la Revolución Francesa en la universidad fue total y a su servicio considera que sigue, y no solo en Francia.

Como señala Alberto G. Ibáñez, Rousseau es considerado el autor intelectual de la trilogía: libertad, igualdad y fraternidad, errores que se ocultan o se venden como genialidades indiscutidas cuando, realmente, era un hombre que no había ido a la universidad puesto que era autodidacta; que trataba mal a su mujer y a la que fuerza, hasta en cinco ocasiones, a abandonar en un hospicio a los hijos que tienen en común según van naciendo pero que, paradójicamente, dedicó un libro entero a cómo organizar la educación de los niños y que llega a decir que la única y más antigua de todas las sociedades es la familia, que los hijos deben permanecer con el padre todo el tiempo que necesiten de él o que en la familia, el amor por los padres remunera los cuidados que prestan; lo que en cualquier sociedad civilizada determinaría los calificativos de hipócrita, analfabeto, detestable, bruto o desalmado<sup>711</sup>.

Constituye también una de sus más características afirmaciones que el hombre ha nacido libre y es bueno por naturaleza cuando antropológicamente en la naturaleza rige la ley del más fuerte, el pez grande devora al chico, teniendo el mito del buen salvaje poco recorrido, aparte de arma arrojadiza porque en la Enciclopedia Francesa del término *sauvage* destaca que la mayor parte de los indios que poblaban América eran feroces y se alimentaban de carne humana y los holandeses y anglosajones los describían como seres diabólicos, ignorantes y estúpidos.

Montesquieu considera que el clima influye en el carácter de los pueblos, afirmación por la que concluía que la libertad no estaba al alcance de todos los pueblos.

---

<sup>710</sup> Horkheimer, M, *Crítica de la razón instrumental*, prólogo de J. J. Sánchez y trad. J. Muñoz, Madrid, Trotta, 2002 (1947), p. 61. Cit. José Luis Muñoz de Baena Simón, *La abstracción del mundo. Sobre el mal autoinmune de la juridicidad moderna*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018, p. 116.

<sup>711</sup> En este punto considero que se debe tener bien presente que hasta entonces, los máximos representantes de la civilización Occidental tenían características comunes: expusieron sus doctrinas a través de sus hechos y fueron condenados a muerte y, efectivamente ejecutados por sus ideas tan radicalmente novedosas, es decir, tanto Sócrates como Cristo no dejaron ni una sola línea escrita sobre su doctrina.

Esta trilogía: libertad, igualdad y fraternidad, al igual que el farsante ejemplo que nos brindó con su existencia Rousseau, constituyen errores que se ocultan o se venden como genialidades indiscutidas cuando, realmente, no son principios de la Ilustración francesa sino las características más católicas e hispanas.

Como nos descubre Ramiro de Maeztu, las ideas de libertad, igualdad y fraternidad definen a la perfección el modelo de ser hispano<sup>712</sup>.

Para comportarse como un ser humano se precisa de la libertad en sus diversas manifestaciones: moral o metafísica y política, de manera que al menos no se le estorbe para hacer el bien.

Esta libertad política ha de ser igual para todos los hombres, de donde se deduce el principio de igualdad, en cuanto practicable y efectivo, y todos los hombres se hermanan entre sí, en su ideal de hacer y practicar el bien, que a todos nos enlaza y hermana.

Considera que la libertad es intrínseca al ser humano y a su bondad e incompatible con el escepticismo de los filósofos del Liberalismo, ya que nuestra religión infunde a los hombres y a las colectividades, un espíritu generoso de servicio universal con que acaban de limpiarse los pecados humanos y la sociedad debe organizarse, tanto en facilitar el contacto con Dios, como en un conjunto de favorecimientos hacia el bien y disuasiones hacia el mal.

La única igualdad que es compatible con la libertad es la igualdad ante la ley, que no tiene otro sentido que la ley debe proteger a todos los ciudadanos de la misma manera y esta condición de su naturaleza es lo que ha hecho también posible y necesario el Derecho, que no existiría si los hombres no pudieran cumplir las leyes.

Son imperativas porque pueden igualmente no cumplirlas y tienen carácter universal porque esa capacidad de cumplirlas o no, es de todos los hombres.

La fraternidad de los hombres no puede tener más fundamento que la conciencia de la común paternidad de Dios y el incrédulo que predica la fraternidad humana no se da cuenta del origen exclusivamente religioso de esta idea.

Destaca que la cuestión de la fraternidad se ha convertido en rencor insaciable y perpetuo contra todas o casi todas las clases gobernantes del Antiguo Régimen, resaltando que el único resultado real de las Revoluciones ha sido que las antiguas clases dominantes han sido depuestas de sus posiciones de poder por otras<sup>713</sup>.

## **2. LAS DIFERENTES CARACTERÍSTICAS DE LOS ILUMINISMOS INGLÉS Y AMERICANO Y SUS DIFERENCIAS CON EL FRANCÉS.**

Los Iluminismos Inglés y Americano se circunscriben, esencialmente, a las garantías de protección de los derechos y, por ello, en establecer unas reglas de juego que eviten la arbitrariedad de los poderes públicos.

---

<sup>712</sup> Ignacio Sánchez Cámara, “el infrahombre”, *ABC*, 26-4-2017.

<sup>713</sup> Ramiro de Maeztu, *Defensa de la Hispanidad*, Homolegens, 2011, pp. 59-78.

Aunque la Declaración Americana parte de la necesidad del Gobierno también puede deducirse una desconfianza hacia él.

Las Declaraciones Americanas parten de la desafección al Parlamento inglés, cuya legislación cuestionan y cuyas decisiones combaten.

La Revolución Americana se opone a que sea el legislador el que otorgue los derechos a los súbditos, una versión estatalista que los colonos aborrecen por el carácter natural de los derechos y libertades (ya se ha expuesto como tal idea española pasó a Norteamérica de manos inglesas previo paso por Holanda), y rompen con Inglaterra para evitar dicha amenaza.

La Constitución americana se concibió como lugar de desarrollo de los individuos y de las fuerzas políticas y sociales, siendo su valor dominante la tutela fuerte y absoluta de los derechos individuales mientras que en Francia, el estatalismo de la declaración impone al legislador no solo deberes de protección y conservación de los derechos individuales sino la necesidad de crear un marco de convivencia, en el que se vean realizados los derechos del conjunto de la sociedad, procurando su transformación.

La Constitución Liberal estadounidense de 1787, inspirada en la separación de poderes teorizada por Locke sobre la base de la Revolución Inglesa de 1688, en la Declaración de derechos de 1689 y el *common law*, mientras que la jacobina francesa de 1793 se inspira en la supremacía de la voluntad general propuesta por Rousseau.

En Francia no se piensa como en Inglaterra, que el primer fin de la sociedad civil sea la protección de la libertad y de la propiedad sino crear una forma de gobierno que exprese, verdaderamente, la soberanía del pueblo, de manera que con el legicentrismo se produce una llamada corrección del modelo individualista en sentido estatalista, ya que su preexistencia obliga a su respeto y preservación por parte del Estado.

La actitud de una gran parte los de los assembleístas franceses es diferente, ya que son más perfeccionistas que sus homólogos americanos, puesto que no aceptan el poder imperfecto y quieren constituir un modelo de gobierno perfecto a partir de los derechos del hombre, protegiéndolos mediante leyes perfectas a través de la racionalización del Derecho, del legislador como intérprete de la voluntad general, que consideran asegurará, inevitablemente, la garantía de los derechos y reconciliarán al hombre y al ciudadano con el Estado.

De esta manera el legicentrismo no solo servirá para la configuración y protección de los derechos y la ordenación de los poderes públicos, convirtiendo a la ley en la máxima garantía de que nadie podrá ejercer el poder o la coacción sino en nombre de la ley general y abstracta, y los derechos ya no podrán ser ligados a autoridad alguna, diferente del legislador, de manera que la ley hace posible el ejercicio de la autoridad y al mismo tiempo, limita el ejercicio de la libertad de cada uno.

Pero aunque se considera que tales ideas contribuirán a la paz social y al respeto de los derechos del hombre se impone de una forma traumática, creando un sistema nuevo y arrumbando todo lo anterior, diferente del sistema inglés, muy respetuoso con lo existente, que se pretende aprovechar, con pequeñas transformaciones.

Esta forma de actuación tiene gran influencia en las democracias actuales y por ello, en la cultura anglosajona se considera al poder público como imparcial para resolver los conflictos privados y no tan intervencionista como en los países Continentales<sup>714</sup>.

Es notoria, por tanto, la inclinación del equilibrio de poderes a favor del legislador en Francia, que no sigue la solución británica del Gobierno contrapesado y moderado.

La cuestión determinante es si debe otorgarse preeminencia al legislativo o al control de los derechos.

Las concepciones constitucionalistas a uno y otro lado del Atlántico son importantes por el influjo inmediato que ejercieron y siguen ejerciendo en el modelo de Estado y con ello, de la cuestión conceptual del Estado Social, actividad prestacional que los Revolucionarios Franceses llevaron a cabo sobre la base de los derechos de los ciudadanos.

No como problema de aceptación obligatoria sino por la voluntad de asumir los elementos ideológicos del mantenimiento y desarrollo de ese patrimonio mientras que en Estados Unidos, la educación y las políticas sociales se someten al escrutinio por parte de los jueces, en cuanto que puedan afectar a la libertad de los ciudadanos<sup>715</sup>.

#### **A. EL ILUMINISMO FRANCÉS ERA PARTIDARIO DE UNA MONARQUÍA ILUSTRADA COMO FORMA DE GOBIERNO. LA VOLUNTAD GENERAL**

La predilección de los Iluministas Franceses por el Despotismo Ilustrado, según expresión contemporánea, era, más que un ejercicio de vanidad, una respuesta a los monarcas que los lisonjaban consultándolos, festejando con ellos y sustentándolos financieramente como si fueran de hecho filósofos-reyes.

Participaban, abiertamente, de la tesis Realista, ni burguesa ni republicana ni proletaria.

Este Despotismo Iluminado pretendía, realmente, entronizar la razón a través de un monarca Ilustrado que la encarnara, como era el caso de Federico de Prusia para Voltaire o de Catalina de Rusia para Diderot y no fue Voltaire quien dejó a Federico sino el Monarca el que dijo a Voltaire, que ya no era bienvenido a la Corte y fue este filósofo quien defendió a Catalina “la Grande” contra Montesquieu, que la había criticado de despótica.

Todavía eran mejores las relaciones de Diderot con Catalina “la Grande” de Rusia, que las de Voltaire con Federico, considerando Diderot que si la razón gobernase a los soberanos, los pueblos no necesitarían atar las manos de los soberanos.

Montesquieu tenía un interés personal por la tesis nobiliaria, ya que pertenecía a la nobleza de servicios.

---

<sup>714</sup> Enrique Gil Calvo, *La ideología española*, ediciones Nobel, 2006, pp. 63-74.

<sup>715</sup> Santiago Muñoz Machado, *Tratado de Derecho administrativo y Derecho Público general*, T: I, *La formación de las instituciones públicas y su sometimiento al Derecho*, tercera edición, Madrid, 2011, pp. 496-513 y Gertrude Himmelfarb, *The Road to Modernity*, 2004, traducida al portugués por Miguel Freitas da Costa, *Os caminhos para a modernidade, Os iluminismo Britânico, Francés y Americano*, Biblioteca Nacional de Portugal, 2015, pp. 236-240.

Treinta y siete enciclopedistas pertenecían a las Reales Academias de las que recibían emolumentos y quince eran empleados fijos de la Administración civil y militar.

Voltaire tenía una razón especial para estar resentido con Montesquieu y sus teorías, ya que estaba terminando su *Historia de Luis XIV*, en la que defendía la tesis Real cuando fue publicado *El espíritu de las leyes*, en cuya obra se socavaba este reinado y el de Luis XV.

Si hoy en día se señala que la fuente de la ley es la voluntad general sobre la base de la Revolución Francesa ha de decirse que los autores del Iluminismo Francés en que dicen apoyarse, no solo eran Despóticos en el sentido que se acaba de exponer sino que su ideal era un monarca Iluminado.

Para estos filósofos franceses, la razón suprema que nos debe gobernar era más fácil de descubrir y poner en práctica por un soberano singular, que de una multitud de individuos que conforman un Parlamento, con ideas e intereses diferentes, puesto que la voluntad general, no la consideraban la suma de las voluntades singulares sino que tal voluntad general se encuentra en cada uno, no siendo el pueblo en la república uno concreto y, menos, la de los que consideraban miserables dominados por la religión.

Tal voluntad general se encontraba en uno singular, representativo de una voluntad general, apropiadamente, singular y abstracta.

#### - LA VOLUNTAD GENERAL

Como ya se ha dicho, los Iluministas franceses preferían que el cambio se produjese a través de un rey Iluminado, en vez de por la turba no Iluminada.

La obra de Rousseau tuvo una influencia desde el principio y a través de Robespierre en la implantación de la República de la Virtud (Terror) basada en la religión civil, que no se instituyó por compasión con los pobres sino por razones de seguridad pública. Esta profesión de fe civil se entendía que serviría para cambiar la naturaleza humana y transformar a cada individuo, dando lugar a una regeneración y a un nuevo pueblo, señalando Tocqueville, que la Revolución Francesa no se conformaba con el cambio del sistema social francés sino que buscaba la regeneración de toda la raza humana.

Aunque para los Iluministas franceses, la ley es fruto de la voluntad popular encontrada en el seno de una persona singular (no como un conjunto o asamblea de ellos), emanada de la razón y que se encuentra en la mente humana por su propia naturaleza y sin más aditamentos (a la manera de los estoicos), terminó por imponerse la tesis de Sièyes, que consideraba que la Nación tiene prioridad sobre todo, su voluntad es siempre legal e igual que la propia ley, lo que supone la contravención de las ideas de *Emilio*: el hombre es bueno por naturaleza pero la sociedad lo pervierte.

Sociedad que implicaba al pueblo y la nación, trayendo consigo el Festival del Ente Supremo a la República de la Virtud, como religión de fe civil encargada de transformar al individuo y de educarlo<sup>716</sup>.

La voluntad popular recayó en la Asamblea merced a la representación, legitimación que del

---

<sup>716</sup> Gertrude Himmelfarb, *The Road to Modernity*, 2004, traducida al portugués por Miguel Freitas da Costa, *Os caminhos para a modernidade, Os iluminismo Britânico, Francês y Americano*, Biblioteca Nacional de Portugal, 2015, pp. 177 y sgts.

pueblo pasó a la Asamblea y llevó a Napoleón a concluir, que como su gobierno era representante del pueblo soberano no debería tener contraposición<sup>717</sup>.

Considera Ibáñez que la tesis del contrato social de Rousseau ha servido para legitimar tanto las democracias como los fascismos o los totalitarismos, ya que consiste, realmente, en: “la enajenación total de cada asociado de todos sus derechos a la comunidad, de manera que cada uno de nosotros pone en común su persona y poder bajo la suprema dirección de la voluntad general y nosotros recibimos además de cada miembro como parte indivisible del todo”.

Esta voluntad general que es distinta de la mera suma de voluntades individuales, ejerciendo la dirección de la voluntad general, el Estado o el soberano, conceptos que se confunden, ya que el sometimiento a la voluntad general se presume de todos los ciudadanos por el mero hecho de residir en un determinado territorio, siendo lo peor de todo, que a tal voluntad general se la ha encumbrado como el nuevo Dios<sup>718</sup>.

En Rousseau se produce la construcción escotista y ockhamista, merced a la que la diferenciación entre forma y sustancia se estabiliza en la creación del ente político como sujeto político que, recibida la sujeción, reconoce los derechos de cualquier naturaleza y condición, que pasarán por la vicisitud de los derechos públicos subjetivos en la dogmática germana, con la absolutización del Estado y es por ello que en Rousseau es posible afirmar la existencia de los derechos naturales hasta la constitución de los cuerpos políticos del Estado y a partir de entonces, toda teología emana del dicho cuerpo y no de la ley o derecho alguno sobre la base de la dejación previa de los derechos naturales al entrar en la comunidad política.

La Ilustración es totalitaria como ningún otro sistema<sup>719</sup> pues totalitaria es su utilización del lenguaje, ya reduzca lo real a una mera estructura lingüístico-matemática para dar cuenta del mundo fiscalista (Nominalismo) o interponga entre el sujeto y el objeto el conocimiento una forma rectificadora (Escotismo).

En uno y otro caso, el mundo desaparece o queda oculto tras la abstracción; la libertad se transforma y la sociedad de los individuos se integran en una suerte de comunidad reificada, vicaria.

No hay en ese empeño retorno alguno a lo comunitario, al sentido de lo político; antes bien, una continua abstracción del cuerpo social a su trasunto político, entregándolo a la categoría de derechos subjetivos<sup>720</sup>.

---

<sup>717</sup> Pero como se vera, lo peor estaba por venir, ya que al atribuir al Parlamento funciones que tradicionalmente no desempeñaba ( elaboración y control en la ejecución del Presupuesto y de la acción del Gobierno) la aprobación por ley de lo que Hayek denomina reglas de recta conducta, a través de la Asamblea se controla a la sociedad y merced de los apañes de los partidos políticos resultará que la mayoría social poco tenga o pueda hacer en esa imposición.

<sup>718</sup> Alberto G. Ibáñez, *La leyenda negra: historia del odio a España*, Almuzara, 2018, pp. 206-211.

<sup>719</sup> Horkheimer, M. y Adorno, Th, *Dialéctica de la Ilustración*, Introducción y traducción de J. J. Sánchez, Madrid, Trotta 1994, 8, 1944), p. 78. Cit. José Luis Muñoz de Baena Simón, *La abstracción del mundo. Sobre el mal autoinmune de la juridicidad moderna*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018, pp. 117.

<sup>720</sup> José Luis Muñoz de Baena Simón, *La abstracción del mundo. Sobre el mal autoinmune de la juridicidad moderna*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018, p. 117. “La ilustración es el temor mítico hecho radical. La pura inmanencia del positivismo, su último producto, no es más que un tabú en cierto modo universal. Nada absolutamente debe existir fuera, pues la sola idea del exterior es la genuina fuente del miedo”

A pesar de lo sorprendente que pueda parecer esta afirmación a quienes hemos desarrollado una larga carrera académica y profesional, nos debe sacar de dudas siguiente texto del *Contrato Social*:

“A fin, pues, de que el pacto social no sea un vano formulario, vana, implica el compromiso, el único que puede dar fuerza a los demás, de quien rehúse obedecer a la voluntad general será obligado a ello por todo el cuerpo: lo cual no significa sino que se les forzará a ser libre....”<sup>721</sup>.

Pudiéndose forzar a quien se niega a obedecer la voluntad general, obligándosele a ser libre, se inaugura un nuevo y paradójico discurso sobre la extracción y formalización de la voluntad, que es inseparable de la enajenación que produce en la vida Moderna, ya que indudablemente sucede a quien se le obliga a ser libre contra su voluntad y en nombre de la voluntad general y que inaugura la paradoja esencial de todo totalitarismo: lo colectivo puede desplazar a lo individual, con la anulación física y moral del sujeto que discrepa, que no acepta verse como parte del todo<sup>722</sup>.

Esta libertad reificada en la que el yo es mero accidente, no se predica por lo tanto de mí sino yo de ella, relación reificada como ente real separado de la sustancia y la clave para imputarle cualesquiera significaciones, lo que solamente puede conseguirse mediante una fuerte abstracción del cuerpo social con la completa subsunción de todo derecho subjetivo natural en el Estado y con su pretexto de integración se elimina toda posibilidad de resistencia, conceptos separables en Santo Tomás, Suárez y Locke<sup>723</sup>.

La Ilustración es el resultado de hacer pivotar lo social y político sobre el individuo descarnado, diseñado por un método abstracto (poco importa si mecánico, matemático, biólogo, evolucionista o estructuralista) destinado a ser receptor de toda clase de derechos y a la vez, en cuanto constitutivo del poder, eternamente sometido *sub-jectum*<sup>724</sup>.

---

<sup>721</sup> *El Contrato Social*. I.7, p. 20. Cit. José Luis Muñoz de Baena Simón, *La abstracción del mundo. Sobre el mal autoinmune de la juridicidad moderna*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018, p.114.

<sup>722</sup> En la obra *El Manantial* de Ayn Rand se destaca la creatividad del hombre que hace regalos a la sociedad a través de su mente y con el arma de su cerebro, creando nuevos objetos de utilidad general y ello lo consigue como fruto de su propio trabajo y de sus convicciones que mantiene firmes dentro del intercambio libre de la elección voluntaria frente a los parásitos que copian, reproducen y siguen las opiniones de los demás, ya que los logros de la Humanidad, el arquitecto del que se juzga su obra al final, considera que son fruto del trabajo independiente de mentes libres con la idea de ganar y producir, que no de quienes intentan obligar a la Humanidad a convertirse en robots sin cerebros y sin almas, sin voluntad propia ni esperanza que, realmente, nos conducen a morir de hambre, ya que no producen ni conquistan la naturaleza sino que su ánimo es conquistar al hombre.

<sup>723</sup> José Luis Muñoz de Baena Simón, *La abstracción del mundo. Sobre el mal autoinmune de la juridicidad moderna*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018, pp. 105-116.

<sup>724</sup> *Ibidem*, pp. 199-201. Aunque las críticas filosóficas sigan incólumes, Marcos Caldeira señala que no se pueden admitir las de Benjamín Constant a la obra de Rousseau como modelo hacia una democracia totalitaria, incluida la obligación de ser libres, como una alienación total, ya que entiende que la libertad para Rousseau es un valor inalienable, admitiéndose, incluso, la revocación del pacto social y la alienación de la libertad lo es, realmente, para conseguir los fines lícitos, tales como la igualdad, siendo tal voluntad general el animus del pacto social orientada a la prosecución del bien común. Entiende que la voluntad general Rousseau no es la de la mayoría ni de naturaleza infalible, capaz de tornar lo injusto en justo, ni de naturaleza ilimitada sino al contrario, ya que considera al pueblo falible, por lo que se revela imperiosa la necesidad de un guía que lo conduzca al encuentro de sus verdaderos intereses.

El poder soberano expresado en la voluntad general de la comunidad tiende siempre y necesariamente hacia el bien común y en el caso de que este poder soberano pretendiese oprimir despóticamente a los miembros de la comunidad contravendría su propia naturaleza y dejaría de ser verdaderamente poder soberano redundando en mera tiranía. Marcos Caldeira, “A “soberanía popular” em Jean Jacques Rousseau e em Benjamin Constant: duas visões (assim tão) diferentes”,

Como más adelante se desarrollará, Marx (1818-1883) estudió Derecho y filosofía en Bonn (1835-1836) y Berlín (1837-1841), Universidad que se encontraba totalmente influenciada por Hegel, teniendo en cuenta que había muerto en 1831 y como se sabe, el pensamiento hegeliano se encuentra dentro de lo que podemos llamar idealismo absoluto panlogismo o panespiritualismo, de modo que todo es razón o espíritu, todo lo real es racional y todo lo racional es real, de manera que la realidad es primordialmente idea o razón.

En Francia el movimiento comunista tras la II Guerra Mundial se definía a sí mismo como una continuación de la Revolución Francesa, especialmente en su etapa radical jacobina, aunque también como una nueva etapa de la historia de la Humanidad, tal como lo fuera anteriormente el cristianismo.

En los Partidos comunistas Occidentales de la segunda mitad del s. XX había intelectuales y celebridades artísticas que conformaban una segunda línea, fuera de la clase trabajadora y de los funcionarios del Partido, y aunque no todos los simpatizantes de esta segunda línea pertenecían orgánicamente al Partido, todos estos compañeros de viaje tenían una especial relación con la Unión Soviética.

Gran cantidad de publicaciones en París, entre las que se encontraba *Le Monde*, otorgaban un lugar destacado a autores que, aunque no se habían unido formalmente al Partido no perdían oportunidad de defender a la patria Soviética o de condenar a sus detractores: Jean Paul Sartre, Simone de Beauvoir, Althusser, Merleau-Ponty pero que finalmente se hicieron comunistas<sup>725</sup> y otros como el católico de izquierdas Mounier, que clamaban contra el pecado mortal del anticomunismo, pero sin integrarse en el Partido.

Según la opinión del historiador de la Revolución Francesa Mathiez y del filósofo Colletti, el comunismo ofrecía la promesa de una sociedad profundamente secularizada, donde la Iglesia Católica quedaría apartada de la opinión pública y se eliminaría la superstición religiosa.

Hoy en día se comienza a poner negro sobre blanco respecto del intangible de la voluntad general.

Jaime Rodríguez-Arana destaca que la concepción voluntarista del interés general, inspirada en las teorías de Rousseau, a pesar de los intentos de la doctrina y jurisprudencia francesa por mantener su predicamento presenta puntos oscuros: en primer lugar porque el interés general no es ni puede ser competencia exclusiva del poder legislativo puesto que este ya no goza del monopolio de la representación y en segundo lugar el interés general en el Estado Social y Democrático de Derecho ya no se define unilateralmente por la Administración Pública de acuerdo con el principio de participación sino que se determina contando con la colaboración de los entes públicos y los agentes sociales.

---

*Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, V. 51, 1-2, 2010, pp. 527-572.

<sup>725</sup> Aunque el historial comunista era en el mejor de los casos ambiguo, al final de la II Guerra Mundial, los comunistas europeos se las habían arreglado para presentarse, a sí mismos, como los resistentes más coherentes y valientes pero cuando algunos resistentes que fueron a parar a Rusia declararon que Stalin tenía gente encerrada en *gulags* que se parecían a los campos de concentración nazis, entre los sucesivos testigos no franceses que documentaron esa práctica se encontraba el oficial soviético desertor Victor Kravchenko y la antigua comunista Margarete Buber-Neumann, que fue encerrada en un *gulag* y cuyo esposo fue fusilado cuando se dirigía a Rusia como refugiado alemán. Los partidarios de la versión comunista de la resistencia en curso se apresuraron a acusar a quienes hablaban de los *gulags* soviéticos de mentirosos patológicos, agentes del capitalismo americano y retaguardia del enemigo nazi. Paul Edward Gottfried, *La extraña muerte del marxismo. La izquierda europea en el Nuevo Milenio*, Ciudadela libros, Madrid, 2007, pp. 53-56.

Señala que según la aproximación Voluntarista, las leyes constituyen el interés general en estado puro y la adecuación del proyecto de interés general a la cotidianidad pero la tozuda realidad nos confirma que esta teoría, perfecta en su construcción, es falsa porque como el tiempo acredita en tantas ocasiones ni las leyes son expresión de la voluntad general ni su implementación concreta destila interés general y la experiencia histórica lo demuestra sin especial dificultad, considerando que la ley conceptuada como fruto de la voluntad popular es un mito<sup>726</sup>.

## **B. LOS ILUMINISMOS BRITÁNICO Y NORTEAMERICANO NO ERAN RACIONALISTAS NI ANTICLERICALISTAS**

Locke no creía que existieran ideas innatas sino que nuestra voluntad y entendimiento se formaba sobre la base de las sensaciones y experiencias previas.

Shaftesbury y Hucheson consideraban que el sentido moral de las personas se derivaba de la simpatía o de sentimientos de hermandad; para Thomas Reid el sentido común y no la razón era la cualidad distintiva del hombre vulgar, considerando que si el hombre hubiera sido dotado únicamente de razón, la raza se hubiera extinguido en breve, ya que la razón era completada por las afecciones benevolentes, no menos necesarias para la preservación de la especie humana que el hambre y la sed.

Mandeville mantenía que el sentido moral se inspiraba en la simpatía, la benevolencia y la compasión por los otros, y para Adam Smith los sentimientos de piedad, compasión, benevolencia y simpatía eran cualidades elementales de la naturaleza humana, sentimientos morales en los que la razón desempeñaba un papel secundario.

Entendía que la virtud era la tradición antigua del humanismo cívico, que constituía un elemento de decisión importante en los asuntos públicos y en la integridad política.

Newton era un creyente cristiano para el que Dios no se había limitado a poner el universo en marcha sino que era un agente activo del mismo, considerando que, en general, la religión colabora

---

<sup>726</sup> Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, “El interés general en el Derecho Administrativo: notas introductorias”, *Revista Jurídica de Canarias* nº 24, 2012. En este sentido señala la STS de 12 de diciembre de 2014 (rec. 3058/2012) que:

“Las potestades de planeamiento urbanístico se atribuyen por el ordenamiento jurídico con la finalidad de que la ordenación resultante en el diseño de los espacios habitables, de su equipamiento y de las perspectivas de su desarrollo, ampliación o expansión sirva con objetividad los intereses generales, no los intereses de uno o de unos propietarios, ni tan siquiera los intereses de la propia corporación municipal”.

Mucho más allá va la STS 3874/2011 de 13 de junio de 2011, rec. 4045/ 2009 en la que se debatía la ubicación de la Biblioteca de la Universidad, si podía ser en el frente oriental del Parque o Jardines del Prado de San Sebastián en Sevilla (zona verde) y tras analizar las cuestiones referidas sobre el interés público general y la discrecionalidad administrativa señala que la libertad del planificador urbanístico no desaparece ante las zonas verdes pero sí se reduce considerablemente destacando que es preciso no solo el interés general de situarlo en esa zona sino la imposibilidad de localizarlo en otro lugar y Con relación a la determinación del titular del interés general, en su fundamento jurídico decimoséptimo dice que:

“Cuanto venimos señalando, en fin, no resulta contradicho por la posición procesal de las partes. Así es, aunque en una primera impresión pudiera parecer que efectivamente las tres recurrentes, dos Administraciones Públicas y la Universidad representan los intereses generales y los universitarios, y la parte ahora recurrida, una Comunidad de Propietarios, sus vistas al parque. Sin embargo consideramos que la posición de la recurrida excede de su interés propio, que sin duda lo tiene, al manifestar que ejercita una acción pública, y ajustar su alegato a la misma. Por tanto, es el interés por la defensa de la zona verde lo que ha valorado la Sala de instancia, y no un interés particular derivado de la situación de las viviendas de la Comunidad entonces recurrente y ahora recurrida”.

para un mejor orden y desempeña una función social, sin perjuicio de que criticase, irónicamente, que cuanto más esplendorosa era la Iglesia por fuera más perdía su pureza interior. Por ello no puede considerársele ni un anticlerical católico ni imputársele que abominase a las iglesias existentes sobre la importancia que consideraba que desempeñaban en el desarrollo de los valores morales.

Hume consideraba a la religión aliada de la moralidad, entendiendo que la inmortalidad tenía un efecto favorable en la vida de las personas, de manera que quienes intentaban desengañar al pueblo de esta creencia podrían ser buenos razonadores pero no buenos ciudadanos ni políticos.

Adam Smith entendía que la moralidad es anterior al raciocinio y a la filosofía artificial, entendiendo que la percepción del bien y del mal no tenían sus orígenes en la razón, que los sentimientos morales eran cualidades elementales de la naturaleza humana y que aunque la religión no era fuente de moralidad, sí que era aliada natural de la inherente al hombre.

Consideraba que en cualquier comunidad civilizada debe haber un orden eclesiástico y una organización pública de la religión.

Él mismo decía que sus ideas se encontraban tan enraizadas en la Escolástica y en la ley natural, que no concebía la economía disociada ni de la ética ni de la política, y entendía que la integridad en los asuntos públicos era una manifestación de la virtud.

En la *Riqueza de las Naciones* destaca que el interés general constituye la totalidad de los intereses individuales, algo muy diferente a la voluntad general de Rousseau.

Tales principios de moral pública explican que Inglaterra fuese el primer país que estableció un sistema de asistencia pública secular y nacional, reconociendo la necesidad de una educación administrada por el Estado, como método más adecuado para evitar la alienación del hombre.

Fue esta corriente Iluminista la que alumbró el Metodismo.

Para el Iluminismo Inglés, la razón humana no es una y además se ve afectada por la sociología.

No es que se negase la existencia de la razón sino que se le atribuye una función secundaria con relación a la compasión, la benevolencia y la simpatía, lazos que ligan a las personas.

Debe tenerse presente que los Iluministas ingleses ya habían hecho la revolución religiosa cuando escribieron sus obras y consideraban que la religión era un acicate de las ideas políticas y de los principios sociales.

Ya se ha hecho referencia a la función desempeñada por la Escolástica Ibérica en el reconocimiento y consagración de los derechos humanos, se verá qué tipo de libertad religiosa era la impuesta en Inglaterra. Para el Iluminismo americano, la idea relevante es la libertad<sup>727</sup>.

Considero que un aspecto esencial de la soberanía, el más popular y ajeno, aparentemente, a los principios religiosos, es la moneda.

En el dólar americano, aparece la mención más desconcertante para quienes no toleran los símbolos religiosos en los lugares públicos, ya que, por si alguien no se había enterado, figura la mención: “*In God we trust*” (nosotros en Dios creemos).

---

<sup>727</sup> Gertrude Himmelfarb, *The Road to Modernity*, 2004, traducida al portugués por Miguel Freitas da Costa, *Os caminhos para a modernidade, Os iluminismo Britânico, Francês y Americano*, Biblioteca Nacional de Portugal, 2015, pp. 33-78 y 218-231.

Tanto o más descorazonador les resultará a los laicistas que la fecha de las elecciones se determine, incluso hoy en día, por referencia a una festividad religiosa, el primer martes después del primer lunes de noviembre, cuya finalidad no era sino permitir la asistencia a la festividad religiosa del domingo o del día de Todos los Santos.

La Declaración de Virginia de 12 de junio de 1776 en sus apartados 1 y 16 dice que :

“La religión, es decir, el deber que tenemos hacia nuestro Creador, y la manera de realizarlo, debe orientarse exclusivamente por la razón y la convicción, no por la fuerza o la violencia ; y, por tanto, todos los hombres tienen el mismo derecho al ejercicio libre de la religión de acuerdo a los dictados de su conciencia ; es deber mutuo de todos practicar hacia los demás la clemencia, amor y caridad cristiana“, “Todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes, y poseen ciertos derechos inherentes a su persona, de los que, cuando entran a formar parte de una sociedad, no pueden ser privados por ningún convenio, a saber: el goce de la vida y libertad y los medios de adquirir y poseer la propiedad y de buscar y conseguir la felicidad y la seguridad”.

En el Preámbulo de la Declaración de Independencia de EEUU de 4 de julio de 1776 se dice que:

“Cuando en el curso de los acontecimientos humanos se hace necesario para un pueblo disolver los vínculos políticos que lo han ligado a otro, y tomar entre las naciones de la tierra el puesto separado e igual al que las leyes de la naturaleza y del Dios de esa naturaleza le dan derecho, un justo respeto al juicio de la Humanidad”. “Sostenemos como evidentes por sí misma dichas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables...”, señalando en la propia Declaración que: “Nosotros los representantes de los EEUU de América, reunidos en congreso general, acudimos al juez supremo del mundo para hacerle testigo de la rectitud de nuestras intenciones... y para robustecimiento de esta declaración, confiados en la protección de la Providencia divina, empeñamos unos a otros nuestra vida, nuestra fortuna, y nuestro sagrado honor”.

No obstante debemos destacar que, en este mismo sentido, el Preámbulo de la Declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789 dice que:

“la Asamblea nacional, en presencia del ser Supremo y con la esperanza de su bendición y favor, reconoce y declara los siguientes sagrados derechos del hombre y del ciudadano”.

La Primera Enmienda de 1791 a la Constitución de EE UU de 1787 establece que el Congreso no aprobará ninguna ley con respecto al establecimiento de religión alguna o que prohíba el libre ejercicio de la misma o que coarte la libertad de palabra o de prensa; o el derecho del pueblo a reunirse pacíficamente y a solicitar del Gobierno la reparación de agravios.

Tocqueville consideraba que:

“la religión es la que ha dado origen a las sociedades angloamericanas, de lo que es preciso no hacer abstracción. En los Estados Unidos, la religión se mezcla en todos los usos nacionales y con todos los sentimientos que hacen nacer la patria y esto le da una fuerza particular... En Norteamérica la religión se ha puesto, por decirlo así, ella misma sus límites; el orden religioso es enteramente distinto del orden político, de suerte que han podido cambiarse las leyes antiguas sin alterar las antiguas creencias. El cristianismo ha conservado pues un grande imperio en el

espíritu de los norteamericanos y debe observarse que no reina como una filosofía que se adopta después de examinarla sino como una religión que se cree sin discutir”<sup>728</sup>.

En el caso *Zorach v. Clauson* de 1952 dice el Tribunal Supremo que EEUU es un pueblo religioso, cuyas instituciones presuponen un Ser Supremo y garantizan la libertad de culto que cada uno elija, dejando espacio para la más amplia variedad de creencias y credos derivados de las necesidades espirituales del hombre, patrocinando una actitud que no debe hacer discriminación de ningún grupo o religión, y que les permita florecer según el celo de sus seguidores y el atractivo de su dogma<sup>729</sup>.

En esta sentencia, el Tribunal Supremo de EE UU estableció una serie de notas que nos sirven para establecer el contenido y alcance de esta norma: 1. No puede haber la menor duda, de que la Primera Enmienda refleja la filosofía de que la Iglesia y el Estado deben estar separados, y la medida en que la interferencia con el “libre ejercicio” de la religión y un “establecimiento” de la religión se refiere, la separación debe ser completa e inequívoca. 2. La Primera Enmienda, sin embargo, no dice que la separación entre la Iglesia y el Estado debe ser total en todos los aspectos, es decir, la norma define, con especificidad, la forma en la que no habrá concierto, unión o dependencia del uno sobre el otro, ya que ello significaría que el Estado y la religión serían extraños entre sí, hostiles o desconfiados.

Por ello no es contrario a la Constitución, que los policías ayuden a los feligreses en los lugares de culto, las oraciones en nuestras Cámaras Legislativas, las apelaciones al Todopoderoso del Jefe del Ejecutivo, las proclamas haciendo de Acción de Gracias un día de fiesta, la invocación a “la ayuda de Dios” en los juramentos que se verifican en nuestros Tribunales o la súplica con la que esta Corte abre cada sesión: ¡Dios salve a los EEUU y a la Honorable Corte!

Benedicto XVI señaló al iniciar el viaje a EEUU en abril de 2008, que lo que le encantaba de ese país es que se había formado por personas huidas de las religiones de Estado, queriendo tener un Estado laico secular que abriera posibilidades a todas las confesiones.

Destacaba que estas personas querían tener un Estado laico, precisamente, por amor a la religión en su autenticidad, que solo se puede vivir cuando se hace libremente.

El Papa en su discurso al Congreso de ese país también destacó la importancia del hecho religioso, señalando que la dignidad de la persona y sus derechos fundamentales son previos a cualquier jurisdicción estatal, están inscritos en la naturaleza humana y se remontan, en última instancia, al Creador.

Christopher Dawson no veía diferencias entre la civilización Medieval y la Moderna, de manera que esta no habría sido sino una prolongación de aquella y ello por cuanto que considera Miguel

---

<sup>728</sup> Alexis de Tocqueville, *La democracia en América*, T. I parte 2, capítulo 9: causas principales que tienden a mantener la República democrática en los Estados Unidos, IV: “De la religión considerada como institución política, cómo sirve enérgicamente al mantenimiento de la república democrática de los americanos”.

<sup>729</sup> Se considera que cuando el Estado fomenta la enseñanza de la religión o coopera con las autoridades religiosas, mediante el ajuste del calendario de eventos públicos a las necesidades de sus seguidores no hace sino seguir lo mejor de nuestras tradiciones porque entonces se respeta la naturaleza religiosa de nuestro pueblo y se adapta a sus necesidades espirituales, por lo que el Gobierno no debe mostrar una indiferencia o insensibilidad ante los grupos religiosos ni preferir a aquéllos que no creen en ninguna religión frente a los que sí.

Al contrario, no existe ninguna disposición Constitucional que obligue al Gobierno a ser hostil a la religión o a limitar su ámbito de influencia. El Gobierno debe ser neutral ante las religiones y no puede imponer una práctica religiosa obligatoria ni obligar a nadie a asistir a la Iglesia, observar una fiesta religiosa u obligar a una determinada instrucción religiosa. En este sentido, téngase en cuenta la sentencia del juez David Souter en el asunto *Borad of Education of Kiryas Joel Village School District v. Grumet* de 1994.

Ayuso que en el horizonte inglés, las formas de vida Medieval se conservaron en alto grado por el don precioso de la estabilidad, que permite a los hombres ordenar su futuro y el de sus familias de acuerdo con leyes eternas y que durante la Edad Contemporánea quizás solo lo haya poseído la monarquía Británica y nada de ello aconteció en el mundo latino ni en lo hispánico, destacando la diferencia que existe en la visión de Europa desde el punto de vista nórdico y español, ya que mientras que para los primeros significa la tradición y la unidad supranacional por la cristiandad, en España se identifica con Modernidad<sup>730</sup>. Ahora bien, ese modelo de cristiandad anglosajón no es el mismo que el católico.

Autores como Rao señalan que como San Agustín se encontraba horrorizado ante un imperio romano que se había convertido en, nada más, que una carretera para los bárbaros germanos consideró que la clave para la reconstrucción de un orden internacional nuevo y justo sería la apertura a la enseñanza y a la gracia del cuerpo místico de Cristo.

Aunque nunca pudo imaginar la magnificencia de la cristiandad europea Medieval supo que la voluntad de Cristo era la construcción de un reino sustantivo y mediante esa *Ciudad de Dios* llevar su mensaje por todos los caminos hasta los confines de la Tierra, no mediante patrias donde los cristianos ya estaban, convertidos en meros espacios explotables por hombres fuertes e ideólogos dispuestos a todo.

Considera que el verdadero Occidente o Europa necesitan la armadura prestada por el catolicismo sin que sirva la religión de los Ilustrados moderados con su rostro aparentemente piadoso, que muchos católicos, de todas las clases, estuvieron tentados de aceptar como única alternativa frente al ateísmo radical.

Las ideas de Spinoza<sup>731</sup> resultaban demasiado horripilantes para los europeos de la época y por eso Newton, Locke o Boyle reaccionaron vigorosamente e intentaron conservar la idea de un Dios creador.

Cuando Napoleón estaba en el exilio y pretendió cambiar su pésima carrera como violento hombre de armas como una lucha por una Europa unida y de naciones libres no hizo sino suministrar una justificación a los futuros agentes militares para actuar sobre la justificación de un supuesto orden y progreso.

Destaca que la piedad, clara y simple, y la razón en el modo Ilustrado no pueden nunca incluir la piedad católica y la razón Socrática, ya sea a través de un Estado divinizado o de una sociedad abierta.

La propiedad y la conducción de los individuos por las pasiones, por mucho que combatan contra un enemigo común, difieren, chocan y se traicionan unas a otras para conseguir sus fines particulares.

Considera que existen idealistas honestamente comprometidos con las ideas de la Ilustración naturalista que consideran, sinceramente, que la influencia del libre mercado, la aplicación tecnocrática del conocimiento científico moderno, la autodeterminación nacional universal o el socialismo democrático conducirían a la regeneración de los diversos pueblos de Europa, que implicarían, inevitablemente, su unión natural pero en todas partes, el conquistador encontrará un elemento que la guerra y la revolución no habrá superado en ningún lugar: la burocracia.

---

<sup>730</sup> Cit. Miguel Ayuso, "La matriz protestante de la política y el Derecho modernos", *Consecuencias político-jurídicas del protestantismo. A los 500 años de Lutero*, Marcial Pons, 2016, p. 209.

<sup>731</sup> Como Dios es de la misma sustancia que las cosas y las conforma en su totalidad, aspecto del que también podría decirse que participaba Einstein.

Considera que el imperio universal será el imperio administrativo por excelencia y así perfeccionada la Administración satisfará simultáneamente su propio genio y los designios de su maestro, aplicándose a dos tareas principales: la realización de la igualdad y el bienestar material hasta niveles jamás conocidos, así como la supresión de la libertad también hasta un grado superlativo y desconocido en su magnitud, ya que los hombres gobernados por este sistema serán oprimidos mucho más fácilmente que nunca<sup>732</sup>.

### 3. EL TALÓN DE AQUILES DEL ILUMINISMO AMERICANO: LOS INDIOS Y LA ESCLAVITUD EN NORTEAMÉRICA

Los Fundadores eran bien conscientes de que el tratamiento que se daba a los indios y esclavos era antitético de lo que se defendía en las Declaraciones de derechos.

Jefferson<sup>733</sup> decía que Gran Bretaña, durante la Guerra de Independencia había seducido a los indios para cocinar a los blancos de todas las edades y sexos, como un ejemplo de lo que llamaba incompetencia anglo-mercantil, que había llenado la tierra de sangre en Irlanda, Asia y América, conduciendo a la brutalización o al exterminio de esta raza en América e impidiendo así una amalgama de dos pueblos.

Consideraba que serviría mejor a los intereses, tanto de los blancos como de los nativos, que los indios se convirtiese a una economía agrícola, haciendo un mejor uso de la tierra, de forma que los dos pueblos aprendiesen a comprenderse y a tratarse como un solo pueblo, como ciudadanos de los Estados Unidos.

Como esta idea, la consideraba de gran novedad entendía que chocaría con la mentalidad de los indios, que no con la de los blancos, en cuanto la misma fuese sugerida, por lo que entendía más realista, que los indios fuesen convencidos de la necesidad de vender sus tierras al Gobierno, como primer paso del proceso natural de las cosas<sup>734</sup>.

En general, el Iluminismo Americano consideraba insoluble el problema de la situación previa de América con la forma de vida de los colonos, ya que las ocupaciones nativas de la caza y de la agricultura de subsistencia eran incompatibles con la economía agrícola, la industria y el comercio.

La mentalidad popular consideraba a los indios como salvajes y a los blancos superiores como cristianos y ciudadanos.

---

<sup>732</sup> John Rao, "El orden "Occidental" y "Europeo": una autopista desde la cristiandad a ninguna parte", *Consecuencias político-jurídicas del protestantismo. A los 500 años de Lutero*, Marcial Pons, 2016, pp. 33 y sgts.

<sup>733</sup> Jefferson fue el primer Presidente en proponer la idea de una plan formal de Remoción India entre 1776 y 1779, forzando a los cherokees y shaunees, y en 1822 era propietario de 267 esclavos de raza negra.

<sup>734</sup> En este sentido, Washington recomendaba en 1783 la compra de las tierras a los indios en vez de expulsarlos por la fuerza de las armas, destacando en un mensaje al Congreso, varios años después, la especial responsabilidad de los blancos con esta raza no civilizada, y en su discurso de despedida del Congreso aseguró que había pensado mucho en este problema y que la única forma de asimilación de los indios y su integración en la sociedad era que abandonaran sus hábitos y ocupaciones tradicionales y adoptaran la de los blancos.

Washington apelaba al carácter nacional de los americanos para que se portaran honradamente con los indios, y temiendo que su espíritu no estuviese a la altura de su tarea, John Jay avisaba a sus propio compatriotas, que se estaban reduciendo al nivel de salvajes.

El problema de la esclavitud era todavía peor que el de los indios y así en la Conferencia Metodista de 1780 se consideraba que la esclavitud era una ley en contra de la naturaleza, perjudicial para la sociedad y contraria a los dictámenes de conciencia y la religión, constituyendo los negros, un quinto de sus fieles en 1790.

Pero esta postura era muy minoritaria, ya que frente a esta situación, Patrick Henry, por los grandes inconvenientes económicos que suponía vivir sin esclavos, consideraba que la abolición de la esclavitud era impracticable y Washington, aunque en su testamento liberó a sus esclavos tuvo especial cuidado en su discurso de despedida del Congreso de no mencionar el asunto de la esclavitud.

Los Fundadores, desde el principio y los historiadores así lo destacan, eran conscientes de que la Constitución no ponía en práctica la afirmación de la Declaración de derechos, en la que se establecía que todos los hombres habían creados y dotados de derechos inalienables a la vida, la libertad y a la búsqueda de la felicidad, y la violación de este precepto era flagrante por la disposición que se hacía, de que cinco esclavos valían, a los efectos de representación y tributación, como tres hombres blancos, permitiendo la importación de esclavos durante 20 años, junto con la obligación de devolver los esclavos huidos a sus legítimos propietarios<sup>735</sup>.

No obstante, *El Federalista* pintaba con los mejores colores estas disposiciones, aceptando el argumento que consideraba que la cláusula de tres a cinco venía a reconocer al esclavo como persona moral y no un mero artículo de propiedad.

Madison declaraba que la esclavitud era un tráfico contra la naturaleza, que debería ser extinguido en el plazo de 20 años y que la liberación podía ser promovida por el Gobierno y abolida en alguno de los Estados, aunque también existía una convicción generalizada y profundamente arraigada, de la diferencia entre las razas y la inferioridad de los negros.

Cuando los cuaqueros, nada mas aprobada la Constitución, dirigieron al Congreso una petición para acabar con la importación de esclavos para después abolir la esclavitud, el único que aprobó esta petición fue Benjamín Franklin, ya viejo y enfermo, y Hamilton, en su momento abolicionista, no la apoyó por sus efectos en las finanzas.

Jefferson proponía que los esclavos fuesen emancipados y enviados al extranjero para colonizar cualquier otro territorio como pueblo libre e independiente después de equiparlos y armarlos adecuadamente, con la idea de inducir a emigrar para América a personas blancas en igual número, señalando que en el libro del destino se establece que los pueblos han de ser libres, no siendo menos cierto que dos razas, igualmente libres, no pueden vivir bajo el mismo Gobierno por la naturaleza del hábito y la opinión, que trazan líneas indelebles de distinción entre ellas. Madison suscribió una propuesta similar, siendo también partidario en transportar a África a los esclavos liberados<sup>736</sup>.

---

<sup>735</sup> Esta situación se tenía presente por los Fundadores, que tuvieron especial cuidado en no usar la palabra esclavos o negros en la Constitución sino que se utilizaba el eufemismo de otras personas, por oposición a personas libres.

<sup>736</sup> Gertrude Himmelfarb, *The Road to Modernity*, 2004, traducida al portugués por Miguel Freitas da Costa, *Os caminhos para a modernidade, Os iluminismo Britânico, Francês y Americano*, Biblioteca Nacional de Portugal, 2015, pp. 234 y sgts.

## VIII. EL SISTEMA FRANCÉS Y SUS CONSECUENCIAS

Una de las enseñanzas esenciales de la época prerrevolucionaria, respecto de lo que hoy conocemos como Derecho Público, es que el príncipe no tenía las prerrogativas especiales que después le fueron atribuidas al Estado sino que las relaciones con sus súbditos eran regidas por el Derecho común y por ello, el príncipe podía ser llamado por un particular ante la jurisdicción ordinaria y no podía imponer, unilateralmente, el sacrificio de un derecho particular .

Las corrientes Idealistas, que a partir del Luteranismo son influidas por la evolución tecnológica y el progreso científico de la cultura europea, se extienden a todos los campos del saber y civilizaciones incluido al jurídico, glorificando como meta el único horizonte posible de la evolución humana, la sacralización del presente.

La Modernidad tiene un proyecto humano racional y optimista basado en la verdad de la ciencia, que tiene en la voluntad científica del Estado, su consecuencia en el plano político.

Este modelo intelectual considera al Modernismo como un progresismo, con la creencia de que la modernización es buena, tan buena, que es capaz hasta de conducir al hombre al sistema perfecto y con él, llegar a conocer el valor del fin de la historia.

Los Neotomistas, sin embargo consideran que ello no es sino una involución que tiene su origen en las Iglesias Reformadas, a través de la Revolución Francesa y Rusa, fruto de las ideologías, que se canalizaron durante el Renacimiento y la Modernidad sobre las bases sentadas por el Nominalismo.

Tal evolución es también destacada por los marxistas, como se puede extraer de las palabras de Karl Marx, que señala que la historia alemana se lisonjea, con fundamento, de haber realizado un movimiento que ningún pueblo ha hecho nunca ni hará jamás después en el horizonte de la historia, destacando el pasado revolucionario de Alemania, al considerar como tal hito, la Reforma del filósofo Lutero, entonces monje, al infringir el principio de fe en la autoridad y establecer el de autoridad en la fe, que ha transformado a los clérigos en laicos y a los laicos en clérigos, transformación filosófica de sectarios alemanes, en hombres que emanciparán al pueblo.

Entendía que para Alemania, la crítica de la religión está terminada y la crítica de la religión es la premisa de toda crítica, constituyendo el fundamento de la crítica religiosa, la que el hombre hace a la religión y no ya, la que la religión hace al hombre, puesto que la religión es la interpretación general de este mundo con su resumen enciclopédico, su lógica en forma popular, su culminación espiritualista, su exaltación, su sanción moral, su solemne complemento, su consuelo y justificación universal, la realización fantástica del ser humano porque el ser humano no tiene una verdadera realidad<sup>737</sup>.

Estas afirmaciones autoritarias arbitran las controversias de opinión y configuran al legislador como un intelectual autoconfiado, ya que cuenta con un conocimiento verdadero sobre la naturaleza, la sociedad y la moral, y es muy agresivo con los acuerdos normativos preexistentes y las tradiciones.

---

<sup>737</sup> Guillermo Federico Hegel, *Filosofía del Derecho*, Prólogo de Carlos Marx, Biblioteca Filosófica, V. 5, Buenos Aires, 5ª edición, 1968.

Este legislador se considera capaz de reafirmar el orden de las cosas e incluso de imponerlas según la lógica del sistema legislativo del Derecho, que antes de organizar la sociedad, la imagina y crea modelos mentales de hombres, cosas, vínculos sociales, relaciones políticas y jurídicas, a las que posteriormente delimita en su propia realidad, de forma que el hecho no existe, propiamente, antes que el Derecho, y los casos jurídicos, en verdad, no existen hasta que son previstos en la norma jurídica.

Esta politización de todo, determina que las operaciones de neutralización política de la decisión jurídica se volviese más difícil, eliminando tanto la imagen de los juristas como académicos cuyas preocupaciones son abstractas y eruditas como la de la Facultad de Derecho como templo de la ciencia jurídica.

La Revolución Francesa cerró las Facultades de Derecho en 1789 a 1806 y después, como constata Clavero Salvador<sup>738</sup> la Universidad, ya no será la misma.

Gary Slapper y David Kelly describen la evolución del Estado de Derecho, cuyo nacimiento sitúan en los albores Revolucionarios.

Destacan que en la Europa continental, la burguesía emergente tuvo que imponer su poder a través del *Rechtsstaat* (Estado de Derecho en Alemán) para protegerse bajo su manto contra el poder de la máquina estatal que no controlaban, a diferencia de lo que sucedía en Inglaterra, en donde desde el siglo XVII, la burguesía inglesa nunca tuvo enfrente un Estado amenazador contra el que precisara protegerse, ya que la burguesía, de hecho, era el Estado, planteándose la dicotomía entre Estado de Derecho y soberanía Parlamentaria en versión británica de Gobierno Liberal, que en la versión alemana significaba que el propio Estado se regía por nociones de Derecho, que limitaba su esfera de actividad mientras que en Inglaterra, el control del Parlamento la convertía en innecesaria, de manera que soberanía Parlamentaria y Estado de Derecho no eran antagonistas sino complementarios.

Dicey, en 1885, en una *Introducción al Estado de Derecho Constitucional* señalaba que el Reino Unido no tenía un Derecho Administrativo distinto del Derecho común del país sobre la base de la ausencia de poderes discrecionales en manos del Estado e igualdad ante la ley, ya que los funcionarios del Estado estaban sujetos al mismo Derecho y proceso jurídico aplicables a los ciudadanos del pueblo y por la supremacía del Derecho común, en que se basaba la Constitución del país.

Este concepto de Estado de Derecho, flexible, lo acotan sobre la base de las aportaciones de diversos autores, que van describiendo los inconvenientes que presenta esta forma de gobierno, destacando las tesis de Hayek, quien sobre la base de lo expuesto en su libro *Camino de la esclavitud* (1971) considera que el componente esencial del Estado Derecho es la existencia de poderes discrecionales amplios en manos del Estado, pronunciándose en contra de la intervención del Estado en la economía y en la sociedad desde el punto de vista de la eficiencia y de la moralidad.

Considera que deben ser las personas las que tomen sus propias decisiones y cuanto mayor sea el espacio que tiene el Estado menor será la libertad individual<sup>739</sup> (lo que predicaba por ello tanto del

---

<sup>738</sup> Bartolomé Clavero Salvador, "Justicia en España entre historia y Constitución, historias y Constituciones", *De Justicia de jueces a Justicia de leyes: hacia la España de 1870*, Cuadernos de Derecho judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, pp. 406 y sgts.

<sup>739</sup> Thomson (historiador de ideología marxista) señalaba que el Estado de Derecho lo que buscaba era control sobre el proceso legislativo para minar las libertades civiles. Cit. Gary Slapper y David Kelly, *O sistema jurídico inglês*, 2011, p.19.

Estado fascista como de la izquierda autoritaria como del propio Estado de Bienestar).

Tales poderes discrecionales en manos del Estado entendía que provocarían que las leyes generales fueran sustituidas por discrecionales y de naturaleza abierta.

Raz considera al Estado de Derecho como un valor esencialmente negativo pero como algunos filósofos del Derecho reconocen la necesidad estatal en la sociedad contemporánea considera que pueden establecerse mecanismos para introducir controles al posible ejercicio arbitrario y discrecional del poder, y considera que para cumplir estos objetivos, las leyes no deben ser modificadas de manera frecuente para no generar confusión.

La garantía de la independencia del poder judicial debe ser garantizada para asegurar que las decisiones de los jueces no respondan a presiones externas sino al espíritu de la ley y a los principios de la justicia natural, que deben ser observados junto a los principios generales del derecho, con garantía reforzada del acceso a la justicia para controlar la discrecionalidad.

Unger destacaba que el Derecho no puede ser reducido a nivel de mero medio para alcanzar los fines, toda vez que es un fin en sí mismo.

En conclusión, destacan Gary Slapper y David Kelly que el Estado de Derecho se caracteriza por una alteración fundamental en la naturaleza del Derecho, abriendo amplios poderes discrecionales al poder público, y a pesar de la extensión del examen judicial y del control de la discrecionalidad administrativa se ha producido una reducción del poder del control de los jueces.

Destaca también el fenómeno de las leyes delegadas en las que el Parlamento, simplemente, promulga leyes autorizadoras para que el Consejo de Ministros produzca normas reguladoras consideradas necesarias, con una extensión desmesurada de la resolución extrajudicial de las controversias y al margen de los procesos del Derecho, lo que significa una disminución previa del poder del Derecho, que aparece configurado como un medio para alcanzar un fin de interés general<sup>740</sup>.

Cuando se tenga la debida perspectiva histórica, veremos hasta qué punto es cierto que entre 1789 y 1989, el hombre de los siglos XIX y XX ha vivido todas las combinaciones posibles de lo político, un vértigo que no conoce equivalente, y que hace que un niño nacido en el París en el último decenio del S. XVIII haya vivido monarquía absoluta, república democrática, Terror, Directorio, Dictadura, Imperio, Restauraciones varias y vuelta a empezar, hasta llegar octogenario a la Comuna...

Enseguida, vendrá el siglo del exterminio: el XX, el de la política como alta tecnología de la muerte, tanatopolítica, y ello dentro del Estado Moderno, que se inicia en el S. XVI, y en el que ya Richelieu y Nazarino conocían que no puede tolerar que nada quedara fuera de sus dominios, de su territorio simbólico; el Estado Moderno es total o no es nada.

La religión de los modernos va a ser, a partir del último tercio del S. XIX, la que alza el uso distorsionado del ateísmo, el cual, a partir de ahí y con mayor frecuencia no será sino variedad léxica de un anticlericalismo apenas camuflado.

Las específicas variedades de esa “religión laica”, que se proyectan a sí mismas como filosofía de la historia cristalizarán muy pronto en la última, tan trágica, Teología histórica que ha conocido el pensar moderno: las hipótesis totalitarias de una historia portadora de sentido consumible, que

---

<sup>740</sup> Gary Slapper y David Kelly, *O sistema jurídico inglês*, 2011, pp. 16-23.

guiaron a Europa de una guerra grande a otra absoluta<sup>741</sup>, y no parece que después las cosas hayan mejorado: las purgas de Stalin, la Guerra Fría, con la posibilidad de la destrucción total del Planeta, la Revolución cultural China, Bosnia, Ruanda, etc... en fin, un sufrimiento humano cualitativo y cuantitativo, desconocido en la historia.

## **1. LOS JUECES Y LA ADMINISTRACIÓN Y LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA EN EL PERIODO ANTERIOR A LA REVOLUCIÓN FRANCESA DE 1789**

En el apartado referido a la Edad Media y en parte también se ha tratado en la Moderna, se ha hecho referencia a una evolución de la concentración del poder público en el rey, luego Absoluto, que se opera en España (no existiendo inconveniente en extenderlo al resto de la Europa Continental) y que en el campo del Derecho se traslució en el práctico monopolio de la ley como fuente del Derecho y que pasa del simple reconocimiento a creación.

En este apartado, primero se va a hacer referencia al control aplicativo del Derecho por parte del rey luego monarca Absoluto, especialmente en Francia sobre la base del aspecto nuclear que va a desempeñar en el nuevo modelo procesal en el resto del Continente tras la Revolución Francesa y más adelante se abordará el control de la actividad administrativa por parte de los jueces.

En opinión de Xiol Rius, el Derecho del *common law* y el histórico Continental no difieren mucho, si bien terminan separándose e interpretando de manera distinta el principio de separación de poderes y la función creadora del juez<sup>742</sup>, lo que no considero cierto sobre la base de lo ya expuesto y de lo que se va a decir a continuación.

### **- EL CONTROL DE LA APLICACIÓN DEL DERECHO POR EL REY ABSOLUTO. LOS ANTECEDENTES DEL RECURSO DE CASACIÓN IMPLANTADO TRAS LA REVOLUCIÓN FRANCESA**

Se va a hacer referencia en este apartado a la evolución del sistema procesal francés sobre la base esencial de constituir la base del moderno régimen procesal Continental y, por lo tanto, va a servir de una forma, más práctica, para conocer el régimen Contemporáneo en este ámbito territorial.

Se hará mención en este apartado del Derecho en general, con la puntualización que posteriormente se llevará a cabo del régimen y peculiaridades administrativas, del que es bien significativa el Edicto de Saint-Germain de 1641 en que se prohibía a los parlamentos judiciales (*parlements*) u órganos judiciales conocer de los asuntos, en los que se afectase a la Administración.

---

<sup>741</sup> Gabriel Albiac, “La tercera lección” y “La cofradía atea”, Diario ABC, 13-1-2011 y 8-9-2011. Este autor, además de columnista del citado periódico es profesor de filosofía desde 1974 en la Universidad Complutense de Madrid, institución de la que es Catedrático desde 1988. Fue Premio Nacional de Literatura en la modalidad de ensayo en 1988, Premio González Ruano de Periodismo en 2009, Premio Samuel Hadás en 2012 y premio Samuel Toledano en 2013.

<sup>742</sup> Juan Antonio Xiol Rius, “Constitución, ley, ciudadanos, juez”, *El juez y la cultura jurídica contemporánea*, T. III. *La función y los poderes del juez en una sociedad democrática*, Consejo General del Poder Judicial, 2008, p. 20.

La conclusión de todo lo que se va a exponer, es que el régimen implantado tras la Revolución Francesa no es en absoluto novedoso sino que representa la práctica y aspiraciones de los reyes Absolutos, tanto en el campo del Derecho en general como del régimen de la actuación administrativa.

Esta es la causa por la que considero que los monarcas Absolutos, tras la Convención de Viena de 1815 no hicieron tabla rasa del sistema Administrativo instaurado por los Revolucionarios y Napoleón.

Considera Ibon Hualde<sup>743</sup> que los antecedentes de la casación parecen encontrarse en la Francia feudal, donde comienza a configurarse como un instrumento en poder del monarca para obtener, en defensa de su interés y no de los particulares, la anulación de las sentencias emanadas de los parlamentos judiciales (*parlements*) por violación de los mandatos Reales.

La posibilidad de anular las referidas sentencias de los *parlements* constituye, en su origen, una prerrogativa del rey que ejercitaba por propia iniciativa para la tutela no de la justicia sino de su autoridad, por cuanto que se dirigía a impedir que los *parlements* se excediesen en sus poderes e invadiesen los reservados al monarca y que por ello tenían carácter ejecutivo, ya que no era en sí misma una función jurisdiccional.

Los *parlements* sí ejercitaban una función jurisdiccional, puesto que constituían los órganos jurisdiccionales de última instancia y eran considerados, en este sentido, cortes soberanas (*cours souveraines*), ya que sus resoluciones no eran susceptibles de apelación y en el ejercicio de su función jurisdiccional disfrutaban de una discrecionalidad en la interpretación de la ley, que no tenían los jueces inferiores, quienes debían seguir, estrictamente, su tenor literal y, si no era claro, dar cuenta al rey.

Pero estos *parlements* nunca limitaron su actividad al ámbito estrictamente judicial sino que, también, se atribuyeron funciones de distinta naturaleza vinculadas al poder legislativo, entre las que se debe mencionar la facultad de registro (*enregistrement*) de las ordenanzas Reales, que suponía una especie de sanción o refrendo de las mismas y, además, podían dictar resoluciones de carácter reglamentario, denominadas *arrêts de règlement*, siempre que no vulnerasen las ordenanzas Reales o la costumbre, con alcance general y desplegaban sus efectos para casos futuros, si bien limitados a su ámbito territorial.

Todas estas prerrogativas provocaron una transformación en la naturaleza de los *parlements*, que pasaron a aspirar otras de soberanía política, concurrentemente con el rey.

Los *parlements*, en un principio, fueron utilizados por el rey como medio para la ampliación de su jurisdicción, en detrimento de la propia de los barones (*barons*).

Para entender el origen de los *parlements* hay que retroceder a la Francia del s. XI, caracterizada por la existencia de una descentralización feudal opuesta a la anterior centralización monárquica de la época Carolingia.

Estos barones (*barons*) eran auténticos soberanos en el ámbito territorial de su respectiva baronía, en la que también impartían justicia (*Cour du baron*) y la autoridad del rey se limitaba a las tierras sometidas a su señorío feudal, sin ejercer ningún derecho sobre el territorio de las baronías.

---

<sup>743</sup> Ibon Hualde López, "Algunas consideraciones sobre el Tribunal y el recurso de Casación Civil francés, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo, 2017, V. 9,1, pp. 161-214. Ver también la obra de este autor, *La admisión del recurso de casación Civil: su situación actual y reforma*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2021, pp. 11- 46.

Para luchar contra esta descentralización y recuperar el control sobre todo el país, el rey se sirvió de la administración de justicia, cuyo ejercicio asumió.

Con el paso del tiempo, los reyes franceses lograron la extensión a todo el Estado de la jurisdicción Real y la supremacía de la misma sobre la totalidad de las cortes de justicia de las baronías, y de esta manera, el rey se erigió en juez supremo y su justicia se convirtió, en una última instancia, a la que siempre se podía recurrir.

Debido al incremento de asuntos planteados ante el rey cobró especial importancia el consejo que le asesoraba y ayudaba a sobrellevar la carga derivada del ejercicio de su función jurisdiccional: el denominado *Conseil du Roi* pero este consejo asesor, creado originalmente por el Rey como instrumento de centralización monárquica, acabó separándose de este y dando lugar al primer *parlement* y convirtiéndose en un órgano jurisdiccional autónomo, con la función de tribunal supremo para todo el país, y aunque juzgaba en su nombre y por su delegación del rey llegó a tener una posición antagónica y enfrentada a este.

El Consejo del Rey (*Conseil du Roi*) continuó desarrollando funciones de naturaleza consultiva y con posterioridad al establecimiento del primer *parlement*, con sede en París, se fueron creando en distintas partes de Francia otros menores, que formaban cortes soberanas (*cours souveraines*) en el ámbito territorial al que se extendía su jurisdicción.

Los *parlements* eran órganos que ejercían funciones jurisdiccionales por delegación del rey y que junto al de París, como se acaba de decir, fueron estableciéndose paulatinamente otros menores en diversas provincias de Francia, lo que dio lugar a conflictos de jurisdicción entre ellos y la resolución de tales conflictos requería de la intervención de un sujeto que estuviese por encima de aquellos: el Rey, quien, en su cualidad de juez supremo, seguía un procedimiento conocido como *règlement des juges*.

Con el paso del tiempo fueron creciendo el número de asuntos planteados ante el Rey, lo que provocó que este optase por crear, a partir de su Consejo, un nuevo órgano jurisdiccional, cuya constitución con carácter estable parece remontarse a la Ordenanza de Charles VIII de 2 de agosto de 1497, único para todo el Reino de Francia y se denominó *Grand Conseil*, cuya atribución más relevante y que subsistió hasta la finalización del Antiguo Régimen fue anular las sentencias contradictorias que, sobre una misma controversia, procedían de distintos *parlements*.

Pero aunque los *parlements* se encargaban de la resolución en última instancia de los litigios surgidos en todo el Reino de Francia, función que cumplían por delegación del monarca, este nunca renunció a inmiscuirse en la administración de justicia, de manera que no ejercían su función en exclusividad, ya que el rey no renunció al control sobre la justicia y tras la separación del primer *parlement* resurgió un órgano judicial encargado de la recepción y dación de cuenta al rey de las peticiones que, como juez supremo, le remitían los particulares. Dicho órgano fue llamado *Tribunal des requêtes de l'Hôtel du Roi* y sus miembros eran conocidos como *maîtres des requêtes*.

El máximo desarrollo de la casación bajo el Antiguo Régimen se produjo a mediados del s. XVII, en concreto, con la Ordenanza civil de 1667, que generalizó la posibilidad de los particulares de recurrir al rey para obtener la anulación de las sentencias de los *parlements* por contravención de las ordenanzas Reales.

En todos estos supuestos en que el rey alteraba o modificaba el curso ordinario de un proceso<sup>744</sup> actuaba como juez supremo, imponiendo su voluntad en un supuesto particular, a diferencia de lo que acontecía al anular una sentencia contradictoria con una ordenanza Real, en cuyo caso intervenía para tutelar su poder de legislador, cuestionado por los *parlements* incumplidores y es esta última intervención la que constituye el germen del verdadero recurso de casación.

Dentro del Consejo Real existía un grupo reducido de sujetos que eran más cercanos a la figura del rey, que le asistían en la resolución de ciertos asuntos necesitados de un tratamiento más privado, básicamente, de carácter político o gubernamental.

Este grupo de consejeros, que constituía una especie de sección dentro del Consejo Real llamado *Conseil étroit* o *Conseil secret*, parece que se podía distinguir, ya desde el s. XIII, de otra más numerosa que adoptaba la forma de una gran asamblea o *Grand Conseil*, si bien la separación formal de ambas habría tenido lugar en el s. XV.

Sea como fuere, con el paso del tiempo esa formación del Consejo Real comúnmente llamada *Conseil étroit* no se conformó con la asunción de los asuntos políticos sino que comenzó a intervenir en controversias de carácter privado; y ya en el s. XVI, sus miembros se reunían ciertos días de la semana para tratar, exclusivamente, de recursos judiciales planteados por los particulares<sup>745</sup>.

El *Conseil des parties* no era en realidad un órgano jurisdiccional, aunque pudiese aparentarlo. Como se ha anotado, constituía una sección de un órgano exclusivamente político, el Consejo Real<sup>746</sup>.

---

<sup>744</sup> Recibidas las súplicas de los particulares ante el *Tribunal des requêtes de l'Hôtel du Roi*, generalmente referidas a litigios planteados ante tribunales inferiores, los *maîtres des requêtes* daban traslado de las mismas al rey, quien respondía con órdenes escritas denominadas *lettres de justice* o *lettres de la Chancellerie*; denominación que se debía a que las órdenes se firmaban por el rey, aunque se preparaban y sellaban en la Cancillería de su Corte ( existían cartas de muy diversa tipología, en función del resultado que se quisiera obtener pero a través de todas ellas, el rey, fuente de todos los poderes, se reservaba el derecho a intervenir en la justicia para suspender o modificar el curso de la jurisdicción ordinaria o, en su caso, sustituirla avocando para sí el conocimiento de un asunto). Ejemplos de esas cartas eran las *lettres de committimus* que servían para declarar la exención de los funcionarios reales de la jurisdicción ordinaria y ser juzgados por el *Tribunal des requêtes de l'Hôtel du Roi* u otra jurisdicción especial; las *lettres d'état*, por las cuales el rey dirigía una orden de suspensión de un proceso seguido frente a un sujeto ausente de Francia por algún motivo de carácter público como el servicio en el ejército; o las *lettres d'évocation*, mediante las que el soberano, de oficio o a instancia de un interesado, se dirigía a los jueces inferiores para sustraerles el conocimiento de un asunto y decidirlo él mismo u otro órgano judicial distinto.

<sup>745</sup> Ello hasta que, por la conveniencia de separar el ejercicio de tan dispares atribuciones, se establecieron, a través del Reglamento de 11 de agosto de 1578, dos secciones distintas: por un lado, el *Conseil d'État*, para los asuntos políticos; y, por otro, el *Conseil des parties*, para los asuntos judiciales. A pesar de las ulteriores modificaciones operadas en el Consejo Real hasta el reinado de Luis XIV, que dieron lugar a la creación de nuevas secciones, el *Conseil des parties* llegó a la época de la Revolución Francesa en su configuración original.

<sup>746</sup> En consecuencia, los miembros del *Conseil des parties* eran funcionarios sometidos a la autoridad del rey y no gozaban de la independencia, imparcialidad e inamovilidad propias de los jueces y magistrados actuales, ya que el rey podía modificar, en cada caso concreto, la composición de dicha sección para obtener una decisión acorde a su voluntad; y la función del *Conseil des Parties* tenía naturaleza ejecutiva, tendente a controlar la aplicación de los *parlements* de las Ordenanzas Reales.

Así, el soberano se servía de la iniciativa privada para descubrir posibles infracciones de las mismas, en interés propio y no de los particulares denunciadores, sin perjuicio de que, mediatamente, estos resultasen favorecidos.

En suma, no suponía la posibilidad de los particulares de recurrir al *Conseil des parties*, un verdadero derecho de impugnación sino que se trataba de un mecanismo más cercano a la denuncia.

Además, este órgano no entraba nunca a resolver el fondo del asunto previamente decidido por un *parlement* mediante una sentencia sino que se limitaba a controlar la regularidad del fallo contenido en esta para, en su caso, casarlo o privarle

Tras la creación de este Consejo en 1578, el máximo desarrollo de la casación, entendida como la posibilidad de los particulares de recurrir al Rey para obtener la anulación de las sentencias de los parlamentos judiciales (*Parlements*) por contravención de las Ordenanzas Reales, tuvo lugar en el siglo XVII, según se explicaba anteriormente. Sobre todo, a partir de la ya citada Ordenanza civil de 1667, que reincidió en la prohibición de infringir las Ordenanzas Reales, aunque haciéndola extensiva a cualquier otra norma emanada de la autoridad del rey.

Los enfrentamientos entre el rey y los *parlements* comenzaron por denegaciones de *enregistrement* de las Ordenanzas Reales, lo que podía tener lugar a través de una deliberación en la que se daban a conocer al rey, los motivos existentes contra la correspondiente Ordenanza y fueron creciendo progresivamente en complejidad hasta que, en el s. XVIII, los *parlements* llegaron a estar oficialmente asociados y formar una entidad política de carácter nacional opuesta al monarca.

El conflicto entre este, que luchaba por el mantenimiento del Absolutismo, y aquellos, que pretendían el establecimiento de un primer control constitucional sobre el rey duró hasta la finalización del Antiguo Régimen y dio origen a la potestad Real de casar las sentencias y, con ello, a lo que más adelante sería el instituto procesal conocido como recurso de casación.

Es decir, que el rey como juez supremo del reino asumió la competencia judicial absoluta: primero imponiéndose a las de la baronía y delegando, más tarde y transmutando esta competencia de naturaleza política en judicial a través de los *parlements* en el s. XI.

Posteriormente, para mantener el control de lo judicial ( que entendía que le pertenecía), desde una perspectiva jurídica creó el *Tribunal des requêtes de l'Hôtel du Roi* y después e igualmente desgajado del Consejo Real, una fracción con funciones de decisión en materias judiciales, si bien de naturaleza política conocido como *Conseil des parties*, que controlaba, primero, la correcta aplicación de las Ordenanzas Reales y, después, del Derecho todo (romano preferentemente en el sur y consuetudinario en el norte), lo que constituye, tal cual, el precedente claro y directo del recurso de casación Revolucionario<sup>747</sup>.

Esta es la coyuntura en la que debe interpretarse la obra de Montesquieu, miembro del *parlement* judicial de Burdeos<sup>748</sup>.

---

de eficacia jurídica. Y al decidir sobre este punto no valoraba la justicia intrínseca del fallo, en conexión con la relación sustancial controvertida. Básicamente, comprobaba la existencia de posibles contravenciones de las Ordenanzas Reales (*contraventions aux ordonnances*) y, de haberlas, remitía al órgano jurisdiccional competente el asunto para que procediese al dictado de una nueva resolución conforme a aquellas.

<sup>747</sup> Ibon Hualde López, “Algunas consideraciones sobre el Tribunal y el recurso de Casación Civil francés, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo, 2017, V. 9,1, pp. 161-214. Puede verse también a Eduardo García de Enterría, “La lucha contra las inmunidades del poder”, *Cuadernos Civitas*, 1974, pp. 17 y 18.

<sup>748</sup> Con tal instrumento procesal, el rey declaraba, a instancia de parte, la nulidad de una sentencia de un *parlement* por violación de ley, y de esta actuación se puede deducir que, en ella, se encuentran ya los elementos característicos del recurso de casación implantado tras la Revolución.

Pero la finalidad a la que servía ese instrumento era solo el mantenimiento del Derecho objetivo o, más bien, de una parte del mismo, el procedente del poder Real, si bien con posterioridad se admitió también su utilización en los casos de vulneración del Derecho consuetudinario (*Droit coutumier*) y del Derecho romano; normas en las que también se encontraba impresa la autoridad Real, en la medida que el soberano había aprobado su uso o aplicación. No obstante, indirecta e inintencionadamente, se pudo contribuir a otra finalidad, la unificación del Derecho objetivo.

Vasco Pereira da Silva, basándose en Laubadère, Venezia y Gaudemet<sup>749</sup> destaca que, realmente, el contencioso- administrativo no es una invención Liberal determinada por el principio de separación de poderes en Francia.

El rey del Antiguo Régimen reconocía a sus Intendentes muchos e intensos poderes para administrar e incluso para resolver litigios nacidos de sus intervenciones, lo que provocó los naturales conflictos con la jueces ordinarios y el nacimiento de la jurisdicción de los Intendentes.

Es sobre todo a partir del s. XVII cuando se produce un reconocimiento de las especificidades de lo contencioso-administrativo, entendida como la propia de los litigios con los representantes de la Administración Real y que, entre otras consecuencias, da lugar al Edicto San Germain de 1641, en el que se prohibía a los jueces ordinarios conocer de las cuestiones administrativas contenciosas.

Esta prohibición que va a ser posteriormente repetida en muchas ocasiones, de manera que la Revolución, realmente, lo que hizo fue retomar la herencia del Antiguo Régimen y le dió un encuadre sistemático colocándolo al servicio de las nuevas concepciones, lo que se pone de manifiesto en la primacía de la Administración ante el Poder Judicial.

Una de sus consecuencias será la posterior constitución del Consejo de Estado francés sobre el modelo inspirado en el Consejo Real.

Toda la evolución del Consejo de Estado pone de manifiesto que se benefició, conscientemente, de la experiencia de sus ilustres predecesores y apoyándose en Lebreton<sup>750</sup> destaca que el Consejo de Estado tuvo una inspiración directa en los parlamentos judiciales, que ya conocían y aplicaban la teoría de los vicios del acto administrativo, incompetencia, vicio de forma o violación de la ley, lo que determina que en lo contencioso-administrativo se mezclen viejas recetas monárquicas con nuevos principios e ideas liberales, no produciéndose en esta materia una ruptura sino una continuidad del Estado Liberal en el Estado Absoluto.

Parafraseando a Tocqueville<sup>751</sup> destaca su reconocimiento de encontrarnos ante una materia en que se aplica una fórmula del Antiguo Régimen al que pertenece la idea y cita literalmente que:

“retiramos la justicia de la esfera administrativa donde el Antiguo Régimen le había dejado intervenir de forma bastante indebida.... El Gobierno intervenía sin cesar en la esfera natural de la justicia y dejamos que continuase haciéndolo, como si la confusión de poderes por ese lado no fuese tan peligrosa como por el otro y hasta peor porque la intervención de la justicia en la Administración no perturba su trabajo, en tanto que la intervención de la Administración en la Justicia deprava a los hombres hasta convertirlos simultáneamente en revolucionarios y serviles”.

El Antiguo Régimen no va a influenciar negativamente en la instalación del modelo Liberal de lo Contencioso-Administrativo y le va a servir de fuente inspiradora de nuevas instituciones,

---

<sup>749</sup> André de Laubadèr, Jean-Claude Venezia, Yves Gaudemet, *Traité de Droit Administratif*, T. I, 11ª edición, L.G.D.J, Paris, 1990, 246-248.

<sup>750</sup> Gilles Lebreton, “L’Origen des cas d’ouverture du Recours pour excès de Pouvoir d’après les remontrances des parlements au XVIII<sup>e</sup> siècle”, *Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et à l’étranger*, novembre-décembre, n° 6, p. 1630.

<sup>751</sup> Alexis de Tocqueville Alexis, *L’Ancien Régimen et la Révolution*, Gallimard, París, 1967, pp. 126.

acreditándose una relación de continuidad entre el Estado Absoluto y el Liberal en materia contencioso-administrativa.

La interdicción de que los tribunales juzguen a la Administración constituye una de las más antiguas aspiraciones del Derecho Público francés y según Laferrière<sup>752</sup>, antes de ser formulada en las leyes de la Asamblea Constituyente y de la Convención fue manifestada en edictos y declaraciones de los reyes de Francia, y a pesar de las diferentes épocas y el Derecho Público en vigor se expresan en términos casi similares.

De ello puede deducirse, que a pesar de los diferentes regímenes que se suceden en Francia y tras la centralización gubernamental y administrativa se comenzó a considerar una necesidad del gobierno asegurar la independencia de las Administraciones Públicas ante los jueces<sup>753</sup>.

## 2. LA REVOLUCIÓN FRANCESA , NAPOLEÓN Y EL MITO DE LA SEPARACIÓN DE PODERES

Mientras que en España, tanto la Revolución Francesa como Napoleón son alabados casi de forma casi unánime por aclamación, en Francia existe una corriente doctrinal y literaria partidaria de exponer los acontecimientos, tal y como sucedieron<sup>754</sup>.

Como pone de manifiesto José Antonio Marina, es común en todos los lugares geográficos y tiempos históricos, que los problemas reales se resuelvan aplicando herramientas ideales, como las comunidades para cohesionar al grupo social, la soberanía como forma de legitimación, que el pueblo tiene voz o que los gobernantes se encuentran al servicio del pueblo<sup>755</sup>.

En 1986, Reynald Secher publicó *La Vendée- Vengé. Le génocide franco- français*, tesis después apoyada por autores de la talla de Chaunu, que narra los hechos acaecidos en esta esta región francesa, en que un ejército formado mayoritariamente por campesinos y completado por algunos nobles se enfrentó al ejército Revolucionario<sup>756</sup>.

La Revolución Francesa no respetó ningún Estado de Derecho, ni siquiera las leyes que ella misma se daba, ni los derechos de las víctimas.

La Instrucción de Lyon, considerada como el primer documento comunista de la historia así lo atestigua: “*todo está permitido a quienes actúan en interés de la Revolución... ¡la libertad o la*

---

<sup>752</sup> Edouard Laferrière, *Traité de la Jurisdiction Administrative et les Recours Contentieux*, T. I, reimpresión de la primera edición de 1887, L.G.D.J, Paris, 1989, pp. 10 y 11.

<sup>753</sup> Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva, *Em busca do acto administrativo perdido*, Almedina, 1995, pp. 22-24.

<sup>754</sup> Ya se ha mencionado que Elvira Roca considera a la leyenda Ilustrada como la segunda mayor alucinación colectiva de Occidente, del ejemplo vital de Rousseau a la vez de su empoderamiento con la trilogía de libertad, igualdad y fraternidad, en lo que considera una operación de marketing que haría palidecer hasta a las modernas compañías publicitarias.

<sup>755</sup> José Antonio Marina y Javier Rambaud, *Biografía de la Humanidad*, Ariel, 2018, pp. 358-359.

<sup>756</sup> De una población de 800.000 personas murieron aproximadamente la mitad, con batallas y ejecuciones de enorme crudeza, que algunos, sobre la base de la forma de represión, califican como genocidio: más de 7.000 personas fueron guillotinas, no siendo la causa de la revuelta solo la leva forzosa de 300.000 hombres para el ejército francés por la necesidad de mantener las guerras exteriores sino también la opresión del catolicismo.

*muerte!...vosotros tenéis la elección*” y uno de los autores de la Instrucción será el encargado de llevar a cabo una de las mayores masacres de la Revolución sobre el pueblo llano, aunque no sería la única. Carrier, por ejemplo, ahogó a 6.000 personas en el Loira y Fouchet, el “*mitrailleur de Lyon*” siguió su ejemplo tras la orden emanada de la Convención de destruir la segunda ciudad de Francia.

La Revolución que hacía gala de los principios de libertad, igualdad y fraternidad no fue una historia de fraternidad sino de traiciones y conspiraciones entre sus propios promotores, que acabaron a menudo en destierros (Collot), asesinatos como le sucedió a Marat o guillotinado como a Robespierre<sup>757</sup>, Odessa o Desmoulins.

Napoleón fue un hombre que empezó y acabó traicionando a su pueblo, el corzo; a su mujer Josefina, para casarse con la princesa María Luisa de Austria; a los españoles que hasta la invasión habíamos sido sus aliados y a la propia Revolución, hasta el punto de autoproclamarse emperador de Francia en 1804, si bien ya antes se había proclamado cónsul vitalicio.

No puede mantenerse que con la invasión francesa se jugó la apuesta por la modernidad frente al cicaterismo tradicional patrio, ya que en ese momento la Revolución ya estaba fracasada, encarnando un cesarismo déspota y autocrático, más cercano a cualquier dictadura bananera del s. XX, que a lo que luego se conoció como democracia.

Entonces el modelo francés se encontraba muy alejado de cualquier idea de libertad, igualdad y fraternidad, ya que promovió el despotismo al colocar a su familia y llevó a cabo la invasión de los países cercanos mediante la guerra.

Lo que buscaba Napoleón, que ya tenía en el suelo patrio 100.000 soldados con la excusa de invadir Portugal, era hacerse con el Imperio Americano de España bajo la fórmula de una Unión Latina que encabezaría Francia, objetivo que se conseguiría años después con la denominación de Latinoamérica para lo que siempre había sido Iberoamérica.

Ni Robespierre ni en general la Revolución Francesa son contrarios al concepto de religión, ya que lo que querían era crear la suya y de hecho se considera que la Revolución Francesa es el tercer acto de la Revolución Protestante iniciada por Lutero, la segunda sería el Puritanismo.

¿Cual es entonces la razón por la que a este villano se le ensalza como a un héroe? Porque se dice que forzó la unidad de Francia con las ayudas esenciales de Stendhal (expulsado de Italia por espía) y Víctor Hugo<sup>758</sup>.

Consideraba Miguel de Unamuno, tal y como lo exponía en su conferencia “El derecho y la fuerza”, que sentía que junto al mundo real había otro ideal y que si bien se imponía la necesidad externa de los hechos sobre la interna libertad de las ideas, la libertad de las ideas puede dirigir nuestros actos contra la necesidad de los hechos, creyendo en la fuerza omnipotente de los hechos pero también en la fuerza de las ideas y distinguía que “una cosa es la sociedad y otra el Estado”, que “el socialismo es la última transformación de los sistemas absolutistas que subordinan la sociedad al Estado como sacrifica la libertad a la igualdad y son socialistas, en más o menos grado, casi todos los actuales sistemas sociales”.

---

<sup>757</sup> Robespierre impuso un régimen de terror, liquidando a sus principales oponentes: Mirabeau, Marat, Danton, Desmoulins, Vergniauder o Condorcet.

<sup>758</sup> Alberto G. Ibáñez, *La leyenda negra: historia del odio a España*, Almuzara, 2018, pp. 191-201.

Seguía manifestando que:

“ He afirmado otra oposición, la oposición que a mi juicio existe entre la igualdad y la libertad. Es preciso entendernos. Yo no veo más igualdad que el ser todos los hombres igualmente libres. Yo creía que eso querían pedir los que pedían igualdad aunque me sorprendía el que siempre insistieran en unir en su bandera a la libertad la igualdad, cuando bastaba aquélla por incluir a ésta. Pero me he convencido que no es eso lo que piden, sino que piden que el Estado proteja al naturalmente débil contra el fuerte, invente trabajo para dárselo al necesitado en perjuicio de los demás.

Dada la desigualdad natural de fuerzas y condiciones, y dado que el derecho no es más que el reconocimiento de la fuerza, lo único que se puede esperar es correspondencia: no igualdad. Pedir la absoluta igualdad es pedir una desigualdad. La igualdad es la aspiración de los débiles, sería la ruina del mundo entregarlo a los débiles.

La libertad es la lucha, es la selección que crea el derecho, es el verdadero y único medio de progreso. La protección al débil crea la holgazanería, fomenta los vicios públicos. El débil como el fuerte tiene derecho a vivir, pero el fuerte como el débil tiene derecho a luchar.

No hay más verdadera igualdad que el de ser todos igualmente libres. Contra éste no se revelan los déspotas y los siervos porque es un hecho histórico que los déspotas apoyan a los siervos contra los libres, que los siervos apoyaron también a los déspotas.

Un contrato puede cerrarse en desiguales condiciones, es la necesidad comprendida y respetada.

A cada cual, enseña un celebre socialista, se le exige según sus facultades, se les da según sus necesidades. ¿Dónde tiene la sociedad del metro para medir las facultades, fijar las necesidades? ¿No son acasotadas variables las unas como las otras? El trabajo crea y desarrolla facultades, éstas tienen que satisfacerse, la satisfacción crea nuevas necesidades. A cada cual según su poder libre. La primera y más grande libertad es la libertad de la lucha la libertad del contrato”.

“Yo no pido más que libertad, la igualdad o se incluye en ella o es un mal, la llamada fraternidad es un puro sentimiento e inscribirla en una bandera no deja de ser una paparrucha”.

“Ya se comprende que no hay peor industrial, peor comerciante, peor empresario que las corporaciones oficiales”.

“Hubo un tiempo, señores, en que el Estado o sea la pública autoridad pretendía distinguir en ciencia lo verdadero de lo falso, en arte lo bello de lo feo. Esta ridícula pretensión no ha desaparecido por completo, y aún quedan otras. Hay por ejemplo quien cree que es misión de los poderes públicos divertir a los ciudadanos. Para justificar el que organicen las corporaciones festejos y públicos espectáculos se dicen: así afluyen forasteros y con su afluencia gana el pueblo todo. Sin duda alguna, si todos fuésemos fondistas, cafeteros o comerciantes y aún así lo dudo mucho. Con la afluencia de forasteros encarecen los productos y nos cuesta más a los del pueblo. Justo y bueno que los fondistas, cafeteros y demás interesados en esta concurrencia organicen medios de provocarlas, pero no es atribución del poder, mero administrador, favorecer a unos, aunque sean los más en perjuicio de otros, aunque sean los menos, y divertir a sus mandatarios”.

Otro abuso que procede el mismo modo de ver las cosas es el abuso de las subvenciones, una de las múltiples formas del proteccionismo, que no es más que un socialismo conservador moderado”..... apoyar al débil es sofocar al fuerte, proteger al que no halla en su espíritu vigor, en sus potencias arranques y fuerza es fomentar en el mundo la propagación de los caracteres débiles, de los muñecos humanos, de los fantoches animados, es invertir la ley natural y sustituir a la fresca y fecunda selección de la naturaleza, la mustia y estéril selección del proteccionismo; es criar rebaños de esclavos no individuos libres. Libertad, libertad y libertad, no pido más”.

“El papel del Estado se reduce a administrar los intereses comunes, del todo comunes, a hacer respetar el pacto libre, a garantizar la libertad de cada cual contra la agresión brutal del otro, a sostener la sustitución de la lucha de las fuerzas brutas por la lucha de las libertades en el contrato<sup>759</sup>”.

Bartolomé Clavero Salvador dice que de la revolución, no solamente de la francesa que es madre, poco se puede celebrar y no exactamente lo previsto, ya que con todos y sin nadie se extravió la libertad, se perdió la razón y se torció el derecho del individuo, que eran los principios que la legitimaban, puesto que no hay libertades sin libertad.

Esta reflexión la sitúa en el capítulo dedicado al paradigma de la Codificación, clave a su entender de un sistema generado con la Revolución Francesa y que es regenerado por la Constitución Española, que constituyen las claves de la desatención de la historiografía, tanto en el constitucionalismo en Francia como en España, puesto que los derechos solo pueden ser los individuales.

Fue la Revolución la que declaró el Derecho y constituyó el Estado, la Revolución Constitucional, que es como mejor puede calificarse pero que solo instituyó la entidad política no el derecho individual, de manera que la razón de Estado se ha hecho en efecto Derecho y la Codificación es la que, particularmente, instaura y eficazmente mantiene la suplantación.

Considera, por contra, que son los anglosajones quienes han mantenido un principio de Derecho y por ello han podido desarrollarse orgánicamente hasta las posibilidades actuales de libertad tangible, ya que lo fundaron en una base distinta que los europeos continentales.

El socialismo puede encontrarse en otro campo y permanecer en el mismo terreno macroinstitucional del individualismo degradado y hacer uso de los mecanismos de los poderes políticos o corporativamente sociales generados, precisamente, no por el constitucionalismo del Derecho sino por la ley; y el ejemplo más acabado de macroconstitución pura, de instauración de poder normativo sin requisitos jurídicos sustantivos ni políticos procedimentales ha podido dar lugar y brindar sostenimiento a los tipos contemporáneos de dictaduras institucionalizadas, en resumen, la alternativa existente lo es entre sistemas de Derecho y sistemas de ley<sup>760</sup>.

---

<sup>759</sup> Cit. Eugenio Luján Palma, *Conferencia El derecho y la fuerza desvelando la unidad de sentimiento de su pensamiento*, 2017, pp. 35, 40, 44, 46, 47, 49, 50 y 54.

<sup>760</sup> Bartolomé Clavero Salvador, *Razón de Estado, razón de individuo, razón de historia*, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 11,46 y 226-232.

## - LA OBRA DE NAPOLEÓN

No debemos de olvidar, que cuando Napoleón vino al mundo el 15 de agosto de 1769, solo hacía un año que, muy a desgana, Córcega había pasado a Francia y con un sentimiento independentista radical, del que participaba activamente Napoleón, lo que justificaría su ingreso en la Escuela militar francesa, precisamente, con la intención de conseguir la emancipación de su tierra.

Fue un déspota y el mayor promotor del nepotismo oligárquico de la época Moderna, ya que lo de convertir a sus hermanos en reyes no tiene desperdicio y de hecho, uno de los principales motivos para invadir España fue conseguir un reino para su hermano José.

Era una persona obstinada en entrar a formar parte de la nobleza europea, línea dinástica que debería haber continuado su hijo Napoleón II y que tuvo continuidad en su sobrino Napoleón III, que hizo todo lo posible por crear un imperio, incluyendo a México, sin olvidar que con la invasión de España no se buscaba solo la de este país sino la de toda Iberoamérica, siendo la oposición a tal idea, la que encendió la mecha de la emancipación americana.

No fue solo un dictador sino un peligroso belicista, causante de millones de muertos, diez solo en Francia en 15 años, a los que se debe añadir los de las Guerras Napoleónicas en todo el continente europeo y de su ilustración nos da cuenta la admiración que Hitler sentía por él.

Napoleón hizo algo que casi nadie de sus defensores en España se atrevería a alardear: creó un sistema Departamental unido al terror revolucionario y a la imposición de un modelo nacionalista de enseñanza unificada en todo el país, borrando todos los reinos, fronteras y lenguas ( el ahora francés era la lengua de Paris, que solo hablaba el 5% de la población<sup>761</sup>) y la gran parte de las peculiaridades

---

<sup>761</sup> Como destaca Muñoz Machado, al francés puede considerársele precedente de la lengua de los patriotas o la lengua de la Nación. En Francia se había planteado con especial crudeza la cuestión de la unidad de la lengua como un requisito imprescindible para la implantación de la igualdad y el correcto entendimiento de las leyes que traducían los ideales de la Revolución, estimándose que en aquella época, menos de tres millones de franceses podían hablar y comprender el francés, en una población de alrededor de 25 millones. A mediados del s. XVIII, el pueblo no hablaba la lengua del rey sino un francés popular y en algunas regiones del centro o la mayor parte de los habitantes del Normandía, Lorena o Borgoña hablaban el *patois* y practicaban una suerte de bilingüismo: dominaba este idioma pero comprendían el francés y aunque el buen francés había progresado a lo largo del s. XVIII, en el sur de Francia, el *patois* constituía todavía la lengua de uso normal y lo mismo sucedía en Bretaña, Flandes o Alsacia. Pero el Movimiento Patriótico revolucionario se extendió enseñada al dominio de la lengua y se asoció lengua y nación por primera vez y la lengua se convirtió en un asunto de Estado. En la primera época Revolucionaria se desarrolló una política muy tolerante con el *patois* y con las lenguas regionales pero pronto los Revolucionarios burgueses vieron en el *patois* un obstáculo para la propagación de sus ideas: en 1793, la Convención suprimió todas las academias y sociedades, incluyendo *L'Académie* que había fundado en 1635 Richelieu. En 1794, el Comité de Salud Pública abrió una gran ofensiva en favor de la implantación de una única lengua nacional: señaló que la Monarquía tenía razones para parecerse a la Torre de Babel, dejando a los ciudadanos ignorantes de la lengua nacional e incapaces de controlar el poder pero ello era traicionar a la patria y considerando que en un pueblo libre, la lengua ha de ser una y la misma para todos presentó a la Convención, en 1794, esta idea de considerar al resto de lenguas y dialectos como idiomas groseros, que no pueden servir nada más que a los fanáticos y a los contrarrevolucionarios, confirmándose en este año la necesidad de suprimir los dialectos y el 20 de julio en 1794, Robespierre instauró el terror lingüístico, prohibiendo todo tipo de acto o escrito por parte de particulares o funcionarios en lengua distinta del francés, que en caso de los funcionarios llevaba aparejada seis meses de prisión, al igual que para los ciudadanos y, además, la cesantía. Se impuso también en la enseñanza. Napoleón tenía el corso como lengua materna y no había aprendido el francés hasta los 15 años y con el acento corso siguió hablando el francés, lo que quizás fuese la causa por la que cesó, en parte, la propaganda del francés, manteniéndose cierto bilingüismo en las zonas rurales. Santiago Muñoz Machado, *Hablamos la*

territoriales. Gran parte del territorio francés, toda la parte del norte, era de Derecho consuetudinario y ahí la importancia que se otorgará a la ley<sup>762</sup>.

## - EL MITO DE LA SEPARACIÓN DE PODERES EN FRANCIA

Considera Vasco Pereira que la noción de Estado fue inventada por Maquiavelo durante el Renacimiento como forma de concentrar y unificar el poder en la persona del príncipe, antes disperso en la sociedad y que Bodín asocia a la de soberanía.

Entiende que dentro del Estado se producen dos momentos: el primero, de mera concentración y defensa de su poder y el segundo, cuando seguro de sí mismo, se aventura en el descubrimiento de la sociedad<sup>763</sup>.

En su opinión, el Estado Liberal es fruto de estos dos momentos y considera que tiene dos padres y dos madres: Dos padres que serían Hobbes y Rousseau, y dos madres, que serían Locke y Montesquieu.

Hobbes y Rousseau teorizan sobre el elemento democrático del Estado, confiriéndole un fundamento de legitimidad sobre la base de un pacto social en el que el Estado se fundamenta como lo es la voluntad de las personas que lo constituyen pero transcurrido este primer momento, el Estado se transforma en una figura fuerte y totalitaria, que podía asumir la configuración de un monstruo semihumano o Leviatán, o de una realidad abstracta que se manifestaba a través de la voluntad general.

Locke y Montesquieu aportan la idea de autolimitación como forma de permitir la libertad individual y con ellos, la democracia deja de ser un elemento original para tornarse un modelo cotidiano, de modo que entre el Estado Absoluto y Liberal no existiría una situación de ruptura sino de evolución, pudiéndose decir, que el Estado Liberal y el Absoluto se democratizaron profundizando su fundamento de legitimidad, que pasaría del pacto social y se colocaría al servicio de los hombres, y a través de la separación de poderes garantizaría los derechos individuales, de manera que parafraseando a García de Enterría destaca que la tradición Absolutista del Continente, que mezclaba todas las funciones públicas subjetivamente en un monarca, es reemplazada en el concepto de Estado, que es un sustituto abstracto de ese centro de subjetividad único<sup>764</sup>.

Se dice que lo esencial de la Revolución Francesa es la separación poderes pero el punto de partida de la historia Constitucional francesa nos depara una sorpresa mayúscula, ya que aunque la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 registra como principio constituyente el de separación de poderes, solo identifica dos: el Legislativo y el Ejecutivo, adviniendo la Justicia en

---

*misma lengua*, Crítica, 2017, pp. 565-569.

<sup>762</sup> Alberto G. Ibáñez, *La leyenda negra: historia del odio a España*, Almuzara, 2018, pp. 192-201.

<sup>763</sup> Señala que tal evolución del Estado tiene un paralelismo con la historia de Robinson Crusoe, ya que nada más llegar a la isla comienza a fortificarse, reuniendo todas las armas del navío salvadas del naufragio y en un segundo momento, sintiéndose ya lo suficientemente seguro, va a descubrir la isla haciendo relaciones de libertad con las cosas y entrando en contacto amistoso con Viernes.

<sup>764</sup> Vasco Pereira da Silva, *Para un contencioso administrativo dos particulares. Esboço de una teoría subjetivista do recurso directo de anulação*, Almedina, 2005, pp. 14 y 15.

1791 pero según la configuración que por ley ordinaria se había llevado a cabo en 1790, de manera que la Justicia entera, lo que haya de ser y lo que pueda y deba hacer, va a resultar un producto del Poder Legislativo, cuestión, la de la creación legislativa de la justicia, que resultaría inconcebible en Estados Unidos.

La creación legislativa judicial de 1790 estableció que la justicia no contase con competencia alguna, no solo frente al Legislativo sino tampoco frente al Ejecutivo, de manera que su función se circunscribiría a la resolución de asuntos entre particulares o por razón de delito entre particular y parte pública, no existiendo previsión de Justicia sobre norma o acto de Gobierno o de Administración<sup>765</sup>.

La celebración de elecciones judiciales se enrareció hasta llegar a abandonarse y en lugar de la confianza ciudadana fue la experiencia la que se convirtió en el mérito para el acceso a la función judicial, sumándose a lo anterior, la profesionalización por vía universitaria.

Las universidades, lo mismo que los tribunales habían desaparecido con la Revolución, ya que a ambos se les consideraba un baluarte de la cultura jurisdiccional que, haciendo prevalecer el Derecho tradicional, comprometían o podían impedir el propio éxito de la Revolución, de manera que a principios del siglo XIX, la universidad no se restablece sino que se inventa de nuevo, por lo que entre la universidad napoleónica y la tradicional, nada existe en común.

La universidad enseña el Derecho del Estado, que es la ley y sus códigos, y nada más, por el peligro que el caballo de Troya del jurisdiccionalismo puede significar, si acaba situándose por encima de la ley, no existiendo, en un principio, siquiera, lugar para la doctrina de esta base legal, de forma que la cualificación para el acceso a la Carrera judicial será la universitaria, formada por la ley del Estado y la figura del experto en Derecho, la de letrado o la de juez y no la condición ciudadana, que como título preliminar y primordial desaparece, identificándose hasta la fusión: Derecho, ley y justicia, ya que no hay Derecho ni justicia sino por ley.

No hay derechos por encima ni al margen de las leyes, la justicia es la que suministra el Estado, sin alternativa ciudadana a la justicia misma del Estado, lo que representa, definitivamente, este carácter de exclusión del enjuiciamiento de los poderes del Estado, ya que se representa en materia civil, mercantil, penal y procesal, desocupándose del Derecho Público, como el Administrativo, por ejemplo.

Los Códigos son manuales para los jueces y para la universidad, que llegan donde lo hace la justicia, de manera que la Codificación napoleónica corrobora su incapacidad para juzgar a los Poderes Administrativo y Legislativo porque no cabía justicia Administrativa o al menos no se admitía, en manos de los jueces y, solamente, como forma de controlar el poder, más que contra reclamaciones ciudadanas.

Cosa distinta es que como efecto colateral y más tarde, las lesiones a particulares puedan repararse pero no como justicia sino como poder.

El Poder Judicial no es que se situase en tercer lugar entre los poderes sino que incluso dejó de considerarse como Poder, culminando la Codificación la reducción del Derecho a la ley, como lo único

---

<sup>765</sup> El examen pormenorizado de esta Ley de 1790 y su reflejo Constitucional en la de 1791 se abordará con detalle más adelante.

que compete a la justicia y esta creciente importancia de la ley se acrecentó a través del sistema de recursos en la cúspide, ante la Corte de Casación con lo que terminaba de como justicia del Estado, en todos sus términos, mediante todos sus resortes y con todas sus consecuencias.

Pero es más, entiende Clavero Salvador, que en Francia hasta hoy, no se ha hecho el intento de recuperar el constitucionalismo de derechos frente al de poderes o si se prefiere decir, de justicia ante la ley, y la propia declaración de derechos, como la de 1789, comienza por desconocer la función constitucional de la justicia, lo que constituye un síntoma elocuente, entendiendo que la misma subsistencia relativa del jurisdiccionalismo pudiera no ser un obstáculo sino un incentivo para un constitucionalismo de derechos, que situase la justicia por delante de la ley y del Gobierno<sup>766</sup>.

Ni la idea de separación de poderes puede fundarse en las tesis Revolucionarias, salvo que por ellas se deduzca la independencia de la Administración, ni puede realmente atribuirse, en los términos que se hace a Montesquieu, como se ha desarrollado con anterioridad.

Sin embargo ha sucedido muchas veces en la historia, que un concepto o idea se emancipa de su finalidad originaria, que es lo que se considera que se ha producido con la teoría de la división o del principio de separación de poderes, que pasó a formar parte fundamental de la ideología Liberal Revolucionaria junto a los postulados de soberanía popular -nacional, imperio de la ley y garantía de los derechos individuales, plasmándose en los Textos Constitucionales de la época, tales como en el artículo 5º de la Declaración de Derechos de Virginia de 1776, que señala que los Poderes Legislativo y Ejecutivo del Estado deben hallarse separados del Judicial, el artículo 16 de la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 ó en el artículo 242 de la Constitución Española de 1812, cuando dice que la potestad de aplicar las leyes en causas civiles y criminales pertenece exclusivamente a los Tribunales.

En conclusión, la Revolución Francesa no tiende a suprimir el Absolutismo sino al contrario, a acentuarlo en manos de los nuevos dirigentes, ya que, como se verá, la lectura auténtica de la separación de poderes que se implantó no fue sino su más radical conculcación: los jueces no pueden juzgar a la Administración ni entrometerse mínimamente en sus labores directas o indirectas, lo que recientemente ha sido considerado por el Consejo Constitucional Francés en 1980 y 1987 como principio fundamental reconocido por las leyes de la República, merced al que los jueces no pueden intervenir en las materias Administrativas, ni en el Gobierno ni en el Legislador, garantizándose así la independencia de sus jurisdicciones y el carácter específico de sus funciones, a lo que el Consejo Constitucional francés otorga valor Constitucional, encargándose el control de la legalidad Administrativa a una organización que depende del Ministerio de Administraciones Públicas<sup>767</sup>.

---

<sup>766</sup> Bartolomé Clavero Salvador, "Justicia en España entre historia y Constitución, historias y Constituciones", *De Justicia de jueces a Justicia de leyes: hacia la España de 1870*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder judicial, Madrid, 2007, pp. 406 y sgts.

<sup>767</sup> María Pérez Ugena, "Los actos de gobierno en el marco del fundamento constitucional de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en España y Francia", *Modelos europeos de Justicia contencioso-administrativa*, Santiago Rosado Pacheco (coordinador), Dykinson, Madrid, 2007, pp. 225 y 226.

### 3. EL CONTRACTUALISMO COMO BASE DEL ESTADO CONTEMPORÁNEO: EL MITO O FÁBULA DEL CONTRATO SOCIAL Y LAS TESIS DE DUGUIT Y HAURIUO

Hobbes representa la postura del contractualismo Absolutista, puesto que perseguía justificar el Absolutismo monárquico; Locke es considerado el ideólogo de la monarquía constitucional de Inglaterra y Rousseau trata de la soberanía basada en la voluntad del pueblo, de los soberanos como mandatarios del pueblo y de la república como forma perfecta de gobierno.

Para Hobbes, los hombres son totalmente libres de sus acciones en estado de naturaleza pero esta libertad, sin límites, no es útil a nadie y solo conduce a la anarquía y a la violencia por lo que para salir de este caos, los hombres deciden, mediante el contrato social, constituir la sociedad civil, y en consecuencia, es la necesidad de orden y el deseo de paz, lo que da origen al Estado.

Con la constitución del Estado, el hombre alcanza seguridad y aparece la propiedad privada, considerando que el precio que deben pagar los hombres por su seguridad es el de la renuncia a todos sus derechos y libertades a favor del instituido como soberano.

Mediante el contrato social, los hombres transfieren la soberanía, irrevocablemente, a la persona elegida para que los gobierne y esta soberanía es ejercida por la autoridad de manera absoluta, sin limitaciones ni restricciones, ni siquiera las dictadas por la ley.

A diferencia del anterior, lo fundamental en Locke es que el hombre conserva en la sociedad constituida mediante contrato, todos los derechos y libertades de que disfrutaba en el estado natural pero garantizados y asegurados por el poder del Estado.

De esta manera, Locke concluía que la soberanía la conservaba el pueblo, quien solo transfería a la autoridad determinadas funciones políticas y que, por tanto, si la soberanía reside en el pueblo, existe el derecho a deponer al monarca cuando no cumple el mandato conferido por la ciudadanía, por lo que el pensamiento de Locke se constituyó en uno de los pilares fundamentales de la teoría democrática moderna y, en particular, de la democracia liberal.

Para Rousseau, la máxima del gobierno legítimo y popular que persigue el bien del pueblo es guiarse por la voluntad general pero el acto imaginario que da origen a una sociedad no es, ni siquiera remotamente, semejante a un contrato, ya que los derechos y libertades de los individuos carecen, en absoluto, de existencia excepto en la medida en que los hombres son ya miembros del grupo.

Kant va más allá y sostiene que la salida del estado de naturaleza se da a través del pacto originario, que es un imperativo de la razón práctica, de tal suerte que el Estado debe ser construido de acuerdo con la idea del pacto, siendo la voluntad general regida exclusivamente por la razón y lo sujetos del contrato, y más que hombres considerados en su realidad fenoménica individual son entes de razón, que contienen aquello que va de acuerdo con su naturaleza racional.

Para la Escolástica y el Iusnaturalismo católico, la sociedad existe en tanto que el hombre es un ser social por naturaleza, considerando tales tesis contractualistas, además de falsas, un grave peligro para la convivencia, por la dinámica a que sujetan a la sociedad dentro de una revolución permanente. Más atrás se ha hecho mención de esta cuestión<sup>768</sup>.

---

<sup>768</sup> Como ya se ha visto, esta capacidad de deponer al monarca que actuaba de manera injusta se reconoce en la Escolástica

Alejandro Nieto señala que los teóricos suelen explicar nuestra organización política a través del denominado pacto social, algo así como si nuestros abuelos, cansados de vivir en familias o en pequeñas tribus hubieran decidido un día juntarse en un gran grupo y poner al frente a un rey con sus ministros, policías y recaudadores de impuestos.

Sin entretenerse en los pormenores de las teorías de Hobbes, Locke, Rousseau o Kant, considera que el objetivo de tan pintoresca tesis es dotar al Estado de un carácter voluntario, que justificaría su poder de coacción al haber sido libremente aceptado por los súbditos.

El pacto social opera así, como una piedra angular del sistema público, de la misma forma que el pecado original en la teología cristiana, aunque con una importante diferencia, ya que ahora nadie cree en la historia de Adán y Eva, la manzana y la serpiente, pero los ideólogos siguen pretendiendo convencernos de la realidad del mito del pacto original social moderno.

Destaca irónicamente este autor, que ningún vivo o sus antepasados puede decir que firmó el citado pacto y que, además, nadie les ha preguntado si querían o no hacerlo, de manera que al contrario de lo que se pretende con tal axioma se forma parte de un Estado no voluntaria sino resignadamente, ya que al margen de la voluntad, el Estado nos cobra por adelantado unos impuestos que luego nos devuelve en prestaciones como la seguridad, la sanidad o la educación, lo que constituyen en el fondo, una especie de seguro forzoso por servicios, que también podrían contratarse, en muchos casos, privadamente<sup>769</sup>.

A nuestros estudiantes de sociología, ciencias políticas y Derecho, se les acostumbra a explicar los fundamentos de nuestra actual organización política desde el fenómeno de la Revolución Francesa, y una vez borrada la filosofía de los planes de estudio de enseñanza Media, difícilmente, va a poderse discurrir con la profundidad con la que se pronuncian los autores que cito.

## - EL MITO O FÁBULA DEL CONTRATO SOCIAL

Hume afirma que no existen pruebas del contrato original y en caso de que existieran, obligarían a reconocer que las instituciones de la sociedad civil son contratos, lo que obligaría, esencialmente, a los originarios contratantes, que con el tiempo se irían desligando, cuando lo constatable es que, precisamente, la costumbre nos hace más fuertes<sup>770</sup>.

Destaca José Manuel Terol Becerra<sup>771</sup> el comentario burlón de Bernatzik para el que el dogma de la Santísima Trinidad es un juego de niños en comparación con el pacto social sobre la base de las opiniones manifestadas por Stein, Schulze, Gierke y Nawiasky, con relación al concepto de poder constituyente singular y extraordinario del tipo Liberal moderno de Siéyès.

---

Española y se niega por Hobbes, Rousseau y Kant incluso en su versión reducida del derecho de resistencia.

<sup>769</sup> Alejandro Nieto García, *La nueva organización del desgobierno*, Ariel, Barcelona, 1996, pp. 178 y sgts

<sup>770</sup> Cit. Neil McCormick, "Derecho, el imperio del derecho y democracia", *La crisis del derecho y sus alternativas*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, p. 413.

<sup>771</sup> Manuel José Terol Becerra, "Sobre el poder constituyente: realidad diacrónica versus mito", *Derecho Constitucional para el siglo XXI, Actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, T. I. p. 55.

Entendía Siéyès que un pueblo que venía viviendo sin Constitución crea su ley política preexistente, lo que adquiere especial complejidad, teniendo en cuenta que el artículo 28 de la Declaración del Hombre y del Ciudadano de 1793 establecía que un pueblo tiene siempre el derecho de revisar, reformar y cambiar su Constitución, de igual modo que una generación no puede sujetar con sus leyes a las generaciones futuras, ya que corresponde a cada generación, decidir si reconoce la soberanía en la Constitución y que luego sedujo a Kelsen, alumbrando la idea de norma originaria, de ahí que la cuestión sea bien relevante como pone manifiesto Ignacio de Otto, recordando a Ross y a Hart.

Para estos dos últimos autores, la ciencia del Derecho y el fundamento de la validez de una norma jurídica ha de encontrarse en otra superior a ella y así sucesivamente, hasta llegar, en algún momento, a una norma situada en la cúspide del ordenamiento y que ya no puede encontrar su fundamento en ninguna otra superior, lo que explica la pirámide de nuestro ordenamiento jurídico, sobre todo, cuando atiende a diversas fuentes, como está sucediendo en las relaciones de especialidad y jerarquía en el ámbito del Derecho Comunitario, Estatal, Autonómico y Local.

Todo ello viene a ratificar el mito del poder constituyente, de lo que es deducible, como ya en su día puso de manifiesto Nicolás Pérez Serrano (en 1947), que la cuestión es realmente un mito porque en la comunidad política siempre ha habido un poder que la organiza, estructura e imprime su peculiar filosofía específica como forma de organización, por lo que considero, coincidiendo con el autor citado, que se trata de un mito, en este caso de construcción racionalista del poder<sup>772</sup>.

#### - LAS TESIS DE DUGUIT Y HAURIOU

Aunque las ideas del Positivismo sociológico, institucionalismo o realismo son contrarias al Iusnaturalismo racionalista y al individualismo también florecieron en Francia dentro de lo que se viene en denominar segunda fase del Derecho Público, en el que es preponderante el Idealismo alemán dentro de Romanticismo Político.

Estas ideas tendrán gran influencia en este país a través de Léon Duguit (1859-1928), al que seguirán, entre otros, Jèze y Gény, y que en su *Manuel de Droit Constitutionnel* intenta la reconstrucción de la teoría del Estado Positivista y destaca que el hombre no es un ser libre y aislado como mantienen los filósofos del s. XVIII sino que se encuentra unido en la sociedad por lazos de solidaridad.

Entiende que si bien se nace libre e igual en derechos se hace dentro de una colectividad y el sujeto se encuentra implicado en el mantenimiento y desenvolvimiento de la vida colectiva, lo que entiende una versión o concepción realista de los vínculos políticos y sociales, que conducen a la idea del particularismo jurídico.

Recusa el concepto de derechos subjetivos previos frente al Derecho objetivo y considera que, al contrario, los Derechos objetivos serían los que instituyen los derechos subjetivos, concebidos ahora como derechos derivados de la solidaridad social y entre los que se encontraría el derecho de

---

<sup>772</sup> Nicolás Pérez Serrano, *El poder constituyente, discurso de recepción como académico de número*, Madrid, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 1947, p. 11.

propiedad, que se sujetaría a la situación colectiva o de solidaridad social, que se ha encargado al individuo titular.

Considera que tanto el origen divino del poder, el pacto social o la soberanía nacional eran otros tantos sofismas con que los gobernantes querían engañar a sus súbditos y con los que, en algunas ocasiones, se engañaban a sí mismos, de manera que los límites del poder del Estado no proviene de los derechos individuales preestatales sino de las leyes objetivas de solidaridad social, que el Estado promueve y controla en una idea vitalista del poder y del Derecho.

El Institucionalismo cultiva un vitalismo jurídico, dando a los cuerpos sociales un alma que trasciende a sus manifestaciones y partiendo de la existencia de una idea, un poder organizado la realiza y se producen manifestaciones comunitarias en el grupo social, como proponía Hauriou (1856-1929).

Entienden que el Positivismo considera que el Derecho surge de las instituciones y que posteriormente se canaliza en las leyes, subsistiendo ese ente anterior y superior que se regula por el Estado como expresión política de un organismo social superior, la nación.

Criticán la concepción individualista, democrática y liberal del Estado, basado en los derechos naturales de los individuos y proponen formas de organización política basadas en el primado de los grupos, en las que desempeña un lugar destacado el Estado, como emanación de los intereses generales del cuerpo social sobre los individuales.

También reconocen la existencia de entidades políticas naturales o primarias como la familia, la empresa o el municipio, de manera el derecho subjetivo pasa a ser definido, no como un poder de la voluntad sino como un interés jurídicamente protegido, de manera que los derechos siempre se encuentran limitados por su función social, de ahí que la socialización del Derecho Privado tenga su cénit en las ideas socialistas.

En el ámbito del Derecho Privado, el Positivismo sociológico procuró atemperar el individualismo y el Liberalismo e introdujo la libertad e igualdad entre los cónyuges, con una concepción organicista que tendería a anular al individuo en beneficio de la tutela del grupo y del mismo Estado como garante de la armonía social.

Es decir, el orden social y político no se fundaba en un acuerdo de voluntades que mejor garantizase sus derechos naturales y previos de los individuos sino en las condiciones objetivas de la vida social, concretizadas en instituciones supraindividuales e indisponibles como la familia, la parroquia, el municipio, la provincia, la nación o la federación de pueblos y finalmente la Humanidad<sup>773</sup>.

Esteve Pardo destaca la aportación que en el Institucionalismo desempeñaron las ciencias de la mente como la psiquiatría y la intuición que destacaba Bergson, así como el pensamiento aristotélico y especialmente de Santo Tomás, sobre todo, en la noción de bien común, reconocida tanto por Hauriou como Duguit y Renart<sup>774</sup>

---

<sup>773</sup> Jorge Agudo González, "Evolución y negación del derecho subjetivo", *Revista Digital de Derecho Administrativo*, nº 5, septiembre, 2011, pp. 25-33 y António Manuel Hespanha, *Cultura Jurídica Europeia*, Almedina, 2018, pp. 463-471. ¡Se ignora, de momento, la naturaleza del pacto que une a otros seres gregarios como las hormigas, las abejas, etc...!

<sup>774</sup> José Esteve Pardo, *El pensamiento antiparlamentario y la formación del Derecho público en Europa*, Marcial Pons, segunda edición, 2020, pp. 135-142.

#### 4. OTRAS PARADOJAS DE LA REVOLUCIÓN FRANCESA: NO LLEVÓ A CABO LA LIMITACIÓN DEL PODER PÚBLICO QUE TANTO PROCLAMABA DEFENDER SINO QUE LO ACRECENTÓ CON LA FICCIÓN DE LA LIMITACIÓN, LEGITIMANDO UN PODER ABSOLUTO

Se puede decir que una de las paradojas de la Revolución Francesa es que aunque en los Iluminismos se intenta la limitación del poder, como claramente se expone en el inglés y norteamericano, la Revolución Francesa no limitó el ejercicio del poder sino que lo acrecentó a través del Estado, que además pretende ser el único y último punto de imputación, resolviendo no solo el problema que venía de Aristóteles: conseguir que lo justo natural fuese lo justo legal sino el objeto de todas las religiones: la distinción del bien y del mal.

Tal meta se puede alcanzar a través del monopolio del deber ser moral, a través de la voluntad popular, en la que los derechos humanos constituyen el último baluarte de defensa, si bien con las limitaciones de ser, al principio, meramente programáticos, ya que no será hasta después de la II Guerra Mundial, constatados los desastres del legicentrismo y la voluntad popular, cuando se creen mecanismos eficaces para su protección, a través del control internacional.

Por ello, nos dice Alexis de Tocqueville, en *el Antiguo Régimen y la Revolución*, que el resultado de esta última fue un poder inmenso, que había engullido todas las parcelas de autoridad e influencia, antes dispersas en una multitud de poderes secundarios, de órdenes, de clases, de profesiones, de familias y de individuos, diseminados por todo el cuerpo social, de forma que la principal consecuencia de la Revolución Francesa fue el fortalecimiento del poder, que pasó de tener un origen divino para tenerlo en el pueblo, que, realmente, es una realidad tan metafísica como la de Dios.

Lo mismo sucede con los derechos, que pasan de ostentar su origen en varios elementos, a descansar exclusivamente en la ley.

Y merced a la teoría de la representación se pasó de la soberanía popular a la parlamentaria, de manera que el pueblo, una vez nombra a sus representantes, se convierte en súbdito de nuevo.

Esta situación llevó a cabo la destrucción del Derecho a manos de la ley, al convertir a la ley en la fuente directa y privilegiada del Derecho y de la política, que se hacen inseparables.

Lo que se acrecienta con la práctica monopolización de la creación del Derecho por parte del Estado y los organismos públicos políticos que politizan el Derecho y lo destruyen, ya que, el Derecho pertenece al orden relacional, es Derecho de relaciones naturales y por tanto interno e inderogable, es Derecho común, permanente y real. El Derecho ordena y su eficacia radica en la protección de los derechos adquiridos: da seguridad.

En contraste, la legislación postrevolucionaria hace del Derecho un instrumento para crear situaciones, es un artificioso Derecho de situaciones y por tanto provisional y derogable: es Derecho particular, circunstancial y abstracto.

Esta legislación organiza y su eficacia radica en que no protege derechos adquiridos sino que produce incertidumbre.

El Derecho pasa de ser cosa justa, a ser la regla, por lo que se desembarazó pronto de la conexión con la justicia para mostrar solo el poder, apelando a la teoría de los derechos humanos para poder

construir un sistema de derechos subjetivos<sup>775</sup>.

Si Hobbes consideraba la renuncia expresa previa de las personas a sus derechos en favor del Estado soberano para conseguir la paz, para el legicentrismo no es si quiera precisa esa renuncia previa, ya que los derechos son más que nunca conferidos, se encuentran a su merced y se diluyen las diferencias entre los derechos objetivos y subjetivos, con un Derecho al margen de los jurisprudentes y con la consiguiente crisis del Derecho a través de la ley moderna, sin atribuir función alguna a la *aequitas* romana ni a *l'equity* inglesa para la acomodación a las circunstancias: el juez es la boca muda que pronuncia las palabras la ley.

Esta concepción de la ley no tiene ningún límite exógeno, constituyendo su propia determinación, convirtiéndose, por lo tanto, en una regla técnica que capta la voluntad del legislador.

El Estado, así entendido, va más allá del cesaropapismo, ya que ocupa por completo el campo del deber ser como norma moral positiva, en sus más diversas manifestaciones, constituyendo el cauce de las coordenadas cartesianas del idealismo y del realismo: las cosas existen en tanto que las capto y modelo a través de la razón y le doy positivismo a través de la ley, atreviéndose incluso con los hechos, lo que sucederá con la calificación de los hechos históricos (Memorias Históricas) y sin que los Tribunales sirvan de eficaz control en los actos del poder (la mal llamada jurisdicción retenida y delegada).

El leviatán único y absoluto estaba creado y dispuesto para que la noria de la historia nos fuese deparando, de revolución en revolución o de enfrentamiento nacional en enfrentamiento nacional, una masa de muertes y violaciones de derechos humanos que carece de precedentes en la Historia.

Ahora bien, parece “razonable”, que estás herramientas ideales puedan, al menos, servir de coartada.

Es más fácil comprender que el hombre es un ser sociable por naturaleza (catolicismo), como acreditan las sociedades más primitivas (Aristóteles) e incluso formas de convivir animal, que la realización de un contrato social, que todos sabemos es totalmente falso e inexistente y de más difícil entendimiento que la Santísima Trinidad, según doctrina científica muy autorizada.

Es evidente que apelar a Dios es más inconcreto y de difícil desvirtuación que el falso ente de la voluntad popular: nadie ha visto a Dios y surge la problemática dialéctica de si Dios creó al hombre o fue el hombre quien creó a Dios, pero es cierto que en todas las culturas se ha admitido la existencia de un ser superior y la creación, invención o simple hallazgo, especialmente desde los enterramientos, ha sublimado a los seres humanos, que desde entonces se vienen a denominar racionales, a diferencia del resto de los animales.

## - LA LEGITIMACIÓN DE UN PODER ABSOLUTO

Considera Hayek que en el mundo Occidental, raramente se reivindicó la soberanía ilimitada desde la Antigüedad hasta el advenimiento del Absolutismo en el s. XVI.

No se concedió a los príncipes Medievales, que tampoco la pidieron, si bien fue reclamada con

---

<sup>775</sup> Miguel Ayuso, *Constitución, el problema y los problemas*, Marcial Pons, 2016, pp. 142 y 143, en donde trae a colación la obra de otros autores como Vallet de Goytisolo o Dalmacio Negro.

éxito por los Monarcas Absolutos del continente europeo pero no se aceptó como legítima hasta después de la democracia moderna, que en este aspecto heredó la tradición del Absolutismo.

Hasta entonces se mantenía vivo el concepto de que la legitimidad se basaba en la aprobación por parte del pueblo de ciertos principios básicos, fundamento y límite de todos los gobiernos y no en la aprobación dada a medidas particulares.

La idea de que puede haber una autoridad omnipotente como resultado de la fuente de la que brota su poder considera que se deriva, esencialmente, de una degeneración que bajo la influencia del planteamiento constructivista del Positivismo jurídico se manifestó allí donde la democracia había florecido durante cierto tiempo.

Entiende este autor, que esta degeneración no es consecuencia necesaria de los procedimientos democráticos sino de la errónea opinión que considera que cuando se adoptan los procedimientos democráticos, todo resultado de los mecanismos construidos para constatar la voluntad de la mayoría corresponde, de hecho, a la opinión de una mayoría y no existen límites al ámbito de los problemas sobre los que, mediante estos procedimientos puede constatarse la existencia de un acuerdo de la mayoría, con la simplista ilusión de que con estos procedimientos, el pueblo actúa colectivamente y esta acción colectiva es, moralmente, preferible a las acciones separadas de los individuos.

La tesis del Positivismo jurídico basada en la famosa afirmación de Francis Bacon, según la cual “a un poder supremo y absoluto no puede ponerse límites ni puede suponerse como fijo lo que es revocable por su propia naturaleza” presupone, erróneamente, que todo acto deriva de un acto de voluntad, debiéndose considerar que el poder no deriva de una única fuente sino que se basa en el apoyo de la opinión común sobre algunos principios y no va más allá de este apoyo.

La concepción según la que, la mayoría del pueblo debería ser libre de decretar cualquier medida sobre la que alcance un acuerdo se encuentra estrechamente vinculada a la concepción de soberanía popular y su error no consiste, tanto en creer que el poder debe estar en manos del pueblo y que sus deseos deban expresarse por mayoría sino en la creencia de que esta última fuente de poder debe ser ilimitada, es decir, en la idea de soberanía, ya que entiende que la base del orden social no reside en la decisión voluntaria de adoptar ciertas reglas comunes sino en la existencia de ciertos valores previos.

El concepto de soberanía se basa en una construcción lógica engañosa, que comienza dando por supuesto que las normas y las instituciones existentes son una consecuencia de una voluntad uniforme orientada a su creación.

Se considera que no existe primero una sociedad que luego se da normas de conducta sino que las normas comunes son las que unen a grupos dispersos en la sociedad.

La idea de que debe haber una voluntad ilimitada como fuente de todo poder es fruto de una hipostatización constructivista, una ficción exigida por los falsos supuestos prácticos del Positivismo jurídico pero sin conexión alguna con las actuales razones por la que se es fiel a un Estado.

Subraya que la verdadera función de la legislación es distinta, tanto de la formación de una Constitución como de la función de gobernar y no deberían confundirse con una ni con otra.

En este sentido destaca que el concepto democracia se ha utilizado como un fetiche para cubrir con un aura de legitimidad cualquier reclamación de un grupo que quiera formular las características de la sociedad según sus particulares deseos y ello a causa del traslado, cada vez más frecuente al

terreno político, de materias que pertenecen a otros ámbitos como el del abuso persistente e intencionado que se hizo por parte de los comunistas de los términos como democracias populares para designar regímenes que carecen incluso de las características básicas de la democracia<sup>776</sup>.

Como se ha dicho, Vallet de Goytisolo destaca que la palabra soberanía no tenía antes de Bodin, el significado que se le otorgó a partir de 1576 como poder absoluto y perpetuo de una república y que Hobbes concedió de manera plena al leviatán, considerándose la pirámide kelseniana como la expresión más gráfica en la que se identifican Estado y Derecho, en cuanto organización política y orden que regula el monopolio de la fuerza y que convierte en Derecho todo lo que toca cual rey Midas, que en palabras de Antonio Hernández-Gil determina una desviación del postulado positivista para desembarcar en un idealismo lógico trascendental, en la forma que señala Federico de Castro, al relegar al Positivismo a la esfera de lo metajurídico<sup>777</sup>.

Vasco Pereira da Silva, con una claridad que se echa de menos en otros autores, destaca que la realidad de la Revolución Francesa, bajo su fachada jurídica y sobre la base de la desconfianza existente sobre el Poder Judicial, no hace sino eliminar las limitaciones que los Tribunales de Justicia (*parlements*) imponían al monarca Absoluto a través del registro de las ordenanzas (*enregistrement*) y las censuras a sus decisiones (*remontrances*).

Se trataba de instrumentos de control de amplitud muy diversa con la que los jueces pretendían limitar la actuación del rey y su actuación fue tan intensa que se hablaba del gobierno de los jueces y de los parlamentos judiciales partió la idea de convocar los estados generales en 1789<sup>778</sup>.

Para hablar de la supuesta separación de poderes, que se dice que se implantó con la Revolución Francesa, utiliza la similitud con el color verde Véronèse, que entusiasmó a pintores tan diferentes como Delacroix, Van Gogh o al mismo Picasso y con el que se conocen diversas tonalidades de verde pero que al proceder a la restauración de su obra “las bodas de Caná” se descubrió que tal color nunca fue utilizado por el citado Véronèse.

Lo mismo considera que sucede con el principio de separación de poderes Liberal, que se dice constituye la fuente de la creación de la justicia Administrativa, concretizada en las más diferentes legislaciones de lo Contencioso-Administrativo y reafirmado más allá del periodo Liberal para explicar las peculiaridades del control de la Administración y que realmente no existió en cuanto tal y ello, especialmente, sobre la base de que el principio de separación de las autoridades Administrativas y judiciales no constituyó la separación entre los poderes Administrativo y judicial sino el de su confusión, erigiéndose un sistema en que el administrador era juez y el juez administrador,

---

<sup>776</sup> Friedrich A. Hayek, *Derecho, legislación y libertad. Una nueva formulación de los principios liberales de la justicia y de la economía política*, 2ª edición, Unión Editorial, 2014, pp. 400-407.

<sup>777</sup> Juan Vallet de Goytisolo, “La independencia de la función judicial y la pretendida separación de poderes”, *Verbo* nº 309-310, 1992 pp. 1022-1034.

<sup>778</sup> Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva, *Em busca do acto administrativo perdido*, Almedina, 1995, pp. 21 y 22. En parte se basa en Gilles Lebreton, “L’Origen des cas d’ouverture du Recours pour excès de Pouvoir d’après les remontrances des parlements au XVIII<sup>e</sup> siècle”, *Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et à l’étranger*, novembre-décembre, nº 6, p. 1630.

de ahí el pecado original del contencioso-administrativo que creó un juez doméstico que barre para casa como un contencioso privativo de la Administración<sup>779</sup>.

Los Revolucionarios Franceses, conscientes del control que los Tribunales ordinarios habían realizado de la Administración y recelosos de que pudiesen poner en cuestión el nuevo orden establecido, en pos de la alta misión que ahora se encargaba a la Administración de borrar las diferencias de clases, costumbres y casi de nacionalidades, que el poder Real no había podido hacer desaparecer, consideraron conveniente poner el control de la Administración en buenas manos<sup>780</sup>, siendo muy esclarecedor, con relación a la separación de poderes, el Preámbulo de la Constitución de 1789 que dice que:

“la nación no olvida lo que debe a los parlamentos ya que solo ellos resistieron a la tiranía... esta Magistratura estaba constituida precisamente para resistir al despotismo, que ya no existirá de ahora en adelante. Esta forma de no es pues necesaria”.

La justicia para los Liberales franceses se identificaba con la nobleza y como en aquel momento detentaban ellos el poder no admitían que este se condicionara o limitase su configuración Revolucionaria<sup>781</sup>

## **5. LA ORGANIZACIÓN DE LOS ÓRGANOS DE CONTROL DE LA ADMINISTRACIÓN EN FRANCIA Y SU INFLUENCIA EN EL SISTEMA CONTINENTAL. CARACTERÍSTICAS Y EVOLUCIÓN DEL MODELO ORIGINAL: A GRANDES RASGOS Y EN SU CRONOLOGÍA**

Aunque la organización francesa de los órganos de control de la Administración han gozado de un alto predicamento e influencia en el continente europeo, imponiéndose en la práctica y ser absolutamente dominantes en la doctrina científica, al punto de constituir el modelo que se emula, la crítica más implacable a que se va a hacer referencia, claro está que en tono satírico, ya que de lo contrario no tendría la mínima posibilidad de ser conocida (incluso así lo es a una pequeña escala) se ha producido en Francia.

Las consecuencias que a este modelo imponen los mandatos del TEDH considero que no son nada desdeñables y van a condicionar, como ya ha sucedido en parte en otros países que siguieron el modelo francés, su futuro, a pesar de la fuerte protección que se le está impetrando desde los órganos internos de Francia.

En este apartado se va a describir, cómo el modelo que tenía antecedentes en la monarquía Absoluta se va a desarrollar durante la Revolución Francesa, describiendo los hitos generales y desde un punto de vista cronológico más concreto y su influencia en los países más cercanos, describiendo en el último apartado las consecuencias de su influencia.

---

<sup>779</sup> Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva, *Em busca do acto administrativo perdido*, Almedina, 1995, pp. 21 y 22.

<sup>780</sup> Edouard Laferrière, *Traité de la jurisdiction Administrative et les Recours Contentieux*, T. I, reimpresión de la primera edición de 1887, L.G.D.J, Paris, 1989, p. 151.

<sup>781</sup> Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, I, cuarta edición, editorial Civitas, 1988, p. 481.

La imagen más plástica de lo contencioso-administrativo en Francia nos la presenta Jean Rivero, no sin cierta ironía, ya que se sirve de un personaje ingenuo y falto de prejuicios como lo es un hurón canadiense que habita en una aldea tribal y que visita Francia merced a una beca de la UNESCO para revelar las hipócritas insuficiencias sociales ocultas.

Es un texto antológico publicado en 1962, en la que el autor simula la visita de este personaje de Voltaire al *Palais Royal* y en frase de Jèze, ante el gigantesco árbol del recurso de exceso de poder observa la más maravillosa creación de los juristas, el arma más eficaz, práctica y económica del mundo para defender las libertades que permite al juez decir “tú no seguirás adelante”, en el momento en el que el brazo del opresor va a golpear al oprimido.

Pero Rivero advierte a su querido personaje, que la sabiduría del Legislador no quiso atribuir al recurso efecto suspensivo y que el juez del supremo consideró imprudente la tentativa de los jueces inferiores de alargar mucho la estrechez de la suspensión y ante la expectativa del visitante de que el recurso contencioso daría a la víctima todo lo que el Derecho le concede frente a todo aquello a lo que la Administración le negaba, el cicerón se siente compelido a avisar que no es permitido al juez imponer a la Administración una obligación de hacer y con mayor razón, sustituir su decisión por aquella que censuró y apenas puede condenar al pago de una cantidad de dinero.

Es entonces cuando el desconcertado hurón le pregunta qué es lo que el texto legal establece, a lo que le responde que no existe tal texto legal que imponga esta solución, ya que no sería necesaria en atención a la naturaleza de las cosas, puesto que ¿adónde iríamos a parar si el juez Administrativo, con la anulación, dijese a la Administración la conducta que debía desarrollar, sustituyendo con su propia decisión a la anulada, por una decisión jurídicamente correcta?

Añade entonces que, siguiendo la doctrina del *Conseil d'État*, no se debe subestimar la sabia prudencia del juez francés, ya que si hiciese un mandato a la Administración y no le obedeciese en qué quedaría su prestigio y autoridad, de ahí que, simplemente, anule para salvaguardar su dignidad que constituye el fundamento del orden jurídico, y subiendo de tono la conversación y ya sin argumentos, el francés apela a la confianza en el futuro para conseguir mayor eficacia al recurso contencioso.

Despidiéndose, el indio le manifiesta que volvería cuando el recurso le otorgara las satisfacciones que los modestos hurones consideran que debía prestar tal recurso, sin duda, atribuyéndole un valor excesivo, tras lo cual se pregunta Rivero ¿cuándo podrá regresar?, pregunta para la que hoy se dispone de respuesta, 33 años después, en 1995<sup>782</sup> y no por la mano de un *grand arrêt* del *Conseil d'État* sino del Legislador.

De manera que, en la actualidad y a través de un recurso administrativo, el particular puede

---

<sup>782</sup> Esta reforma operada por ley 95-125 de 8 de febrero permitió a los jueces, previa petición de parte, ya que de lo contrario se consideraba *ultra petita* imponer una obligación a la Administración, que puede ir acompañada con una sanción pecuniaria compulsoria (*astreinte*) a contar de la fecha fijada por el Tribunal. Por influencia del Derecho Comunitario en 1992 se había reformado el Código de los Tribunales Administrativos y de Apelación, que permitió al presidente del tribunal o al magistrado en que delegase esta responsabilidad, en caso de vulneración de las obligaciones de publicidad y concurrencia establecidos en procedimientos contractuales de los principales contratos administrativos, ordenar mediante un procedimiento urgente al autor de la legalidad para que llevara a cabo determinadas obligaciones como suspender la celebración del contrato o de sus efectos e igualmente para anular decisiones o suprimir cláusulas que vulneren la legalidad y otras medidas cautelares en materia afectada por el Derecho Comunitario a la vista de los casos *Factortame*, *Zuckerfabrik* y *Atlanta*.

presentar un *recours en appréciation de la légalité et en interprétation* y puede pedir la nulidad de un acto que constituye una prejudicialidad ante los tribunales ordinarios o la interpretación de un acto o contrato, un *recours en réformation*, en la que se pida junto a la declaración de nulidad, una decisión sustitutiva de la decisión anulada y un *recours en réparation*, para solicitar además de la anulación de una indemnización, todo lo cual se encuentra, como sabemos, en poder de los ciudadanos españoles desde los años 50 del pasado siglo.

Puede considerarse, con gran fundamento, que el concepto contencioso-administrativo francés fue creación de un poder autoritario y, en consecuencia, a los sectores Liberales de Francia les cuesta mucho considerarlo como protector de las libertades, amén de la tesis que sostienen que el buen Derecho sería el Privado mientras que el Derecho Administrativo sería un Derecho peligroso, fuente de arcaicos privilegios para el Estado, con los inherentes problemas en la delimitación de las funciones que debe desarrollar el Estado y la sociedad.

Estas desconfianzas han ido creciendo con el transcurso o evolución de la institución, especialmente con las funciones desarrolladas por el Consejo de Estado Francés bajo el régimen de Vichy, con su pasividad en la tutela jurisdiccional.

También a través de una cuestión práctica, puesta de manifiesto a través de la doctrina de la vía de hecho, que determina que los Tribunales Civiles son también competentes para juzgar los supuestos en que la Administración actúa en vía de hecho sobre la base de atacar una libertad fundamental, como lo es el derecho de propiedad.

En la práctica, los particulares prefieren acudir al Civil, ya que estos pueden dictar medidas cautelares provisionales (*référé*), que producen un efecto inmediato y la decisión de fondo puede acordar todo lo procedente y adecuado para la compensación de la lesión, incluyendo la reposición de la situación de hecho anterior, que puede ser acompañada de sanciones pecuniarias y como el juez Administrativo no dispone de medios semejantes frente a la Administración se pretende, bajo todos los medios, huir del juez Administrativo engrosando el concepto de vía de hecho.

Todo ello, además, dentro de la égida cortesana y la actitud reverencial de los profesores universitarios de Derecho Público hacia el Consejo de Estado, que puso más de manifiesto sus debilidades frente al órgano de nueva creación, el Consejo Constitucional.

Durante mucho tiempo se consideró en Francia, que la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 no tenía valor normativo, lo que puso de manifiesto de forma expresa el Preámbulo de la Constitución de 1946 y que desde 1958 tenían una naturaleza jurídica incontestada.

Esta nueva situación no pareció afectar al Consejo de Estado, que prefirió moverse, en un principio, dentro de los frutos de su labor jurisprudencial, entre los que, indudablemente, se han producido novedades pero al principio y deliberadamente no dentro de los principios Constitucionales, fuente de los derechos y libertades sino sobre la base de la dedicación de cada orden a sus funciones.

Por ello parecía que las normas Constitucionales eran competencia del Consejo Constitucional y los principios generales del derecho del Consejo de Estado, como si fuesen cuestiones diferentes y ello a través de la denominada *loi écran*, que impedía en la práctica, la aplicación por este órgano del Derecho Constitucional a las relaciones jurídico-administrativas, ya que se entendía que la constitucionalidad o no de las leyes correspondía al Tribunal Constitucional y no se podía interferir

en esta cuestión de manera indirecta.

Esta situación se modificó en 1988 cuando el Consejo de Estado consideró que no debían aplicarse las leyes anteriores contrarias a la norma Constitucional y en 1989, con el *arrêt Nicolo*, reconoció la primacía del Derecho Comunitario, es decir, todo ello en fechas muy posteriores a España y a otros muchos países.

Con relación a su encaje Constitucional, el Consejo declaró en 1996 que el derecho de los administrados a la protección jurisdiccional se encuentra implícita en el artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano y en una decisión de 1998 señaló el principio con valor Constitucional del derecho a ejercer un recurso jurisdiccional, planteándose la problemática propia del encaje de este sistema dentro del artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que se extiende solo a la materia civil y penal pero que ha señalado la aplicación de su doctrina a las sanciones administrativas, tratando también materias de naturaleza compleja como lo son las cuestiones de responsabilidad patrimonial de la Administración, la denegación de beneficios fiscales, el derecho a ejercer una profesión o las pensiones de los funcionarios públicos.

El Consejo Constitucional ha definido al Consejo de Estado como un órgano incardinado en los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República como jurisdicción Administrativa (1987) con estatuto de independencia de sus jueces (1988)<sup>783</sup>.

Aunque en el apartado correspondiente al CGPJ haremos una mención más específica, sí quiero adelantar la jurisprudencia recaída en el TEDH en el caso Nunes de Carvalho e Sá c. Portugal de 6-11-2018 y aunque el caso se refería expresamente a la materia disciplinaria y la Gran Sala no menciona expresamente en el cuerpo principal de la sentencia los compromisos internacionales sobre la materia sí que lo hace la Sala Cuarta en su sentencia de 21-6-2016 y se mencionan en los votos particulares concurrentes de la Gran Sala<sup>784</sup>, que además de constituir Convenios Internacionales, que no solo son vinculantes sino que manifiestan el sentir o doctrina que los países Occidentales sienten por tal cuestión.

En estas sentencias, en la parte que recogen los documentos internacionales pertinentes, en los apartados 42 y sgts. de la sentencia de la Sala Cuarta se señala que :

---

<sup>783</sup> El Consejo Constitucional Francés mediante una decisión de 22 de julio de 1980 reconoció a la justicia Administrativa valor Constitucional al declarar que: “resulta de los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República, después de la ley de 24 de mayo de 1872 (que atribuyó la justicia delegada al Consejo de Estado) la jurisdicción, considerando que la independencia de jurisdicciones está garantizada así como el carácter específico de sus funciones, sobre las cuales no puede intervenir ni el legislador ni el gobierno”. Todo ello, de acuerdo con lo que más tarde diría en el dictamen de 23 de enero de 1987 en que precisa que las disposiciones de los artículos 10 y 13 de la Ley de 16 y 24 de agosto en 1791 y del Decreto de 16 Fructidor del año III, que han fijado de manera general el principio de separación de autoridades administrativas y judiciales no tiene en ellas mismas valor constitucional pero: “sin embargo conforme la concepción francesa de la separación de poderes, figura en el número de principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República aquel según el cual depende, en última instancia de la competencia de la jurisdicción administrativa, la anulación o reforma de las decisiones adoptadas por las autoridades que ejercen el Poder Ejecutivo”.

A ello se une la enorme amalgama de actos que se consideran de naturaleza política en la actualidad. María Pérez Ugena, “Los actos de gobierno en el marco del fundamento constitucional de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en España y Francia”, en *Modelos europeos de Justicia contencioso-administrativa*, Santiago Rosado Pacheco (coordinador), Dykinson, Madrid, 2007, pp. 221-245.

<sup>784</sup> En especial en la opinión de concordante del juez portugués Pinto de Albuquerque.

“La Carta Europea sobre el Estatuto de los Jueces (Dirección de Asuntos Jurídicos del Consejo de Europa, 8-10 de julio de 1998, DAJ / DOC (98) 23) dispone que el incumplimiento por parte de un juez de los deberes expresamente definidos en el Estatuto puede ser punible mediante un órgano en el que, al menos, la mitad de sus miembros sean jueces, y cuya decisión pueda ser recurrida ante un tribunal de naturaleza jurisdiccional. El informe sobre nombramientos judiciales (CDL-AD (2007) 028) de la Comisión Europea para la Democracia por el Derecho (Comisión de Venecia), aprobado en su 70ª sesión plenaria (16-17 de marzo de 2007), dice que: «(...) 29. (...) Por lo tanto, una parte importante o la mayoría de los miembros del consejo de la magistratura deben ser elegidos por los mismos magistrados. Para garantizar la legitimidad democrática del Consejo Judicial, los otros miembros deben ser elegidos por el Parlamento entre personas con las competencias legales apropiadas, teniendo en cuenta, los posibles conflictos de intereses. 32 La Comisión de Venecia, en su informe sobre la independencia del poder judicial señala: - Parte I: La independencia de los jueces, adoptada en la 82ª sesión plenaria de 12-13 de marzo de 2010 (CDL-AD (2010) 004), adoptó la siguiente conclusión: «(...) 6. Los consejos judiciales o los tribunales disciplinarios, deben desempeñar un papel decisivo en los procedimientos disciplinarios. Debería ser posible apelar las decisiones de los órganos disciplinarios. (...) » 45. La Comisión de Venecia resume su opinión de la siguiente manera: «(...) 32. En resumen, en opinión de la Comisión de Venecia, es apropiado para garantizar la independencia del poder judicial, que un consejo judicial independiente desempeñe un papel decisivo en las decisiones sobre el nombramiento y carrera de los jueces. Debido a la riqueza de la cultura legal en Europa, que es valiosa y debe conservarse, no existe un modelo único que se aplique a todos los países. Si bien respeta la diversidad de los sistemas legales, la Comisión de Venecia recomienda que los Estados, que aún no lo hayan hecho, consideren la posibilidad de establecer un consejo judicial independiente u organismo similar. La composición de este consejo debe ser, en todos los casos pluralista, en el que los jueces representen una parte importante, si no la mayoría, de sus miembros. Con la excepción de los otros miembros, los jueces deben ser elegidos o nominados por sus pares. La Recomendación CM / Rec (2010) 12 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre jueces: independencia, eficiencia y responsabilidades (adoptada por el Comité de Ministros el 17 de noviembre de 2010 en la 1098ª reunión de los Diputados de los Ministros) dice lo siguiente en sus partes relevantes: “(...) Capítulo IV - Consejos de Justicia 26. Los consejos de justicia son órganos independientes, establecidos por la ley o la Constitución, que tienen como objetivo garantizar la independencia del poder judicial y el de cada juez y, por lo tanto, promover el funcionamiento eficiente del sistema judicial. 27. Al menos la mitad de los miembros de estos consejos deben ser jueces elegidos por sus pares de todos los niveles del poder judicial y con pleno respeto al pluralismo existente dentro del sistema judicial. 28. Los consejos de justicia deben demostrar el más alto nivel de 33 transparencia hacia los jueces y la sociedad, a través del desarrollo de procedimientos preestablecidos y la motivación de sus decisiones. (...) Capítulo VI - Estatuto del juez. Selección y carrera 46. La autoridad competente para la selección y carrera de los jueces debe ser independiente de los poderes ejecutivo y legislativo. Para garantizar su independencia, al menos la mitad de los miembros de ese órgano deben ser jueces elegidos por sus pares. Capítulo VII - Deberes y Responsabilidades (...) Responsabilidad y procedimientos disciplinarios. (...) 69. Se pueden iniciar procedimientos disciplinarios contra jueces que no cumplan con sus deberes de manera efectiva y adecuada. Este procedimiento debe ser llevado a cabo por una autoridad o

tribunal independiente con todas las garantías de un juicio justo y otorgar a los jueces el derecho de recurrir contra la decisión y la sanción. Las sanciones disciplinarias deben ser proporcionales a la falta cometida. (...) » El Consejo Consultivo de Jueces Europeos adoptó, en su 11ª Reunión Plenaria (17-19 de noviembre de 2010), una Carta Magna de los Jueces (Principios Fundamentales) que resume y codifica las principales conclusiones de los dictámenes que ya ha adoptado. Este texto incluye: 13. Para garantizar la independencia de los jueces, cada Estado debe establecer un Consejo de Justicia u otro órgano específico, independiente del poder ejecutivo y legislativo, con los poderes más amplios para cualquier cuestión relacionada con el estatuto de los jueces, así como la organización, funcionamiento e imagen de las instituciones judiciales. El Consejo debe estar compuesto no solo por jueces pero sí al menos por una mayoría sustancial de jueces elegidos por sus pares. El Consejo de Justicia es responsable de sus actividades y decisiones. “ 50. La Recomendación N° 6 del Informe de Evaluación de Portugal del Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO), adoptada el 4 de diciembre de 2015, dice lo siguiente: «(...) VI. i) fortalecer el papel de los consejos judiciales como garantes de la independencia de los jueces y el poder judicial, incluso al inscribir en la ley que al menos la mitad de sus miembros deben ser jueces elegidos por sus pares, todo lo cual se imbrica en el necesario cumplimiento de tales requisitos para alcanzar la categoría de Estado de Derecho a través de la exigencia democrática de la separación de poderes”.

En este sentido, se quiere destacar, que la organización del control de la Administración, que se había implantado en algunos países europeos siguiendo el modelo francés se ha modificado en de estos a consecuencia del art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que exige la existencia de un Tribunal independiente e imparcial en el enjuiciamiento en los casos en los que intervenga la Administración, lo que se ha producido en Luxemburgo, Austria y Holanda y ello tras ser condenado este último país por el Tribunal instituido por este Convenio en la sentencia Benthem de 23 de octubre de 1985 y ello aunque la decisión adoptada por la Corona era conforme con el parecer de la sección contenciosa del Consejo de Estado pero cuyo dictamen no era vinculante y por ello entiende el TEDH que no constituía un verdadero Tribunal, de manera que quien realmente resolvía era el Ministro del Gobierno, no enervando el fallo de su sentencia que tal Ministro del Gobierno respondía ante el Parlamento. Se llevó a cabo la reforma creando órganos judiciales de lo contencioso-administrativo de Círculo para la apelación de la sentencia dictada por los ordinarios y en la cúpula, la Sección de lo Contencioso-Administrativo en el Supremo Tribunal de Justicia<sup>785</sup>.

## **- CARACTERÍSTICAS Y EVOLUCIÓN DEL MODELO ORIGINAL: A GRANDES RASGOS Y EN SU CRONOLOGÍA**

Los Revolucionarios discutieron sobre dos modelos: el de Thouret de 1789, que integraba a los Tribunales de lo contencioso-administrativo dentro del Poder Judicial, como sucedía con los de Comercio, y una segunda que acabará permaneciendo con la Ley de 16- 24 de agosto de 1790, que establecía que el Poder Judicial no podría turbar, en ningún caso y bajo ningún precepto, la actividad

---

<sup>785</sup> Antonio Cândido de Oliveira, “A organização Judiciária Administrativa e Fiscal” en *Temas e problemas de processo administrativo*, coordinador Vasco Pereira da Silva, Instituto de ciências jurídico-políticas, Facultad de Direito da Universidade de Lisboa, 2011, p. 29.

de la Administración, de manera que el contencioso-administrativo quedaba formado por órganos integrados en el Ejecutivo, como un sistema de autocontrol de la Administración sobre sí misma<sup>786</sup>, carácter que conservará hasta la III República, en que el sistema inicial de jurisdicción retenida será sustituido por el de jurisdicción delegada con la Ley de 24 de mayo de 1872.

Esta Ley reconoce y traspa al Consejo de Estado los poderes de decisión, pasando de una función meramente asesora o de propuesta, como simple órgano asesor de la justicia administrada por el Ejecutivo a otro decisor con “su autonomía e independencia como verdadero órgano jurisdiccional”.

Este avance se ve ensombrecido durante más de 40 años por los denominados actos políticos, operándose la distinción entre actos contenciosos, en que se aplica el proceso civil a cuestiones que afectan a derechos subjetivos, de otros gubernativos, inmunes a este control, quedando excluidos por ello los actos de imperio, de mando, de pura administración o gubernativos y los discrecionales, que se consideran ínsitos como propios de la propia estructura administrativa y que se identifican como de simples intereses, como señalan los autores de la época: Henrion de Pansey y siguiendo su doctrina, entre los españoles: Oliván, Gil de Zárate, Posada Herrera y la generalidad de autores de la época.

Tomás Ramón Fernández nos describe de forma concisa pero a grandes rasgos, la estructura básica del Derecho Administrativo sobre las bases descritas por Hauriou, señalando que descansa sobre dos principios capitales: la teoría del contencioso-administrativo contra las decisiones de la Administración, que debe basarse en el principio de legalidad, en lo que significa de vinculación necesaria de la Administración al ordenamiento jurídico, que le habilita para actuar en términos más o menos concretos pero siempre a través de un acto administrativo, en virtud del principio de autotutela.

De esta manera se convierte a los actos administrativos en auténticos protagonistas de la obra que representa el teatro jurisdiccional, llevándose a cabo la revisión de la actuación administrativa por unos órganos especializados, de tal manera que es desde la jurisdicción contencioso-administrativa, desde la que puede contemplarse el funcionamiento del Estado Administrativo en bloque.

El segundo principio en que se basa el sistema contencioso-administrativo francés, de acuerdo con el modelo de Estado de Derecho que se articula tras la Revolución, es el de la responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños que de su actividad puedan resultar para los particulares y que constituyen la contrapartida necesaria de los privilegios del poder público.

Destaca que el modelo se decanta progresivamente en íntima relación y en estrecha dependencia

---

<sup>786</sup> El contenido de esta Ley de 16-24 de agosto de 1790 y el artículo 3 de la Constitución de 1791 señalan que: “Los Tribunales no pueden inmiscuirse en el ejercicio del poder legislativo ni suspender la aplicación de las leyes, ni intervenir en las funciones administrativas o citar ante ella a los administradores por razón de sus funciones”. La evolución del sistema francés de lo Contencioso Administrativo a toda Europa puede verse, entre otros, en Eduardo García de Enterría, *La lengua de los Derechos. La formación del Derecho Público Europeo tras la Revolución Francesa*, Alianza Editorial, Madrid, 1994 y en *Las transformaciones de la justicia administrativa: De excepción singular a la plenitud jurisdiccional. ¿ Un cambio de paradigma?*, Thomson Civitas, Madrid, 2007. Ya se han visto los antecedentes en la Monarquía Absoluta de fomento ( servicio público).Desde esta perspectiva, lo que me sorprende es que no les merezca especial crítica, el principio que reconocen que juzgar a la Administración sea administrar, a la vista del art. artículo 16 de la Declaración de derechos de 1789 que señala que: “Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no haya sido asegurada ni la separación de poderes establecida no tiene Constitución”. En este sentido subliman también la fórmula que destacan de Rousseau “una forma de Gobierno que ponga la ley por encima del hombre” como si las leyes no las hicieron los hombres.

con los principios y las ciencias políticas al uso en cada momento y a partir de la jurisprudencia del Consejo de Estado francés, que al compás de su propio funcionamiento creó primero unas vías de protección, no previstas inicialmente por la ley para después formular, a través de ellas, con tanta perseverancia como prudencia, las reglas y principios básicos de un nuevo *corpus* institucional y científico, sobre la base de la localización de una nueva jurisdicción en un órgano, el Consejo de Estado francés, inserto en la propia estructura administrativa y dentro de la teoría de división de poderes de Montesquieu, no demasiado correcta, por lo demás, sobre la base de la realidad política inglesa de su época.

No obstante, la lucha contra el bloque de discrecionalidad ya había comenzado en 1820 sobre la base de la situación fáctica, determinando la simple anulación de los actos administrativos y no centrados en la controversia sobre derechos en litigio, lo que se llamará “recurso de exceso de poder”, que tenía por objeto la anulación o menor jurisdicción y que controlaba la estricta legalidad, con exclusión de cualquier otro pronunciamiento sobre los derechos de los afectados, calificándose tal recurso de extraordinario frente al subjetivo ordinario.

Habrà de esperarse más de 40 años, hasta 1864, para que se apoye tal recurso en el vicio de incompetencia, que se extenderá después al de forma, entendiendo como una subespecie de incompetencia a la desviación de poder, en atención al carácter finalista de la atribución de potestades para cerrar el círculo con la violación de la ley. Igualmente y como otra forma de incompetencia se incluye todo vicio de que pueden adolecer los actos administrativos, de tal manera que este recurso extraordinario suplanta al ordinario, quedando la Jurisdicción Contencioso-Administrativa sobre un esquema revisor de actos administrativos, como un proceso de actos, teniendo trascendencia este acarreo histórico en el concepto actual de lo contencioso-administrativo<sup>787</sup>.

El artículo 13 de la Ley 16-24 de agosto de 1790 señalaba que las funciones judiciales son distintas y permanecerán siempre separadas de las funciones administrativas y los jueces no podrán, bajo pena de alta traición, perturbar de cualquier manera las operaciones de los cuerpos administrativos ni convocar a los agentes de la Administración por razones atinentes a sus funciones.

Este mandato legal y más tarde Constitucional (Costitución de 1791) sirvió para que la Administración no compareciera ante los tribunales judiciales en las lides sobre el ejercicio del poder público, cuyo control de legalidad debía ser ejercida por los cuerpos superiores o jerarquías administrativas: en un primer momento por el Rey y luego por los directores de Distrito o de Departamento, considerándose que la idea de separación de poderes no era traicionada en tal solución porque juzgar a la Administración era administrar.

Es evidente que no se trataba de una separación de poderes sino de las funciones que se desarrollan dentro de la Administración, ya que se otorgaba a los órganos administrativos, una actividad materialmente de juzgar, de manera que en Francia, la restauración de este principio de atribuir a Tribunales la función de juzgar se dice que se llevará a cabo a través de un proceso gradual de jurisdiccionalización del concepto de administrador- juez, que desde mi punto de vista y por mucho que lo haya declarado el Consejo Constitucional Francés en 1980 y 1987 no constituye, ni incluso

---

<sup>787</sup> Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, I I, cuarta edición, editorial Civitas, 1988, pp. 481-486. Puede verse también a Eduardo García de Enterría, *Las Transformaciones de la Justicia Administrativa: de excepción singular a la Plenitud Jurisdiccional. ¿ Un cambio de paradigma?*, Thomson-Civitas, 2007, pp. 11-43.

ahora, una separación de poderes.

Como ya se ha dicho, Napoleón creó en 1799 el Consejo de Estado merced al principio Revolucionario de separación de poderes, resucitando la vieja institución del Consejo del Rey, con competencias puramente consultivas y que revestían carácter de parecer, ya que el conocimiento sobre las cuestiones contenciosas se encontraba previamente confiada a los Ministros y contra las decisiones de los Ministros cabía recurso ante el primer Cónsul, que decidía tras consultar al Consejo del Estado.

En ese mismo año se crearon los Consejos de Prefectura en materia Tributaria, obras públicas, bienes patrimoniales nacionales y de dominio público, que igualmente realizaban funciones de consulta para el Prefecto, y cuyo régimen no se modificó hasta 1926<sup>788</sup>.

En 1806 se crea, dentro del Consejo de Estado, una comisión contenciosa, que recibía las peticiones, procedía a su tramitación y posteriormente presentaba un proyecto de resolución ante la asamblea plenaria y a partir de 1831 se estableció la publicidad de las audiencias, la posibilidad de presentar alegaciones orales por los abogados y la creación de un ministerio público con el nombre de comisario del gobierno.

En 1848 se creó un Tribunal de Conflictos de jurisdicción entre los Tribunales Judiciales y estos órganos de la Administración.

En 1889, en el *Arrêt Cadot*, se seguía aceptando la teoría de ministro- juez, que se mantuvo hasta la creación en 1953 de los *tribunais administraves*, previa transformación de los Consejos de Prefectura, otorgamiento de inamovilidad a pesar de su pertenencia a la Administración, contra los que cabía recurso de apelación y de casación en determinadas materias ante el Consejo de Estado.

En 1987 se crearon *les Cours Administratives d'Appel*, que también desempeñan funciones consultivas, siendo su órgano de gobierno el Consejo Superior de los Tribunales Administrativos, no ostentando la categoría de *autorité judiciaire*, que es la designación global dada a los tribunales civiles y penales en la Constitución francesa.

En Francia, a diferencia de lo que sucede en España, Portugal o Alemania, los Tribunales contencioso-administrativos no se encuentran incardinados dentro del Poder Judicial sino que, orgullosos del aforismo ochocentista: juzgar a la Administración es igualmente administrar, *le Conseil D'État, les Cours Administratives d' Appel y les Tribunaux Administratifs* no pertenecen al Poder Judicial sino que se incardinan dentro de la Administración.

---

<sup>788</sup> La Constitución del año VIII (1799), que crea el Consulado también crea el Consejo de Estado que se encargará de redactar los proyectos de ley y los reglamentos de la Administración pública, así como de resolver las dificultades que se produzcan en materia administrativa, de manera que el Consejo de Estado situado bajo la dirección de los Cónsules tiene un papel consultivo, tanto en materia legislativa como contenciosa siendo la decisión final tomada por el Primer Cónsul, luego por el Jefe del Estado: emperador, rey o presidente de la República, si bien en la práctica siempre seguía las opiniones del Consejo, especialmente al apartarse este de las materias que pudiesen tener cierto carácter político y una ley del Pluvioso de ese año crea los Consejos de Prefectura, a razón de uno por Departamento, que desarrollan para el Prefecto la misma función. Julien Laferrière, "La jurisdicción administrativa en Francia" en *Modelos europeos de Justicia contencioso-administrativa*, Santiago Rosado Pacheco (coordinador), Dykinson, Madrid, 2007, pp. 163 y 164. Vasco Pereira describe con claridad tres etapas: una primera entre 1789-1799, en que los conflictos los resuelve la propia Administración activa; la segunda entre 1799 a 1872 de Justicia reservada, en que se resolvía por estos órganos activos previo parecer de la Administración Consultiva; y una tercera etapa en la que en que a partir de 1872 resolvía el Consejo de Estado como justicia delegada, Vasco Pereira da Silva, *O contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise*, Almedina, 2ª edición, 2009, pp. 25 y 26.

Es decir no se plantea el problema como una cuestión de especialización del juez sino que el juez Administrativo tiene espíritu de administrador y es consciente de que sus decisiones deben ser un complemento de la acción administrativa.

La mejor prueba de lo que se dice lo constituye que el *Conseil d'État* continúa manteniendo funciones jurisdiccionales y consultivas de la Administración, y gracias a esta dualidad, el reclutamiento de los magistrados administrativos no se lleva a cabo en la Escuela Nacional de la Magistratura sino en la de Administración, con cierta porosidad entre la magistratura Administrativa y la Administración activa, con el objeto de que el juez conozca bien la realidad de la Administración.

De lo hasta ahora expuesto se puede deducir que bajo el amparo formal o hipotético de una supuesta separación de poderes, lo que se ha llevado a cabo es una separación de funciones dentro de un mismo poder, es decir, la separación de poderes se convirtió en una separación entre la Administración activa y la *contentieuse*, es decir, la que a través de los recursos apreciase su legalidad y correcta interpretación y aplicación<sup>789</sup>.

A pesar e todo lo expuesto, Correia, que es el autor al que hemos seguido de manera preferente para describir esta evolución, nos cuenta la versión de siempre, los tribunales judiciales eran, en buena medida, órganos de defensa de los privilegios caducos y se oponían a la creación de un sistema administrativo propio, trayendo consigo la Revolución, la racionalización hacía mucho tiempo deseada y la subordinación al Gobierno de una Administración que debía ser concentrada y liberada de injerencias ajenas y apoyándose en Garapon destaca que esta jurisdicción especializada encargada de resolver los asuntos en materia administrativa, sobre todo cuando pueden existir conflictos en la resolución de las materias discrecionales, pueden conducir al juez a sentirse como un nuevo ángel de la democracia, con un estatuto parecido al de los políticos<sup>790</sup>.

Vasco Pereira destaca la autosatisfacción del modelo francés en palabras de Hauriou<sup>791</sup> pero tal y como señala Mallerray<sup>792</sup> esta situación pasa por tres momentos: la primera de autosatisfacción, en cuanto se dice que justifica la originalidad del Derecho Administrativo Francés, que consagra la dualidad de jurisdicciones; la segunda de autoelogio, en el que normalmente los comparatistas concluyen la superioridad del modelo francés, revelando una autosatisfacción ingenua; y una tercera etapa, que se puede calificar como el tiempo de las dudas, en el que junto con el declive de la influencia jurídica francesa se destaca su conceptualización de un Estado fuerte de Liberalismo autoritario y ello frente al Derecho inglés y a la vista del Derecho Alemán.

Tal y como sucederá en resto del Continente, estos Tribunales Administrativos eran propiamente organizaciones de poder, de manera que no se establecían consecuencias concretas para los particulares en caso de actuación administrativa contraria a ley de la que resultaran perjudicados y

---

<sup>789</sup> Vasco Pereira da Silva, *Para un contencioso administrativo dos particulares. Esboço de uma teoria subjetivista do recurso directo de anulação*, Almedina, 2005, pp. 18 y 19.

<sup>790</sup> Sérvulo Correia, *Direito do contencioso administrativo*, Lex, Lisboa, 2005, pp 43-69 y 568. Antoine Garapon, *Le gardien des promesses, Justice et Democratie*, París, Edition Odile Jacob, 1996, pp. 58, 70 y 71.

<sup>791</sup> Maurice Hauriou, *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, Dalloz, reimpresión de la 12ª edición, París, 2002.

<sup>792</sup> Fabrice Melleray, "Les trois âges du Droit Administratif Comparé ou comment de Droit Comparé a changé de sens", *L'argument de Droit Comparé en Droit Français*, Bruylant, Bruxelles, 2007, p. 16.

que no comienza a modificarse sino tras el árret Blanco de 1873<sup>793</sup>.

García de Enterría también expone la evolución del sistema Administrativo francés, otorgando gran trascendencia al recurso de exceso de poder y a las leyes de 16 de julio de 1980, 8 de febrero de 1995 y 30 de junio de 2000, que vienen a establecer las acciones de condena para la Administración y la propia posibilidad de adoptar medidas para asegurar la ejecución de lo decidido por lo Tribunales, seguido de la posibilidad de adoptar medidas cautelares, que ya reconoce existen con gran amplitud en vía civil y que desde hacía más de medio siglo existían en el Derecho español<sup>794</sup>

## A. LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS EN PORTUGAL

Desde el inicio de la identidad política de Portugal en el S. XII, el rey procuró la legitimidad de su actuación en el Derecho, de acuerdo con el principio *legem servare hoc est reinare*, disponiendo las Ordenações Afonsinas de 1446 que “o rey justo justifica realmente seu nome e conserva longamente seu Real Estado e senhorio”<sup>795</sup>.

La reforma administrativa Liberal se produjo merced al Decreto núm. 23 de 16 de mayo de 1832, dictado en Punta Delgada por Mouzinho da Silveira y que dividía el territorio portugués en provincias, comarcas y concejos, encontrándose administrada la provincia por un jefe único con el nombre de *prefeito*, nombrado por el rey y junto a este existía la junta general de provincia, que con el título de Consejo de Prefectura tenía funciones de control del *prefeito*, que decidía los recursos contra sus acuerdos y contra cuyas resoluciones cabía recurso ante el Consejo de Estado.

En 1835 los Consejos de Prefectura se transformaron en Consejos de Distrito y en 1892 en Tribunales Administrativos, que resolvían en razón del territorio y en los términos establecidos en el Código Administrativo, cupiendo, más tarde, recurso ante el Supremo Tribunal Administrativo, órgano que fue creado en 1870 como escisión del Consejo de Estado.

Maria II, mediante Ley 3 de mayo de 1841, había creado el Consejo de Estado, antecedente del actual Supremo Tribunal Administrativo, como Sección del mismo y con poderes jurisdiccionales<sup>796</sup>.

En el periodo anterior a la elaboración del Código Administrativo de 1878 se mantiene la tesis republicana de atribuir lo contencioso-administrativo a los Tribunales comunes, tesis que no llegó a fructificar y en el período anterior al Código Administrativo de 1886 fueron de nuevo principios presupuestarios los invocados para aprovechar al Supremo Tribunal Administrativo, como órgano integrado en el poder administrativo para consulta de la Administración, disminuyéndose el número

---

<sup>793</sup> Vasco Pereira da Silva, *O contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise*, Almedina, 2ª edición, 2009, pp. 10 y 11, 41-45 y 52-56.

<sup>794</sup> Eduardo García de Enterría, *Las transformaciones de la justicia administrativa: De excepción singular a la plenitud jurisdiccional. ¿Un cambio de paradigma?* Thomson, Civitas, Madrid, 2007. Especialmente las pp. 82-98 y 145-148.

<sup>795</sup> Livro V, Título 2,5.

<sup>796</sup> Tal y como se elaboró por la Comisión de Administración Pública creada al efecto y presentada a la Cámara de los Diputados el 22 de febrero de 1845 por Silvestre Piñeiro Ferreira y no por razones meramente presupuestarias, que fueron las invocadas en 1870. Se fijaba para los jueces un salario de entre 1.600 y 2.000 escudos mientras que las funciones de los Consejeros de Estado seguían siendo honoríficas.

de sus miembros y desarrollando más tarde funciones judiciales administrativas en vía de recurso frente a las sentencias dictadas por los Tribunales comunes a partir de 1892.

En 1911 se presentó un proyecto ante la Cámara parlamentaria con objeto de integrar a los Tribunales Administrativos dentro del Poder Judicial pero no se aprobó.

Proclamada la República, el ideario republicano reclama de nuevo la entrega de lo contencioso-administrativo a los Tribunales comunes, lo que sucederá en 1924, si bien al año siguiente restableció la independencia de la Administración con fuero propio<sup>797</sup>.

Tras el golpe militar de 1926 se entrega de nuevo a los Tribunales comunes la competencia administrativa, que en 1930 se otorga de nuevo a órganos integrados en la administración pública y la creación del Supremo Consejo de Administración Pública<sup>798</sup>.

La entrada en vigor de la Constitución de 1933 restaura del Supremo Tribunal Administrativo, considerando María Glória García, que esta evolución del contencioso-administrativo portugués obedece más a la lucha partidista y a causas financieras que a otros principios teóricos y constitucionales<sup>799</sup> y ello aunque en Portugal durante el S. XIX, al igual que en el resto de países del continente europeo se implantó el modelo francés de administrador-juez, con un sentido objetivo de jurisdicción porque antes de las invasiones Napoleónicas ya existían instrumentos judiciales para la impugnación de actos lesivos sobre los particulares dictados por la Administración.

La Ley Constitucional 3/74 estableció que las funciones jurisdiccionales serían ejercidas exclusivamente por Tribunales integrados en el Poder Judicial, lo que se consagra en la Constitución de 1976 y ha tenido plena aplicación y vigencia, verificándose una reforma en 2002-2003 que ha establecido el marco actual, con los correspondientes Códigos del Proceso Administrativo y Judicial, y estableciendo como estructura el Tribunal Supremo Administrativo, con secciones en materia Administrativa y Tributaria, con Tribunales Centrales divididos en idénticas secciones, con sedes en Oporto y Lisboa, y en primera instancia unipersonales ordinarios y de Círculo y con su propio órgano de gobierno en el Consejo Superior de los Tribunales Administrativos y Fiscales<sup>800</sup>.

---

<sup>797</sup> En un Decreto de 1924 pasaron sus competencias al Supremo Tribunal de Justicia y a los *Tribunais das Relações*, lo que apenas tuvo vigencia, ya que fue reformado en 1925 para restaurar la situación anterior.

<sup>798</sup> Ver Sérvulo Correia, *Direito do contencioso administrativo*, Lex, Lisboa, 2005, 441-532.

<sup>799</sup> María Glória García, *Em defesa da autonomia da jurisdição administrativa e fiscal*, CEDIPRE, 2018, pp. 57-59. Esta tesis se encuentra en la p. 59, en donde señala que no se planteaba en términos de separación de poderes, como mejor defensa de los derechos humanos o control del poder público pero como ella misma reconoce se trata de una lucha partidista, en la que tales cuestiones tácitamente se sopesan.

<sup>800</sup> Ver Sérvulo Correia, *Direito do contencioso administrativo*, Lex, Lisboa, 2005, pp. 533-675 y Antonio Cândido de Oliveira, "A organização Judiciária Administrativa e Fiscal" en *Temas e problemas de processo administrativo*, coordinador Vasco Pereira da Silva, Instituto de ciências jurídico-políticas, Facultad de Direito da Universidade de Lisboa, 2011, pp. 31 y sgts. y también Mercenario Villalba Lava, "La vulneración en masa de los derechos fundamentales a través del incumplimiento del derecho procesal orgánico en el ámbito del Convenio Europeo de Derechos Humanos y sus efectos en la negación de la consideración como Estado de Derecho. (A propósito de la sentencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 6 de noviembre de 2018, en el caso Nunes de Carvalho e Sá c. Portugal)", en *Cuadernos de Derecho Orgánico Judicial* de la Asociación judicial "Francisco de Vitoria", número extraordinario de diciembre de 2018, pp. 21-71, en donde se señala que las sentencias que se comentan se refieren, exclusivamente, al ámbito disciplinario judicial pero dadas las consecuencias que de las mismas se extraen, por afectar al estatuto de los jueces, tiene consecuencias en la propia esencia del Estado de Derecho, en función de la necesaria independencia judicial, lo que nos obligan a pensar,

Vasco Pereira da Silva expone a lo largo de su obra *Para un contencioso administrativo dos particulares. Esboço de una teoría subjetivista do recurso directo de anulação*, la evolución del Derecho Procesal Administrativo desde su origen a la actualidad: del modelo Liberal al propio del Estado Social de Derecho y al pos-social, destacando la importancia que tiene en la actualidad el particular y preguntándose si no es verdad que el contencioso-administrativo no se ha transmutado en la actualidad de objetivo en subjetivo<sup>801</sup>.

Más en concreto, Ana Celeste Cavalho explica pormenorizadamente los hitos en que se ha ido desarrollando la justicia Administrativa en Portugal.

En el primer periodo (1845-1924), la justicia Administrativa sigue el modelo del administrador-juez, en el que la justicia Administrativa no asumía su separación del poder administrativo, de manera que el Consejo de Estado (1845-1870) y después el Supremo Tribunal Administrativo (1870-1924) emitía pareceres sobre la resolución de los recursos. En la primera instancia, el Consejo de Distrito (hasta 1886) sufría la intervención del Gobernador civil. No obstante, entre 1835 y 1842 y de 1892 a 1896 se confió apenas la primera instancia a los Tribunales judiciales.

Un segundo periodo (1924-1930) entre 1924-1925 y 1926-1930 se abolieron totalmente los Tribunales Administrativos, otorgándose sus competencias de juzgar los litigios administrativos a los Tribunales de Relações y al Supremo Tribunal de Justicia.

Un tercer periodo (1930-1976) en que se inicia el camino para la creación de los Tribunales Administrativos, con la creación de las Auditorías y del Supremo Consejo de Administración Pública, sustituido en 1933 por el Supremo Tribunal Administrativo.

---

que los mencionados razonamientos se deben hacer extensibles al resto de elementos que configuran el estatuto judicial, especialmente, a la propia dinámica de la Carrera judicial: a los nombramientos que realiza el Consejo General del Poder Judicial en España y al propio ascenso a la categoría de magistrado del Tribunal Supremo, ya que en España, a diferencia de Portugal, no se verifica a través de un órgano técnico, extremo más que sospechoso de los efectos que esa falta de independencia e imparcialidad puede producir, tanto en el ámbito de los derechos humanos de los jueces (art. 23 del CE, en relación con el art. 10 citado) como a la esencia, estructura y calificación de nuestro Estado de Derecho, ya que el ingreso y promoción de la misma, en otras escalas de la Carrera, sí que se confía a órganos técnicos.

Una cuestión que no es allende a la materia que nos ocupa, son las consecuencias que se derivarían en cualquier asunto que se resuelva por los jueces, especialmente aquellas que tenga sustancias política o despierten especial interés al partido político en el poder, dado que podría afectar a la independencia judicial y con ello al Estado de Derecho. En las sentencias mencionadas se tiene presente para determinar la independencia del tribunal judicial, su estatuto frente al Consejo Superior de la Magistratura y los poderes que ostenta el presidente de ambos órganos, de ahí que puede también derivar que la ilegal configuración del órgano de gobierno jueces y la elección de los vocales y del presidente, si vulnera su estatuto debido según el TEDH.

<sup>801</sup> Vasco Pereira da Silva, *Para un contencioso administrativo dos particulares. Esboço de una teoría subjetivista do recurso directo de anulação*, Almedina, 2005, pp. 14 y 15. Tomás Ramón Fernández centra su objeto de análisis en el concepto de derecho subjetivo, que considera propio del Derecho civil según la tradición jurídica del Derecho romano y describe la evolución dentro del recurso por exceso de poder, que se configura inicialmente como una simple petición o denuncia dentro del modelo objetivo de jurisdicción retenida o delegada para pasar más tarde a ocupar el lugar central del contencioso administrativo, ya que como mantiene Hauriou, a pesar de su naturaleza, el recurso lo es en interés de los administrados y ellos son necesarios, puesto que son los que han de iniciar y proseguir el proceso ; pero el interés que tiene la anulación del acto se reconduce al interés de la buena administración y por ello existe también un Ministerio público como una especie de acción pública, que el interesado estaría encargado de realizar en interés de todos, Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, II, Civitas, 1988, pp. 32 y sgts.

Un cuarto periodo (1976-2002), periodo de existencia de verdaderos Tribunales Administrativos aunque con limitaciones en la tutela efectiva de los ciudadanos sobre la base de las limitaciones de la ley procesal vigente en cuanto a los medios procesales y al tipo de pronunciamientos admisibles.

Un quinto periodo, que se inicia en el año 2002, en el que se produce una gran reforma de la justicia Administrativa y la creación de un conjunto de Tribunales Administrativos de primera instancia, distribuidos por todo el país junto al Tribunal Central Administrativo creado en 1996 como tribunal de segunda instancia, y al Supremo Tribunal Administrativo, la aprobación de un nuevo Estatuto de los Tribunales Administrativos y Fiscales, y una verdadera Ley Procesal Administrativa dotada de un conjunto de medios procesales y poderes contra la Administración, incluyendo los de condenación y los apremiantes además de los ejecutivos y de aplicación de las sanciones pecuniarias compulsorias<sup>802</sup>.

Desde otro prisma considera que pueden ser identificadas tres fases distintas en la evolución de la justicia Administrativa asociados a sus modelos que serían los siguientes:

Una fase inicial, nacida bajo el periodo Liberal de Justicia, ejercida por órganos integrados en la Administración; un segundo momento que se inicia con la judicialización de la justicia Administrativa, ocurrida en el final del s. XIX e inicios del XX sobre el inicio del Estado Social; y una tercera fase, correspondiente al actual, en que existe un reforzamiento de la judicialización de la justicia Administrativa con la creación de Tribunales independientes y autonomizados de la Administración y en los que el proceso Administrativo se centra, no tanto en la tutela de los intereses de los poderes públicos sino en los derechos e intereses legalmente protegidos a los ciudadanos.

Por otro lado remontándonos a los últimos 40 años, tras el 25 de abril de 1974, entiende que es posible identificar diversas etapas que reflejan la cronología y trayectoria de las políticas públicas de la justicia, que en una primera etapa se extendería entre 1974 y 1976, en el que se diseñan las líneas de ruptura y continuidad como sistema de justicia heredado del Estado Novo; una segunda etapa 1976-1987, en que existe una preocupación por concretizar los principios Constitucionales y una tercera etapa de 1987 a 2002 en que se procuró la consolidación y aplicación del nuevo edificio jurídico. Por último, una cuarta etapa de 2013 hasta la actualidad, que responde a cuestiones asociadas a la crisis de la justicia y relacionadas con su eficacia, celeridad o perfeccionamiento de aspectos particulares.

Bajo el prisma de la influencia del Derecho Comparado en la justicia Administrativa, la agrupa en tres fases diferentes: la de influencia del Derecho francés, desde sus primeros momentos hasta la Constitución de 1976, con influencia de las Escuelas de Coimbra, que influyó en la de Lisboa, de marcada influencia del Derecho Alemán; una segunda fase de influencia de los sistemas de Derecho europeo continental hasta la adhesión de la Unión Europea en 1985 con influencias del Derecho alemán, italiano y español; y una tercera fase de influencia plural de sistemas de Derecho europeo continental y anglosajón, a partir de la adhesión de Portugal a la Unión Europea, fruto de mayor integración europea y de la europeización del Derecho Administrativo.

Se considera que la justicia Administrativa en Portugal tiene la marca genética del contencioso-administrativo francés, en cuanto justicia privativa de la Administración y cuya centralidad radicaba en el recurso contencioso de anulación de los actos administrativos y en cuyo ámbito eran limitados

---

<sup>802</sup> En este sentido debe tenerse presente a Carlos Carvalho, "Breves notas sobre os poderes de pronúncia do juiz administrativo no actual contencioso-limites e conflitos", *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, nº 13, 2010, pp. 179-207.

los poderes del juez, sin posibilidad de mandatos imperativos a las autoridades públicas, no existiendo un estatuto de igualdad entre las partes.

La Constitución marcó una evolución de este sistema objetivo hacia otro subjetivo y de un sistema de justicia Administrativa hacia un sistema jurisdiccionalizado mediante la sumisión de los litigios Administrativos a Tribunales Administrativos integrados en este orden jurisdiccional y contribuyó, decisivamente, hacia la subjetivización al dotar a los particulares de derechos frente a la Administración, destacando la importancia que tiene la Constitución en el desarrollo propio del Derecho Administrativo, sobre la legislación, jurisprudencia y práctica administrativa, cuyos influjos no dejan de repercutir sobre las normas y prácticas procesales y siendo la impulsora de las principales alteraciones del Derecho Administrativo sustantivo y procesal<sup>803</sup>.

## B. ITALIA

Italia, en el momento de su unificación legislativa siguió el modelo contencioso-administrativo judicialista belga<sup>804</sup> y la Ley de 20 de marzo de 1865 atribuyó a los Tribunales ordinarios todas las causas por contravenciones penales y todas las materias en las que exista la contravención de un derecho civil o político, señalándose en la discusión Parlamentaria, que junto a la protección de los derechos subjetivos era preciso proteger en el ámbito administrativo, los intereses que no alcanzaban el rango de verdaderos derechos subjetivos.

Mediante Ley de 1889 se atribuyó al Consejo de Estado, la tutela de los intereses en el ámbito administrativo que, posteriormente, la doctrina calificará como legítimos y desde entonces, por una corrección de 1923-1924, la justicia Administrativa está dividida en la protección de los derechos subjetivos confiada a los Tribunales ordinarios y la protección de intereses legítimos confiados al Consejo de Estado y a los Tribunales Regionales en grado inferior.

La doctrina italiana considera que el derecho subjetivo es un interés que el ordenamiento jurídico considera como exclusivamente propio del titular mientras que el interés legítimo tiene una naturaleza meramente procesal para recurrir.

Durante los trabajos preparatorios de la Constitución de 1948, Calamandrei defendía la integración de la justicia Administrativa en la ordinaria con Tribunales especializados y retirando las

---

<sup>803</sup> Ana Celeste Carvalho, *O princípio do inquisitório na justiça administrativa. O diálogo entre a Lei e a prática jurisprudencial*, AAFDL editora, Lisboa, 2021, pp. 471-475. Sobre la base de lo expuesto por Vasco Pereira da Silva, *Para un contencioso administrativo dos particulares. Esboço de uma teoria subjetivista do recurso directo de anulação*, Almedina, 2005, p. 9, António Francisco de Sousa, "Fundamentos Históricos de Direito Administrativo", *Sobre a evolução da justiça administrativa*, i editores, 1995 y Jorge Miranda, "Uma perspectiva constitucional de reforma do contencioso-administrativo", *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Teles*, V. V, Coimbra, p. 35.

<sup>804</sup> Bélgica dependió hasta 1815 de Francia y hasta 1830 de Holanda, optando por el modelo judicialista en la Constitución de 1831, entre otros motivos, por razones de singularidad e independencia de sus vecinos, si bien caló decididamente la idea de separación de poderes propia de Francia, ya que sus Tribunales de Justicia eran excesivamente respetuosos con las decisiones administrativas y su margen de actuación, lo que en opinión de M. Leroy determina que deba de calificarse de insatisfactorio su modelo de control de la Administración, cit Antonio Cândido de Oliveira, "A organização Judiciária Administrativa e Fiscal" en *Temas e problemas de processo administrativo*, coordinador Vasco Pereira da Silva, Instituto de ciências jurídico-políticas, Facultad de Direito da Universidade de Lisboa, 2011, pp. 28 y sgts.

funciones judiciales del Consejo de Estado pero prevaleció una corriente de continuidad, de acuerdo con lo que se estableció en los artículos los 102, 103,113<sup>805</sup> y 125 de la Constitución italiana, que señalaba que el Consejo de Estado y otros órganos de la justicia administrativa ejercían la jurisdicción para la tutela de los procesos con la administración pública respecto de los intereses legítimos y particulares en la materias señaladas por la ley y también para determinados derechos subjetivos<sup>806</sup>, previéndose la creación de órganos en la justicia Administrativa en las Regiones para el desarrollo de estas funciones por jueces ordinarios y que nunca podrían recaer en extraordinarios o especiales.

Los Tribunales Administrativos Regionales se crearon en 1971 y comenzaron a funcionar en 1974, teniendo especial trascendencia el del Lacio, con sede en Roma, en que se encuentra el Gobierno<sup>807</sup>.

A partir de 1974 los Tribunales Administrativos comienzan a tener competencia en determinadas materias globales como el urbanismo, tanto respecto de los intereses legítimos como de los derechos subjetivos.

El Consejo de Estado realiza sus funciones judiciales en las secciones cuarta, quinta y sexta, existiendo también un órgano de autogobierno de estos Tribunales en el Consejo de la Presidencia de la Justicia Administrativa.

En materia Tributaria existen las Comisiones Tributarias Provinciales, que deciden en primera instancia y en segunda las Regionales y por último la Sección Quinta del Tribunal Supremo, aunque se entiende que esta organización Tributaria es muy dependiente del Ministerio de Finanzas, teniendo también un órgano de autogobierno denominado Consejo de la Presidencia de Justicia Tributaria<sup>808</sup>.

---

<sup>805</sup> Dispone que la tutela judicial de los derechos e intereses legítimos ante los órganos de la justicia ordinaria o administrativa es siempre admisible contra los actos de la Administración pública.

<sup>806</sup> García de Enterría crítica lo que él considera una imprudente partición sobre la base de la diferenciación procesal de intereses legítimos y derechos subjetivos. Destaca que la sentencia 33804/96 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y dentro de la categoría de los derechos subjetivos protegibles incluye a los intereses legítimos dentro del art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y criticando a Caringera (*Corso de Direito Processuale amministrativo dopo la sent. 204/2000, della Corte Costituzionale*, Milano, 2005, p. 209, nota 39) señala que la doctrina italiana, tan propensa al constructivismo dogmático, lleva siglo y medio intentando singularizar dogmáticamente la bipartición de derechos subjetivos-intereses legítimos como conceptos sustantivos y no meramente procesales. Señala que el autor italiano en que se basa, ya es fuertemente escéptico sobre la supervivencia de la figura conceptual autónoma denominada derecho subjetivo. En este sentido debemos tener presente que el artículo 24 de la Constitución Española equipara derecho subjetivo e interés legítimo sobre la base de su igual legitimación procesal en los distintos órdenes jurisdiccionales. Eduardo García de Enterría, *Las Transformaciones de la Justicia Administrativa: de excepción singular a la Plenitud Jurisdiccional. ¿Un cambio de paradigma?*, Thomson-Civitas, 2007, pp. 70 y sgts.

<sup>807</sup> De esta manera cesaron las denominadas Juntas Provinciales Administrativas cuya Constitucionalidad había puesto había sido puesto en tela de juicio por el Tribunal Constitucional en sentencias de 1967 y 1968.

<sup>808</sup> Antonio Cândido de Oliveira, "A organização Judiciária Administrativa e Fiscal" en *Temas e problemas de processo administrativo*, coordinador Vasco Pereira da Silva, Instituto de ciências jurídico-políticas, Facultad de Direito da Universidade de Lisboa, 2011, pp. 26 y sgts.

## 6. LAS CONSECUENCIAS DE ESTA INFLUENCIA: EN LA ORGANIZACIÓN POLÍTICA Y JUDICIAL

Partiendo de la absoluta reserva de jurisdicción a que se ha hecho referencia en el apartado anterior, propia de los primeros momentos Revolucionarios, en los que se determina que juzgar a la Administración, ¡sorpréndanse quiénes confiaban en la separación de poderes que les han dicho plasmó la Revolución Francesa basándose en Montesquieu! es, simplemente, administrar, no siendo la evolución posterior sino obra de técnicos en Derecho que, poco a poco, han ido encauzando la cuestión y corrigiéndola de sus defectos más inadmisibles.

El Consejo de Estado francés, que servirá de inspiración Continental, el *Conseil d'Etat* de Napoleón creado sobre la huella del Consejo del rey, simplemente, asesorará al Gobierno (jurisdicción retenida) hasta 1872, en que gozará de poder de decisión propia (jurisdicción delegada) en materia de gestión administrativa a salvo de las decisiones políticas o del ejercicio de autoridad.

Más tarde y de forma progresiva fue abriéndose a más campos de actuación, a través del control de los actos discrecionales, por un lado y de otro, de la simple anulación de los actos de autoridad (conocido como exceso de poder), atendiéndose, más tarde, a las formas administrativas de actuación, a la desviación de poder y a la propia reparación al particular, ya que, originariamente, no se tutelaban los derechos sino que solo se llevaba a cabo un examen legalidad de la actuación administrativa<sup>809</sup> como jurisdicción de control del poder, que es lo que realmente instauró la Revolución Francesa.

Desde mi punto de vista, llamar jurisdicción a la retenida o delegada expuesta, como lo hace la doctrina española es desconocer el concepto de jurisdicción, ya que no existe jurisdicción sin una resolución heterocompositiva de las controversias, puesto que la autotutela no constituye jurisdicción<sup>810</sup> y llamarla jurisdicción no constituye sino un engaño y colaborar en camuflar el problema real.

Considero que esta voluntad general paralizante, ayudada por la dictadura de lo políticamente correcto y aderezada por la errónea creencia de la sujeción de los jueces al legislador, idea de Sièyes, ya que los jueces según el artículo 117 de la Constitución Española se encuentran sujetos al imperio de la ley no a la voluntad del legislador<sup>811</sup>, de ahí que todo se pase por el tamiz de la ley y se retraiga, inútilmente, nuestra posibilidad de alcanzar, cuando menos, el grado de desarrollo del jurisdiccionalismo previo a la Revolución Francesa.

El poder político cuenta, además, con poderes implícitos y reservados del jacobinismo político, no solo inmunes a sus verdaderos dueños, los ciudadanos, sino incluso a los propios grupos o partidos políticos, para que no existan mecanismos eficaces que aseguren el efectivo cumplimiento de las normas jurídicas, entre ellas y más destacadamente la Constitución, como se va a tratar en el capítulo referido a la unidad o dualidad de órdenes jurisdiccionales civil y contencioso-administrativo, y más en concreto en el referido a la reserva de jurisdicción.

---

<sup>809</sup> Eduardo García de Enterría, *Las transformaciones de la justicia administrativa: De excepción singular a la plenitud jurisdiccional. ¿Un cambio de paradigma?*, Thomson, Civitas, Madrid, 2007.

<sup>810</sup> José Vicente Gimeno Sendra, *Fundamentos de Derecho Procesal*, Civitas, 1981, pp. 24 y 25.

<sup>811</sup> Santiago Muñoz Machado, *La reserva de jurisdicción*, La ley, 1989, p. 52.

Elvira Roca manifiesta que los afrancesados son realmente partidarios del Absolutismo y del Antiguo Régimen y los que inauguran los postulados de buenos y malos, progresistas y conservadores etc... que cualquier español medio tiene en el cerebro<sup>812</sup>.

Considero que es muy llamativo que después de la caída de Napoleón, al que se derrotó militarmente, sin embargo, sus ideas alumbraron y consolidaron su método judicial. Desde mi punto de vista ello no obedece a la grandiosidad dogmática o conceptual de la organización Administrativa como se verá señala García de Enterría sino a que los nuevos monarcas Absolutos restaurados tras el Congreso de Viena de 1815 se encontraron con la obra despótica que ellos no se habían atrevido a instaurar sino tímidamente a través de la técnica de fomento (servicio público); era, en suma, el culmen de sus aspiraciones totalitarias.

El sistema francés de lo contencioso-administrativo es, totalmente, contrario de lo que había advertido Montesquieu, ya que la Revolución y Napoleón, lo que hicieron fue transferir al Estado, es decir a los políticos que gobiernan, todo el poder, al contrario de lo que preconizaba la tradición española de *Las Partidas*, las Cortes de 1388, el Padre Suárez, San Isidoro de Sevilla o constataba el padre Mariana y en esta concentración de poder, la Iglesia tampoco quedaba el margen, ya que al depender del Estado, es decir, de los políticos que gobiernan se debía aceptar una constitución civil del clero, convirtiendo a los eclesiásticos en funcionarios públicos y, en consecuencia, se les puede declarar traidores y castigarlos en consecuencia<sup>813</sup>.

Como ya se ha expuesto, el sistema francés de Derecho Administrativo y su control no solo se irradió al Continente en un primer momento sino que su magisterio es observado, a cada momento, por la doctrina científica de estos países<sup>814</sup>, especialmente, de la evolución que va manteniendo su Consejo de Estado.

Este sistema objetivo de jurisdicción, base de la jurisdicción retenida o delegada como sistema de control de la Administración, más que como sistema de reparación de la ilegalidad ante los ciudadanos, a pesar de ir evolucionando a sistemas más subjetivos a través de la evolución del recurso de exceso de poder, en el que se admiten las medidas cautelares e incluso condenas a la Administración, con medidas apremiantes para que se cumplan las sentencias de condena, incluidas las pecuniarias, determina la existencia, incluso en los sistemas procesales actuales, de unas especiales facultades en materia de aportación y valoración de la prueba y de aplicación del Derecho, que se podrían entender como exorbitantes.

Así, en Francia, se considera que el sistema procesal Administrativo además de ser los jueces de tal jurisdicción reclutados en la Escuela de Administración Pública y depender del Ministerio Administraciones Públicas, es muy diferente al Civil, en un proceso que se puede denominar

---

<sup>812</sup> María Elvira Roca Barea, *Fracasología: España y sus élites: de los afrancesados a nuestros días*, Espasa, Barcelona, 2019. p. 189.

<sup>813</sup> Luis Suárez Fernández, *Lo que España debe a la Iglesia Católica*, Homolegens, 2012, pp. 272 y sgts.

<sup>814</sup> En este sentido téngase en cuenta a García de Enterría, que sobre la base de los eventos que se van llevando a cabo en Francia se refiere a la evolución en el resto de países europeos. Eduardo García de Enterría, *Las Transformaciones de la Justicia Administrativa: de excepción singular a la Plenitud Jurisdiccional. ¿Un cambio de paradigma?*, Thomson-Civitas, 2007, pp. 55-68 y 79 y sgts. Diogo Freitas do Amaral, *Direito Administrativo*, V. I, 4ª edición, 2016, Coimbra, Almedina, p. 94 destaca que en el sistema francés tiene una mayor influencia la doctrina que la jurisprudencia y goza de un mayor prestigio el Poder Ejecutivo que el Judicial.

inquisitivo, en el que el juez Administrativo, a pesar del contradictorio, tiene el deber de buscar la verdad material y usar los elementos de prueba precisos para su obtención, así como de aplicar el Derecho aplicable, incluso al margen y más allá de lo resuelto en vía de Administración Gestora pero sin alterar la discrecionalidad administrativa por la propia<sup>815</sup>.

En Alemania que, como se ha verificado, era en su origen de matriz francesa, sobre todo de la mano de Otto Mayer y aunque tomó una dimensión subjetivista sobre la base de la evolución Civilista con que después se desarrolló, también existe un principio inquisitivo en los hechos y en las pruebas, según se puede deducir del art. 86 de su Código de Proceso Administrativo y no solo como poder sino como deber, en contraste con los Tribunales Civiles. No obstante, en este sistema Administrativo, estos poderes excepcionales de los jueces deben basarse, esencialmente, en las alegaciones de las partes y deben respetar los poderes discrecionales de la Administración, los dictámenes técnicos de los órganos colegiados y las prerrogativas científicas concedidas a la Administración medioambiental<sup>816</sup>.

En Italia los poderes del juez también son mayores en el ámbito Contencioso-administrativo que en el Civil y el juez de lo Contencioso, aunque puede procurar un mejor conocimiento de los hechos y practicar las pruebas sobre la base del art. 97 de su Constitución, que consagra los principios de imparcialidad y buena administración, se encuentra obligado, para llevar a cabo el uso de estas facultades excepcionales, por las alegaciones y excepciones esgrimidas por las partes con respeto, siempre, de los actos discrecionales de la Administración<sup>817</sup>.

Al referirnos en el apartado XIV a la jurisprudencia y más en concreto en el apartado 4. B. a), al régimen de casación establecido por la Ley Orgánica 7/2015 de 21 de julio, se hará referencia a los artículos 31, 32, 33, 63 y 65 de la Ley 29/98 y al régimen procesal de esta nueva casación española.

En ellos se describen unos poderes extraordinarios del juez, en que se aprecian unas desviaciones de lo que se considera ordinario en el proceso Civil, considerándose, como se verá, que este recurso de casación contencioso-administrativo no es sino un retroceso en el sistema objetivista, obligando al Tribunal Supremo a llevar a cabo interpretaciones reglamentarias, completamente prohibidas a los jueces desde el Derecho romano, sin interrupción, sublimando una parte de la controversia y ocultando el resto de los elementos de valoración, lo que constituye una cuestión que ataca a la propia esencia del proceso judicial, que es para la causa por la que se acudió por la parte al proceso pero que ahora se instrumentaliza para un fin objetivo y sin tener presentes todos los elementos de la disputa.

No enerva lo que se dice, que exista un recurso de casación de análoga naturaleza en materia Civil, sin duda, por la exportación que en todos los ámbitos se está produciendo de la materia Administrativa y del servicio público de la justicia como una prestación del Estado, a través de su elemento más característico, como lo es el Ejecutivo.

De parecidos poderes que el juez español tiene el portugués, según se puede deducir de los arts. 90 y 95 del Código del Proceso de los Tribunales Administrativos.

---

<sup>815</sup> André de Laubadère, Jean Claude Venezia e Yves Gaudement, *Droit Administratif*, T. I, 14 edition, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1996, p. 471 y Philippe Chiaverini y Denis Mardesson, *Tribunaux Administratifs et cours d' appel*, 1996, Librairie générale de droit et de jurisprudence, p. 12.

<sup>816</sup> Ana Celeste Carvlho, *O princípio do inquisitório na justiça administrativa. O diálogo entre a Lei e a prática jurisprudencial*, AAFDL editora, Lisboa, 2021, pp. 565-577.

<sup>817</sup> *Ibidem*, pp. 552-564.

Ana Celeste Carvalho considera que el principio inquisitivo previsto en el artículo 90 el Código del Código del Procedimiento y el art. 411 del Código Procesal Común, respecto de los hechos se basa en la tutela del interés público<sup>818</sup>, lo que obedece, realmente desde mi punto de vista, a su origen de matriz francesa, ya que no se enerva en absoluto el interés público de cualquier tipo de justicia con unos poderes exorbitantes del juez Administrativo para lo previsto en el proceso Civil (en el que hay unas materias de reforzado interés público, como lo pueden ser las materias del estado civil), proceso Civil que, por cierto, se ha dotado, tras la Segunda Guerra Mundial y por influencia de Alemania, de mayores poderes, no en el ámbito dispositivo sino en la formación del material fáctico.

Distinto del principio dispositivo o de oportunidad lo es el de aportación o investigación y aunque los primeros citados afectan a los segundos, según se considere la libertad de pretensión de la parte, en realidad son distintos los propios o referentes a la formación del material fáctico, y que parte de la doctrina científica ignora, distinguiéndose en este aspecto entre el principio de aportación y el de investigación, siendo tradicional del primero los principios: *Iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium* y *da mihi factum dabo tibi ius*, en el que los poderes del juez son crecientes en el Estado Social frente al tradicional no intervencionismo Liberal<sup>819</sup>.

Los preceptos reguladores de estos últimos principios en las Leyes Procesales españolas y portuguesas, con relación a los poderes del juez, exorbitantes respecto de los propios poderes que existen en vía Civil (completamente subjetiva) pueden dar lugar a soluciones diferentes sobre la base de los poderes que ejercite el juez en cada caso y de otro lado, al incluirse preceptos de una u otra tendencia también diferentes (objetiva y subjetiva) pueden, en abstracto, dar lugar a soluciones dependiendo de los preceptos que se usen en la resolución del caso.

No obstante, como todo movimiento político y sociológico, desarrollará una influencia posterior no solo en el ámbito jurídico sino en los citados, que dada su dependencia de ellos también lo determinarán en sus aspectos jurídicos.

---

<sup>818</sup> Ana Celeste Carvalho, *O princípio do inquisitório na justiça administrativa. O diálogo entre a Lei e a prática jurisprudencial*, AAFDL editora, Lisboa, 2021, pp. 1231 y 1232.

<sup>819</sup> Vicente Gimeno Sendra y otros, *Derecho Procesal Administrativo*, Tirant lo Blanch, 1993, pp. 63-69.



# IX. LA FILOSOFÍA Y EL DERECHO TRAS LA REVOLUCIÓN FRANCESA

## 1. EL POSITIVISMO DE COMTE : SECUELA DE LA REVOLUCIÓN Y PRÓLOGO DE LOS NUEVOS MOVIMIENTOS. SU INFLUENCIA EN EL POSITIVISMO JURÍDICO

Aunque el Positivismo jurídico nada debe de una manera directa al Positivismo sociológico, sí que produce una traslación de muchos de sus conceptos al pensamiento jurídico, y ello aunque el Positivismo sociológico rechaza no solo la idea de los derechos del hombre sino al Derecho puro y simple (*Catecismo*), al considerar que en la regeneración decisiva propia del Positivismo sociológico, la palabra derecho debe ser tan eliminada del lenguaje jurídico como la palabra causa del filósofo.

El Positivismo jurídico considera que no existe otro Derecho que la ley positiva, eliminando el Derecho en nombre de la ley, de forma que lo permitido o prohibido es lo que la ley establece, lo que la voluntad humana determina, como pura voluntad del Estado<sup>820</sup>.

En el Positivismo de Comte basta sustituir la voluntad espiritual convenientemente organizada por el Estado y las nociones de bien o de mal, destinadas a dirigir la conducta de cada uno en las diversas relaciones sociales, reducidas a lo que está permitido o prohibido en preceptos positivos establecidos o mantenidos por una autoridad espiritual convenientemente organizada.

Como más tarde denunciará Hayek<sup>821</sup> respecto de la eliminación del Derecho Privado por el Público y la consideración de la ley como norma de gobierno, en la sociedad soñada por Comte no hay distinción entre vida privada y pública no habiendo personas sino funcionarios, sin derechos pero con deberes, con una subordinación de la sociedad al gobierno y no solo material sino sobre todo intelectual y moral, ya que en esta subordinación las personas se deben encontrar satisfechas con obedecer, uniendo al instituto de la sumisión, la dulzura de la obediencia, alcanzando la felicidad de ser convenientemente liderados por sabios y dignos guías.

También Comte en el *Cours*<sup>822</sup> considera que se debe prescindir totalmente de la distinción entre funciones calificadas como públicas y privadas, por lo que cada miembro puede y debe ser considerado como un verdadero funcionario público.

A este hombre titular exclusivamente de obligaciones y absolutamente deudor de la sociedad de la que todo recibe, sin valor en sí mismo, se le asegura, a través de los “sacramentos positivistas”<sup>823</sup>, su mantenimiento como parte del todo colectivo, de ahí que se apunte, y consideramos que con todo

---

<sup>820</sup> Lo que la voluntad popular, los parlamentos o gobiernos establezcan, es decir, con un formulismo en el que el contenido de la norma no es lo que importa.

<sup>821</sup> Friedrich A. Hayek, *Derecho, legislación y libertad. Una nueva formulación de los principios liberales de la justicia y de la economía política*, 2ª edición, Unión Editorial, 2014, pp. 97 y sgts.

<sup>822</sup> Auguste Comte, *Cours de Philosophie Positive*, T. IV, París, Anthropos, 1968-1969, lección 50, pp. 483, 485, 486, 488, 489-494.

<sup>823</sup> Sociales: presentación, iniciación, admisión, destinación, matrimonio, retiro, transformación y 7 años después de la muerte incorporación e incluso régimen sacerdotal.

fundamento, que el Positivismo sociológico contribuyera al auge, de un lado, del socialismo y, de otro, de la conducta que se puso en práctica en la Alemania de Hitler.

Comte fundó en 1822, la ley de los tres estados conforme a la que todos los campos del conocimiento han pasado por tres estados teóricos diferentes: el teológico o ficticio, el metafísico o abstracto y el científico o positivo. El primero siempre provisional, el segundo transitorio y el tercero definitivo. Es decir, perseguía un objetivo político que se apoyaba, supuestamente, en una base científica.

En esta tesis era esencial el convencimiento moral, que no tendría por finalidad el perfeccionamiento del hombre, propio de una moral individualista que buscara el provecho propio sino de la especie y el instinto social que debe reemplazar al individualismo, basándose en la nueva religión supuestamente científica para que voluntariamente y con ardor subordinen su vida privada a la pública, con objeto de que los filósofos positivistas y los maestros de la escuela pública, en su función de profesores y directores de la opinión pública pudiesen manipularlos, reorganizando la sociedad mediante la nueva ciencia política<sup>824</sup>.

En el resumen del Positivismo sociológico que remitió al zar Nicolás I en 1852 le manifestaba Comte que la opinión pública no podría ser libre e independiente, ni siquiera era suficiente que fuese controlada sino que tenía que ser dirigida por los intérpretes de una sabiduría que debería permanecer oculta para los demás.

Aclaraba que en esta vida cívica, el sacerdocio se convertiría en el director normal de la opinión pública, ya que solo él podría coordinar los diversos principios con una sabia aplicación y sería al mismo tiempo el único juez competente de los muertos y también de los vivos, ya que sería el único capaz de establecer el futuro humano por la interpretación del pasado y su dominio no tendría fronteras.

El sacerdocio constituiría el único poder que entrañaría una extensión universal y uniría directamente a todos los pueblos mediante una única educación uniforme, costumbres semejantes y fiestas comunes.

El supuesto conocimiento de los más sabios, es decir, de los sacerdotes de la Humanidad, permanecería oculta al vulgo, que simplemente creería en ella, en virtud del reconocimiento en tales sacerdotes de una sabiduría fuera de su alcance.

Sobre el poder que le otorgaba a la religión basta con considerar que la misma restringiría la ciencia a sus justos límites e incluso sería censurada y prohibida en lo que se considerase inútil o peligroso.

También se debería destruir a las especies que no procurasen alguna utilidad y lo mismo sucedería con las plantas, escribiendo a Lawrent, que la parte cuarta de la población debe ser considerada por motivos morales o corporales, muy poco apta para propagar nuestra especie.

---

<sup>824</sup> Estableció un nuevo calendario con 13 meses, de 4 semanas cada uno, más un día adicional y otro los bisiestos, y que daba comienzo en el año de la Revolución (1789) con cada día, semana y mes dedicado a una celebración especial, con sus dioses, héroes y santos, que sirvieron a la mejora de la Humanidad y en el que no estarían Lutero, Calvino o Rousseau, ni tampoco los tres principales retrogrados: Juliano, Felipe II y Bonaparte; constituyendo la trinidad positivista la Humanidad, la Tierra, y el Espacio.

El Positivismo de Comte fue crítico con el Liberalismo político y económico, al imputarle individualismo y egoísmo, y desde 1844 consideró que el destinatario más adecuado para asimilar las ideas que se han expuesto eran los proletarios y las mujeres; régimen revolucionario que transitoriamente establecería la dictadura de los trabajadores.

Despreciaba al Parlamentarismo, ya que encargaba al Ejecutivo la elaboración de las leyes, que serían sancionadas por la opinión pública y se encontraban controlada por la coacción, puesto que se entendía que la opinión pública ni se forma de manera espontánea ni es libre, por lo que debía encontrarse sometida y vigilada por un grupo especial siendo necesario, por tanto, organismos sistemáticos para guiar y proclamar la opinión pública que necesita directores e intérpretes (*Ensemble*, pp. 180-183).

De lo expuesto se deduce que los nuevos protagonistas de la vida política y social deben ser los científicos teóricos, de un lado, y los ejecutivos especializados o expertos de aplicarla, de otro.

Se quejaba de que los juristas y gentes de formación literaria todavía era quienes ostentaban el poder de redactar constituciones y leyes, y de dirigir gobiernos, es decir, de configurar el orden social cuando, en realidad, se trataba de hombres situados al margen de los avances científicos y de sus verdaderos cultivadores, como era propio de una época ya superada, pre-científica, lo cual era incongruente con los tiempos.

El plan de la Humanidad debía ser la elaboración de un plan de organización social realizada según la razón científica, tarea que deberían realizar los hombres sabios ocupados en el estudio de las ciencias de la observación, que consideraba que son los únicos que tienen capacidad y cultura intelectual adecuada para tal fin.

El Positivismo sociológico de Comte no solo es la base del positivismo sino del organicismo con una crítica directa al individualismo, voluntarismo y contractualismo, ya que se considera que el individuo ni es libre ni autodeterminado sino que es dependiente y sobrevive en virtud de la solidaridad social, no siendo la sociedad un conjunto de individuos autónomos y autorregidos sino que existe una interrelación individual forzosa e indisponible, basada en el carácter incompleto y débil del individuo, necesitado de especialización, división y complementación del trabajo en la sociedad.

Este Positivismo sociológico considera que el orden social no se funda en el acuerdo de voluntades que mejor garantice los derechos naturales y previos de los individuos sino en las condiciones y exigencias objetivas de la vida social, concretizadas en instituciones como la familia, la parroquia, el municipio, la provincia, la federación de pueblos y finalmente en la Humanidad<sup>825</sup>.

A Comte se le debe situar en la estela inaugurada por Hobbes de racionalizar la vida y la política según los parámetros de la ciencia moderna, con una perspectiva exterior del objeto, presupuestos metodológicos predefinidos y resultados planificados, con el abandono de la antigua prudencia pero

---

<sup>825</sup> Lo expuesto puede verse en Estanislao Cantero Núñez, *Auguste Comte, revolucionario a su pensar. El control social contra la libertad y el derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2016. pp. 29-33, 41, 43, 47, 51, 54, 55-102 y 161-163, según citas de sus obras y correspondencia que allí se menciona minuciosamente. Durkheim (1858-1917) consideraba que el orden social, político y jurídico no reposaba ni en el acuerdo de voluntades ni en la voluntad disciplinadora del Estado sino en la solidaridad social objetiva generada por la especialización y división de las funciones sociales lo que determina unas normas jurídicas, de manera que las normas jurídicas corporizadas en instituciones constituirían elementos objetivos e indisponibles. Cit. António Manuel Hespanha, *Cultura Jurídica Europeia*, Almedina, 2018, pp. 460-463.

con la secuela inevitable, tanto de la politización de la ciencia como de la racionalización abstracta de la política.

Como señala Gallego García<sup>826</sup>, las tres nuevas instancias de autoridad: la de los científicos, la de los ideólogos y la de los divulgadores mediáticos se encuentran en Hobbes, ya que este aspiró a las tres cosas y no casualmente las ciencias y las matemáticas ocupan una buena parte de sus obras, pues sabía que ellas eran la primera fuente de su propia autoridad y legitimarse como científico era vital para sus intereses.

De ahí las encendidas polémicas y controversias que mantuvo sobre cuestiones matemáticas y físicas con los cultivadores de estos saberes en las universidades, su tenaz pertinencia y sus memorables fracasos y derrotas en este campo pero era consciente de que presentándose como dominador de los métodos científicos estaba autorizado para postular una explicación y fundamentación de este nuevo modelo de política científica, con los efectos que ello produce en el Derecho.

Fue Hobbes, el padre de la filosofía revolucionaria que inauguró este nuevo tipo de saber político y del que fue un divulgador formidable, nacido y desarrollado según una supuesta lógica de las ideas científicas que estaban aconteciendo a principios del s. XVII, que no desde la experiencia y la prudencia.

Bentham continuó la obra de Hobbes que después desarrolla Comte y poco antes que él, su maestro Saint-Simón y poco más tarde Marx.

Comte sustituyó deliberadamente a las antiguas autoridades: clero, aristocracia y jurisprudencia, por una autoridad nueva, que se levanta con el objetivo de desautorizar a los filósofos de la Antigüedad y muy en particular a Aristóteles, con la expresa finalidad de ocupar su lugar.

La causa por la que Hobbes y más tarde Lutero ponen su punto de mira en Aristóteles es porque este había planteado un realismo moderado de los universales, al considerar que, ciertamente, el hombre no existe con un arquetipo ideal separado y distinto de los hombres singulares y concretos sino como un universal en cada individuo de la especie humana, lo que hacía de él no solo un individuo sino un individuo dotado de una naturaleza específica, con un particular modo de ser, de manera que el mundo aristotélico es un orden de jerarquía, de géneros y especies, y no un conjunto de entes singulares sin conexión especial alguna entre ellos.

Es aquí donde el Voluntarismo de Scoto y el Nominalismo de Ockham disienten, al considerar que el universo carece de orden intrínseco alguno, y las cosas y los hombres han sido ordenados por la voluntad omnipotente de Dios y no son sino el resultado de un puro acto de voluntad, no limitado por ningún tipo de arquetipo o modo de ser como se desprendería de la existencia de las naturalezas universales<sup>827</sup>.

El Voluntarismo descansa sobre la premisa de que no existe lo bueno y lo malo en sí mismo o por

---

<sup>826</sup> Elio A. Gallego García, *Autoridad y Razón. Hobbes y la quiebra de la tradición Occidental*, Centro de Estudios Políticos, Madrid, 2016, pp. 170-178.

<sup>827</sup> La teología Tomista entiende que la creación del hombre por parte de Dios es libérrima, ya que ninguna necesidad tenía Dios de crear al hombre y si lo ha hecho, ha sido por un acto de voluntad pero, si ha decidido crear al hombre creando un individuo corpóreo, lo ha hecho de naturaleza racional y libre, a imagen suya porque de no ser así no habría creado al hombre y habría creado otra cosa.

naturaleza, ya que solo hay cosas que están establecidas como buenas o como malas porque así están mandadas o prohibidas, lo que le lleva incluso a llevar a cabo una reformulación del concepto de *ius* en la controversia existente entre el Papado y los franciscanos y la controversia sobre la naturaleza de los bienes de esta, ya que tanto Ockham como Marsilio de Padua consideraban que la Iglesia carece de un verdadero derecho sobre sus bienes y ostentaba, exclusivamente, la condición de mera poseedora sin título jurídico alguno.

El legítimo dueño era el emperador, puesto que la esencia del derecho es el poder reclamar lo que uno considera suyo ante los tribunales pero como el Evangelio previene de actuar así y pide, por el contrario, que se renuncie a ello cuando la ocasión lo exija, la Iglesia, en cuanto heredera del mandado evangélico e imitadora de Jesús y sus discípulos, tan solo disfruta de los bienes como si no fueran suyos, renunciando a cualquier derecho sobre ellos.

Los legatarios Pontificios argumentaron que la Iglesia podría tener bienes con justo título o sin él pero nunca al margen del Derecho, planteándose aquí dos concepciones realmente distintas del Derecho, ya que para unos es entendido como lo justo y debido en una relación de justicia y para otros, en ruptura con la tradición jurídica clásica, identificaba el derecho con un poder de exigir, con un trasfondo voluntarista evidente<sup>828</sup>.

Ni el clero ni la nobleza ni la jurisprudencia constituyen sedes de autoridad y las nuevas autoridades ideológicas son mucho más implacables que antes lo eran las religiosas.

Nunca como hasta ahora aparecen los Gobiernos como instancias puramente ministeriales ni tan servidores de ideas y consignas pensadas y elaboradas por otras instancias, apareciendo la clase política más servil que nunca a los dictados de un guión de lo que debe ser hecho y dicho.

Los nuevos planificadores sociales y sus nuevos divulgadores mediáticos han conseguido erigirse en un nuevo poder espiritual en las modernas sociedades de masas, convirtiéndose en intérpretes autorizados de la nueva época, y por su autoridad no dudan en decirle a los ciudadanos lo que está bien o mal, qué ideas son lícitas y cuáles no, de manera que los Gobiernos Occidentales de la actualidad no parecen estar menos sometidos a las nuevas formas de autoridad de la que lo estaban los antiguos con las autoridades tradicionales.

Gallego considera que Hobbes inicia una de las almas de Europa porque como señala Benedicto XVI introduce una razón abstracta y anti-histórica, que intenta dominarlo todo porque se siente por encima de todas las culturas y tiene la intención de emanciparse de todas las tradiciones y de todos los valores culturales, en favor de la racionalidad abstracta, que el autor considera propia del cientificismo que declara que solo existe un modo racional de mirar la realidad, el tecno-científico y

---

<sup>828</sup> Como más adelante analizaremos, en este punto confluyen la diametral visión del Derecho de Coke y Hobbes, ya que el primero al igual que en su día hizo Cicerón, entiende por razón artificial, la del hombre cultivado, la del hombre que ha hecho suyo el saber fruto de muchas generaciones de hombres prudentes que han ido enriqueciendo su patrimonio con el de los antepasados, de manera que esta razón artificial se convierte en razón legal que permite a la ley humana constituirse en una razón digna de ser obedecida por encontrarse por encima de los hombres y de su razón natural mientras que Lutero considera que la razón, en su búsqueda de una comprensión del mundo es loca y tonta por lo que se convirtiese en un seguidor de Ockham, que es el más acabado ejemplo de voluntarismo teológico de toda la Edad Media. Elio A. Gallego García, *Common Law. El pensamiento político y jurídico de Sir Edward Coke*, ediciones Encuentro, 2011, pp. 52-59. Ya nos hemos ocupado de la razón natural y la voluntad como fuente del Derecho, más bien de la ley.

destierra al irracionalismo toda mirada interior, cualitativa y concreta, nacida de la experiencia íntima y cálida de las cosas<sup>829</sup>.

## 2. LA FILOSOFÍA DEL DERECHO EN ALEMANIA: KANT Y HEGEL. LAS CRÍTICAS AL IDEALISMO

Hegel, al igual que otros alemanes consideraban que el alemán era la lengua más adecuada para la filosofía y que incluso se debían eliminar los latinismos sin los cuales, por cierto, no hubiesen podido leer a su maestro Kant, que utiliza toda la terminología de la Escolástica<sup>830</sup>.

Más adelante nos ocuparemos de la gigante construcción que estos filósofos alemanes hicieron del Estado de Derecho alemán, cuya centralización y absorción del poder constituirá, sin duda, el germen de los movimientos totalitarios, la causa indirecta de las dos Guerras Mundiales y paternidad del actual concepto de Estado Social y Democrático de Derecho, que, aunque no lo queramos ver, plantea problemas parecidos a los que desencadenaron las citadas crisis, especialmente por la desaparición del Estado a manos del sistema o la puesta al servicio de aquel por este.

Los grandes filósofos de Aristóteles a Kant o de Platón a Hegel o Marx han tratado el fenómeno jurídico, planteándose entonces la cuestión de si el Derecho es el ámbito de los filósofos, de los juristas o de ambos a la vez, ya que no son solo los filósofos, los que tratan el Derecho sino que los juristas también se adentran en el campo de la filosofía para abordar el fenómeno jurídico.

Cierto sector considera que el campo del ser, debe ser examinado por los juristas, dada su capacidad para el examen sistemático del Derecho, en cuanto fenómeno dado, debiéndose reservar el del deber ser, indudable faceta del Derecho, para los filósofos, dada su superior capacidad para enmarcarlo en la totalidad de lo universal, reclamando también su función los sociólogos, en tanto expertos en la vida asociada y, como no, como debida virtud compartida de ambos, de los políticos y politólogos.

Esta confusión o dilema puede obedecer a la naturaleza de nuestras fuentes de conocimiento: el griego, prácticamente filosófico y el romano, casi en exclusividad, jurídico<sup>831</sup>.

En esta polémica considero que se debe tener en cuenta, que el deber ser en el campo jurídico se llama justicia, y la manera de conseguirla es lo que realmente plantea la polémica, que se agrava por la cuestión metodológica de cada ciencia del saber<sup>832</sup>.

---

<sup>829</sup> Entrevista que forma parte de la producción audiovisual realizada por el Centro Televisivo Vaticano con el título “Campanas de Europa” (www. Zenith. org de 16 de octubre de 2012 ). Elio A. Gallego García, *Autoridad y Razón. Hobbes y la quiebra de la tradición Occidental*, Centro de Estudios Políticos, Madrid, 2016, pp. 177.

<sup>830</sup> María Elvira Roca Barea, *Fracasología: España y sus élites: de los afrancesados a nuestros días*, Espasa, Barcelona, 2019, p. 358.

<sup>831</sup> Giuseppe Graneris, *Contribución Tomista la Filosofía del Derecho*, Olejnik, 2019, pp. 17-24.

<sup>832</sup> Quiero destacar en esta controversia, la opinión de António Manuel Hespanha, que señala que si bien es cierto que la música no solo puede ser estudiada por los músicos y aunque el Derecho debe tener una contemplación más amplia como la antropología, la sociología o la lingüística, tiene, sin embargo, unas notas comunes en todo tiempo y lugar, tales como la coercibilidad, su carácter oficial, una normatividad específica o la búsqueda de la justicia, destaca que los historiadores

## - KANT Y HEGEL

La Modernidad tuvo en Alemania, entre otros, a dos grandes valedores: Kant (1724-1804) y Hegel (1770-1831).

El primero defendió el personalismo a través de la dignidad humana como valor básico del orden jurídico-político y la sustentó en la cognición solemnemente proclamada en su *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, señalando que el hombre existe como un fin en sí mismo, postulado que explica en la *Crítica de la razón práctica*, al indicar que el ser humano no puede ser utilizado jamás por nadie ni siquiera por Dios.

Esta concepción de la persona como autofin excluye su instrumentalización al servicio de hipotéticos fines superiores como la sociedad, el pueblo, la nación o el Estado, que trascienden al valor de la personalidad.

Pero esta visión ética de Kant que nos ofrece Pérez Luño es puesta en tela de juicio, considero que desde un punto de vista muy fundado, por Muñoz de Baena, que le reprocha a Kant que elabore el concepto a través de la abstracción, lo que el autor alemán denomina Estado jurídico y cuyos antecedentes morales considera Muñoz de Baena se encuentran ya en Rousseau y no en Hobbes, ya que el *Leviatán* es de perfil netamente político.

La idealización del Derecho natural por Kant es propiamente racional pues la instancia desde la que se genera la razón práctica es el sujeto moral del Estado, ya que se elabora a través de la dogmática de la personalidad jurídica de los súbditos y sus derechos públicos, que se recortan con la autolimitación de la voluntad estatal pero, en el fondo, unos y otros se hacen posibles recíprocamente.

Se trata de una operación abstractiva, que no sale del juego de las subjetividades y al impulsar los derechos de los súbditos, el Estado se jurifica y elimina toda referencia natural o empírica y se constituye, él mismo en sujeto, en persona jurídica estatal, causa eficiente y formal de la imputación y por eso la personalidad, como nos recuerda Jellinek, no es sino una construcción jurídica, tanto del Estado como del ciudadano, tratándose de dos subjetividades de la Modernidad, aparentemente contrapuestas pero estructuralmente idénticas.

Este estado jurídico de base moral, derivado de la enajenación del poder, que constituye su causa, constituye también el motivo de su organización en sistema, con una efectiva indefensión de los súbditos, ya que según Kant, el soberano y el gobernante carecen de deberes hacia el súbdito, y no es que la patología del poder sea incurable sino que solo admite cura desde el mismo poder y desde esa perspectiva no reconoce un derecho de resistencia<sup>833</sup>, que es un concepto inseparable del Derecho

---

del Derecho son historiadores con un objeto específico, que resulta muy útil en las profesiones jurídicas, ya que asegura una perspectiva que da acceso, incluso desde una perspectiva exclusivamente jurídica, a una sabiduría cerrada a los legos. António Manuel Hespanha, "Histórias do direito. Antiformalismo, anti-estadualismo e anti-nacionalismo na história jurídica contemporânea", *e-Legal History Review*, 29, 2019.

<sup>833</sup> "Así, el pueblo, entendido como conjunto de súbditos, pertenece al soberano, si bien.... no como propietario o según el derecho real sino como jefe supremo según derecho personal...." si el órgano del soberano, el gobernante infringiera también leyes...., es lícito al súbdito quejarse de esta injusticia pero no oponer resistencia". Kant, *La metafísica de las costumbres*, (1797), estudio preliminar de A. Cortina traducción y notas de A. Cortina y J. Conil, Atalaya, 1993, I, 49, Ay B, pp. 155, 156 y 150. Cit. José Luis Muñoz de Baena Simón, *La abstracción del mundo. Sobre el mal autoinmune de la juridicidad*

natural, tanto en el modo Medieval y objetivo ( Santo Tomás) como en el moderno subjetivo (Suárez y Locke).

Su eliminación no solo se basa en la enajenación del poder en el acto constitutivo sino en la constitución jurídica del Estado y en la absorción de todo poder y derecho, refiriéndose Kant, a lo que Habermas denominará racionalidad instrumental, de manera que, solamente, será posible esta resistencia si la Constitución la reconoce, lo que supondría una contradicción en los términos, y acuerdo con el estado de las cosas jurídico de base moral, hasta convertir el Derecho y aún la realidad a una reducción, por lo que se considera que lo que no está en las leyes no está en el mundo.

A mediados del s. XIX, en Alemania, convergen todos los elementos en una gigantesca operación técnico-jurídica de construcción de la subjetividad abstracta del Estado como forma del sistema de conocimiento y de poder, basado en la multiplicación de imputaciones y de personas morales, de manera que el Estado, bajo la forma personal del s. XIX, que se anticipaba ya en el XVII, traba todos los elementos del sistema: la soberanía, que sintetiza y simboliza el poder supremo; su legitimación, que proviene del sujeto individual bajo la forma de voluntad popular o nacional; el sistema de conocimiento que permite concebirlo (el Derecho natural del s. XVII y la Dogmática en el XIX); el sistema de organización del poder que permite juridificarlo; la Constitución, y su ostentador, el sujeto estatal convertido en persona jurídica.

De esta manera, el Estado es así el referente último en el que se cuajan, trabados mutuamente el sistema de conocimiento jurídico, que supone el Iusnaturalismo racionalista y que las leyes positivas pretenden trasladar al orden político.

Este sistema de organización del poder y esta radical transformación no pudo realizarse sin el concurso del naciente Derecho Público, ya que la construcción teórica de este no se llevó a cabo hasta la segunda mitad del s. XIX y vino a solucionar, al menos en apariencia, problemas como el de la inserción de la voluntad empírica del monarca en el Estado<sup>834</sup>.

Dentro de esta teoría general kantiana existe también una corriente inaugurada por Gustav Hugo (1764-1844), que influyó en Austin (1790-1849) y más tarde en Noberto Bobbio (1909-2004), en una tendencia que podríamos denominar filosofía del Derecho de los juristas, ya que el primer citado cultiva el denominado Historicismo pragmático, ya que como no le gustaban los procedimientos generalizadores del Derecho natural racionalista concebía al Derecho natural como una filosofía del Derecho positivo o conjuntos jurídicos generales elaborados a partir del Derecho positivo y desde ese sistema sistemático y formalista abordaba el estudio científico del Derecho<sup>835</sup>.

---

*moderna*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018, p. 125.

<sup>834</sup> Cit. José Luis Muñoz de Baena Simón, *La abstracción del mundo. Sobre el mal autoinmune de la juridicidad moderna*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018, pp. 117, 118, 121, 122, 125, 126, 127, 143, 144 y 145.

<sup>835</sup> José Lamego, “O papel do kantismo na configuração disciplinar da filosofia do Direito”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, V. 51, 1-2, 2010, pp. 47-59.

## - HEGEL

Hegel fue el más cualificado exponente del transpersonalismo y adquirió celebridad por su imagen hiperbólica formulada en su *Filosofía del Derecho*, al concebir al Estado como la encarnación de Dios en el mundo, ya que el Estado es para Hegel un organismo ético absoluto, la máxima expresión de la racionalidad, que constituye un fin en sí mismo y el cauce necesario para que sus miembros puedan realizarse plenamente como personas<sup>836</sup>.

En su obra *La Constitución de Alemania* (1799-1802) también rompió con el imaginario individualista y contractualista en la formación y legitimación del Derecho y señaló que la razón jurídica tenía legitimidad propia para generar Derecho, independientemente de su legitimación contractualista, con objeto de sintetizar intereses contradictorios que concurrían en la sociedad, al determinar el interés social superior propio del todo social o del interés público.

Consideraba que el mayor déficit de su patria se producía por la falta del sentido de Estado, sobre la base previa de la existencia de diversos Estados alemanes y de sus Derechos históricos.

Entendía que la Constitución y el Derecho no serían producto de contratos entre particulares, tendentes a garantizar sus intereses privados sino que eran el resultado de la idea de Estado como personificación de toda la nación, que porta y defiende los intereses públicos, de tal manera que el Estado, con su burocracia, administración, estructura financiera y ejército constituía la corporación de esa transindividualidad.

La Constitución era el conjunto de principios políticos que expresaban la existencia de esa misma nación y que, por eso mismo, se encontraban por encima de los derechos individuales, de tal manera que el Derecho era la concretización de los principios, de los derechos del Estado-nación, y de los sacrificios y condicionamientos que podían exigirse a los intereses particulares.

Destacaba la importancia de los órganos que encarnan la idea de unidad del Estado (monarca, etc...), de los que persiguen los intereses públicos (burocracia, ejército, administración), de forma que los que representan los intereses particulares tendrían meramente una función pedagógica en la diatriba con los intereses generales, cuya dignidad para determinarlo no quedaba aclarada.

Se planteaba por ello, el problema de los grupos sociales a los que se otorgaba la dignidad para poder hablar en nombre de todos, para determinar el buen gobierno o el gobierno justo.

Consideraba que el Derecho no es producto de la voluntad general sino que lo era de la voluntad del Estado, como representante exclusivo de los intereses públicos sobre la base de un principio de racionalización y, por ello, el Derecho debería ser interpretado como un método racional de construir las normas sociales e institucionalizar los intereses públicos, con una primacía del colectivo sobre los particulares.

Los juristas debían cultivar la teoría del Estado y la forma en que los intereses públicos pueden ser realizados por medio del Estado, de manera que los juristas deben asesorar a los gobernantes en el trazado de las políticas pública como especialistas de Derecho Público, destinado a hacer valer los intereses colectivos sobre los individuales y, de esa manera, ocupar el liderazgo en la teoría del Derecho,

---

<sup>836</sup> Antonio Enrique Pérez Luño, *Teoría del Derecho: Una concepción de la experiencia jurídica*, Tecnos, décimoséptima edición, 2008, p. 241.

sustituyendo al Derecho Privado, principios que puede decirse, al menos, que tienen cierta vigencia en la generalidad de los Estados de la Europa Continental<sup>837</sup>.

La filosofía del Derecho de Hegel considera que uno de los objetos de la filosofía es el Derecho en su realización práctica, conciliando los conceptos de Estado, Derecho y libertad subjetiva realizada.

Considera que la idea central filosófica del Derecho y del Estado es la noción moderna de libertad, como autonomía actualizada pero no se limita a deducir o justificar un concepto racional de Derecho, como sistema racional de seres libres.

Reconoce ese concepto de Derecho y de Estado en la realidad institucional del Estado Constitucional como su principio racional del Derecho, basado en la existencia de una voluntad libre o como el reino de la libertad realizada.

Defiende una concepción del Derecho natural como inmanente a la realidad institucional y al Derecho positivo, en que la tarea de la filosofía del Derecho consiste en hacer coincidir al Derecho Privado y al Público como sistema de normas susceptibles de ser justificadas por la razón, en cuanto condiciones de realización de la libertad y la autonomía de un ser racional en un Estado Constitucional, como obra del espíritu objetivo o del mecanismo institucional en el que la libertad subjetiva adquiere una realidad sustancial.

Por todo ello, la tradición filosófica del Derecho de Hegel es el punto en que concluye la filosofía del Derecho con el Idealismo alemán y la explicación de la realización entre libertad, Derecho racional, filosofía del Derecho y el Estado Constitucional<sup>838</sup>.

## -LAS CRÍTICAS AL IDEALISMO

Este formalismo en sentido kantiano pero también hegeliano, que acomete la integración de la libertad en el sistema jurídico-administrativo del Estado Contemporáneo es uno de los muchos posibles pero también el que pudiera considerarse que mejor sintetiza el proceso de abstracción de la realidad que se inicia con Ockham.

El Voluntarismo Escotista y el Nominalismo Ockhamista conducen a Lutero a hacer depender el orden moral de la ley y al orden jurídico de la voluntad de quien tiene el poder, de manera que Lutero, que originariamente consideraba justas las peticiones en la “Revolución de los campesinos” se volvió en su contra y a favor de los príncipes, al resultar vencedores y Hegel, un luterano coherente, dirá en su madurez, que lo racional es real y lo real es racional<sup>839</sup>.

---

<sup>837</sup> António Manuel Hespanha, *Cultura Jurídica Europeia*, Almedina, 2018, pp. 391-393.

<sup>838</sup> José Lamego, “O papel do kantismo na configuração disciplinar da filosofia do Direito”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, V. 51, 1-2, 2010, pp. 56 y 57.

<sup>839</sup> Danilo Castellano, *Martín Lutero. El gallo de la Modernidad*, Marcial Pons, 2016, pp. 102-104. Como se sabe, el pensamiento hegeliano se encuentra dentro de lo que podemos llamar Idealismo absoluto, panlogismo o panespiritualismo, de modo que todo es razón o espíritu, todo lo real es racional y todo lo racional es real, de manera que la realidad es primordialmente idea o razón.

La *philosophía iuris* como *iuris naturalis scientia* intentó a lo largo de toda su tradición, un conocimiento filosófico del Derecho, estableciendo criterios de una normatividad absoluta por los sofistas a través de la *physis*, del *logos* por los estoicos o de la *lex aeterna* por el Derecho natural cristiano y a través de los postulados de la razón en el Derecho natural Racionalista, dando lugar esta última al nacimiento de la filosofía del Derecho<sup>840</sup>, cuya configuración originaria se sedimenta en la transición de los s. XVIII y XIX, y cuyo presupuesto es el fin del dualismo de fuentes del Derecho en principios racionales o en instituciones a la manera empírica y en el que la tradicional tensión entre lo justo y lo injusto debe ahora acomodarse, exclusivamente, a criterios formales y subjetivos.

La razón adquiere un sentido estrictamente subjetivo, como facultad discursiva humana, apartándose del modelo ontológico sustancialista de razón (*logos*) al molde de un orden en el mundo (*kosmos*) y apartándose del conocimiento empírico, al utilizar el procedimiento racional y que dará lugar, más tarde, a la *Teoría pura del Derecho* de Kelsen y contrapondrá a la ciencia del Derecho o dogmática a la ciencia racional o pura del Derecho como concepto racional del Derecho desde la óptica de razón.

Esta *philosophía iuris* como *iuris naturalis scientia*, que aparece en la *Antígona* de Sófocles (496-406 a. C) fue la primera que abordó la cuestión relativa a la validez de las normas no escritas contra la arbitrariedad de las leyes positivas.

La contraposición entre la convención (*nomos*) con lo que dimana de la naturaleza (*physis*), en términos de necesidad ontológica, que ya se encontraba en los filósofos presocráticos y que constituirá el pórtico ritual para toda reflexión posterior sobre el Derecho y la justicia subyacente en la cultura griega, con la evolución posterior que se ha descrito bajo la égida del Derecho Natural clásico, con participación de la metafísica.

Este Derecho natural clásico se basa en la creencia de que por encima de la mutabilidad y del carácter contradictorio del mundo empírico se encuentra la unidad inteligible objeto de verdadero conocimiento, que es el conocimiento de los filósofos con la concepción clásica de los conocimientos y sus presupuestos, que para la filosofía trasciende del conocimiento empírico propio de las ciencias naturales.

En el periodo Moderno, sin embargo, la idea de razón adquiere un sentido estrictamente subjetivo, apartándose de ese modelo ontológico sustancialista de razón.

Este programa metafísico de la teoría del Derecho implicaba un análisis formal que no debía tratar cuestiones como la corrección o justicia del Derecho, que inspiró la “Teoría Pura del Derecho” de Kelsen, que lleva a cabo un análisis del Derecho positivo desde el punto de vista de su estructura formal o categoría con el paradigma kantiano de cientificidad o conocimiento racional o apriorístico que contrapone lo contingente, positivo o histórico, como elemento material sometido a variabilidades históricas frente a una estructura formal, permanente, de carácter lógico y gnosiológico.

Esta concepción del racionalismo jurídico moderno de raíz subjetiva considero que significa la conciliación de estos dos elementos tradicionales de leyes no escritas y positivas, y por lo tanto, la falta

---

<sup>840</sup> Está denominación de filosofía del derecho se debe a Halle, que publicó en 1807 un manual que lleva esta denominación. Cit. José Lamego, “O papel do kantismo na configuração disciplinar da filosofia do Direito”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, V. 51, 1-2, 2010, p. 51.

de alternativas ante el Derecho positivo, que se pondrá de manifiesto en los juicios de Nuremberg y se saldrá con la necesidad del heroísmo personal, por otra parte no permitido por el sistema<sup>841</sup>.

Considero que este salto sin Dios o contra Dios, que realiza primero Grocio “aunque Dios no exista” o incluso contra Dios en Kant es fruto de la deconstrucción no solo del ser humano sino del mundo desde una perspectiva de su conjunto.

No solo como lo hizo Dios, su Creador sino con la complitud y coherencia que pretenden otorgarle estos deconstructores, cuya sinécdoque, indefectiblemente, falla una y otra vez, en una huida de ensayo, prueba y error constante porque la voluntad de Dios, aun siendo omnipotente no se puede orientar sino al bien.

Los seres humanos debemos ahorrarnos todos los males según un criterio de mínima racionalidad, como sin duda constituyen estas deformaciones forzadas de la realidad elaborada sobre la base ockhamista, ya que como dijo Santo Tomás, la gracia no anula la naturaleza sino que la perfecciona y no la niega ni deconstruye.

Como señalaba “el Santo”, ciertamente que todo el universo está sometido al gobierno de la razón divina y, por consiguiente, esa razón de gobierno de todas las cosas existe en Dios, en cuanto supremo monarca del universo y tiene carácter la ley como prescripción de la razón, en orden al bien común<sup>842</sup>.

El texto de la *Suma Teológica* dice:

“la ley humana se impone a una multitud de hombres en la que una gran mayoría es imperfecto en la virtud. Por eso, la ley humana no prohíbe todos los vicios de los cuales se abstienen los virtuosos sino solo los más graves, aquellos que la mayor parte de la multitud puede evitar, y sobre todo los que van en perjuicio de los demás, sin cuya prohibición la sociedad humana no podría sostenerse<sup>843</sup>”

Se podría considerar que constituye el origen de la Modernidad, al sobreponerse al principio clásico aristotélico de que el Estado y el Derecho existen para ayudar y obligar a los hombres a ser buenos para pasar a ser un régimen de convivencia en el que la moralidad de la bondad es propia del individuo<sup>844</sup>.

---

<sup>841</sup> José de Sousa e Brito, tras distinguir lo que es el Derecho, de la cuestión de su mérito o demérito destaca que incluso dentro del Positivismo jurídico, la moral y las fuentes sociales del Derecho tienen una labor reconocida, no solo en los casos en los que las propias leyes se remiten a las buenas costumbres, los principios generales del derecho natural sino que también lo hacen a través de los valores éticos, institutos como la paz, la seguridad jurídica o la utilidad de las decisiones que tienen bases éticas o la propia existencia del procedimiento, como lo es el connatural principio democrático. José de Sousa e Brito. “O que é o positivismo jurídico. Como se autodefine e como se auto-suspende”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, V. 51, 1-2, 2010, pp. 193-205.

<sup>842</sup> Los animales irracionales participan, a su modo, de la razón eterna pero la criatura racional participa intelectual y racionalmente de ella y la voluntad del hombre no puede cambiar la naturaleza. Santo Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, (1265-73), traducción de F. Barbado, o. p. vol 1, Biblioteca de autores cristianos, Madrid, 1947, 1-2, q. 93, 91, 96, 95, 60, a. 2, 4, 3, 5, pp. 52, 42, 54, ad.1, V. VI. Cit. Francisco José Contreras, *La Filosofía del Derecho en la Historia*, Tecnos, 2016, pp. 47, 46, 49 y 55.

<sup>843</sup> Santo Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, (1265-73), traducción de F. Barbado, o. p. vol 1, Biblioteca de autores cristianos, Madrid, 1947, 1-2, q. 96, a. 2, V. VI p. 180. Cit. Francisco José Contreras, *La Filosofía del Derecho en la Historia*, Tecnos, 2016, pp. 61.

<sup>844</sup> Francisco José Contreras, *La Filosofía del Derecho en la Historia*, Tecnos, 2016, pp. 61-63, basándose en Guido Fassò.

Considero que esta tesis parte de una interpretación parcial del pensamiento del “Santo” y la prueba es el fundamento ético que se procura en la obra de estos autores alemanes (aunque sea de una manera abstracta o formal) porque dígame como se diga o se quiera, el hombre no puede prescindir, de ninguna de las maneras, del bien y el salto de Grocio prescindiendo de Dios o al margen de Dios de Kant se hace, en el fondo, sobre la supuesta base de la conexión racional de la naturaleza humana con Dios.

Santo Tomás, conexiona real y completamente con Dios y ni el edificio Tomista ni la más pura concepción laica puede prescindir ni del Dios cristiano ni del Ser griego, que le otorga la unidad que realmente tiene y que todos procuran, de otro lado.

Fruto de este Idealismo abstracto e irreal se alza la afirmación de que el hombre no tiene una realidad, cuyo Idealismo es propiamente inhumano como todas sus manifestaciones<sup>845</sup> y que a los efectos que más nos interesan en esta obra tendrá sus efectos en el control abstracto de la Constitucionalidad de las normas en el sistema kelseniano y propio del Estado Social de Derecho de las Constituciones continentales europeas tras la II Guerra Mundial: Alemania, Italia, España o Portugal y que tiene su trascendencia también en España con el nuevo recurso de casación contencioso-administrativo, en donde ni más ni menos, el juez pretende hacer abstracción de los hechos concretos que se someten a su enjuiciamiento.

Este punto de vista Idealista o Realista determina que la perspectiva sea diferente según se aborde desde una visión integradora realista o deconstructiva.

Muñoz de Baena, del que se ha hecho mención al principio de esta tesis, considera que “el sujeto es una construcción”, el modo de concebir el mundo que se inició en el Renacimiento pero que tiene sus raíces más atrás.

En su obra, tras fundarlo en Escoto y Ockham lo continúa en Suárez, en la Ilustración y especialmente en el Idealismo alemán, que con sus leyes formales nos pone de manifiesto el punto en el Estado se ha llegado a identificar con su Administración, lo por vía del derecho subjetivo reinventado y en la voluntad conducirá al Estado y desembocará en el sistema por su autorreferencia.

Este sujeto desencarnado por el contrato social y diseñado de un modo abstracto (poco importa si mecánico, matemático, geométrico, biólogo, evolucionista o estructuralista) se encuentra destinado a ser receptor de toda clase de derechos y por lo tanto, eternamente sometido (*subjectum*)<sup>846</sup> frente al Realismo Tomasiano del ser creado por Dios a su imagen y semejanza con su recta razón y su libertad conectadas con Dios. Marx considera que las formaciones nebulosas que se condensan en el cerebro de los hombres son sublimaciones necesarias de su proceso material de vida como empíricamente registrable y sujeto a condiciones materiales, de manera que al cambiar la realidad se cambiará su pensamiento, por lo que no es la conciencia la que determina la vida sino que la vida determina la conciencia y pretendiendo contradecir a la filosofía alemana que considera

---

<sup>845</sup> En 1984, Orwell señalará que lo verdaderamente importante no es estar vivo sino mantenerse humano.

<sup>846</sup> Jose Luis Muñoz de Baena Simón, *La abstracción del mundo. Sobre el mal autoinmune de la juridicidad moderna*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018. La mención literal se encuentra en la p. 37.

desciende del cielo a la tierra mientras que él manifiesta seguir un proceso inverso<sup>847</sup> pero que, igualmente, no es real y en ambos casos se niega la real existencia del hombre.

La última abstracción utilizará como metodología de trabajo, el cambio constante (por cierto salvo en la materia de clima de naturaleza mutante, no solo a lo largo del día, mes o año sino en el periodo histórico que comprobemos) y el Progresismo, no solo por los cambios que se produzcan sino en atención al prisma de observación, mientras que el Realismo realizará culto a la tradición que implica la ratificación de los estudios realizados y consolidados, y el cambio vendrá derivado del análisis de las nuevas circunstancias, ya que el mundo es muy viejo y no se asiste cada día, a un día nuevo que nada tenga que ver con el anterior.

Conocemos las premisas y resultados de un formalismo modernista o teoría pura del derecho, cuyo mayor representante es Kelsen, con las consecuencias sociales que arrastraron y la desgraciada función social que desempeñó, al permitir los mayores Totalitarismos conocidos.

Sin capacidad de oponerse y eliminando de sus funciones, la primordial: la resolución pacífica de las controversias, que no puede ser tal, si se asienta en algo diferente de la justicia, que es una realidad perceptible para el común de los mortales salvo que se matice tanto sobre ella, que los árboles no dejen ver el bosque perfectible, ya que no es ninguna fantasía afirmar que existe cierto consenso en la realidad sobre lo que es justo y sobre lo que no lo es.

Tal teoría, que tuvo su mayor asentamiento social en el segundo tercio del s. XX, consideraba que el Derecho debía abstraerse de sus planteamientos impuros previos, políticos o filosóficos y centrarse en él mismo, como fenómeno dado sobre la base de la realidad de su implantación en un sistema normativo piramidal y evitando que la discusión jurídica se transformase en una discusión no jurídica, es decir, pretendiendo considerar al Derecho como un sistema específico de normas, cuyo fundamento no se debe ir a buscar a otros sistemas normativos como la religión, la moral o la política.

Pero hablar de la justicia en el ámbito del Derecho no considero que sea dar un puñetazo sobre la mesa como de forma metafórica sostenía Kelsen y apartar al Derecho de ese conjunto de condicionamientos reales, en que se inserta pero no como imperativos absolutos, que es como se gesta el Estado Contemporáneo, no solo es recesivo y superado al utilizar el criterio racionalista abstracto del Iluminismo francés sino irreal o artificioso sobre la base de que el Derecho no solo viene condicionado por el momento histórico y la civilización correspondiente<sup>848</sup>.

Como señala Muñoz de Baena, en el mundo Nominalista, el orden es creado por el sujeto, que se torna tan autónomo como este pero que termina por disolverlo como una pieza más, como demuestra la ciencia jurídica de Kelsen, en que las formas Nominalistas del sistema son autopoiéticas y determinan la validez de cualquier representación, al privar de primacía al objeto de conocimiento en

---

<sup>847</sup> Cit. Francisco José Contreras, *La Filosofía del Derecho en la Historia*, Tecnos, 2016, p. 265.

<sup>848</sup> *Cuius tempora, eius ius*: a cada época, su Derecho. El Derecho regula una sociedad determinada, en un momento histórico concreto. Por eso, el Derecho no puede escapar a la realidad social *Differentiae inter gentes promovendae universale ius incumbit*: incumbe al Derecho global fomentar las diferencias entre las gentes, los pueblos y las naciones entre los hombres. Corresponde al Derecho global estimular un sano pluralismo social y debe hacerlo positivamente. El gran riesgo de la globalización es la uniformidad que favorece la maleabilidad de los grupos humanos, haciendo de ellos masas manipulables. El Derecho global ha de proteger la diversidad de costumbres, lenguas y culturas, luchando para que las modas no homogeneicen el planeta. Cit. Rafael Domingo Oslé, *¿Qué es el Derecho global?*, Premio Rafael Martínez Emperador, 2007, CGPJ, 2008, pp. 214-215.

el proceso de conocer, crisis sobre crisis, que mantiene la constante preterición del ser humano aunque se asienten en el sujeto.

Kelsen cuando trata el matrimonio como institución no lo hace sino como un haz de relaciones de diverso contenido entre los individuos jurídicamente formalizados, como un conjunto de normas, dando lugar a la autorreferencia de la juridicidad Moderna a través de la construcción teórica del Estado.

Es decir, como algo equivalente, como una ordenación permanentemente e ideal de los comportamientos recíprocos de los ciudadanos, que descansan en una voluntad abstracta de evacuación de dicha voluntad, en la que el Derecho pasa a convertirse en una mera técnica de control social, ya que permite casi cualquier contenido.

Ese concepto pasa de ser exacerbadamente científicista de validez, no presente en sus antecesores Gerber y Jellinek, y responsable de que las construcciones del sistema kelseniano lleven a cabo el vaciamiento de todo contenido, de toda relación o institución, que resulta ya innecesario; en suma, de un concepto que solo se entiende en función del sistema, que es el que lo define.

El intento de dotar a ese Derecho de un sentido objetivo, más allá de su autorreferencia, tropieza con la insostenibilidad del ámbito del deber ser más allá del mandato de un poder soberano, con capacidad para hacerse obedecer, tensión interna que un empirista como Ross, objetará que en la visión kelseniana del Derecho y del Estado se ven reforzadas las paradojas jurídico-políticas de la Modernidad.

La constatación de que en el mundo Nominalista, lo jurídico no descansa en instituciones ni siquiera en derechos previos a su regulación por ley sino exclusivamente en imputaciones, en actos de voluntad declarativos que crean su propio objeto, recordando que la primacía de la validez en el sistema kelseniano permitía sustituir, en su condición de cualidad básica de lo jurídico a la justicia, instaurando como categoría básica de la justicia, la imputación.

Esta derivación de crear cualquier cosa en el Derecho y con ello en la propia realidad crea verdaderas patologías, tales como que si resulta problemático pensar en derechos de los animales, lo es aún más difícil de imaginar como lo son los deberes de los animales establecidos en normas jurídicas.

Si problemático era hablar de los derechos subjetivos de los animales sobre la base de la voluntad y se declaraba que no debía serlo porque carecían de ella los menores o incapaces, lo mismo podría suceder hoy con los animales, de manera que el concepto de interés es el que manejan hoy los partidarios de la subjetividad jurídica de cualesquiera seres extrahumanos.

La definición de lo jurídico hasta el límite de la presencia de una voluntad soberana que se reconstituye continuamente, prescindiendo de la sustancia (personas, cosas, relaciones, instituciones...) y que disuelve al sujeto como un mero centro de imputación no comprensible sin el Estado, un súbdito en suma, pero no de señor o príncipe alguno sino de la persona jurídica estatal, que Gerber y Jellinek habían teorizado pero, como se verá más adelante, esa construcción epistemológica del sujeto general, por su carácter abstracto y ficticio puede dar lugar a la multiplicación de sujetos, puesto que cualquiera

entidades, reales o ficticias, pueden tener la subjetividad jurídica mediante una imputación ( los animales o la propia Tierra)<sup>849</sup>.

Esta ficción, que se enmarca en una encomiable pretensión de proteger los recursos naturales nos puede conducir a su aceptación pero debemos tener presente, no solo su base sino que puede conducir a la banalización de lo más principal y a la entrada de los nuevos objetos en el más expandido y superpoblado universo teórico de los derechos, que quiebran el individualismo<sup>850</sup>.

### 3 MARX, EL PARAISO COMUNISTA Y LA CLARIVIDENCIA DE DOSTOIEVSKI

Considera Marx ( 1818-1883), que la ciencia del Derecho es parte de la filosofía y que el concepto de Derecho, en su devenir, se encuentra fuera de la ciencia del Derecho, constituyendo un deber de la filosofía encontrarse al servicio de la historia, desenmascarando la aniquilación de la persona humana, cambiando la crítica del cielo por la crítica de la tierra y, con ello, la crítica de la religión por la crítica del Derecho, la crítica de la teología por la crítica de la política, ya que solo en nombre de los derechos universales de la sociedad puede una clase determinada arrogarse el dominio universal pero la energía revolucionaria y la conciencia moral del propio valor no bastan para tomar por asalto esta posición emancipadora.

Esta tesis la defendía en una concepción muy particular, al considerar que para Alemania, la crítica de la religión está terminada y la crítica de la religión es la premisa de toda crítica, constituyendo el fundamento de la crítica religiosa, la que el hombre hace a la religión y no ya la que la religión hace al hombre, puesto que la religión es la interpretación general de este mundo con su resumen enciclopédico, su lógica en forma popular, su culminación espiritualista, su exaltación, su sanción moral, su solemne complemento, su consuelo y justificación universal, la realización fantástica del ser humano porque el ser humano no tiene una verdadera realidad<sup>851</sup>.

No otorga función alguna a la tradición, con la que rompe bruscamente sino a un modelo de razón, en el que no existe e incluso se repudia, una separación de poderes del Estado, que además es totalmente tributario de una organización paralela ( el partido), que lo domina sobre la base de la debida aplicación de la ideología comunista.

Se considera que tal sistema, que tiene un antecedente directo en la Edad Moderna (como concentración del poder que se califica como soberano) y más difuso en la Alta Edad Media constituye una consecuencia de los principios sustantivos e ideológicos que se moldearon y constituyeron el caldo de cultivo de la Revolución Francesa, y que ha producido en la etapa marxista, las mayores desgracias

---

<sup>849</sup> Ejemplo de ello es la multiplicación de entes hasta el paroxismo establecidos por algunas Constituciones de Estados Americanos y así en el Preámbulo y en los arts. 10, 71 y 72 de la Constitución de Ecuador de 2008 se otorga subjetividad jurídica a la llamada *Pachamama* o madre tierra de las culturas indígenas y como sucede con los derechos de los animales.

<sup>850</sup> José Luis Muñoz de Baena Simón, *La abstracción del mundo. Sobre el mal autoinmune de la juridicidad moderna*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018, pp.191, 197,201-214 y 276-289 y 344.

<sup>851</sup> Guillermo Federico Hegel, *Filosofía del Derecho*, Prólogo de Carlos Marx, Biblioteca Filosófica, V. 5, Buenos Aires, 5ª edición, 1968.

conocidas para la Humanidad.

Como se verá, incluso los posmarxistas de la Europa Occidental de posguerra se consideraban continuadores de la Revolución Francesa.

El marxismo, en tanto heredero de la Ilustración, pudiese entenderse conexas con el Positivismo jurídico pero lo cierto es que mantiene un repudio hacia el Derecho Positivo, al que considera llamado a desaparecer manteniendo, sin embargo, una indiferencia con el Derecho Natural.

El joven Marx censurará duramente a la Escuela Histórica, ejemplo del Positivismo jurídico y decididamente antinaturalista pero el estalinismo lo reconducirá hacia el Positivismo jurídico pero como el neomarxismo se ve obligado a enfrentarse a esta teoría marxista oficial con la motivación y talante con que Marx se enfrentó a la Escuela Histórica, también puede considerarse al marxismo como una especie de Iusnaturalismo por su papel de alternativa crítica del Positivismo jurídico.

Por ello podría hablarse de una doctrina del Derecho natural de cuño marxista por su sentido crítico del Derecho positivo del que se debe descartar su base en la naturaleza humana pero poniendo el acento en el objetivo al que se debe llegar: no hay derechos innatos sino que todos son adquiridos, si bien tienen todavía que ser adquiridos a través de la lucha.

De esta manera se invertiría el tradicional planteamiento del Derecho natural tradicional y podría considerarse que los Iusnaturalismos tradicionales se verían rechazados porque se han limitado a interpretar el mundo de diversos modos y ahora de lo que se trata es de transformarlo desde una utopía democrática<sup>852</sup>.

Tres aspectos quiero destacar de Marx (1818-1883). El primero de ellos es que estudió Derecho y filosofía en Bonn (1835-1836) y Berlín (1837-1841), Universidad esta última que se encontraba totalmente influenciada por Hegel, teniendo en cuenta que había muerto en 1831.

Como se acaba de exponer, el pensamiento hegeliano se encuentra dentro de lo que podemos llamar Idealismo absoluto, panlogismo o panespiritualismo, de modo que todo es razón o espíritu, todo lo real es racional y todo lo racional es real, de manera que la realidad es primordialmente idea o razón.

Un segundo aspecto es su concepto absoluto del Estado, propio de la ideología alemana surgida de las ideas luteranas.

No debemos pasar por alto, lo poco que caló el espíritu abierto inglés en la filosofía marxista y ello aunque Marx vivió en Inglaterra desde 1848<sup>853</sup>.

Previamente Prusia había cerrado el periódico en el que trabajaba y después fue expulsado de París a petición del Gobierno prusiano y tras una breve estancia en Bélgica vuelve a Colonia, en donde es procesado.

Marx constituye el principal dogmático del sistema político comunista, en el que tanto en la teoría como en la práctica representó y representa un sistema en el que todas las energías sociales y

---

<sup>852</sup> Andrés Ollero Tassara, *¿Tiene razón el Derecho? Entre método científico y voluntad política*, Congreso de los Diputados, 1996, pp. 336-353.

<sup>853</sup> Se dice que era muy laborioso y trabajaba todos los días durante horas en el Museo Británico. Cit. Francisco José Contreras, *La Filosofía del Derecho en la Historia*, Tecnos, 2016, p. 264.

su dirección más absoluta las capitanea el Estado, con una concentración del poder público sin precedentes.

El poder capitaliza totalmente al Derecho y lo califica de justo por definición en todas sus manifestaciones, que no son otras que las propias emanaciones del Estado.

Señala en *El Manifiesto Comunista* que:

“...el primer paso de la revolución obrera será la exaltación del proletariado al poder, la conquista de la democracia. El proletariado se valdrá del poder político para ir arrancando gradualmente a la burguesía todo el capital, para centralizar todos los instrumentos de producción en las manos del Estado, esto es, del proletariado organizado en clase dominante y procurando fundamentar por todos los medios las energías productivas”<sup>854</sup>.

Esta meta se conseguiría conquistando el poder político con la determinación de un interés general que no es sino el propio del proletariado:

“Toda clase que aspira a implantar su dominación, aun cuando esta, como sucede en el caso del proletariado, sea la condición de la superación de todas las formas sociales anteriores y de toda dominación en general, tiene que comenzar conquistando el poder político, para poder presentar necesariamente su interés como el interés general”<sup>855</sup>.

En *La ideología alemana* explica esta concepción particular del interés general, constatando lo que considera una realidad, ya que entiende que:

“ las ideas de la clase dominante son las ideas dominantes de su época o dicho de otro modo la clase que ejerce el poder material dominante en la sociedad es, al mismo tiempo, su poder espiritual dominante. La clase que tiene a su disposición los medios para la producción material dispone con ellos, al mismo tiempo, de los medios para la producción espiritual”. Porque : “ Cada clase que pasa a ocupar el puesto de la que dominó antes que ella se ve obligada, para poder sacar adelante los fines que persigue a presentar su propio interés como el interés común de todos los miembros de la sociedad... a imprimir a sus ideas la forma de lo general a presentar estas ideas como las únicas racionales y dotadas de vigencia absoluta”<sup>856</sup>. Puesto que: “vuestras ideas burguesas de libertad, cultura, Derecho, etc... son otros tantos productos del régimen burgués de propiedad y de producción, del mismo modo que nuestro Derecho no es más que la voluntad de vuestra clase elevada ley : una voluntad que tiene su contenido y encarnación en las condiciones materiales de vida de vuestra clase”<sup>857</sup>.

Y todo ello, considerando que la violencia era la comadrona de la historia<sup>858</sup>.

El interés general y el Derecho son considerados elementos de una clase de personas elevadas a la

---

<sup>854</sup> Karl Marx y Friedrich Engels, *El Manifiesto Comunista*, 1948, Alba, Madrid, 1987, p. 73

<sup>855</sup> Karl Marx, *La ideología alemana*, en E. Fromm, ( edit.), *Marx y su concepto del hombre*, traducción de J. Campos, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1984, p. 226.

<sup>856</sup> *Ibidem*, pp. 221-223.

<sup>857</sup> Karl Marx y Friedrich Engels, *El Manifiesto Comunista*, 1948, Alba, Madrid, 1987, p. 73

<sup>858</sup> Entendía que la intervención violenta de los revolucionarios contribuiría a abreviar y facilitar el proceso, de manera que el activismo de los comunistas acortaría los plazos y aceleraría la agonía del capitalismo.

generalidad y coerción.

Este concepto absoluto del Estado se pone de manifiesto en su concepción de los derechos humanos:

“los derechos del hombre proclamados por las declaraciones y constituciones burguesas no son sino los derechos del miembro de la sociedad civil, es decir, del hombre egoísta, del hombre separado del hombre y de la comunidad”<sup>859</sup>.

El tercer aspecto es netamente paradójico y se encuentra muy extendido en la izquierda actual, presenta una doble faceta: la gestión y desarrollo de los grandes medios de producción en manos del Estado se encargan a personas que carecen de la mínima experiencia laboral y de gestión en cualquier área de la actividad productiva y el patronazgo intelectual de las áreas de política e ideología se ejerce, por lo que se pudiese denominar, socios capitalistas<sup>860</sup>.

Marx consideraba que la religión debía eliminarse y aunque el Estado se declarase aconfesional seguía siendo prisionero de la religión<sup>861</sup>.

Lo que no parece que Marx percibiera era la fuerte influencia religiosa de su filosofía, como se acaba de señalar. No debe tampoco pasarse por alto la religiosidad de Engels y de la familia en que se crió y desarrolló.

Marx se jactaba de la científicidad de sus teorías, alegando que, a diferencia de otros teóricos, él partía del análisis de los hechos y presumía, por ejemplo, de haber leído todos los “Libros azules” que contenían los informes de los inspectores laborales de las primeras décadas del s. XIX.

Despreció y atacó virulentamente a muchos líderes socialistas como Proudhon, al que dedicó toda una obra, *Miseria de la filosofía*, denostando a Bakunin desde la dirección de la AIT y se burlaba de Ferdinand Lassalle, fundador del primer partido socialista alemán con pullas racistas y antisemitas (judío grasiento cubierto de brillantina y joyería barata).

Frente a Weitling mantenía que no se había hecho socialista para aprender doctrinas manufacturadas en un estudio sino que hablaba en representación de trabajadores concretos y no se sometía a las opiniones de teóricos que no habían tomado contacto con el mundo real y sufriente del trabajo, considerando que las palabras de Weitling estarían bien en la Rusia bárbara, donde se pueden

---

<sup>859</sup> Karl Marx, *La cuestión judía*, 1848, trad. de A. Hermosa, Santillana, Madrid, 1997, pp. 33 y 34.

<sup>860</sup> Marx, que se casó con una aristócrata, carecía de experiencia laboral en la gestión de empresas y en aquellos aspectos sobre los que se pronunciaba, llevándolo a cabo desde un punto de vista totalmente abstracto e idealizado, como si la realidad no oliese o tuviese colores. De forma paradójica sostenía en *La ideología Alemana* que: “todas las formas y productos de la conciencia pueden ser eliminados, no mediante la crítica intelectual... sino por medio de la demolición práctica de las relaciones sociales existentes de las que derivan aquellas ficciones idealistas”. Rompió con todos sus colaboradores y correligionarios: Proudhon, Bakunin, Lasalle pero mantuvo una amistad inquebrantable con Engels, con quién entró en contacto en París en 1844, considerándose que hasta el final de sus días le sufragó la mitad de sus gastos y ello teniendo en cuenta que incluso su madre dejó de pasarle cantidades económicas, ya que entendía que todo lo que le remitía se lo gastaba e incluso asumía nuevas deudas. Engels, nacido en 1820 era hijo de una rica familia de industriales, propietarios de fábricas textiles en el valle del Wüppet, con filiales en Manchester y Kirchen. Francisco José Contreras, *La Filosofía del Derecho en la Historia*, Tecnos, 2016, pp. 263 y 264. Esta situación pudiese considerarse el embrión del nuevo capitalismo internacional en el que convive este sistema económico con el neomarxismo en su aspecto ideológico en cierta y feliz simbiosis.

<sup>861</sup> Karl Marx, *La cuestión judía*, 1848, trad. de A. Hermosa, Santillana, Madrid, 1997, p. 18 y 23.

organizar sindicatos exitosos con jóvenes estúpidos pero en un país civilizado como Alemania.

Consideraba que si se intentaba influir sobre los trabajadores alemanes debería darse cuenta de que no puede lograrse nada sin el bagaje doctrinal que él procuraba, es decir, sin un cuerpo de doctrina e ideas científicas claras, puesto que de otro modo se estaba haciendo simplemente un juego de propaganda vacío y sin escrúpulos, que conduciría, inevitablemente, a establecer, por un lado, un apóstol inspirado y por el otro, asnos que lo escuchan boquiabiertos.

Investigadores posteriores como Henderson, Challoner o Jonson han comprobado que de los “Libros azules” se sacaron consecuencias sesgadas cuando no falsarias, utilizando material desactualizado, con informes de situaciones que no eran representativas.

Precisamente si el Estado era simplemente el consejo de administración de la burguesía, el Parlamento nunca hubiera aprobado las leyes de fábricas ni el Estado se hubiera dedicado a hacerlas cumplir mediante la Inspección para reprimir a los culpables.

Jaspers consideraba que el estilo de los escritos de Marx no era el de un investigador, ya que no necesitaba ejemplos ni presentaba hechos que contradijesen su propia teoría sino solo aquellos que indiscutiblemente dan fundamento o confirman lo que él considera la verdad última.

El enfoque es, en su totalidad, el de una justificación, no el de una investigación: la justificación de algo presentado como la verdad indiscutible, con la convicción, no ya de un científico sino de un creyente, considerando Johnsons que a Marx no le interesaba investigar personalmente las condiciones de trabajo en la industria, ni aprender de trabajadores inteligentes que las habían experimentado. ¿Por qué habría de hacerlo? En todo lo esencial, usando la dialéctica hegeliana, Marx había llegado a sus conclusiones sobre el destino de la Humanidad a fines de la década de 1840.

Lo único que quedaba por hacer era encontrar los datos que respaldaran esas conclusiones, entendiendo que los hechos no tienen una importancia central en la obra de Marx sino que ocupan un lugar secundario y refuerzan las conclusiones previas a las que llegó, independientemente de ellos<sup>862</sup>.

Marx no firmó ninguna sentencia de muerte pero nadie libre de prejuicios puede leer sus cartas y escritos sin apreciar una extraordinaria violencia.

Su amenaza preferida era ¡ te liquidaré! y muchos pasajes de sus obras parecen haber sido escritos durante un ataque de rabia. Sus estrechos colaboradores tuvieron claro, que cualquier régimen marxista sería una dictadura personal sostenida por la fuerza.

Popper ha dicho que el comunismo marxista reinó sin piedad en el este de Europa y en la Unión Soviética, apoyado en un arsenal de mentiras como una conspiración permanente<sup>863</sup>.

---

<sup>862</sup> La crítica a la cientificidad de que acabamos de hacer mención, a los líderes socialistas y las citas de Jonson y Jaspers pueden verse en Francisco José Contreras, *La Filosofía del Derecho en la Historia*, Tecnos, 2016, pp. 283-285.

<sup>863</sup> El comunismo prometía una imprecisa edad de oro situada en un futuro no muy claro, heredando el intento Ilustrado de instaurar el reino de la razón pero desde el primer momento Lenin y la Revolución bolchevique impusieron un descomulgamiento social y político, que trastornó la historia del s. XX : Lenin amordazó a la prensa dos días después de tomar el poder en Rusia, y en octubre de 1917 y antes de terminar el año, había creado los Tribunales Revolucionarios, que en 1918 alcanzaron una media de mil ejecuciones al mes, solo por delitos políticos. Ese mismo año, en enero, empezaron a llenarse los primeros campos de trabajo que Stalin transformaría en el archipiélago Gulag, con diez millones de presos como mano de obra esclava. En 1920, la policía contaba con 250.000 miembros frente a los 15.000 que habían trabajado para el último zar. Liu Xiaobo, premio Nobel de la Paz en 2010 decía que: “en China la mafia y el partido se compenetran

## - LA CLARIVIDENCIA DE DOSTOIEVSKI

Las élites intelectuales de todo el mundo le consideran, especialmente tras los desastres de la Primera y mayormente tras la Segunda Guerra Mundial, además de por su faceta literaria, como un auténtico psicólogo social, ya que Dostoievski debería compartir junto a Homero, Platón, Virgilio, San Agustín, Dante, Santo Tomás de Aquino, Cervantes y Goethe, el palco de los grandes educadores de la Humanidad, de los que gozan de significación universal y perenne.

Dostoievski fue hijo de la época de transición que vivió Rusia a mediados del S. XIX y que también influyó en la cultura europea, en el devenir de las décadas siguientes; de la actitud espiritual y romántico-idealista, que captó a sus élites intelectuales, adueñándose de la fe positivista en el progreso y en la ciencia dominante, y que reflejó el autor ruso en sus personajes nihilistas de *Crimen y castigo*, *El idiota*, *Los endemoniados* o *Los Hermanos Karamazov*, penetrando hasta los más recónditos recovecos del alma humana, con todas sus consecuencias.

Todo ese mundo será sometido por Dostoievski a un análisis vidente y a una crítica sagaz, aplicando de esta forma metafórica, como artista que era, a un análisis certero de la fe racionalista-positivista europea en el progreso y en sus religiones redentoras sociales y secularizadas: Liberalismo y socialismo, de la fe en la omnipotencia de la ciencia y del humanismo ateo y anticristiano<sup>864</sup>, columbrando, con más de medio siglo de antelación, los fenómenos de crisis que se han apoderado del hombre, de la sociedad y de la cultura actuales.

En sus obras plasmó la epopeya del ser espiritual moderno, del hombre surgido del Renacimiento, con su percepción incomparable de todo aquello que ya flotaba en el ambiente y determinaba el futuro de la nueva cultura y de los tiempos que se avecinaban, análisis tan crítico que se planteó, sin duda, por su postura de incredulidad, a pesar de lo que se suponía un fabuloso avance en todos los órdenes de la civilización, de la técnica y el intelectualismo, y que ha llegado a casi a dominar el mundo y la naturaleza.

Sobre ellos intuía que planeaba una situación realmente desgraciada y atormentada por los espectros de la guerra y la revolución, puesto que los personajes principales de sus obras han descrito y analizado, minuciosamente, los movimientos espirituales de los s. XIX y XX, y sus enseñanzas tienen rabiosa actualidad, como pueden constatar sus lectores: intelectualismo racionalista, irracionalismo,

---

estrechamente, formando una sola y misma cosa: los elementos criminales han adquirido un estatuto oficial, convirtiéndose en diputados de la Asamblea Nacional Popular o en miembros de la Conferencia Consultiva popular, mientras que los oficiales se han vuelto criminales y se apoyan en la mafia para mantener el orden en las colectividades locales". José Ramón Ayllón, *El mundo de las ideologías*, Homolegens, 2019, pp. 69, 70 y 79.

<sup>864</sup> Nadie en el mundo realizó una crítica tan frontal y profética a este nuevo sistema de la conducción de los hombres y de sus consecuencias: la total esclavitud humana, como la refleja Dostoievski en *Los Endemoniados* y en *La leyenda del inquisidor general*. Chigaliev, en la primera, se refiere al orden social del futuro, al paraíso terrenal del porvenir, cuando explica sobre la base de las premisas naturales que permiten un razonamiento completamente lógico, lo que sigue: "Nueve décimas partes de la Humanidad deben ser privadas de la voluntad y convertidas, mediante una educación conveniente, en rebaños", interrumpiendo uno de los interlocutores: "Yo, en cambio, a esas nueve décimas partes, en lugar de conducir las al paraíso las haría reventar, si es que no sirven para otra cosa y dejaría solo una mínima parte de gente culta para que pudiera vivir cómodamente de acuerdo con los principios científicos" y a esto objeta Liputin lo que sigue: "Es igual de difícil decapitar a 100 millones, que transformar el mundo a fuerza de propaganda o quizás más difícil, sobre todo en Rusia".

nihilismo, ateísmo, fe en el progreso científico, crisis de lo social, de lo político y de las nuevas relaciones sociales, de la democracia, del parlamentarismo y del socialismo.

Destaca que la imagen del hombre autónomo, moderno, racionalista, surgida del s. XV, a pesar de sus descubrimientos y conquistas de imperios por el hombre Occidental, del hombre que se cree libre, igual y fraterno, al menos desde hacía dos siglos, desde que Rousseau tuvo la ilusión de serlo, el hombre que se cree en posesión de esta verdad y tiene la voluntad de llevarla a cabo, constituye un esquema humano erróneo.

Su vida apasionada, sentimental e intuitiva debieron ser las que determinaron su pensamiento, su ética, su religión y su enemistad radical con el Racionalismo<sup>865</sup>.

Rechazaba el pensamiento metódico, la reglamentación Racionalista y la igualación, la ilusión de un paraíso terrenal forjado a base de razón y ciencia (que realmente ha limitado mucho al anterior), la ilusión del palacio de cristal del universo Racionalista, del individuo autónomo o del burgués capitalista y liberal, de la Torre de Babel socialista y comunista, con sus edénicas promesas, como pueriles idilios futuristas.

Se rebelaba contra la pretensión de totalidad de la ciencia positivista, que aspira a resolver todos los problemas, siendo también contrario al dominio de la evidencia Racionalista porque la vida es irracional y frente a todas sus contradicciones fracasa la lógica, siendo la magnitud más irracional, inaprensible y poderosa: Dios.

Dostoievski ha reconocido que la imagen del yo en la existencia del hombre libre Occidental, arrastrado por las corrientes Liberales y Positivistas y su progresivo desasimiento de las raíces trascendentales originarias solo podía acabar en el Relativismo y en el Nihilismo, culminando en el asesinato y el suicidio, en la esclavización cínica totalitaria del hombre por el hombre o en la masificación de las dobles personalidades, que surgen en el aparato mecanizado de la civilización y de la cultura o en la singularización individualista que se experimenta por los intelectuales, que se traduce en la trágica opción de convertirse en *managers* de la civilización y de la cultura o ser simplemente un mártir o un solitario<sup>866</sup>.

## A. LA APLICACIÓN DE LOS POSTULADOS MARXISTAS EN LA UNIÓN SOVIÉTICA

El 17 de enero de 1918, el nuevo régimen soviético que encabezaba Lenin disparó en Moscú media docena de ráfagas de ametralladora contra el cielo, con objeto de cumplir la sentencia que acababa de

---

<sup>865</sup> Considera Dostoievski que la ciencia es realmente sucedánea de la religión y presunta salvadora del hombre mediante la aparente solución de todos sus problemas, con sus pretendidas categorías formales, que no constituyen sino una cultura de superficie en nuestro tiempo, y con el ánimo de escapar de sus mazmorras anuncia el choque con las fuerzas irracionales de la existencia humana sobre la base del amor a la vida, la mística del vivir y de la tierra, y así dice Aliocha Karamazov a su hermano Iván: “Uno quiere amar con lo más íntimo, con las entrañas... Me alegro terriblemente de que quieras vivir así. Creo que todos tienen que empezar en el mundo por amar la vida” y dice Iván: “¿Y amar la vida más que el sentido de la vida?”, respondiendo Aliocha: “Necesariamente. Hay que empezar a amar la vida antes de la lógica; tiene que ser así necesariamente: pues solo entonces podré llegar a comprender el sentido de la vida” y en el *Idiota* leemos: “La vida es lo único que importa; todo gira en torno a la vida, en torno a descubrirla infinitamente, y no en torno al descubrimiento en sí”.

<sup>866</sup> Josef Matf, “Dostoievski y la crisis de nuestro tiempo”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 57, 1951, pp. 35-54.

dictar un Tribunal Revolucionario, que condenaba a muerte al Ser Supremo.

El comisario de Instrucción Pública y estrecho colaborador de Lenin, Lunacharski, que había estudiado en la Universidad de Zúrich, conocido personalmente a Rosa Luxemburgo, y trabajado como periodista y crítico literario, escribiendo numerosas obras históricas, entre las que destaca una biografía de Oliver Cromwell y en 1923 había publicado *Don Quijote libertado*, ya que era un admirador Cervantes y un buen conocedor de la cultura española, decidió sentar en el banquillo a Dios por crímenes contra la Humanidad y para ello designó Jueces, Fiscales y Abogados defensores y cada uno de ellos cumplió con su cometido a lo largo de un proceso judicial que duró 5 horas.

Se presentaron testimonios históricos y alegatos sobre la culpabilidad de Dios, subrayando su responsabilidad en los desastres humanitarios y los pecados de sus representantes en este mundo.

Los defensores pidieron la absolución, recurriendo al argumento de la grave demencia del Sumo Hacedor y tras una corta deliberación, el Tribunal lo declaró culpable sin ningún tipo de atenuantes, dictando pena de muerte, que debía ejecutarse de forma inmediata y sin petición de perdón.

El proceso, llevado a cabo 3 meses después de la toma del poder por los soviets, contó con la aprobación de Lenin, Trotsky, Zamenev, Zinoviev y otras figuras del Régimen<sup>867</sup>.

Los crímenes perpetrados durante la Revolución Francesa y su secuela más directa, las guerras Napoleónicas, fueron notablemente superados por la Rusa y esta por la China, siendo bien significativo de lo que se expone, la opinión expresada por Mao cuando visitó Moscú en 1957 y declaró que no se debía tener miedo a la guerra atómica porque si se producía, solo perecería la mitad de la especie humana, moralidad que ilustra, a las claras, las ideas de quien concibió “el gran salto adelante” y “la revolución cultural”, cuyo coste humano fue abrumador, ya que las hambrunas que resultaron del primero, pudieron haber costado la vida de hasta cincuenta millones de víctimas y la violencia de la Revolución Cultural afectó a más de cien<sup>868</sup>.

En el sistema soviético, como máxima expresión del sistema político asentado en poderes pero que repudia su separación, al considerarla contraria al principio de verdadera democracia, los jueces, cuyo reclutamiento se llevaba a cabo por elección popular por un periodo de 5 años y revocable (más del 90% solían pertenecer al partido comunista), no necesariamente juristas y apoyados por asesores populares, sí que eran la boca muda que pronunciaba las palabras de la ley, que, prácticamente, constituía la única fuente del Derecho.

Numerosísimas, extensísimas y muy pormenorizadas leyes, que los jueces solamente podían interpretar de forma literal y cubriendo las lagunas con los principio del espíritu y la doctrina marxista, teniendo en cuenta, que la aplicación del Derecho debía contribuir al éxito de los programas económicos y políticos establecidos por sus dirigentes, y cualquier otra postura se consideraba una desviación de la voluntad popular.

Las leyes eran aprobadas por el Soviet Supremo de la URSS, órgano en que se encontraban concentrados todos los poderes, o por el Soviet de cada República, en los dos o tres días que se reunía al año y que se ocupaban, exclusivamente, de las cuestiones más importantes, como la reforma de la Constitución, de las medidas económicas o de las directivas a aplicar.

---

<sup>867</sup> Pedro García Cuartango, *ABC*, 21-1-2019.

<sup>868</sup> José Ramón Ayllón, *El mundo de las ideologías*, Homolegens, 2019, pp. 77 y 78.

El resto de normas jurídicas eran obra de la delegación legislativa permanente que recaía en el presidente del Soviet, que tras la reforma Constitucional de 1977 ostentaba directamente el Secretario del Partido Comunista, que pasaba también a ostentar la Jefatura del Estado y la Presidencia del Consejo de Ministros.

Se trataba de una potestad normativa delegada de la voluntad popular pero no como potestad propia sino como delegaciones o debida aplicación de los principios dictados por el Soviet en esos días<sup>869</sup>.

Los derechos civiles no podían contravenir el interés general y debían regirse por los citados principios generales.

La aplicación de la ley por los jueces debía llevarse a cabo a través de las directivas que debían ser imperativamente seguidas y, en su caso, la corrección de la aplicación del Derecho de los tribunales inferiores se llevaba a cabo por el presidente del Soviet Supremo, la Corte Suprema de la Unión Soviética o el Árbitro Jefe de la Corte Suprema<sup>870</sup>.

La doctrina científica debía esforzarse en facilitar el conocimiento y la aplicación de la ley, tal y como el legislador lo deseaba, dentro, igualmente, del éxito de la política gubernamental, y demostrando con valor y convencimiento, la sagacidad y justicia del Derecho soviético<sup>871</sup>.

En línea con la Revolución Francesa, llevada al paroxismo, el sistema soviético intenta la creación del nuevo hombre, tesis a la que no se renuncia en estos sistemas- guía de la voluntad popular Continental, como se ha apuntado y se desarrollará más adelante, en donde la ley, no solo es que recoja la voluntad popular sino que la dirige, como verdadera ingeniería social, para que se pronuncie en determinado sentido.

El nazismo y el fascismo también eran Iluminados y querían cambiar el Mundo, y Gonzalez Navarro destaca el desconcierto vivido tras la caída de la Unión Soviética por la “*gauche divine*” de todos los países donde existía una democracia Constitucional<sup>872</sup>.

Miguel Ayuso y Manuel García Pelayo entienden que a través de la sustitución del Derecho por la ley monopolizada por el Estado, el poder no se presenta como una emanación de la comunidad sino que tiende a conformarla, de acuerdo con sus propios principios, pasando de ser una organización del poder a una constitución social.

De manera, la idea ilustrada de razón en el ámbito político, disuelve los poderes e instituciones tradicionales en un simple complejo de normas y representa una especial concepción de la organización política, marcada por la creencia de estructurar toda la vida del Estado, con arreglo a unas normas predeterminadas y predeterminadoras.

---

<sup>869</sup> De ahí que el artículo 6 de la citada Constitución estableciera que el Partido Comunista de la Unión Soviética era la fuerza que dirigía y orientaba la sociedad comunista y el elemento esencial del sistema político, y de todas las organizaciones del Estado y sociales; leyes, máximas y principios a que se encontraban subordinados los jueces.

<sup>870</sup> Según el artículo 7 de la Ley de 1971 era la Corte suprema, la encargada de establecer y difundir los principios y directivas que debían resultar de aplicación en el ámbito civil y que tenían un carácter educador del pueblo soviético.

<sup>871</sup> René David y Camille Jauffret-Spinosi, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Dalloz, Paris, 1988, pp. 171 y sgts.

<sup>872</sup> Francisco González Navarro, *Derecho Administrativo Español*, EUNSA, 1993, p. 40.

No se trata de que la Constitución sea expresión de un orden sino de que ella misma es la creadora de ese orden<sup>873</sup>.

En Inglaterra, la cuestión se observa de otra manera. El aliento de la Revolución inglesa no se basa en principios abstractos que se proyectan como un plan constitucional sino en derechos concretos que se alegan como un patrimonio heredado de los antepasados y nadie ha expuesto mejor esa idea que Burke, al recordar las palabras con que el Parlamento se dirige al Rey en petición de derechos: “Vuestros súbditos han heredado esta libertad”<sup>874</sup>.

Mientras que el Iluminismo inglés considera que sus metas deben cumplirse a través de la evolución, el francés es revolucionario, puesto que piensa que es necesaria una transformación radical de la sociedad y la creación del hombre nuevo a través de la educación, de ahí la transformación de la universidad y del Derecho, lo que servirá de prolegómeno “civilizador” (ideología pura) en el nuevo orden y hombre soviético, que pretenderá acabar con el desorden de milenios con su nuevo sentido por el trabajo, la propiedad colectiva y la justicia de las leyes, que entienden que concilian, plenamente, los intereses particulares y generales con la razón y la verdadera justicia.

Por ello se consideraba preciso dar a conocer a los ciudadanos soviéticos, la Constitución y las leyes, que son preparadas por el Partido Comunista y sus deliberaciones sabiamente guiadas por los soviets, de manera que la doctrina científica jurídica debía llevar al convencimiento ciudadano, que las leyes elaboradas por su representante son verdaderamente su ley, que deben observar estrictamente y cooperar en su ejecución, siendo el Tribunal de Justicia soviético una escuela más que otra cosa, cuyo objetivo es reeducar o reorientar a los ciudadanos, que no hayan interiorizado correctamente las normas jurídicas<sup>875</sup>.

Este tejer y destejer constante por obra de la voluntad general y de la ley es herencia propia de la Revolución Francesa y de las falsas y peligrosas premisas en que se basa, que enzarza a los diferentes con fundamento en sus distintas perspectivas, derivadas de su elemental pensamiento Racional, lo que desemboca en el socialismo científico y en el materialismo dialéctico, y acreditado su fracaso no renuncia a las intensidades menores de enfrentar a jubilados y pensionistas con trabajadores en activo, a los jóvenes con los no tan jóvenes, a las mujeres con los hombres, atreviéndose también a entremeterse en las esferas más íntimas pero con estructuras Racionalizadas: a los padres con las madres, y a los padres y madres con los hijos.

En fin, una gresca social permanente tan característica de nuestro actual sistema político, la demogresca, tan alejado de nuestro ser común y colectivo<sup>876</sup>.

---

<sup>873</sup> Miguel Ayuso, *Constitución, el problema y los problemas*, Marcial Pons, 2016, pp 28, 29, 56 y 57. Manuel García Pelayo, *Derecho Constitucional Comparado*, 4ª edición, Madrid, Revista de Occidente, 1957, pp. 34 y sgts.

<sup>874</sup> Luis Sanchez Agesta, *Curso de Derecho Constitucional Comparado*, 5ª edición, Madrid, 1974, p. 102.

<sup>875</sup> René David y Camille Jauffred- Spinisi, *Les grands systèmes de Droit Contemporains*, Dalloz, París, 1988, pp. 215- 217.

<sup>876</sup> Todas las ideas del posmarxismo provocan la división social: feministas contra machistas; animalistas (muy defensores del bienestar animal y también del lobo, que tanto malestar causa en tantos otros animales y no solo porque se los coma o mate sino por la inquietud que causa en los rebaños que perdura durante años y les impide incluso reproducirse) contra los cazadores; vegetarianos y veganos contra los comedores de carne o a los multiculturalistas contra los patriotas (a pesar de su postura inicial contra las vallas, considero que deberían replantearse la cuestión, ya que mientras que ahora resultan útiles para evitar la entrada de inmigrantes resultarán útiles después para que no puedan marcharse los nacionales, acreditada la experiencia histórica).

## B. CHINA

El confucianismo, la doctrina del Estado que permaneció como uno de los pilares de la ortodoxia China durante más de 2.000 años, hasta bien entrado el s. XX, considera que el recurso al Derecho es indeseable, ya que no evita el conflicto, al no asegurar la armonía de la vida social y valora, sobre todo, la autoridad, la jerarquía y la subordinación del individuo a la colectividad, por similitud con el mundo natural y su equilibrio, en contraposición al ideal de libertad, que se dice caracteriza a la civilización Occidental.

En este sentido, incluso hoy, los contratos económicos contrarios a los planes del Estado se consideran nulos.

Por todo ello, no es extraño que sea China, el país donde eficazmente se ha asentado el comunismo, sobre la base de la eficacia que otorga a los valores colectivos.

A partir de mediados de los años 50, el marxismo-leninismo comunista de patrón soviético inspiró un nuevo sistema de Derecho basado en la ley como instrumento de reforma de la sociedad y de los poderes constituidos pero subordinada a las directrices estatales, incluida la materia penal, reintroduciéndose en la Constitución de 1982, con Deng Xiaoping (1904-1997), la idea de Estado de Derecho y el principio de legalidad, que pasó a los textos oficiales.

La ley pasó a ser concebida, esencialmente, como un instrumento de implementación de las políticas del Partido Comunista, de acuerdo con lo que se establecía en su preámbulo, como doctrina de Estado y pensamiento de Mao Zedong, por lo que el Derecho se concibe como un medio de gobernación del Estado a través del que se ejerce un control social, y la vida social no se circunscribe a las reglas jurídicas sino que, antes que ellas, se encuentran las directrices políticas del Estado suministradas por el Partido Comunista.

El máximo órgano judicial es el Tribunal Supremo Popular, que responde ante el Congreso Nacional Popular y ante su Comité Permanente, y todos ellos, incluido el Tribunal, puede decirse que tienen poderes legislativos a través de las decisiones interpretativas e integradoras de la ley.

Existen Tribunales populares en niveles jerárquicos inferiores, con áreas de jurisdicción provincial, regional, autónoma o municipal, o especiales como los militares o marítimos.

Los Presidentes de los Tribunales de Justicia de la República Popular China son nombrados por las Asambleas Populares de las respectivas circunscripciones, bajo propuesta de los órganos locales del Partido Comunista y el resto de los jueces también son designados por las Asambleas, a propuesta de los Presidentes.

Hasta 1995 los abogados eran funcionarios públicos.

El Derecho se considera como un mal necesario y durante mucho tiempo fue confinado a los dominios penal y administrativo<sup>877</sup>.

---

<sup>877</sup> Dário Moura Vicente, *Direito comparado*, V. I, *Introdução e Parte Geral*, Almedina, 2011, pp. 20, 81 y 485-507.

## C. LA INFLUENCIA MARXISTA EN LA SOCIEDAD OCCIDENTAL TRAS LA II GUERRA MUNDIAL : LA NUEVA RELIGIÓN POLÍTICA

Tras la pérdida de voto en los años 60 del siglo pasado, los partidos comunistas o eurocomunistas en Europa se han desplazado hacia los socialistas o han participado en coaliciones muy fructíferas, en las que han hecho valer su actual ideología, que se podría denominar marxismo cultural y que desembocará en el multiculturalismo.

Los partidos comunistas europeos dejaron de ser bloques masivos de trabajadores en los años 70 y perdieron el apoyo social (recibían ahora entre el 5 y el 8 % de respaldo electoral), con pérdida también de su poder sindical y se reintegraron en la vida política y social a través de lo que se denominó tercera vía entre el capitalismo y el socialismo, sobreviviendo a través de esas coordenadas como socios de más amplias concentraciones de poder de la izquierda.

Se adhirieron al modelo que combina el Estado de Bienestar, con patrocinio de programas multiculturales, el feminismo, los derechos de los gays y el incremento de los subsidios de los demandantes de asilo, con la programación de delitos de odio, principalmente dirigidos contra poblaciones mayoritarias cristianas que, según se pensaba, negaban o minimizaban los actos del genocidio nazi pero que otorgaban inmunidad a quienes habían desempeñado el marxismo más radical e incluso sanguinario, como sucedió en Alemania con Gysi (1995) o en Francia con Bouradel (1991) o la retórica grotesca de Jospin o Mitterrand con los comunistas, que determinó que Druon acusase a algunos políticos franceses de hacer cualquier cosa por congraciarse con los comunistas.

Este marxismo cultural, que nada tiene que ver con el materialismo dialéctico o con la reestructuración económica de la sociedad burguesa y que ha perdido su interés por la economía planificada pero que es muy defensora el Estado Social o de Bienestar, también tiene poco que ver con el comunismo de Lenin o Stalin, que no se ocuparon de las cuestiones feministas o gays, y aunque al principio atacaron al matrimonio, lo hicieron en tanto que se trataba de una institución que consideraban burguesa pero dada su trascendencia social volvieron a mentalidades, que hoy pudiésemos denominar burguesas.

Aunque el historial comunista era, en el mejor de los casos, ambiguo con relación a la lucha contra el nazismo, al final de la II Guerra Mundial, los comunistas europeos se las habían arreglado para presentarse, a sí mismos, como los resistentes más coherentes y valientes pero cuando algunos resistentes fueron a parar a Rusia, declararon que Stalin tenía gente encerrada en *gulags*, que se parecían a los campos de concentración nazis.

Entre los sucesivos testigos no franceses que documentaron esa práctica se encontraba el oficial soviético desertor Victor Kravchenko y la antigua comunista Margarete Buber-Neumann, que fue encerrada en un *gulag* y cuyo esposo fue fusilado cuando se dirigía a Rusia como refugiado alemán<sup>878</sup>.

Althusser (1918-1990), miembro del Partido Comunista francés, despreciaba a Foucault porque consideraba que reducía el radicalismo revolucionario a la moral antiburguesa (y para quien la

---

<sup>878</sup> Los partidarios de la versión comunista de la resistencia en curso se apresuraron a acusar a quienes hablaban de los *gulags* soviéticos de mentirosos patológicos, agentes del capitalismo americano y retaguardia del enemigo nazi. Paul Edward Gottfried, *La extraña muerte del marxismo. La izquierda europea en el Nuevo Milenio*, Ciudadela libros, Madrid, 2007, pp. 53-56.

enfermedad mental no era sino una forma de represión social) y en una época en que el marxismo, al estilo tradicional, fracasaba hizo una lectura deliberadamente antihumanista de Marx, que procuraba ser compatible con la formulación Leninista, siendo llamativo que antes de caer en la locura y de estrangular a su esposa en 1980, se encontrase enemistado, de forma permanente, con el Partido Comunista y con los neohegelianos que, considerando agotado el materialismo, encontraron su propio camino con Gramsci.

La Escuela de Frankfurt de Adorno, Horkheimer, Marcuse y Fromm transformaron el marxismo como doctrina económica en fuerza subversiva moralizadora, caracterizada por su rechazo a la civilización cristiana burguesa.

En los Partidos comunistas Occidentales había intelectuales y celebridades artísticas que conformaban una segunda línea, fuera de la clase trabajadora y de los funcionarios del partido, y aunque no todos los simpatizantes de esta segunda línea pertenecían orgánicamente al Partido, todos estos compañeros de viaje tenían una especial relación con la Unión Soviética<sup>879</sup>.

Según la opinión del historiador de la Revolución Francesa, Mathiez y del filósofo Colletti, el comunismo ofrecía la promesa de una sociedad profundamente secularizada, donde la Iglesia Católica quedaría apartada de la opinión pública y se eliminaría la superstición religiosa<sup>880</sup>.

Como observa Bertrand Russell, las reformas democráticas del s. XIX en Inglaterra no se apoyaron en vagas declaraciones sobre los derechos del hombre sino en un espíritu concreto y utilitario, y la misma transformación ha operado en el s. XX, en los años de la posguerra, ajena al dogmatismo marxista europeo, de manera que al principio de reforma Racional que opera sobre el Continente europeo se opone la herencia de un orden tradicional reformado con un espíritu concreto y práctico<sup>881</sup>.

Adam Smith<sup>882</sup> dijo que:

“el nombre de sistema imagina que ha de poder ordenar los diferentes miembros de una gran sociedad con la misma facilidad con que se disponen las piezas sobre el tablero de ajedrez. No advierte que, mientras estas piezas no tienen otro principio motor que el que les transmite la mano del jugador, el gran tablero de la sociedad humana posee su propio impulso, siempre diferente del que el legislador pueda desear imprimirle. Si ambos coinciden y actúan al unísono, el juego resulta fácil y armonioso y también, probablemente, grato y fructífero. Si fueran opuestos o divergentes, el juego resultará penoso y la sociedad se hallará en todo momento inversa en el mayor desorden”.

Este párrafo sirve a Hayek para describir las dos perspectivas con las que se afronta el examen de la sociedad, de un lado, como un orden espontáneo u ordenado, que para el Racionalismo

---

<sup>879</sup> Gran cantidad de publicaciones de París, entre las que se encontraba *Le Monde*, otorgaban un lugar destacado a autores como Jean Paul Sartre, Simone de Beauvoir, Althusser, Merleau-Ponti, que aunque no se habían unido formalmente al Partido no perdían oportunidad de defender a la patria Soviética o de condenar a sus detractores pero que más tarde se hicieron comunistas. En este periódico también encontraban acomodo otros, como el católico de izquierdas Mounier, que clamaba contra el pecado mortal del anticomunismo.

<sup>880</sup> Paul Edward Gottfried, *La extraña muerte del marxismo. La izquierda europea en el Nuevo Milenio*, CiudadelaLibros, Madrid, 2007, pp. 165 y sgts.

<sup>881</sup> Cit. Luis Sanchez Agesta, *Curso de Derecho Constitucional Comparado*, 5ª edición, Madrid, 1974, p. 102.

<sup>882</sup> Adam Smith, *The Theory of Moral Sentiments*, Parte 6ª, cap.2, pár. penúltimo, Londres, 1759.

constructivista y el Positivismo jurídico es el poder público y el legislador y de otro, el orden espontáneo que defiende, apelando a la naturaleza de las cosas y a la historia de las civilizaciones, además de a la imposibilidad real de conseguir la organización social de una forma planificada y artificial.

Destaca el contraste que se observa entre aquellos para los que la ley y la libertad son inseparables, de aquellos otros para los que ambos elementos resultan irreconciliables.

Señala la gran tradición que va desde la antigua Grecia a través de la Edad Media y los Liberales clásicos como Locke, Hume o Kant, los moralistas escoceses y varios tratadistas americanos de los s. XIX y XX, para los que la ley y la libertad no pueden existir separadamente mientras que para Hobbes, Bentham y muchos pensadores franceses y los modernos representantes del Positivismo jurídico, la ley significa, necesariamente, una usurpación de la libertad<sup>883</sup>.

En este sentido destaca la diferencia entre los términos organismo y organización, concepto este último que utiliza para designar un orden creado, de origen relativamente reciente y que se hizo de uso general en los tiempos de la Revolución Francesa y muy especialmente en el periodo Napoleónico para expresar la concepción central en los planes para la construcción y reconstrucción de la sociedad, utilizado también por los principales fundadores del socialismo moderno, los sansimonianos y por Augusto Comte, de manera que Ernest Renan en 1849 pudo hablar del ideal de una organización científica de la Humanidad, como la última conquista de la ciencia moderna y su legítima aspiración.

Hayek destaca que durante mucho tiempo se creyó que esta actitud era la única forma en que se podía alcanzar deliberadamente un orden útil a los fines de los seres humanos y, ciertamente, es un método inteligente y eficaz para conseguir ciertos resultados conocidos y previsibles, y que descansa sobre la idea de organización, como consecuencia natural del descubrimiento de los poderes del intelecto humano y especialmente de la actitud general del Racionalismo constructivista, considerando no solo errónea y perniciosa esta tesis, especialmente, por no tener en cuenta sus límites<sup>884</sup>.

A pesar de los escalofriantes datos sobre mortandades y condiciones de vida tras la caída del Muro de Berlín y de los virages Chinos, destaca Ayllón, que el comunismo supo, desde sus orígenes, ganar la batalla de la opinión pública y ser acogido con sorprendente benevolencia entre las élites intelectuales de la Europa Occidental<sup>885</sup>, de manera que Sartre llegó a decir que un anticomunista es

---

<sup>883</sup> Aclara que este aparente conflicto entre las corrientes de grandes pensadores no significa que llegaron a conclusiones opuestas sino que emplean el término ley en sentido diferente.

<sup>884</sup> Friedrich A. Hayek, *Derecho, legislación y libertad. Una nueva formulación de los principios liberales de la justicia y de la economía política*, 2ª edición, Unión Editorial, 2014, pp. 57-78.

<sup>885</sup> Y no solo en Europa, ya que el director canadiense Denys Arcand, en su película *Las invasiones bárbaras*, comedia agrídulce que presenta un retrato de grupo de gran ternura y una sátira irónica de la sociedad, un cóctel al que añadió una buena dosis de humor y emoción pero que presenta una realidad incuestionablemente cierta fue, en 2004, el gran ganador de los premios César del cine francés, al llevarse tres de sus principales premios, el de mejor filme, mejor realizador y mejor guión, recogiendo situaciones sociales sobre las que se presenta poca crítica, a pesar de su crueldad y falsedad. Como resumen, puede valernos este diálogo entre los principales protagonistas, al momento de llevarse a cabo suicidio asistido del protagonista principal: "Hemos sido de todo, parece mentira, separatistas, independentistas, soberanistas, soberanistas asociacionistas. Al principio, empezamos siendo existencialistas y leímos a Sartre y Camus, y luego leímos a Frank y nos volvimos anticolonialistas; luego leímos a Marcuse y nos hicimos marxistas, marxistas-leninistas, maoistas; luego a Nietzsche y nos hicimos estructuralistas, situacionistas, feministas, desconstruccionistas ¿existe algún ismo que no hayamos

un perro (todavía no se practicaba la ideología animalista, ya que, de otro modo, considero que no se hubiese atrevido a utilizar esta comparación).

Un ministro francés dijo que era mentira la existencia de hambre en Ucrania, cuando morían por esa causa diez millones de ucranianos<sup>886</sup>, Thomas Mann calificó el anticomunismo como la mayor idiotez de nuestro tiempo y casi toda la intelectualidad europea se tragó aquello de que quien está contra la URSS está con el fascismo o la opresión burguesa, constituyendo el efecto final de tales manipulaciones, identificar el estalinismo con los valores más preciados de la cultura progresista Occidental y hacer sentir que era parte imprescindible de una vida ilustrada<sup>887</sup>.

Situación diferente de la deconstrucción de la realidad es la conexión marxista de Gramsci, dentro del clima que expuso Giorgio Napolitano en el XIV Congreso del Partido comunista italiano de diciembre 1974, que proclamó la necesidad de reclutar intelectuales<sup>888</sup>.

Gramsci fue uno de los fundadores del Partido Comunista Italiano, que en 1921 explicó en sus *Cuadernos de la cárcel*, que el marxismo debía sustituir la violencia por las ideas, que fue lo que hicieron los pensadores de la Escuela de Frankfurt: Horkheimer, Adorno, Marcuse y Erich Fromm, alemanes neomarxista y judíos, que se salvaron de la persecución nazi huyendo a los Estados Unidos y difundieron este freudomarxismo, concretado en la libertad sexual, el feminismo radical, la homosexualidad, el aborto y el divorcio .

Por sus efectos en la actualidad también se refiere Ayllón a Gramsci y a la Escuela de Frankfurt, ya que si el marxismo había hecho músculo contra un enemigo concreto, la plutocracia capitalista y en defensa de un numeroso grupo de oprimidos, los proletarios, la caída del muro de Berlín permitió ver lo que había al otro lado y nunca las comparaciones resultaron tan odiosas.

---

adorado?. Responde otro, el cretinismo. No, de eso nada, acordáos de Jim, una arqueóloga, una falda abierta hasta la mitad del muslo ¿ la recuerdas?. A finales de los 70, China se abre a Occidente y viene a hacer una visita cultural a Montreal, la Universidad envía a su izquierdista de confianza: entro en el comedor de su hotel, la veo y muero, una belleza capaz de derretir los 7.000 soldados de terracota del emperador. Pido el té, intercambiamos algunas banalidades. Yo ya me veía haciendo con ella el canastillo pequinés o el palanquín de Sechuan: estaba yo frente a ella y para hacerme el interesante voy y le digo: “es extraordinario lo que está pasando en su país, si supieran cómo les envidiamos, la Revolución cultural es formidable”. Instantáneamente veo que sus preciosos ojos negros se velan y pienso que está diciéndose: este tipo o es un agente provocador de la CIA o el mayor cretino del mundo Occidental. Ella optó por la segunda hipótesis: adiós al canastillo y al palanquín, se había pasado 2 años recogiendo estiércol de cerdo en una granja, habían asesinado a su padre y su madre se había suicidado y ahora un gordo idiota del Canadá francés, solo porque había visto las películas de Jean Luc Godard y leído a Philip, le decía que la Revolución Cultural china era formidable. Pienso que en el cretinismo, amigos, no se puede caer más bajo”.

Más adelante, al borde del precipicio de este suicidio asistido provocado por la cercanía de la muerte natural a consecuencia de una enfermedad mortal de necesidad reconoce, en una actitud totalmente lúcida y como recapitulación de toda su vida, que no había luchado, mínimamente, por lo que es trascendente en nuestra existencia y razón de existir.

Se trata de un hombre con un cáncer avanzado que dialoga con su exmujer, sus examantes y sus viejos amigos, que van a compartir sus últimos momentos. Esta película franco-canadiense de 2003, es secuela de *El declive del imperio americano* y sucedida, a su vez, por *La edad de la ignorancia*.

<sup>886</sup> La novela de Manuel Chaves Nogales, *El maestro Juan Martínez que estuvo allí* refleja esta situación.

<sup>887</sup> Como señaló Kierkegard hay dos maneras de dejarse engañar. Una es creer lo que no es cierto; la otra negarse a creer lo que es verdad.

<sup>888</sup> Tema incluido en un libro que estaba siendo editado por la prensa del Partido, en el que simplemente estaba haciendo caso omiso por los temas tradicionales y pretendía, situarse en la cima de las cambiantes tendencias intelectuales.

Por este motivo, la izquierda necesitó reinventarse y tuvo la luminosa idea de buscar nuevos proletarios con el simplista esquema de opresor/ oprimido, encontrando media docena de supuestos: las mujeres respecto a los hombres, cualquier raza con respecto a la blanca, los nativos contra los colonizadores, los inmigrantes contra los nativos, los homosexuales contra los heterosexuales y la Madre Tierra contra el ser humano.

Tanto Gramsci como la Escuela de Frankfurt aprovecharon la libertad de expresión de las sociedades Occidentales en que no se había impuesto el comunismo, ya que de otro modo no es ni imaginable la utilización de tal libertad de expresión, para ascender y consolidar el marxismo cultural, a través de una labor capilar en escuelas, universidades y medios de comunicación, de manera que todas las ideologías del s. XX han sido inspiradas y promovidas, en mayor o menor medida, por el marxismo y esa victoria cultural explica, en parte, el extraño indulto moral de que sigue disfrutando<sup>889</sup>.

### - LA NUEVA RELIGIÓN POLÍTICA

Lutero utiliza las ideas del Nominalismo sobre la base *cuius regio eius religio*, en oposición a la tradicional española de *cuius religio*<sup>890</sup> como fundamento de las ideas de la colectividad, que desembocarán en los conceptos modernos de democracia pero que vienen a confluír, de alguna manera, en ideas Totalitarias.

No deja de ser cierto, como señala Kierkegaard, que aunque es cierto que Dios creó hombres o individuos, el cristianismo creó la categoría de hombre, que había sido usada con efectos dialécticos por Sócrates<sup>891</sup>.

Este humanitarismo desenfocado y pesimista que se puso de manifiesto no solo en el nazismo y con el comunismo y en el mundo Occidental tras la II Guerra Mundial a través del neomarxismo tiene, entre unas de sus manifestaciones, la desconstrucción del ser humano, que considera simplemente persona o actor de la vida social, según la máscara de teatro griega que representa.

La izquierda europea actual realiza una transposición de temas cristianos entretejidos en una tapicería política, produciéndose así una sacralización de lo político, como sucedió con los movimientos Totalitarios de entreguerras, es decir, disfrazando y apropiándose de las imágenes y mitos cristianos, ya que las religiones políticas poscristianas han tomado los elementos imaginarios y narrativos involucrados en las mentalidades y prácticas de aquellos a quienes se intenta influenciar.

En Europa, la invocación a la culpabilidad por un Holocausto, ampliamente difundido y que pesa

---

<sup>889</sup> José Ramón Ayllón, *El mundo de las ideologías*, Homo Legens, 2019, pp. 67- 79 y 74-75.

<sup>890</sup> Luis Suárez Fernández, *Lo que España debe a la Iglesia Católica*, Homolegens, 2012 pp. 146-152 y 184- 202.

<sup>891</sup> Paulo Otero, *Instituições políticas e Constitucionais*, V. I, Almedina, 2016 pp. 387 y 388. Señala Hespanha que en la historia de la evolución del concepto jurídico del Derecho en Occidente en los últimos 2.000 años, realmente, siempre se habla de lo mismo para llegar a conclusiones de hecho diferentes pero el discurso jurídico en la tradición discursiva ha determinado las cuestiones relevantes a las que se deben responder, y la manera de colocarse ante ellas determina, de alguna forma la respuesta, no siendo extraño que palabras y expresiones, con pérdida de sentido original, reaparezcan en otros sentidos e incluso en ningún sentido útil, como fórmulas retóricas que los juristas transmiten de generación en generación, con argumentos aparentes cuyo valor solo subsiste porque nadie se acuerda de cuestionarlos. António Manuel Hespanha, *Cultura Jurídica Europeia*, Almedina, 2018, pp. 351 y 352.

sobre las sociedades cristianas, puede reforzar la instalada creencia en el pecado original<sup>892</sup>.

En Estados Unidos también se ha producido una transposición con el auspicio del Estado<sup>893</sup>.

Señala Gottfried, que aunque los estudios sobre las religiones políticas deben ocupar actualmente unas cuantas estanterías, la izquierda posmarxista presenta una religión política diferenciada, aparentemente sucesora de un sistema de creencias tradicional, parasitario de los símbolos judeocristianos pero equiparado con sus propios mitos, transformacionales y su visión del fin de la historia, en su camino de preparación hacia una historia perfeccionada y en la que cobra especial trascendencia la afirmación de Tocqueville, *le doux despotisme*, como gestión política que, tarde o temprano, se acerca al control total pero cada vez con menor necesidad de recurrir a la fuerza física y ello a través de un liderazgo anónimo, como superación de los monstruos totalitarios de los años treinta.

Dentro de este credo, las Dictaduras comunistas son consideradas experiencias de aprendizaje humanitario y se enseña a describir a la oposición como fascista y necesitada de una resocialización.

Jacques Delors, socialista francés y arquitecto en la Unión Europea, y Giorgio Napolitano, fundador del Partido poscomunista de la izquierda italiana consideran que la economía de mercado es hoy para los europeos tan deseable como el intercambio internacional, que ha llevado a las sociedades europeas a una fase posnacional y ha contribuido a liberar a las mujeres y a las minorías de las restricciones de un mundo antiguo y burgués.

En este modo a domesticar al capitalismo a través del multiculturalismo, la liberación gay, el feminismo y la tercera vía del Estado de Bienestar es muy difícil encontrar algún elemento significativo del marxismo-leninismo económico, como sucede en los trabajos de reciente publicación contra la globalización capitalista corporativa ni demandas de la propiedad estatal de los medios de producción o la expropiación de la clase capitalista<sup>894</sup>.

El marxismo, en su demolición de la cultura Occidental, en cuyo centro están las virtudes de Grecia y Roma, la ley natural, la familia, Dios y sus Mandamientos ha seguido, como técnica para socavar sus cimientos, arrojar sombras de vergüenza e infamia sobre la parte del pasado que interese.

Aunque el marxismo Occidental de los años 60 abandona el determinismo economicista que caracterizaba al marxismo oficial de la Tercera Internacional y sus términos más acentuados de la lucha de clases, lo cierto es que, fracasado el modelo soviético, se mantienen los principios que

---

<sup>892</sup> En Francia, especialmente en París, las placas y estatuas conmemorativas de los santos o de las estaciones de la Cruz han sido parcialmente reemplazadas por placas conmemorativas en los lugares donde fueron arrestadas las víctimas del nazismo o de donde fueron deportadas, símbolos poscristianos y posrepublicanos del sufrimiento y de la vergüenza nacional.

<sup>893</sup> Mientras que en las instituciones públicas, las navidades han pasado a ser temporada de vacaciones, con penalidades para quienes violen esta concesión estatal a la sensibilidad, para enero está previsto un nuevo calendario sacro para los estudiantes y empleados públicos, que comienza con el aniversario de Martin Luther King y continúa con el mes de la historia de la raza negra y luego con el mes de la historia de las mujeres, celebraciones obligatorias en la actualidad que están imbuidas por sentimientos religiosos, incluidos los remordimientos por el sufrimiento de los inocentes y víctimas pasadas de las sociedades injustas y por el martirio del asesinado King, que es la réplica más cercana en una sociedad posprotestante del “santo católico”, Che Guevara.

<sup>894</sup> Paul Edward Gottfried, *La extraña muerte del marxismo. La izquierda europea en el Nuevo Milenio*, CiudadelaLibros, Madrid, 2007, pp. 163 y sgts.

atribuyen a los juristas, la función de ingenieros sociales, que de forma rigurosamente científica actúan dentro de una sociedad compleja, en la que el grupo dominante burgués no se impone definitivamente.

El Derecho constituye un arma política de que dispone también ahora la clase obrera y sus aliados en la construcción del socialismo, partiendo de la consideración de que la sociedad es irremediablemente compleja y al mismo tiempo contradictoria, en la que existen muchos intereses en juego y la prueba de ello son los movimientos sociales y sus organizaciones políticas en la plena sociedad capitalista, centrando su atención en la cultura juvenil y *underground*, en el pacifismo, los movimientos alternativos y solidarios, en la generación de los movimientos contestatarios de los estudiantes o los movimientos feministas, que deben actuar en la deconstrucción sistemática de los presupuestos típicos de la cultura del mundo Occidental.

En estas circunstancias aparecen las Escuelas críticas del Derecho y la corriente del Uso Alternativo del Derecho, consecuencia de la consideración expuesta de una sociedad irreductiblemente contradictoria, que es participada por proyectos, valores políticos y sociales divergentes e incluso organizados por el propio Estado y el Derecho, en cuyo seno se producen, de una manera incompleta, relaciones de dominación<sup>895</sup>.

En esta tarea de ponderación aparece la función que deben llevar a cabo la doctrina y más en concreto la jurisprudencia, ya que los juristas disponen de un margen de libertad o discrecionalidad, dado el carácter ambiguo y frecuentemente contradictorio de las proposiciones jurídicas, que se deben utilizar para corregir y compensar estas situaciones.

Este movimiento del Uso Alternativo del Derecho surgió en los años 70 en Francia y tuvo un gran protagonismo en la Magistratura italiana en los años 80 y 90, que destacaban la supuesta ideología espontánea y neutra de los juristas.

En apoyo de esta pretensiones se decía que los juristas y especialmente los jueces precisaban de una formación jurídica en disciplinas como la sociología, la antropología o la epistemología crítica, que entrenase al futuro jurista en una actitud crítica con relación al Derecho, corriente que encerraba la pretensión de un aumento de su libertad ante la ley y como condicionamientos institucionales, la independencia la Magistratura, en relación al poder Gubernamental y Parlamentario, y la independencia de los órganos de gestión de la Carrera de los Jueces, Magistrados y del Ministerio Público, de ahí la influencia que tienen hoy las organizaciones sindicales de jueces.

Esta forma de actuar se debe a la creencia de que, de esta manera, los puntos de vista progresistas en el campo de la doctrina y de la jurisprudencia eran más fáciles de imponer que en el plano político directamente, y en los jueces y en la Magistratura residía la única esperanza de reforma política institucional y cívica pero aparecían los términos de la controversia con relación al principio democrático y la actividad jurídica, ya que siendo cierta la actividad concretizadora se plantea la cuestión de si tales activismo doctrinarios deben sustituir a los consensos comunitarios.

Sea por reacción a tal situación o simplemente por la propia dinámica social se ha producido un cambio sustancial, especialmente en EEUU pero que con posterioridad se ha irradiado al resto del

---

<sup>895</sup> Por ello, los movimientos progresistas adoptaron la protección de los grupos más débiles: el derecho al trabajo, los derechos de los niños, de las mujeres, de los enfermos, de los disminuidos o de los inquilinos, en que ya había fijado su atención el propio Estado Social en los años 30 y pretendiendo el Derecho, un ideal de igualdad y de equilibrio contra la violencia abierta y de la opresión explícita de unos sobre otros.

Mundo, sobre la función de la justicia y de sus tradicionales profesiones liberales, con la creación de grandes sociedades de abogados y procesos en masa de grandes corporaciones.

En el imaginario colectivo se ha implantado la idea, que la profesión de abogado consiste, más en retorcer el sentido de las leyes que en aplicarlas correctamente, de manera que el sistema constitucional habría virado de la protección de los derechos y deberes individuales hacia una protección de las prerrogativas de las organizaciones empresariales, que gozan de regímenes fiscales, penales, ontológicos y éticos más favorables que los permitidos a los particulares, con ejemplos de inmoralidad social, acentuados por las medidas políticas y legislativas.

En lugar del Derecho oficial aparece el que resulta del pacto o la autonormación social, con las consiguientes consecuencias en la resolución de los conflictos y en la que la sociedad aparece disociada del Derecho oficial por su lenguaje técnico y hermético, y la convicción de la imposibilidad de abarcar las nuevas situaciones sociales y los problemas de las personas dentro de una corriente neoliberal, en las que la autorregulación y las nuevas tecnologías de la información se imponen con la correspondiente descentralización y desoficialización de las soluciones conflictivas, que adquieren incluso carácter institucional (arbitraje)<sup>896</sup>.

En esta corriente de cierta banalización del Derecho y de su carácter imperativo, como algo caduco, ya que lo relevante son las directrices y directivas, cuya legitimación deviene de la aclamación va imponiéndose en todo el mundo, lo que se ha denominado Derecho flexible o *soft law*, en el que se establecen determinados estándares para establecer relaciones internacionales de base económica o de otra naturaleza y que los sujetos de estas relaciones obedecen espontáneamente<sup>897</sup>.

Considero que esta manera de entender el Derecho también se está imponiendo en las sociedades Occidentales por la dictadura de lo políticamente correcto, que determina que todos los ciudadanos se comporten de determinada manera sobre la base del rechazo moral propugnado por determinados grupos y que incluso llega a eliminar el debate de las ideas y ello aunque tal conducta no se encuentre sancionada administrativa o penalmente.

Si tras la derrota de la Revolución y de Napoleón se impuso en política y en Derecho, el modelo que se había combatido hasta la muerte, extremo bastante inexplicable, de igual manera pero mucho menos explicable, tras la caída del muro de Berlín y acreditada la incapacidad del marxismo o comunismo en pos del bienestar social y sí, sin embargo, para infringir sufrimientos sin precedentes en la Humanidad, resulta que sus postulados y reinventiones son aceptados por la mayoría.

La Escuela de Frankfurt es otro ejemplo de deconstrucción de la realidad, de su americanización y de la tercera vía por la que se abandona el comunismo y da lugar a una nueva dimensión del posmarxismo con el multiculturalismo a través del Estado Social.

Reproduce la mezcla del progresismo norteamericano con el posmarxismo europeo y tiene como uno de sus ejes la ideología multicultural, que es una tarea de deconstrucción que subvierte los propios fundamentos civilizatorios, sobre todo, por el énfasis puesto en la masiva inmigración del Tercer Mundo, como una experiencia enriquecedora para los Occidentales pero que hace poco probable, que los emprendedores del experimento cultural puedan preservar lo que han forjado como factor de

---

<sup>896</sup> António Manuel Hespanha, *Cultura Jurídica Europeia*, Almedina, 2018, pp. 487-510.

<sup>897</sup> Dário Moura Vicente, *Direito comparado*, V. I, *Introdução e Parte Geral*, Almedina, 2011, p. 567.

reemplazo, dado el bajo índice de natalidad de los nativos europeos, muy rezagado respecto al correspondiente de los grupos introducidos por el multiculturalismo en sus países para su “enriquecimiento”<sup>898</sup>.

Toda esta élite cultural partidaria del incremento de los impuestos sobre los ingresos y la ampliación del Estado determina que no haya prácticamente diferenciación entre los partidos políticos del centro y de la derecha de Estados Unidos y Europa, con un mundo concebido, incluso, por los neoconservadores americanos, que se aproxima a la visión articulada por Fukuyama en su famoso ensayo *El fin de la historia*, es decir, una democracia progresista nacional con gobiernos responsables ante su pueblo, comercio internacional y derechos humanos, que según Fukuyama constituyen el camino hacia el futuro.

El ideal americano de hacer llegar los derechos humanos y la democracia secular al mundo entero cuenta con el beneplácito de la izquierda europea para la persecución del objetivo de una Humanidad más homogenizada, a través de fronteras abiertas con generosas políticas de inmigración, con una sociedad global que debe incluir el afianzamiento de las mujeres, lo que se considera igualmente aceptable, tanto por los neoconservadores americanos como para la mayor parte de los intelectuales europeos de izquierdas pero quienes luchan por una democracia global de este carácter deberían considerar a León Trotsky como su digno precursor, ya que el internacionalista y antiestatalista debería ser venerado en su propio bando<sup>899</sup>.

Como ya se ha expuesto, Vera-Cruz considera que ni el poder público ni la ley deben capitalizar el Derecho, que debe quedar en la *auctoritas* de los juristas prácticos, en atención a su origen y características, y desde esa perspectiva considera que el socialismo marxista clásico y el neomarxismo, en su tentativa de diluir el Derecho en el modelo global de organización social, oscurece sus aspectos específicos de juridicidad. Considera que el modelo de la Escuela de Frankfurt basa el estudio del Derecho en las relaciones de poder, de género, de clase, de raza, de marginalidades varias y en esa atomización pierde su utilidad en la construcción de una alternativa a la creación doctrinal y jurisprudencial de lo jurídico, con base en la ley<sup>900</sup>.

---

<sup>898</sup> Paul Edward Gottfried, *La extraña muerte del marxismo. La izquierda europea en el Nuevo Milenio*, Ciudadela Libros, Madrid, 2007, pp. 96-111. No obstante considera este autor, que este movimiento de ingeniería social tiene pocas posibilidades de conformar un sucesor a largo plazo de la sociedad cristiana burguesa por su carácter gerencial del emprendimiento político cultural actual, que impide que la religión posmarxista tenga un liderazgo sostenido, ya que los defensores del régimen actual son predominantemente funcionarios civiles, lentos e inofensivos o jueces, o figuras Parlamentarias que intentan apoyar a las feministas, los inmigrantes y los gays, en donde no existen los viriles y belicosos líderes de las antiguas y más desarrolladas religiones políticas.....

<sup>899</sup> *Ibidem*, pp. 42 y 168-173.

<sup>900</sup> Eduardo Vera-Cruz Pinto, “Iurisprudencia” versus “ciência do directo”: o fim da constituzonalização/codificação do direito é condição de sobrevivência do jurídico”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, V. 54, 1-2, 2013, p. 38.



# X. EL ESTADO DE DERECHO ALEMÁN Y LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

## 1. DEL RECHAZO A LAS TESIS CONTRACTUALISTAS AL ROMANTICISMO POLÍTICO

Para situarnos correctamente en las adecuadas coordenadas hemos de situarnos en la situación de la filosofía que se acaba de exponer en Alemania y en el movimiento romántico, con las implicaciones que ello produce en la política y con ello, en el ámbito territorial en que nos movemos, en el Derecho.

Pedro Lomba, sobre las bases de la filosofía de Novalis, Muller y Sartori, explica la evolución partiendo de las ideas de la Revolución Francesa, que es desdeñada por los Románticos cuando se tornó una fuerza colectivista y materialista subordinada a la voluntad general, que como ya se ha visto no era la mayoritaria ni la unión de la voluntad de todos sino una fuerza política que no podía ser corrompida por el interés particular e incontrolable de los sujetos, saliendo el Romanticismo en defensa del espíritu individual<sup>901</sup>, las tradiciones y los cuerpos orgánicos y vivos de la sociedad.

Desde esa perspectiva individualista, que no se conformaba con la libertad negativa sino que apelaba al libre desarrollo de la personalidad y parecía incompatible con una teoría política, el Romanticismo encontró acomodo en la política, a través del concepto democrático de pueblo.

El Iluminismo buscaba paradigmas orientados al futuro, no como hasta entonces habían hecho las formas políticas sobre la base del pasado, el paraíso perdido o la naturaleza y en el que desaparecidos los individuos de sus particulares posiciones sociales, aristocráticas, militares o tradicionales pasaron a integrar en el Romanticismo alemán, el concepto de pueblo soberano y a participar en la formación de una voluntad representativa y fraccionada.

Destacaba Muller tres principios de esa concepción Romántica de pueblo: que ningún hombre deja de estar asociado a instituciones políticas, esto es, nadie escapa al Estado; que la vida del ciudadano se desarrolla en el Estado, del que no puede salir sin entrar en contradicción consigo mismo; y que el Estado no es un invento de los hombres ni está destinado a su utilización o placer de los ciudadanos, ya que nada existe para el ciudadano sin el Estado.

Tradicionalmente, el poder público se afirmaba sobre la base de instituciones religiosas, tradicionales y monárquicas pero las Revoluciones Liberales, al rebatir esa influencia y debilitar tales instituciones, especialmente tras su apartamiento de Dios, necesitan un nuevo sujeto político: el pueblo democrático<sup>902</sup>.

---

<sup>901</sup> Ese apartamiento de la libertad y su entrega a la tiranía, en palabras de Wordsworth y de Burke (cuyo libro *Reflexiones sobre la Revolución Francesa* fue traducida al alemán en 1792) habrían convertido a las fuerzas políticas implantadas tras la Revolución francesa en una fuerza colectiva y materialista, que subordinaba los individuos a la voluntad general y determinó la radicalización subjetivista del Romanticismo liberal, que pasó al Romanticismo político y a destacar el espíritu individual, las tradiciones y los cuerpos orgánicos y vivos de la sociedad, ya que el Romanticismo político y la democracia política parecen coexistir en una relación difícil y conflictiva.

<sup>902</sup> Mientras que para los Racionalistas, el concepto de pueblo no preexistía y necesitaba ser creado, para los Románticos

Por ello, el concepto Romántico de pueblo se caracteriza, en primer lugar, por la comprensión primordial y respondía a una comunidad moral fortalecida por una cultura común, extraída de varias fuentes nacionales: la historia, la tradición, la religión o el lenguaje.

Los pensadores Iluministas franceses partían de una naturaleza genuina e innegable para la interpretación de los problemas políticos, que consideraban simples y por eso de fácil solución, siendo los regímenes políticos y las leyes producto de aquella deducción de los principios naturales y no de una elección arbitraria, constituyendo el Romanticismo una revuelta contra esos principios.

Este Romanticismo encarnado políticamente considera que, en vez de hacer emanar la voluntad arbitraria de un legislación racional o constituyente, el pueblo Romántico representaba la concepción de una entidad sometida a la vivencia de una forma superior, el Estado-nación, lo que se transformaría en una unidad política como una experiencia existencial para cada uno de sus miembros.

El enraizamiento nacional promovido por este supuesto realismo político (realmente idealismo) significaría que, paralelamente a su condición como miembro jurídicamente integrado en un Estado, los ciudadanos tendrían con su nación, una identificación concreta, correspondiente a su adhesión plena y sincera a la nación, a su propia identidad nacional particular.

Por ello, Savigny, el representante más característico de la Escuela Histórica del Derecho, afirmó que el Derecho positivo vivía en la conciencia del pueblo, como Derecho del pueblo, no como un compuesto de reglas abstractas sino derivado del espíritu nacional del pueblo y de los rasgos característicos de su individualidad, entre los cuales, la lengua ocupa el primer lugar.

El pueblo, que no es una simple reunión de varios sino que forma una unidad indivisible con características visibles, y el Estado sería la manifestación orgánica del pueblo, al que le incumbe la revelación del Derecho general y objetivo a los individuos, y aunque Savigny distingue entre el Derecho Público y Privado, apuntan muchas semejanzas y puntos de contacto entre los dos: la constitución de la familia, la autoridad del poder y obediencia de los hijos, que ofrecen una gran analogía con la Constitución del Estado.

Se identificaba así al pueblo con una realidad espiritual e indivisible, nacida y desarrollada a partir de una herencia histórica, política, cultural y religiosa común.

De esta manera, el Romanticismo concilió la separación entre la legitimación existencial del pueblo sustentada por los Románticos y la legitimación natural material del pueblo, sin que se pueda pasarse por alto, la observación de Sartori, que consideraba que el pueblo entendido como los Románticos, como un todo orgánico, una especie de alma, sirve para justificar al más tiránico dominio, como de hecho sucedió.

De la misma manera, el Romanticismo también abre la puerta a las múltiples y distintas identidades personales, cada una de ellas portadoras de su propio programa de reconocimiento de identidad del individuo en cuanto miembro de un Estado, de una nación y una misma la religión, a través de la literatura y en todas las manifestaciones creativas de la personalidad individual hasta la última de sus esferas, ya que lo que importaba es la permanente exaltación de la autenticidad de los individuos<sup>903</sup>.

---

alemanes era un concepto cierto, que debía buscarse en la materialización del espíritu, especialmente a través de la cultura.

<sup>903</sup> Pedro Lomba, "Romanticismo político e constitucionalismo identitário: o paradoxo do conceito românico de povo",

Deben tenerse en cuenta los condicionamientos previos derivados de las experiencias sufridas y en este sentido tener presente lo que Thomas Mann (1875-1955) llamó gigantesca encarnación de la naturaleza alemana y que imputa al pensamiento de Lutero, debido a su extraña idea de la libertad política, que consideraba que el concepto alemán de libertad se dirige siempre hacia el exterior, ya que para el interior no es más que el derecho de ser alemán, apenas alemán y nada más que eso, y que constituyó la causa de su sorprendente sumisión a la opresión.

Como se ha dicho, esta mentalidad considera el autor que pudiera encontrarse en cierta interpretación de la defensa hecha por Lutero de la libertad de conciencia de los cristianos así como de su tesis sobre la igualdad de cada persona ante Dios y sus semejantes, que constituyeron los destellos de la organización del poder político y de los límites a los que debe subordinarse, lo que se desarrolló por el calvinismo y fue una importante fuente de inspiración del Constitucionalismo democrático de los s. XVII y XVIII en la Europa Occidental y América del Norte.

Esta doctrina de Lutero, basada en el Nominalismo de Ockham, determinaba una obediencia incondicional a las autoridades seculares sobre la base de la postura de Lutero en la “Revuelta de los campesinos” de 1524-1525 y ahí se encontraría la raíz y algunos trazos distintivos de la personalidad colectiva de los alemanes, considerando Lutero al Derecho como una cosa enteramente terrenal y religiosamente indiferente<sup>904</sup>.

La opinión corriente en la actualidad da por supuesto que no hay Derecho si no existe un Estado que lo produzca y garantice pero la forma Occidental de Estado que conocemos, solo representa una etapa que se anuncia como intermedia en la larga historia de las organizaciones supraindividuales, caracterizada por un ensamblaje de comunidades más extensas, por su colapso, con la creciente autonomía de los grupos y de los individuos y, más tarde, por su recomposición a través de distintos títulos con tamaños diferentes<sup>905</sup>.

Sin duda, el Derecho en Alemania no puede entenderse sin el filósofo Kant, de cuyo Idealismo bien nos puede dar cuenta un opúsculo irónico de 1793 de su autoría, que se refería al dicho popular: “esto puede ser cierto en teoría pero no tener utilidad en la práctica”, en el que se venía a defender, precisamente, lo antitético, que una buena teoría tiene buen resultado en la práctica y vale más que lo que un pueblo rudo e ingenuo considere sobre las teorías correctas.

Aplicado a la ciencia política y teoría del Derecho determinaba que las mismas, más que a la voluntad popular se debían a una reflexión teórica que combinara los principios de libertad, que autorizaba a cada uno a procurar la máxima felicidad propia con la de los demás sobre la base del principio igualitario por el que todos estaban sujetos a la ley, siendo la Constitución la forma de Gobierno justa, independientemente de la forma que adoptase el régimen: monarquía, aristocracia o democracia.

---

*Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 2019, 2, pp. 141-276, especialmente, pp. 152-156 y 162-165. Los autores mencionados se encuentran en las pp. 164 y 165. Novalis, “Fragments from the notebooks” in *The early political writings of the german writings*, edit. Frederick Beiser, p. 88. Adam Muller, *Element der Staatskunst*, apud Jacques Droz, *Le romantisme politique en Allemagne*, Librairie Armand Colin, Paris, 1963, p.85. Giovanni Sartori, *Democratic Theory*, Frederick A. Praeger, 1965, p. 18.

<sup>904</sup> Cit. Dário Moura Vicente, *Direito comparado*, V. I, *Introdução e Parte Geral*, Almedina, 2011, pp. 122-124.

<sup>905</sup> Mauro Bussani, *El derecho de Occidente. Geopolítica de las reglas globales*, Marcial Pons, 2018, p. 28.

En este sentido de bienestar para la mayoría, que puede considerarse el preludio del Estado Social de Derecho, Bentham (1748-1832), dentro de una corriente moderna del Derecho natural, parte de una línea utilitarista del Derecho y considera que la sociedad debe organizarse jurídicamente, de modo que obtenga el máximo de bienestar para el mayor número de sus ciudadanos, concibiendo de esta manera al Derecho como producto de un riguroso cálculo, a la manera de las ciencias físicas por su necesidad de comparar el principio de utilidad general como fundamento de la ciencia del Derecho, al igual que el principio de Arquímedes de la hidrostática<sup>906</sup>.

## **2. LAS ETAPAS: LA INFLUENCIA FRANCESA Y LOS CONCEPTOS PRETENDIDAMENTE ASÉPTICOS DEL ESTADO DE DERECHO ALEMÁN. LOS PRECEDENTES Y LA INFLUENCIA DEL DERECHO CIVIL.**

El Positivismo sociológico de Comte no solo es la base del citado Positivismo sino que lo es también del organicismo, con una crítica directa al individualismo, voluntarismo y contractualismo, ya que se considera que el individuo no es libre y autodeterminado sino que es dependiente y sobrevive en virtud de la solidaridad social.

No se considera que la sociedad sea un conjunto de individuos autónomos y autorregidos sino que se encuentra en una interrelación individual forzosa e indisponible, basada en el carácter incompleto y débil del individuo y su necesidad de especialización, división y complementación del trabajo en la sociedad, de manera que el orden social no se funda en el acuerdo de voluntades que mejor garantice los derechos naturales y previos de los individuos sino en las condiciones y exigencias objetivas de la vida social, concretizadas en instituciones como la familia, la parroquia, el municipio, la provincia, en la federación de pueblos y finalmente en la Humanidad<sup>907</sup>.

Aunque la historia del contencioso-administrativo francés se suele considerar que se encuentra influida por la progresiva democratización de la sociedad, en paralelo con el reforzamiento de los poderes del juez Administrativo, no le son ajenas, como se ha visto, las concepciones del Positivismo sociológico, Institucionalismo o Realismo contrarias al Iusnaturalismo racionalista y al individualismo, que al principio florecieron en la Francia Revolucionaria en el ámbito del Derecho Público.

En ese sentido, estas ideas tendrán gran influencia a través de Léon Duguit (1859-1928), al que seguirán, entre otros, Jèze y Gény y que sostiene que el hombre no es un ser libre y aislado, como mantienen los filósofos del S. XVIII sino que se encuentra unido en la sociedad por lazos de solidaridad y si bien se nace libre e igual en derechos, se hace dentro de una colectividad, de manera que el sujeto se encuentra implicado en el mantenimiento y desenvolvimiento de la vida colectiva, lo que entiende una versión o concepción realista de los vínculos políticos y sociales.

Esta función centralizadora del Estado será esencial en Alemania, ya que el Derecho no es ajeno

---

<sup>906</sup> António Manuel Hespanha, *Cultura Jurídica Europeia*, Almedina, 2018, p. 333.

<sup>907</sup> En este sentido Durkheim (1858-1917) considera que el orden social, político y jurídico no reposa ni en el acuerdo de voluntades ni en la voluntad disciplinar del Estado sino en la solidaridad social objetiva, generada por la especialización y división de las funciones sociales, lo que determina unas normas jurídicas, de manera que las normas jurídicas corporizadas en instituciones constituirían elementos objetivos e indisponibles. Cit. António Manuel Hespanha, *Cultura Jurídica Europeia*, Almedina, 2018, pp. 435-469 y 478-481.

a la cultura e idiosincrasia de los pueblos y se refleja en su cultura jurídica, por lo que no es de extrañar que en Alemania, la fundación y evolución del contencioso-administrativo, especialmente a partir de la segunda mitad del S. XIX, se haya realizado sobre la base de la voluntad del legislador, normalmente, tras intensos e impetuosos debates doctrinales.

Esta función nuclear del Estado obedece también en Alemania a la propia dinámica francesa, a la obra de los filósofos e incluso a la propia concepción del Derecho de los iusprivatistas, como se pasa a exponer.

## - LA INFLUENCIA FRANCESA

La evolución del Contencioso-administrativo durante la primera mitad del s. XIX vino influida en Alemania, especialmente en los Estados del sur, por el sistema francés, dando lugar, merced a su teoría de separación de poderes, a la progresiva reducción de la intervención de los Tribunales judiciales en materia Administrativa, instituyéndose, en su lugar, una fiscalización de la legalidad Administrativa por la propia Administración, lo que conduciría posteriormente, dada la insuficiencia de esta posición, a un nuevo concepto de gestión administrativa y a la idea de Estado de Derecho, que ha tenido una influencia enorme en el resto de países del Mundo.

El primer iuspublicista que habló del concepto de Estado de Derecho dentro del ámbito del Derecho Público fue Mohl en 1829, en un libro sobre el Derecho Público del Reino de Wuttemberg, que consideraba que el Estado de Derecho es aquel que se asienta en la razón y en el conocimiento humano, y se basa en una Constitución que garantiza la legitimidad racional y de ese modo impide el despotismo y el arbitrio de cualquier tipo.

La consecuencia de estas ideas presuponen la necesidad de no dejar al individuo desamparado, cuando tuviese un conflicto con el poder Administrativo y si alguien podía garantizarlo era la independencia del juez.

Ahora bien, la cuestión es la naturaleza del juez en este sistema que, como se verá, sobre todo, es un servidor del Estado.

Tras la Revolución Liberal de 1848 se votó la Ley sobre los derechos fundamentales del pueblo alemán en la Convención Nacional Alemana, reunida el 27 de diciembre en la iglesia de San Pablo de Frankfurt y se proclamó que la justicia Administrativa era extinta y los Tribunales se pronunciarían sobre todas las violaciones de derechos, pudiéndose decir que desde mediados del s. XIX, la opinión pública alemana informada aceptaba la necesidad de una fiscalización jurisdiccional de la actividad Administrativa.

La cuestión era determinar si tal control debía corresponder a los Tribunales ordinarios o contencioso-administrativos.

En 1863 son instituidos en Baden, los Tribunales Administrativos de Círculo, separados de los comunes y se ponía en marcha una reforma de la Administración acorde con el nuevo modelo de industrialización y desarrollo demográfico, en el que junto al control interno aparecían unos nuevos Tribunales de lo contencioso-administrativo como nuevo orden jurisdiccional.

En 1864 Otto Bähr destacaba la necesidad de la intervención de un Tribunal independiente de la

Administración e insertado en el Poder Judicial para resolver sobre la aplicación de la ley a los casos concretos, ya que el Ejecutivo pecaba de parcialidad y consideraba que al igual que existía un Tribunal Supremo para los casos de Derecho Privado, debía haberlo también para los de Derecho Público.

Rudolf von Gneist (1816-1895) fue el primero que estableció una visión teórica de las relaciones entre el Estado y la sociedad, y consideraba que la relación entre sociedad y Estado, para mantener la libertad no podía basarse, exclusivamente, en la representación Parlamentaria, de manera que la sociedad debería asumir su responsabilidad en las tareas públicas.

Una forma de hacerlo sería a través de su intervención en el proceso contencioso-administrativo, cuyos órganos judiciales no debían encontrarse integrados solo por jueces de Carrera sino también por representantes del pueblo que, de este modo, pudiesen ejercer la fiscalización de la actividad administrativa, al margen de la actividad partidista de los Diputados.

Para este autor, el Estado de Derecho tiene como a uno de sus integrantes la jurisdicción contencioso-administrativa, que desempeña la doble tarea de garantizar, de un lado, las libertades individuales y políticas de los ciudadanos y, de otro, una vinculación jurídica y un control de los poderes públicos, negando la tesis de Montesquieu referida a la exclusión de supremacía de un poder sobre otro.

Fue Gneist, el promotor de la Ley de 1875 de Prusia, que establecía un Tribunal Supremo de lo Contencioso-administrativo y una competencia objetiva de los Tribunales Contencioso-administrativos con tres instancias: las dos primeras, inspiradas en principios democráticos, formadas por jueces que mantenían fuertes lazos con la Administración aunque con independencia en el ejercicio de su profesión, si bien no inamovibles, por lo que la doctrina entendía que, solamente, el Supremo era propiamente un Tribunal, ya que estaba formado, exclusivamente, por jueces profesionales.

Se entendía que, de esta manera se daba unidad al Derecho pero dentro de un concepto de control judicial, que tenía como objetivo prioritario vigilar la sujeción de la Administración al Derecho, más que la tutela de los derechos ciudadanos dentro del concepto de Estado de Derecho que, claramente, dejaba fuera de su control las potestades discrecionales, extremo que fue mutando, especialmente en los Estados del sur, hacia un modelo de protección del derecho subjetivo violado, entendiendo por tal, el interés directamente protegido por la ley.

## **- LOS CONCEPTOS PRETENDIDAMENTE ASÉPTICOS DEL ESTADO DE DERECHO ALEMÁN : LOS PRECEDENTES Y LA INFLUENCIA DEL DERECHO CIVIL**

### **- LOS PRECEDENTES**

Gerber (1823-1891), Laband (1838-1918) y Mayer (1846- 1924), como reacción a la politización de inicios del S. XIX, incluida la universidad y consecuencia de la idea de unificación alemana tras la Revolución de 1848, pretenden construir un Derecho Administrativo a semejanza de los conceptos

despolitizados del Derecho Privado<sup>908</sup>, también como medio de unificación de los distintos Estados alemanes.

Para Gerber, el núcleo del poder estaba formado por los conceptos del poder de voluntad y de sujeto de dominio, y las figuras centrales que formaban el esqueleto del Derecho Público son el poder del Estado como orden jurídico común de un pueblo; los órganos del Estado: el monarca y el Parlamento; las funciones del Estado: legislativas, administración y justicia; y la protección jurídica en el ámbito del Derecho del Estado, de modo que el ciudadano ocupa la posición de súbdito y de sujeto pasivo de las relaciones de poder en el ejercicio de las potestades del Estado.

Consideraba que la protección del individuo en el ámbito del Derecho del Estado es garantizada por las instituciones Administrativas.

Laband apuntala esta postura con las ideas de la personalidad única del Estado y frente al Estado, sujeto y objetos no participan en la simple materialización de la voluntad del Estado en movimiento descendente y de concretización en un ejercicio de poder y de sujeción al mismo.

De ello deducía que el Derecho Público era un Derecho del Estado para el Estado y los ciudadanos, en cuanto tuvieran intereses o resultasen afectados, que podrían ayudar a corregirlo en su desarrollo cuando entrasen en relación con este.

Decía que quería trabajar solo con los conceptos contenidos en el Derecho positivo, despolitizando la estructura argumental y como ya había dicho Gerbert, del que Laband es seguidor: el Derecho del Estado es Derecho y nada más que Derecho.

Mayer, además de jurista teórico y práctico era teólogo y conocedor del sistema francés de Derecho Administrativo, que quería trasladar a la mentalidad alemana.

Entiende que el Derecho Administrativo es el que regula la actividad del Estado para el cumplimiento de sus fines y está formado, exclusivamente, por normas de Derecho Público.

El acto administrativo constituye la figura central de su construcción doctrinal desde una visión filosófica idealista del Estado de Derecho Constitucional eficiente (distingue, no obstante, entre Derecho Administrativo y Constitucional), que implica el poder de autoridad ejercido de forma objetiva y sin que de ahí se pueda declarar que los ciudadanos carezcan de derechos, ya que los tenían al entrar en relación con el Estado y hubiesen sido cristalizados por el poder de voluntad preponderante del Estado<sup>909</sup>.

En este clima de un concepto absoluto del Estado de Derecho alemán no resultan extrañas las preocupaciones y la dedicación de Max Weber (1864-1920) por la sociología como elemento aséptico de investigación, dentro del determinismo social del hombre hacia el Estado, que se configura como elemento de poder inevitable en las sociedades modernas del capitalismo Occidental y de su organización de base racional.

Por ello, prestaba especial atención a la burocracia como manifestación del cuadro administrativo del poder estatal, que va moldeando un tipo de individuo funcional por la aplicación del poder

---

<sup>908</sup> Por ello, Francisco Sosa Wagner, *Maestros alemanes del Derecho Público*, Marcial Pons, 2005, menciona a unos y otros indistintamente en su obra, a pesar de la claridad de la rúbrica.

<sup>909</sup> Sérvulo Correia, *Direito do contencioso administrativo*, Lex, Lisboa, 2005, pp. 77-87.

normativo del Estado, dentro del proceso de profesionalización y tecnificación de la selección óptima de los instrumentos adecuados para dominar a la población de una forma eficiente y eficaz.

El hombre burocrático de Weber es un personaje inserto en un sistema de dominación, que califica de alta legitimidad, puesto que la autoridad política logra conseguir la obediencia voluntaria de los ciudadanos por la fuerza arrolladora de su poder regulador (Estado de Derecho), de su aparato burocrático (burocracia) y sobre la base del monopolio estatal de la coacción física.

Este marco del poder legal del Estado, en sentido aséptico y neutral, ya que defendía una ciencia social libre de juicios de valor, en la que no cabían postulados políticos o filosóficos de corte mesiánico, religioso o ateo y que, por tanto, dejaba fuera de su análisis, aquellos elementos aleatorios o irracionales de la conducta humana, es evidente que se encontraba desprovisto de una espiritualidad y sentido íntimo de la vida del hombre, confinando la fe religiosa a un lugar secundario y despojándole de su creencia en el más allá.

Sus grandes preocupaciones eran pues los conceptos de legitimación, dominación, sumisión y poder.

Weber basaba la sociedad moderna Occidental sobre la base de la razón instrumental en las ideas de poder y dominación, entendiendo a la dominación como la eficaz forma de poder cuando exista una voluntad de hacerse obedecer y la creencia en la legitimidad de ese poder, trazando, de este modo, una diferencia que ha sido clave para entender el tipo de poder que detenta el Estado Moderno Occidental, dentro de un concepto hiperbólico de Estado legitimado formalmente, que considero constituye un caldo de cultivo hacia movimientos totalitarios y en concreto hacia el Tercer Reich.

## - LA INFLUENCIA DEL DERECHO CIVIL

Savigny (1779-1861) quizás sea el jurista alemán e incluso europeo más importante del s. XIX, y que teniendo una formación jurídica inspirada en la filosofía de Kant cortará con el Iusnaturalismo Iluminista y con el legalismo en el que desemboca.

En su sustitución hizo surgir una concepción organicista del Derecho, que en versión Romántica equipara Estado y nación, considerando que existe un paralelismo entre Derecho y sociedad.

El primero es expresión de la organización espontánea de la vida y su paralelo con el Derecho, del que considera tiene una naturaleza sistemática, si bien el joven Savigny incurre en una contradicción metodológica, al considerar que el Derecho es la voluntad del soberano y por ello no se puede considerarse ni ciencia ni un concepto unitario y sistemático del Derecho, lo que inspirará a otros autores como Gaetano Filangieri (1752-1788).

En esta época, Savigny recusa tanto la interpretación extensiva como la restrictiva, si bien admite la integración de las lagunas de la ley que, realmente, entiende que no existen, ya que son aparentes pero no reales, al existir reglas superiores.

Será a partir de 1848, con la publicación de su obra *Sistema del Derecho romano actual* cuando su pensamiento dogmático aparezca mucho más marcado por la idea del Derecho como un todo orgánico.

Considera que todo hombre debe ser pensado al mismo tiempo como miembro de una familia, de un pueblo y un Estado, sugiriendo una hipótesis alternativa a los sistemas del Iluminismo y del Positivismo, al considerar que el Derecho podía ser visto como el producto del espíritu del pueblo<sup>910</sup>.

Distingue entre un Derecho regular o *ius commune*, que domina las influencias de las reglas del Derecho establecidas en todo su desenvolvimiento y las finalidades de los principios que pueden ser aplicados con certeza; y un Derecho singular que domina aquello que, por el contrario, tiene que ver con el futuro, que denomina Derecho legislativo y constituye una particularización del Derecho común, explicable por objetivos políticos particulares, especiales o incluso contrarios a la razón jurídica y de la que solo el legislador, sobre la base de su capacidad o autoridad, puede darle validación política pero no necesariamente racionalidad jurídica<sup>911</sup>.

También considera que debe existir un Tribunal judicial que determine la interpretación auténtica del Derecho, en términos semejantes al Tribunal de Casación francesa y ser los juristas quienes desempeñen las funciones del pretor o las que realizaban los jurisconsultos en la antigua Roma pero que debía ser negada al juez ordinario.

Consideraba que el Derecho se construye sobre la base de grandes principios y esto puede servir para deducir conclusiones.

Muñoz de Baena destaca la supuesta oposición anticodificadora de Savigny, ya que sí lo era el método externo que aplica a las *Pandectas*, de carácter lógico deductivo, en nada diferente al que habían aplicado Pufendorf y Wolf al Derecho natural.

Este sistema que al pretenderse cerrado y autosuficiente genera sus propias figuras y al atraparlas y redefinir las existentes extendía su inicial pretensión privatista al Derecho Público (Administrativo y Constitucional) por el método<sup>912</sup>.

Este sistema de actuación sirve para organizar la Administración del Estado conforme a criterios objetivos, aspecto común a los sistemas napoleónico y germánico pero que este último realizó de forma tan radical, hasta el punto de convertirse, en la sustancia misma del Estado<sup>913</sup>.

Su seguidor Puchta (1798-1846) funda “la jurisprudencia de conceptos”, basada en la consideración de que los conceptos jurídicos tienen una existencia intelectual autónoma.

Jellinek (1851- 1911) escribe *La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano* y construye el concepto de derechos públicos subjetivos<sup>914</sup>, decisivo para el futuro del Derecho Público y

---

<sup>910</sup> Un valor que se realiza en un determinado momento histórico sin que el Derecho pueda ser ni un conjunto de valores, como señalaba el Racionalismo ni tampoco lo constituyen solo las leyes, como consideraba el Positivismo legal, debiéndose captar el modo concreto en que las ideas se encarnan en las coyunturas históricas.

<sup>911</sup> Por ello debe ser el intérprete, el que debe buscar las razones por las que el Legislador invade un campo ajeno y es en su obra, *Sistema de Derecho romano actual*, en la que pretende buscar la originalidad de los textos del *Corpus Iuris* sin aditamentos, interpretaciones o actualizaciones.

<sup>912</sup> Al sustituir la argumentación por la construcción de conceptos y la interpretación por la aplicación en aras de un automatismo que era coherente con la formulación extrema de lo jurídico.

<sup>913</sup> José Luis Muñoz de Baena Simón, *La abstracción del mundo. Sobre el mal autoinmune de la juridicidad moderna*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018, pp. 137-142.

<sup>914</sup> Sobre la evolución del concepto de derecho público subjetivo, especialmente en el Derecho Alemán, puede verse a Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva, *Em busca do acto administrativo perdido*, Almedina, 1995, pp. 221-273.

Windscheid<sup>915</sup> (1817-1892) reinterpreto la teoría de la acción, diferenciándola del instituto procesal y el motivo de la voluntad en el negocio jurídico.

Una manifestación también de la sensibilidad antirracionalista la constituye Ihering (1818-1892), que con su jurisprudencia teleológica abrirá el paso a la jurisprudencia de intereses y a la Escuela Libre del Derecho.

En el sentido que nos ocupa, Ihering considera que el Estado ostenta la función de árbitro en el conflicto de intereses y por ello ostenta el monopolio en la edición del Derecho<sup>916</sup>, lo que tiene explicación en el imaginario del Estado y en una Alemania que se acababa de unificar.

Esta función arbitral del Estado se produce a través de la persecución de intereses individuales en equilibrio y preservación de la vida social, de manera que los poderes de la voluntad individual se balancean con los intereses socialmente útiles y así aparece la buena fe contractual, la dimensión social de la propiedad o la finalidad de la institución familiar<sup>917</sup>.

A Gallego no le parecen convincentes ni la teoría del derecho subjetivo como voluntad del sujeto de Windscheid, ya que con esta concepción no serían admisibles los derechos irrenunciables ni tampoco la de los intereses jurídicamente protegidos de Ihering, en tanto que no todo interés jurídicamente protegido constituye un derecho subjetivo como podría suceder con la defensa nacional.

Tampoco considera que lo constituye la combinación de ambos o las simples situaciones jurídicas protegidas, destacando también este autor, que las normas del *Digesto* y los diferentes conceptos que utilizan son interpretadas ahora con diferentes parámetros de lo que lo fueron en su momento, dentro del Derecho romano.

La Escuela Libre del Derecho atribuye el mayor protagonismo al juez, poniendo el énfasis en la naturaleza política de su decisión.

La jurisprudencia de intereses de Heck (1858-1943) incide en el aspecto sustantivo de los intereses en liza, al margen de los aspectos formales de la ponderación.

Los viejos derechos naturales de Locke, previos a la constitución del cuerpo político, se diferencian radicalmente de las nuevas figuras subjetivas, ancladas en la tradición kantiana de los derechos emanados del Estado, de manera que su inicial concepción Nominalista se neutraliza en la cultura jurídica alemana, que siempre desconfió de los derechos subjetivos en el ámbito político.

La apropiación dogmática del derecho subjetivo es una operación que se debe a la Pandectística de la primera mitad del s. XIX y, por lo tanto, nacida en el ámbito del Derecho Privado romano y es

---

<sup>915</sup> Luis Miguel Rodríguez Segado en la recensión de la obra de Francisco Sosa Wagner *Maestros alemanes del Derecho Público, Cuadernos Críticos del Derecho*, 4/2007 p. 27.

<sup>916</sup> Como señala Luis Miguel Rodríguez Segado para Ihering, el Derecho es “la política de la fuerza”, ya que el Derecho sin fuerza es un concepto vacío, manifestación en la que el comentarista percibe el eco profundo de lo que decía Hobbes. “los pactos que no descansan en la espada no son más que palabras sin fuerza para proteger al hombre, en modo alguno “por lo que, ciertamente, Derecho y Estado se encuentran indisolublemente unidos. Luis Miguel Rodríguez Segado, en la recensión de la obra de Francisco Sosa Wagner *Maestros alemanes del Derecho Público, Cuadernos Críticos del Derecho*, 4/2007, p. 28.

<sup>917</sup> António Manuel Hespanha, *Cultura Jurídica Europeia*, Almedina, 2018, pp. 435-469 y 478-481.

solo a mediados de ese siglo cuando se extendió al naciente Derecho Público bajo la forma de los derechos públicos subjetivos, lo que supone un giro definitivo en la tradicional conceptualización de los derechos subjetivos<sup>918</sup>.

Después de la controversia entre si el derecho subjetivo es una voluntad o un interés jurídicamente protegido, en cualquier caso, permite vincular una materia empírico-psicológica a una forma jurídica, que la Dogmática jurídica consigue en una labor conjunta de filósofos y juristas, descomponiendo la materia social para después ordenarla sistemáticamente a través de las normas que regulan las relaciones sociales.

Windscheid objetiviza al sujeto a través de la voluntad imputada<sup>919</sup>, de manera que teniendo todo el conjunto de controversias a la vista considera Muñoz de Baena, que esta controversia solo puede resolverse siendo coherentemente positivista.

Considera Muñoz de Baena absurdo buscar un fundamento real al derecho subjetivo, al ser lo esencial, su referencia en el orden que lo crea y asegura, ya que, de esta manera el concepto de derecho subjetivo abandona su sustancia y su construcción naturalista, superando a Kant y Savigny, para instalarse en la autorreferencia jurídica, lo que le hace responsable de la profunda inestabilidad y peligrosidad del concepto, haciendo a los derechos públicos subjetivos vehículo conceptual de los futuros derechos fundamentales.

En este sentido Gerber sostiene que los derechos políticos del pensamiento Liberal han de ser integrados en el sistema de Derecho Público alemán abandonando, al igual que el resto de sus coetáneos iuspublicistas, la categoría de los derechos del ciudadano en favor de los derechos del súbdito y de ese modo, el derecho subjetivo que era para los pandectistas un ámbito de voluntad privada frente a la ley, tras su integración en el sistema de los derechos públicos subjetivos, es un efecto reflejo de la sujeción del súbdito al poder estatal.

Tanto para Gerber como para Puchta es la norma jurídica la que determina, en cualquier caso, el sentido de todas las formas de subjetividad con relevancia en el ámbito estatal, ya que, cualquier derecho es posterior al Estado y solo hay derechos dentro el Estado y todos ellos son reductibles, en último término, al Derecho objetivo, incluso aquellos que tienen que ver con el control del poder Ejecutivo.

A finales del s. XIX en Alemania, la doctrina de los derechos subjetivos, construida en los términos de su inserción en el aparato jurídico-administrativo estaba en disposición de soldar el ámbito de la subjetividad con la del sujeto estatal, convertido en persona jurídica y legitimándola recíprocamente bajo la doctrina de la autovinculación del Estado, transformación decisiva que introduce, bajo un modelo normativista, la juridificación definitiva de lo político.

La gran aportación de Jellinek fue utilizar este mismo esquema con un propósito más ambicioso, destacando la primacía del Poder Ejecutivo y definiendo al Estado a través de su juridificación, que es la que hace autolimitarse al Estado, al vincular su actuación a las normas jurídicas que lo definen y de esta manera, el Estado ya es un ente jurídico y no político, concepción autorreferente, al igual que

---

<sup>918</sup> Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva, *Em busca do acto administrativo perdido*, Almedina, 1995, pp. 212 y sgts, explica de una forma muy pormenorizada la evolución del concepto de derechos públicos subjetivos.

<sup>919</sup> Elio A. Gallego, *Tradición jurídica y derecho subjetivo*, Dykinson, 2005, pp. 70, 93, 95, 96 y 97.

otros instrumentos o conceptos básicos de esta evolución en la Modernidad.

Laband, Jellinek, Gerber y Albrecht afirman que el Estado se constituye como persona jurídica al imputársele la voluntad general de los ciudadanos y lo fundamentan en una aplicación de la doctrina kantiana de la autonomía moral, autoobligación del Estado que no es sino el trasunto jurídico de la autolegislación de la razón.

Los derechos son concebidos de modo reflejo por la primacía del mandato: de Dios en el Iusnaturalismo católico y del Legislador en el Positivismo jurídico, y esta concepción de los derechos públicos compone una figura dogmático-jurídica de los derechos de los súbditos, en el que el soberano se ha transfigurado en un sujeto estatal juridificado y personificado.

Lo que viene a culminar la tendencia moderna a definir lo jurídico-político por su referencia a la voluntad colectiva, de forma revolucionaria o conservadora y que se manifestó tanto en los derechos de tradición Revolucionaria como los derechos del súbdito de la Alemania autoritaria y no de forma individual.

El ciudadano, que ya ha hecho alienación de su libertad primigenia, al entregársela al poder en aras del pacto o contrato social, en el momento de constituirse en cuerpo social, en el caso del Iusnaturalismo alemán, el sistema de conocimiento produjo un orden racional del mundo, del cual se ha dicho que hacía casi innecesario el Derecho positivo, que en el caso del Positivismo jurídico obvió el Derecho natural, cumplida ya su misión histórica para legitimarse como una visión científico-tecnológica del mundo y la sociedad caracterizada por el predominio de la visión instrumental<sup>920</sup>.

### 3. EL ESTADO DE DERECHO ALEMÁN HASTA LA II GUERRA MUNDIAL Y SU EVOLUCIÓN POSTERIOR

Hellinek consideraba que el absolutismo político había creado una unidad interior de territorios que estaban originariamente separados; un ejército no sujeto a las contingencias del vasallo e instituida la empleomanía del Estado y colocado bajo su amparo a la Administración establecida por las representaciones de la nación, se daba lugar a un proceso de nivelación, en el que todos los ciudadanos gozaban de igual capacidad jurídica<sup>921</sup>

En este sentido cobra toda su importancia la tesis de Dicey<sup>922</sup>, que señala que con las declaraciones expresas de derechos humanos muy poco se gana, ya que la verdadera dificultad estriba en su aplicación efectiva y, en este sentido, debemos reiterar el carácter esencialmente garantista del sistema anglosajón, en el que el Derecho es más una aplicación al caso concreto que una declaración, además del enorme peligro de totalitarismo que existe en la construcción del Estado de Derecho alemán, ya

---

<sup>920</sup> José Luis Muñoz de Baena Simón, *La abstracción del mundo. Sobre el mal autoinmune de la juridicidad moderna*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018, pp. 116 y sgts y 188 y sgts.

<sup>921</sup> J. Jellinek, *Teoría general del Estado*, Traducción al español de Fernando de los Ríos Urruti, Comares, 2ª edición, Granada, 2000, p. 229.

<sup>922</sup> Cit. Dário Moura Vicente, *Direito comparado*, V. I, *Introdução e Parte Geral*, Almedina, 2011, p. 77. Del principal *The Common Law*, 1881, reimpresión, 1963, p. 134.

que es el Estado el que declara los derechos y desde esa autoridad o poder puede fácilmente actuar de manera inadecuada.

Prueba de lo que se dice lo constituye la famosa obra de Schmitt de 1929, *El defensor de la Constitución*, en la que se considera que este defensor no puede ser el poder judicial, a menos que se convirtiese en algo sustancialmente diferente de lo que era en términos constitucionales sino que debía ser Hindenburg, que en concreto cumplía esa función a plena satisfacción, ya que era el legislador extraordinario y personificaba esa institución neutral, que hace posible la idea de pueblo y su permanencia como unidad de carácter político, que es el teórico que trae a un tal Adolf Hitler<sup>923</sup> y en cuya controversia con Kelsen, poco podían ayudar las aportaciones de este, por su concepto formal del Derecho, al margen de cualquier valor, lo que entiendo que desemboca, igualmente, en movimientos totalitarios.

No debemos olvidar que la llegada de Hitler al poder vino precedida, además, de la polémica entre Hans Kelsen y Carl Schmitt por una sentencia del Tribunal Estatal del Reich, en cuyo proceso judicial participaron los juristas más destacados del Derecho Público alemán<sup>924</sup>.

Kelsen publicó en 1928, en la *Revue du Droit Public et de la Science politique* de Francia “La garantía jurisdiccional de la Constitution” a la que respondió Carl Smitt, en 1929, con varios artículos, que terminaría reformulando en forma de libro, con el título *El Guardián de la Constitución* en 1931 y al año siguiente, de nuevo, replicó Kelsen con un artículo en una revista alemana con el título “¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?”, desencadenándose en 1932 el caso de “Prusia contra el Reich”, relativo al intervención Federal en el Estado de Prusia, merced a la declaración del estado de sitio que se derivó de un Decreto que firmó Hindenburg el 20 de julio de 1932.

Tal norma se dictó a consecuencia de una serie de disturbios entre el partido Nazi y el Comunista, en el que se declaraba la intervención de Prusia, se nombraba al frente de ese Estado al Canciller del Reich y se nombraba nuevos representantes de Prusia en el Parlamento alemán, extremo este último, que fue anulado en la sentencia del Tribunal Federal, que estaba formado por magistrados del Tribunal Supremo en materia Civil y Penal, y del Tribunal Supremo Administrativo.

Los argumentos principales provenían de Carl Schmitt, Hans Kelsen<sup>925</sup> y pudiera presentarse

---

<sup>923</sup> Francisco Sosa Wagner, *La independencia del juez ¿una fábula?*, La esfera de los libros, 2016, p. 198.

<sup>924</sup> Por el Estado libre de Prusia y al mismo tiempo por los Ministros depuestos actuaron los funcionarios prusianos Arnold Brecht y Hermann Badt, los profesores universitarios Friedrich Giese y Gerhard Anschütz. A la fracción del *Zentrum* la defendió el profesor Hans Peters y al Partido socialdemócrata, el entonces profesor profesor Hermann Heller. Por Baviera actuaron el profesor Hans Nawiasky, el Consejero de Estado Heinrich von Jan y el Consejero de Gobierno y docente Ernest Walz. Por Baden actuaron los funcionarios Hermann y el Consejero de Estado Ernest Warlz. Del lado del Reich actuaron los funcionarios Georg Gotheiner y Werner Hoche y los profesores Carl Smitt y Carl Bilfinger, realizando comentarios a tal sentencia, la práctica totalidad de los juristas notables de Alemania, entre los que se incluyen, además de los participantes en el proceso, incluido uno de los jueces participantes Hans Schwalb, Rudolf Huber, Jellinek o el mismo Kelsen. Cit. Leticia Vita, “¿Quién debe ser el guardián de la Constitución? Una relectura del debate entre Kelsen y Smitt a la luz del caso Prusia contra Reich de 1932”, *Lecciones y ensayos*, nº 99, 2017, pp. 139-140.

<sup>925</sup> La polémica que en 1931 enfrentó a Carl Schmitt y Hans Kelsen acerca del defensor de la Constitución “Der Hüter der Verfassung”, es uno de los momentos claves del Estado Democrático en que afloran toda una serie de intuiciones, planteamientos y críticas que desbordan el estrecho marco de la justicia Constitucional. Frente a la tesis de Kelsen recogida en la Constitución Austriaca de 1920, que atribuye a un órgano técnico especializado, el monopolio del control de constitucionalidad de las leyes, se levanta la propuesta de Schmitt, de hacer del “Reichpräsident”, en su condición de poder elegido

como una tesis intermedia, la de Heller.

Para Kelsen, el concepto de Estado es una hipóstasis metafísica para representar la unidad de un orden, puesto que el Estado es, ante todo, un sistema de normas, un orden jurídico y no un hecho o una persona, considerando Smitt que una norma nunca se establece por sí misma y que el Estado no es solo una ficción, abstracción o centro de imputación normativa.

Smitt consideraba que atribuir a un Tribunal de Justicia la protección del orden Constitucional supone partir de la idea falsa y abstracta del Estado de Derecho, al entender que puede resolver jurídicamente cualquier controversia, incluso las de naturaleza política.

Pensaba, además, que un Tribunal así sería fácil de captar y de influir en él, teniéndose además presente, que la extensión de competencias de la justicia en el ámbito de la política solo puede acarrearle perjuicios, ya que la política no tiene nada que ganar y la justicia puede perderlo todo, destacando también, que la Constitución no es ningún contrato<sup>926</sup> ni ningún compromiso como consideraba Kelsen.

Por ello entendía, que la protección de la Constitución debe encomendarse al Presidente del Reich, ya que la Constitución había sido previamente definida, existencialmente, como la decisión de un pueblo de vivir con arreglo a su modo de vida y como comunidad política ideal de convivencia pacífica.

Kelsen argumentaba en contra, que el Presidente del Reich es el jefe del Estado, que no genera la Constitución sino que está sometido a ella y que la elección democrática del Jefe del Estado se encuentra sometida a poderes antagónicos y bajo la presión de los partidos políticos.

La tesis de Smitt viene a mantener que el poder se impone sobre el Derecho, la de Kelsen que el Derecho se impone sobre el poder y la tesis de Heller destaca que el juez no es ni el autómatas que describe Smitt ni el juez positivista de Kelsen sino que junto con las normas también hay principios para interpretar la Constitución, de acuerdo con sus propios principios y de acuerdo con las competencias y el principio de proporcionalidad, entre otros<sup>927</sup>.

Se considera que la tesis de Smitt determinó la caída de la Constitución de Weimar de 1919 y el allanamiento al advenimiento del nazismo pero entiendo que tampoco la tesis de Kelsen lo habría contenido, como sucedió en Austria, que disponía de tal órgano, obra de Kelsen, desde 1920<sup>928</sup>.

---

directamente por el pueblo, el custodio de la esencia de la Constitución, cuando resulte amenazada. Dos posturas antagónicas que responden a dos ideas diferentes de Estado, de Constitución, y de Derecho: la Constitución concebida como norma lógica, desprovista de contenidos ajenos a lo jurídico, frente a la Constitución entendida como suma de decisiones políticas fundamentales, que expresan la voluntad colectiva de un pueblo, susceptible de encerrar contradicciones.

<sup>926</sup> Para Smith, al igual que para su admirado Donoso Cortés, la Reforma supuso un gran escándalo político, social y religioso, y el germen de la tiranía. Con la aparición del Estado Moderno en el s. XVI se dio paso a un pluriverso político que puso fin a la *Christianitas* Medieval, pasando la religión a ser un asunto privado del individuo y tanto la Iglesia como el Estado se convirtieron en algo relativo, que solo podía derivar su valor de aquel único valor absoluto: el individuo, renegando Smitt del sistema de derechos fundamentales. Cit. Carmelo Jiménez Segado, "El Poder Judicial y la defensa de la Constitución en Carl Smitt", *Revista de Estudios Políticos*, número 161, Madrid, 2013, pp. 51 y 52.

<sup>927</sup> Carmelo Jiménez Segado, "El Poder Judicial y la defensa de la Constitución en Carl Smitt", *Revista de Estudios Políticos*, nº 161, Madrid, 2013 pp.41-67 y Leticia Vita, "¿ Quién debe ser el guardián de la Constitución? Una relectura del debate entre Kelsen y Smitt a la luz del caso Prusia contra Reich de 1932", *Lecciones y ensayos*, nº 99, 2017, pp. 131-166.

<sup>928</sup> En mi opinión, toda esta polémica tiene como sustento el intento de juridificación de lo político en el Estado de Derecho

En mi opinión, el verdadero guardián de la Constitución no puede ser otro que el espíritu cívico de un pueblo consciente de su responsabilidad y libertad como titular innato de la misma y tienen atestiguado los ingleses, lo que tendrá manifestación en su Derecho y en la organización de los Tribunales.

Lo expuesto bien podría servir para el establecimiento colectivo de una mentalidad, en la época de 1933 a 1945.

Los Tribunales Administrativos eran vistos en Alemania en esta época como propios del Estado de Derecho Liberal, que el nacional-socialismo repelía, multiplicándose las categorías de actos políticos insusceptibles de control judicial sin que la jurisprudencia quisiese u osase, si quiera, restringir el concepto, con actuaciones extrañas como el nombramiento de un jefe de la brigada de la SS para la Presidencia del Tribunal Administrativo Superior de Prusia, naturalmente defensor de la idea de que el Tribunal debería seguir, sin limitaciones, la línea política trazada por el *Führer*.

Considera Esteve Pardo, que la crítica al sistema Liberal por el nazismo se mueve en torno a la consideración del pluralismo político como elemento desintegrador; del Parlamentarismo como dominación y tiranía de los partidos políticos y al Liberalismo mismo como amenaza al Estado, rechazando del plano los derechos fundamentales.

Este autor divide en cuatro las facciones que se formaron ante los nuevos acontecimientos que denomina “el itinerario de un viaje al terror que, en su momento, se llegó a llamar justicia”.

En un primer grupo se encontrarían los exiliados exteriores, entre los que se encontrarían Kelsen, Lowenstein, Heller, Kaufmann, Jacobi y Walter Hellinek; en un segundo los exiliados interiores entre los que se encontrarían Triepel y Thoma; en un tercer grupo, mayoritario, que se puso del lado del nuevo régimen, adoptando en lo sustancial las referencias de su programa, al que dieron justificación y desarrollo en sus estudios y publicaciones, colectivo en el que se encontrarían el citado Schmitt, Forsthoff (que sin embargo a la vista de la deriva se retiró a espectros más asépticos del Derecho Administrativo), Huber, Heckel, entre otros; y en el cuarto, un grupo más reducido de juristas y propagandistas declarados del Partido nazi.: Best, Stuckart o Höhn.

Los elementos básicos de la doctrina nazi, basados en la soberanía del *Führer*, condujo a la disolución del principio de legalidad y a hacer depender al Estado y la Administración de los designios de un hombre, persona en vez de normas e instituciones, unido al concepto de pueblo, del que ya se

---

alemán y la desactivación del sistema monista con primacía del Parlamento y la supuesta separación de poderes se convierte en el dualista de realización de las funciones del Estado en el que se distingue entre leyes materiales y formales, y en el que solo a las primeras se las considera como fruto legislativo mientras que a las formales se entiende que son mera actuación *ad intra* que no constituyen propiamente Derecho y distinguiéndose de esta manera entre las funciones parlamentarias de las legislativas y eliminándose de esta forma la figura de la Administración como mera ejecutora de las leyes, ya que la Administración actúa siempre, exista o no un marco de competencias delimitadas. No debe olvidarse que toda esta polémica surge con ocasión de la negativa del Parlamento alemán a la aprobación del Presupuesto entre los años 1862 y 1866 por contener la partida de los gastos militares extraordinarios, tratándose de una doctrina que resultaba muy beneficiosa para el Ejecutivo, José Luis Muñoz de Baena Simón, *La abstracción del mundo. Sobre el mal autoinmune de la juridicidad moderna*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018, pp. 178-184.

El resultado, sin embargo, no puede ser más dramático, ya que el Estado actúa ahora como un monarca Absoluto a través de la carta otorgada de los derechos y con un derecho de resistencia, que a diferencia de lo establecido en la Escolástica solamente se reconoce, por su autorreferencia, para la defensa del orden existente.

ha hecho mención en el inicio de este epígrafe y que ya tenía trascendencia en Georg Jellinek pero ahora en términos radicales de comunidad, en una idealización colectiva<sup>929</sup>.

Como señala el profesor Stolleis, en una línea enraizada en la historia del contencioso-administrativo alemán, de considerar al juez, más que como titular de un tercer poder del Estado, legitimado por la soberanía popular como un servidor del Estado<sup>930</sup>.

Pero lo peor de todo ello no lo es lo expuesto o que pueda ir a más en el Estado social de Derecho sino que en aquella época, tal y como lo entendía Smitt, el Estado es la autoorganización de la sociedad del Reich, de manera que sociedad, nación o Estado son conceptos idénticos e intercambiables, ideas que no son sino fruto de la Modernidad, aderezada con el Luteranismo y la inestimable contribución del Romanticismo.

Esta sociedad convertida en nación y Estado se transforma en Estado económico, cultural, previsor, benéfico, que abarca todo lo social, todo lo que guarda relación con la convivencia humana.

Se entendía que todo es político y nada de lo que tiene que ver con el Estado puede ser en modo alguno ajeno al Estado y por tanto insusceptible de ser despolitizado y ello aun teniendo en cuenta que para Smitt, la Constitución de Weimar es Parlamentaria y sitúa al Poder Legislativo en el centro de la actividad política, por contraposición a otros modelos de Estado existentes que califica como Judiciales o Gubernamentales, siendo los de naturaleza Judicial, los que colocan en el centro de la actividad política a los jueces y los segundos, los de naturaleza Gubernamental, que son los que pivotan sobre la figura del Poder Ejecutivo.

Consideraba que la Constitución de Weimar es una Constitución del Estado y por tanto de toda la sociedad y de todo el pueblo en su conjunto y por ello no es ni puede nunca ser considerada como un contrato entre distintas partes.

La Constitución es la que debe establecer y constituir un sistema de organización, que no solo permita formar una voluntad política del Estado sino que a la vez instituya un Gobierno capaz de gobernar<sup>931</sup>.

No es extraño que en estas circunstancias, situando al Estado en el centro del Derecho y como su gran o incluso único protagonista o en su caso abarcando otras corporaciones para posteriormente propugnar un estudio del Derecho desde un punto de vista completamente aséptico, basado en conceptos jurídicos, en un Idealismo así entendido surgiesen movimientos Totalitarios, en los que el Derecho se mostró incapaz de controlar el poder, ya que era el poder mismo.

La *supra* validación del mandato y la primacía del deber sobre el derecho, características de toda doctrina Voluntarista, que persiste en el s. XVII con Pufendorf y llega al XIX como una construcción

---

<sup>929</sup> José Esteve Pardo, “La doctrina alemana del Derecho público durante el régimen nacionalsocialista. Crónica de un debate tardío”, *Revista española de Derecho Constitucional*, año 23, 2003, pp. 171-179.

<sup>930</sup> Sérvulo Correia, *Direito do contencioso administrativo*, Lex, Lisboa, 2005, pp. 89-121.

<sup>931</sup> Carl Schmitt, “El defensor de la Constitución” en Carl Smitt y H. Kelsen, *La polémica Schmitt//Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución versus quién debe ser el defensor de la Constitución*, Madrid, Tecnos, Clásicos del Pensamiento, 2009, pp. 141, 200, 134-137, 112 y 208. Cit. Juan Antonio Doncel Luengo y José Ángel Camisón Yagüe, “La polémica Kelsen-Smitt sobre quién debe ser el defensor de la Constitución”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, 29, 2011, pp. 134 y 135.

capaz de llevar a cabo su abstracción, constituye una visión sistemática que se desarrolla hasta sus últimas consecuencias.

Jellinek sostiene que la idea de Constitución tiene un origen religioso y sus orígenes más remotos se encuentran en el derecho innato la libertad religiosa, que produjo la separación de Iglesia y Estado tras la Reforma.

También entendía que la declaración Francesa de los derechos humanos de 1789 arranca de las Colonias norteamericanas pero no de la de 1776<sup>932</sup>.

En suma, la formulación formal del derecho subjetivo, de los derechos públicos subjetivos es llevada al paroxismo por el Estado de Derecho alemán y conduce a Luigi Ferroli, a sostener que los derechos fundamentales definidos en términos de teoría del derecho, existieron incluso en la antigua Roma, en la línea del garantismo y formalismo inaugurado por el Estado de Derecho alemán.

En opinión de Muñoz de Baena esta postura doctrinal constituye una abstracción injustificada de las instancias políticas e ideológicas que los generaron, que son también las únicas que permiten entenderlos, de manera que la definición formal pretende informarnos, no ya sobre el contenido sino sobre la forma de tales derechos, es decir, para identificar la estructura que permite su tutela como derechos iguales, universales e indisponibles.

Considera el autor español, que la contraposición forma/ materia explica este concepto en no menor medida que los anteriores, por lo que no resulta extraña cualquier formulación histórica de los derechos humanos fundamentales que se pretende, que a la postre no es sino la edificación moderna de la materia y la forma, que permite primar una sobre otra, según las perspectivas teóricas e históricas que se manejen y no en vano, el autor italiano se reconoce Positivista pues es tributario de una concepción muy presente en esta Escuela, que reduce la ciencia al lenguaje<sup>933</sup>.

En el pensamiento Positivista no resulta infrecuente plantear la teoría del derecho en términos radicalmente formalistas y, por lo tanto, a definir los derechos fundamentales como lo que son: una categoría propia del pensamiento Contemporáneo, inseparable de circunstancias materiales muy próximas en el tiempo y por ello, esta evacuación del contenido que realiza el autor italiano no es sino la aplicación al concepto de derechos fundamentales de una cuestión universal de la clase de los sujetos y todo esos titulares como una forma independiente de toda materia, de todo contenido, de todo acontecimiento, interés o valor.

La pretensión de universalizarlos olvida, en opinión de Muñoz de Baena, que esta forma no es sino una construcción tributaria de vicisitudes históricas, como lo es el propio concepto de derecho subjetivo que le sirve de fundamento, lo que constituye una mínima muestra de la capacidad del concepto de derecho subjetivo para ampliarse casi indefinidamente, ya sea por vía de las pretensiones más privadas de referente real, ya por la invasión del campo relacionado con la lucha política y, por tanto, no propiamente reducible a Derecho a través concepto que se proyectan hacia atrás en la historia<sup>934</sup>.

---

<sup>932</sup> José Luis Muñoz de Baena Simón, *La abstracción del mundo. Sobre el mal autoinmune de la juridicidad moderna*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018, p. 98.

<sup>933</sup> No debemos dejar de apuntar la importancia que Orwel atribuye al “neolenguaje” en 1984.

<sup>934</sup> José Luis Muñoz de Baena Simón, *La abstracción del mundo. Sobre el mal autoinmune de la juridicidad moderna*, Centro

Desde mi punto de vista, la cuestión no es tanto si el poder controla al Derecho o si el Derecho controla al poder. La cuestión es la determinación de la forma del Derecho y del poder, que en este modelo del Estado de Derecho alemán, que rige en el Continente, al hacerse equiparación a través de la abstención y del Idealismo expuesto es incapaz de controlarlo, al resultar la misma realidad y como tiene acreditada la Historia.

Es evidente que el poder político del Estado es una fuerza difícilmente controlable y menos los principios y valores que se dice constituyen las bases del mismo: relativos, interpretables, volubles, cambiantes y peligrosos en situaciones críticas, de ahí que ante esa fuerza irrefrenable, y no nos engañemos también manipulada, el Derecho poco puede hacer salvo que se encuentre muy atomizado, individualmente atribuido y merced a instancia diferente de ese propio Estado, ya que lo primero que hará ese poder único y difícilmente controlable será modificar el Derecho, de ahí que, por ejemplo, todas nuestras Constituciones hayan sido modificadas, como pone de manifiesto Muñoz Machado<sup>935</sup> en virtud de movimiento revolucionarios o tumultuosos.

De lo expuesto se deduce, además, que el Derecho no puede controlar el poder del Estado si el Estado dispone de un gran poder, que además define y garantiza la aplicación del Derecho, como sucedía en el Estado de Derecho alemán, al que la sociedad confiaba todo, incluso los derechos subjetivos sobre las cosas o los demás privados y menos aún, cuando ese control del Derecho recae realmente en pocas manos.

## - EL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO ALEMÁN TRAS LA II GUERRA MUNDIAL

Al fin de la II Guerra Mundial y tras la ocupación americana, francesa e inglesa se llevan a cabo iniciativas separadas para la reconstitución de un sistema Contencioso-Administrativo alemán, apareciendo un Tribunal Supremo en la Constitución de 1949.

En 1960 se dictó la Ley de los Tribunales Administrativos, verdadero código de lo Contencioso-Administrativo en su aspecto organizativo y procesal, considerando a tales como la garantía Constitucional de la tutela jurisdiccional contra la violación de los derechos subjetivos por actos del poder, ya que se consideraba que el concepto objetivo había coadyuvado en la vulneración de los derechos fundamentales y en la consumación del Estado totalitario.

Se entendía que el Derecho Constitucional era una ley ordinaria, que obligaba a los Tribunales Administrativos encuadrados dentro del Poder Judicial y no dentro de la Administración, como órganos especializados en el control jurisdiccional de la legalidad administrativa.

Existían órganos generales y especiales, perteneciendo los Tribunales Sociales a la categoría de estos últimos (competentes para la resolución de cuestiones referentes a la Seguridad Social) o los Tribunales Financieros en materias Tributarias y otras prestaciones pecuniarias, con un Tribunal Supremo de carácter federal aunque también existen otros órganos de carácter inferior, que tienen este carácter, ya que dentro de las tres instancias alemanas existen los Tribunales Administrativos de los

---

de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018, pp. 79-83.

<sup>935</sup> Santiago Muñoz Machado, *Informe sobre España. Repensar el Estado o destruirlo*, editorial Crítica, Barcelona, 2012, p. 10.

*länders* y los Tribunales Superiores de los *landers*, formados por tres jueces togados y dos, con iguales capacidades decisorias y *status*, elegidos por mandatos de cuatro años por un colegio electoral.

Esta formación mixta es propia de la mentalidad alemana, que atribuye a la justicia Administrativa un papel del control democrático de la Administración, distinto del control político ejercido por las Asambleas representativas, apareciendo en época reciente, los jueces unipersonales togados en la resolución de los conflictos, que han proliferado en Alemania, como en otras partes de Europa.

En general, puede decirse que la justicia contencioso-administrativa alemana se encuentra fuertemente influenciada por el concepto de derecho subjetivo y se asienta en las tradicionales acciones tendentes a la anulación de un acto administrativo, en la obligación de dictar uno de carácter positivo propio de las autorizaciones, licencias, prestaciones de la Seguridad Social, concesión de subvenciones o en la impugnación de normas reglamentarias, siendo controvertidos los poderes del juez ante la impugnación de los actos discrecionales, admitiéndose la suspensión de los actos administrativos dentro del marco del Derecho Comunitario europeo<sup>936</sup>.

Una cuestión, sin duda trascendente, es que en Alemania, el dogmatismo de su ciencia jurídica hizo axioma de la correlación entre derechos subjetivos perfectos y tutela jurisdiccional, y merced a la influencia del libro de Jellinek *Sistema de los derechos públicos subjetivos* se concluye una supuesta extensión de los derechos públicos subjetivos del ciudadano alrededor de una serie de status derivados de las libertades fundamentales, lo que siguiendo a Ihering se califica como reflejos del Derecho objetivo.

Este concepto de derecho subjetivo constituye el reflejo de las normas jurídicas del Derecho Público, que prescriben una determinada acción u omisión a los órganos del Estado, en interés general y en las que el resultado de esa acción u omisión favorezca o perjudique a determinados individuos y sin que por ello el ordenamiento, al establecer la norma de que se trate, se haya propuesto ampliar la esfera jurídica propia de esas personas, puesto que en tales casos se podrá hablar de un efecto reflejo del Derecho objetivo y la justicia alemana dejará sin protección a estas situaciones.

Sin embargo, tras la promulgación de la Ley Fundamental de Bonn, el art. 19.4 establece la famosa cláusula general de protección jurisdiccional del ciudadano, que pretende consagrar una protección jurídica sin lagunas, lo que ha determinado, por obra de la doctrina científica, una ampliación del concepto de derecho público subjetivo para incluir, además del contenido tradicional, lo que la doctrina italiana denomina interés legítimo, que la francesa considera situación objetiva protegida mediante los recursos objetivos<sup>937</sup>.

En la República Federal Alemana existe una jurisdicción ordinaria que se ocupa de la materia Civil y Penal, otra Civil especial que se ocupa de la materia Laboral, una jurisdicción contencioso-administrativa que se ocupa del Derecho Administrativo y una jurisdicción contencioso-

---

<sup>936</sup> Sérvulo Correia, *Direito do contencioso administrativo*, Lex, Lisboa, 2005, pp. 89-121.

<sup>937</sup> García de Enterría considera que tal precepto implica el reconocimiento de verdaderos derechos subjetivos frente a la Administración, al considerar que: “Toda persona cuyos derechos sean vulnerados por los poderes públicos tiene derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales”, considerando que hasta ese momento existía un concepto de derecho subjetivo sumamente restrictivo por lo que su sistema contencioso-administrativo era bastante imperfecto, suponiendo tal precepto un revulsivo y un cambio sustancial en la doctrina tradicional. Eduardo García de Enterría, *Las transformaciones de la justicia administrativa: De excepción singular a la plenitud jurisdiccional. ¿Un cambio de paradigma?*, Thomson-Civitas, Madrid, 2007. pp. 136 y 137.

administrativa especial que se ocupa de la jurisdicción Social y Fiscal, existiendo también una jurisdicción Constitucional formada por el Tribunal Constitucional Federal y por los Tribunales Constitucionales Federados.

En la jurisdicción contencioso-administrativa resuelven, en primera instancia, los Tribunales Administrativos; en segunda, los Tribunales Superiores, ambos órganos de los Estados Federados y, en última instancia, el Tribunal Supremo Federal de lo Contencioso-Administrativo.

Como ya se ha mencionado, en los dos primeros, las Salas están formadas por 3 magistrados vitalicios profesionales y 2 jueces honorarios, que son personas que desempeñan funciones judiciales con igual derecho a voto, que no son jueces de Carrera y que existen no sólo en los Tribunales de Justicia sino también dentro de la propia Administración, existiendo peculiaridades entre las diferentes jurisdicciones, ya que mientras que en el resto tiene un carácter corporativo, en lo contencioso-administrativo defienden intereses generales, por lo que no se les exige una especial titulación o cualificación (han de ser alemanes y tener capacidad para desempeñar oficios públicos) y su elección es parecida a la de los jurados<sup>938</sup>.

La polémica es antigua y la pregunta de quién debe ser el guardián de la Constitución tiene, como se ha dicho, una única respuesta: las virtudes cívicas de la ciudadanía, que determinarán una determinada organización social y política, como nos ha enseñado la historia.

Desde hace miles de años se viene considerando que los poderes absolutos son incontrolables (ya sean religiosos o seculares) y por ello, ya en el Antiguo Testamento aparece una radical separación entre las funciones legislativas y judiciales (*legislatio* y *iurisdictio*) con la constante controversia entre la persona (su dignidad y libertad) y el poder social (ya que ciertamente tiene una perspectiva social innata e inherente a su persona pero también una dignidad y libertad que se ve afectada y que se puede perturbar indebidamente) y desde esa perspectiva es precisa la existencia de una pluralidad de poderes equilibrados y lo más difusos que acomoden la importancia de la ley con la justicia del caso, como el propio Cristo nos enseñó, y desde esa perspectiva entiendo que el sistema inglés es el que mejor se acomoda a esos postulados<sup>939</sup>.

---

<sup>938</sup> Arnd Uhle y Marc Lehr, “La protección jurídico-administrativa en la República Federal de Alemania” y Santiago González Varas, “Sistema general de la impugnación de la actuación administrativa en el Derecho alemán” en *Modelos europeos de Justicia contencioso-administrativa*, Santiago Rosado Pacheco (coordinador), Dykinson, Madrid, 2007, pp. 95-98 y 146-152.

<sup>939</sup> Ver Pedro Fernández Sánchez, *Lei e Sentença. Separação dos poderes Legislativo e Judicial na Constituição Portuguesa*, V. I, AAFDL, 2018, p. 23-65.

**TERCERA PARTE. EL PODER PÚBLICO  
EN LA ACTUALIDAD**



## XI. EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

Desde un punto de vista completamente teórico podría considerarse que, en abstracto, la idea de Derecho subyacente en un Estado de Derecho Democrático exige la participación libre y generalizada de la totalidad de la comunidad humana en la elección de los representantes que van a tomar las decisiones políticas, que deben ser incompatibles con las discriminaciones en razón de sexo, raza, religión o situación económica.

Los cargos políticos deben ejercerse en periodos previamente fijados, con respeto de los derechos de la oposición política y un catálogo de derechos fundamentales inspirado en los instrumentos de Derecho Internacional existentes.

Debe existir una división de poderes entre varios órganos de poder político que permita una determinada interdependencia, con un control recíproco de su actividad y Tribunales de Justicia, con autonomía real respecto de los órganos de poder político que puedan controlar a estos, de manera que la administración de justicia no pueda ser utilizada para practicar o legitimar arbitrariedades, lo cual realmente es cierto pero en tales conceptos, en concreto, se presentan tensiones que determinan que tal modelo teórico no tenga cumplimiento en la práctica por las razones que se pasan a exponer<sup>940</sup>.

Como señala González Navarro, precisamente porque el poder tiende a perpetuarse y porque esa perpetuación es imposible por la mera coacción, todo poder, para asegurarse la obediencia voluntaria de los gobernados, se autolimita por medio de las reglas del Derecho.

Destaca un fenómeno del que más adelante se hará mención y sobre el que existe cierta unanimidad, que reconoce la sustancia mítica de muchos conceptos, que hoy son de común circulación, como las teorías de la soberanía, el contrato social, la voluntad popular, la santidad de la ley o la división de poderes.

Considera que la ignorancia de los jueces es una verdadera plaga en el sistema democrático Constitucional, señalando que, en este aspecto, las cosas van mal, señalando que cuando se habla de libertad, los jueces españoles piensan solo en el Derecho Penal, olvidando que el Derecho Administrativo es el Derecho del poder para la libertad<sup>941</sup>.

Entiende que la autoridad del juez radica en su saber, en su preparación jurídica y destaca la importante función que en nuestro sistema jurídico han desempeñado los especialistas de la jurisdicción contencioso-administrativa, señalando también aspectos por los que considera que la independencia judicial, como garantía del Estado de Derecho, podría más fácilmente conseguirse:

---

<sup>940</sup> Fernando Loureiro Bastos, "Os limites al poder constituyente. Algumas considerações sobre a feitura e a modificação de uma constituição de um Estado de Direito", *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 2006, V. 47, 1-2, pp. 55-76.

<sup>941</sup> En este sentido destaca la utilización que de tal palabra se haga en singular o en plural, ya que mientras que en singular constituye más bien una entidad ideal o abstracta, digna de ser cantada por los poetas, en plural, guarda relación con derechos concretos, que fueron los utilizados en la Carta Magna inglesa de 1215 o el *Bill of Rights* de 1688.

tales como que la retribución de los jueces tiene que ser sustancialmente superior a cualquier otro puesto de la Administración; que la superación de las pruebas selectivas de especialización, como es el caso de lo contencioso-administrativo, se compensen de alguna forma y que la retribución del juez que ingresa en la Carrera judicial deba ser prácticamente la misma, que la que ocupa un magistrado del Tribunal Supremo<sup>942</sup> o del Tribunal Constitucional.

Considera que sería conveniente, una reforma de nuestra Constitución para que el Tribunal Constitucional fuera el mismo Tribunal Supremo, actuando en Sala especial como Tribunal Constitucional<sup>943</sup>.

Señala Bertrand de Juvenel, que desde el siglo XII, el poder público no ha cesado de acrecentarse, extendiendo la guerra a medida que se extendía él mismo, un fenómeno que en la actualidad no se comprende y, por lo tanto, frente al que ni se protesta ni reacciona, lo que entiende obedece a las brumas de que se rodea.

Antes era visible, ya que se manifestaba en la forma del rey, que se declaraba dueño y en quien se reconocía la existencia de pasiones, encontrándose ahora disfrazado en el anonimato de quien pretende no tener una existencia propia, por no ser más que un instrumento de la voluntad general.

Pero hoy en día, como siempre, el poder es ejercido por un conjunto de hombres y su relación con el resto de los hombres es una relación de mando, y lo que ha cambiado es que se ha dado al pueblo, unos medios cómodos para que cambie a los principales participantes del poder y al ser más abierto en cuanto a sus fines se le facilita mucho su extensión<sup>944</sup>.

Esta obra pretende ayudar a desenmascarar el mito de la voluntad general, la santidad de la ley o la separación de poderes, entendida en el sentido Continental, que no son sino nuevas formas de *potestas* con una falsa *auctoritas*. Realmente respuestas muy complejas para algo que desde siempre ha sido bastante simple.

El Poder Legislativo moderno no existía en los tiempos de Justiniano, es más, se cuidó de subrayar que lo único que había querido hacer con el *Corpus Iuris* era recoger las prestigiosas interpretaciones doctorales precedentes, corrigiéndolas y racionalizándolas porque dichas reglas eran percibidas como las vestiduras de un consistente docto saber y al haber sido creadas de modo espontáneo, durante siglos, se consideraba que habían sido capaces de elaborar nociones y criterios de juicio transtemporales.

Durante demasiado tiempo, el Poder Legislativo moderno ha sido ajeno al desarrollo del *common law* inglés, en donde se transmite la idea de que el Derecho se encuentra en la sociedad en estado amorfo, fruto de costumbres maduras en el Reino durante años, Derecho que el juez debe descubrir

---

<sup>942</sup> Como sucede actualmente en Portugal.

<sup>943</sup> Francisco González Navarro, *Derecho Administrativo Español*, EUNSA, 1993, pp. 62, 75, 76, 77, 82, 83, 89, 90, 112, 113, 127 y 128.

<sup>944</sup> Con el Antiguo Régimen, las mentes capaces de ejercer una influencia, sabiendo que jamás podrían participar en el poder, estaban prontas a denunciar el menor abuso mientras que ahora, como todos pueden ser pretendientes, ninguno tiene interés en disminuir una posición a la que se espera acceder algún día ni en paralizar una máquina, que un día le puede llegar el turno de usar. Bertrand de Jouvenel, *El poder*, Editora nacional, Madrid, 1974, segunda edición, p. 11.

y decir en sus decisiones. En el Derecho hebreo la norma se vincula con lo sagrado, que constituye un elemento de principio inmutable.

El jurista nace en Roma, al mismo tiempo que el interés por el Derecho se convierte en laico, aunque es verdad que antes de ese cambio ya existía la función del juez, desempeñada por personas entendidas en el conocimiento de las costumbres, que no tenían la cualidad profesional que hoy consideramos propias de un jurista, como tecnócrata o cultivador científico del Derecho, cualidades que tampoco tenían los juristas ni en la Grecia clásica ni en la Africa anterior a los contactos con Roma, el Islam o en el resto de Europa.

En todos los contextos y momentos históricos hace falta alguien que diga el Derecho, que en el Derecho inglés corresponde al juez y en la Europa Continental es una muestra del elaborado por los teóricos, siendo el Derecho islámico uno de los modelos más extremos de creación doctrinal del Derecho, ya que el juez no motiva y por tanto no anima a extraer la *ratio decidendi* ni a memorizar el fallo ni tampoco a imitar el precedente sino que se sirve del Derecho revelado por los intérpretes doctos, que destilan distinciones y conclusiones sabias, por lo que la producción doctrinal se convierte en tremendamente prestigiosa.

El escenario varía cuando concurren una serie de circunstancias que arman una Revolución empeñada en enterrar reglas y costumbres feudales, que se perciben como injustamente opresivas pues es sustancialmente entonces cuando triunfa la idea legalista, nacida de numerosos círculos y debates, y que pudieron hacer prevalecer e imponer su visión que confunde ley y Derecho, Derecho y legislador, Derecho y Estado.

Es la Revolución Francesa la que entrega la fuerza política a un Poder Legislativo ilimitado del tipo moderno que conocemos.

La figura del Legislador actual es más bien ambigua, ya que de un lado, lucha por liberar al país de las normas jurídicas del pasado, sustituyéndolas por aquellas dictadas por la razón y al mismo tiempo su ley reclama obediencia y no porque sea racional sino porque proviene de un órgano con competencias legislativas, a la vez que sienta las bases para que no se identifique el Derecho con el natural o racional sino con el positivo, es decir, con el impuesto por el Estado en cuanto sí mismo, no debiendo perderse de vista, que el Derecho puede existir sin el legislador<sup>945</sup>.

No existiendo normas jurídicas, las funciones pacificadoras del grupo las desempeñaron los árbitros y de su éxito surgió la civilización, labor que luego desempeñaron los jueces con ayuda de los jurisconsultos y hoy en día, la organización política o el Estado se pretende apropiarse de tal autoridad moral del Derecho a través de la ley, sobre la base del concepto abstracto y mitológico de la voluntad general, desplazando el papel de los jueces a la boca muda que pronuncia las palabras de la ley e ignorando las raíces de lo que, desde siempre, han constituido los fundamentos de la paz social.

En la actualidad, la generalidad de los juristas veneran, a pesar de su agnosticismo desde el punto de vista religioso, la sacro-santidad de la ley, supuestamente fruto de la voluntad general y la supuesta separación de poderes del Estado, que ni existe ni puede existir por razones estructurales en el sistema de Derecho Continental.

---

<sup>945</sup> Mauro Bussani, *El derecho de Occidente. Geopolítica de las reglas globales*, Marcial Pons, 2018, pp. 28-32.

Ha sido solo una minúscula parte de la doctrina científica, la que ha dado tímidos pasos en el sentido en que se encamina esta tesis y es necesario destacar modelos alternativos que obedezcan, en mayor medida, a la finalidad perseguida, cual es la necesaria limitación del poder como camino abonado para el desarrollo de la libertad, aspecto en el que considero que ocupan un lugar muy destacado el juez y el Derecho, en el que todo se lo juega el Estado de Derecho del sistema Continental de ley, ya que cuanto mayor sea la *potestas* menor será la libertad, función en la que los juristas prácticos deben desempeñar una función esencial, como nos enseña la historia.

En la Revolución Francesa, la tensión se resuelve a favor de la ley como expresión de la soberanía, aspecto sobre el que no se admite control judicial alguno y aunque en la Asamblea Legislativa francesa se levantaron voces a favor de la primacía de la Constitución garantizada por un órgano específico o por los Tribunales de Justicia, acabaron fracasando, mientras que en el *common law* existe una vinculación absoluta de las leyes ordinarias a la norma fundamental que, realmente, envuelve la desconfianza hacia el legislador, cuyo control se confía a los jueces.

Este concepto de Derecho relegado prácticamente a la ley fracasa y prueba de lo que se dice se pone de manifiesto cuando en la interpretación de la Constitución se deben utilizar métodos defendidos por el Iusnaturalismo racionalista más que por el Positivismo jurídico, en una búsqueda desesperada de qué decir, de manera que se dice (falsamente) que viene a representar la misma posición que el Derecho natural ocupaba frente al soberano, recogiendo la imagen de Atienza, que considera que el Constitucionalismo ha crucificado al Positivismo en la cruz de la Constitución<sup>946</sup>.

El concepto de Derecho afecta a los derechos, a las situaciones y a la propia configuración del Estado, que aunque en los sistemas Continentales se denomina de Derecho debería denominarse propiamente de ley.

Frente al legicentrismo del Derecho Continental se alza otro modelo de Derecho de más amplio espectro, como es el inglés o el *common law*, o el que existía en el Derecho histórico hasta la Revolución Francesa por lo que entiendo, que debe cesar ya el fervor Revolucionario.

Se dice que la evolución ha llevado al control jurídico del poder político a través del ejercido sobre las normas jurídicas, realmente sobre la ley, pero que por obra del poder político deja de ser propiamente una norma jurídica, según la tradición, para constituir mandatos políticos, simplemente, con todos los aderezos que impone la política.

Si el Poder Legislativo es fruto de la voluntad popular, teniendo en cuenta la función que desempeñan los partidos políticos, es evidente que la suerte del Derecho está echada en manos de la ley<sup>947</sup>, que será utilizada por la política para sus fines, de tal manera que cuando hablemos de Estado

---

<sup>946</sup> Juan Antonio Xiol Rius, "Constitución, ley, ciudadanos, juez", *El juez y la cultura jurídica contemporánea*, T. III. *La función y los poderes del juez en una sociedad democrática*, Consejo General del Poder Judicial, 2008, pp. 20-25.

<sup>947</sup> En este sentido señala Santiago Muñoz Machado que fue Carré de Malberg a principios del s. XX el primero que utilizó la noción de Estado legal para referirse al modo en que había implantado en Europa, siguiendo la influencia francesa, el desarrollo de los principios de la Revolución y del Constitucionalismo decimonónico siendo su característica principal el absolutismo legal y la preeminencia de mandatos que no podían ser contrastados por ningún procedimiento jurídico para determinar su compatibilidad con la Constitución, ocupando el Estado legal el larguísimo espacio de tiempo que mediaba entre las primeras Constituciones y la generalización de los derechos fundamentales que ocurre ya a principios del s. XX. Santiago Muñoz Machado, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho público general*, T: I, *La formación de las instituciones públicas y su sometimiento al Derecho*, tercera edición, Madrid, 2011, p. 434.

de Derecho no decimos la realidad o lo que debemos, ya que no sirve sino de camuflaje al Estado que pretende servirse del Derecho y confundirnos con su *auctoritas*.

Tradicionalmente se dice en los sistemas Continentales, que el Estado de Derecho es aquel en que el Derecho controla el poder y al Estado, especialmente a través del Tribunal Constitucional y en menor medida de los jueces pero a poco que pensemos es realmente el Estado (tomado por botín por el partido político vencedor de las elecciones) el que controla al Derecho, y no solo a través del Legislativo sino a través de la manipulación del Constitucional<sup>948</sup> y de los jueces, especialmente, a través del Consejo General del Poder Judicial.

Al mismo tiempo puede decirse que existen otras formas más sutiles de dominación de los jueces y magistrados y de las que se sirve el partido político en el poder a través de los medios que le proporciona su apoderamiento de la totalidad de los elementos que constituyen el Estado y que con la sublimación del Positivistivismo jurídico consiguen imponer su voluntad a través del Derecho sobre la base de “su” justicia ideologizada de partido político, merced al poder derivado del triunfo electoral.

Este objeto no se podría alcanzar, simplemente, con un modelo de sufragio universal sino que, además, es necesario confundir a la opinión pública a través de medios de comunicación, generosamente subvencionados con el botín del Estado y a través de diferentes maneras, incluida la propaganda institucional e incluso de la idiotización de las masas a través de un exceso de información para que lo relevante sea el último *whatsapp*, con objeto de que los ciudadanos sean incapaces de llevar a cabo un análisis crítico de una cuestión, teniendo en cuenta el componente temporal y convirtiendo de esta manera a la democracia en la mayor de las tiranías, ya que somos nosotros mismos los que nos la hemos dado.

No poca ayuda en esta función le presta nuestro Tribunal Constitucional, que puede considerarse de mediocre diagnóstico jurídico sin fe en el espíritu fundamental de la Constitución que debiera preservar<sup>949</sup> y sin fuerzas ni voluntad para protegerla como es su deber, considerándose que no caben componendas políticas en la defensa de la Constitución, especialmente cuando esta peligra, ya que su aplicación debe ser entonces más escrupulosa que nunca y el Tribunal Constitucional, desde hace tiempo, de guardián de la Constitución se ha convertido en el principal instrumento de demolición de esta y lo viene haciendo por tres cauces fundamentalmente.

Primero por su deficiente composición: muchos de sus miembros son teóricos del Derecho sin conocimiento de la realidad de los casos<sup>950</sup>, todos ellos, casi sin excepción, tributarios de los partidos

---

<sup>948</sup> Por ejemplo, el socialista Alfonso Guerra, exvicepresidente del Gobierno con Felipe González, reconoció el 19 de noviembre de 2019, que la Ley de Violencia de Género era inconstitucional y que el Tribunal Constitucional fue presionado de manera muy poderosa para aprobarla.

<sup>949</sup> Algunas biografías son bien ilustrativas de lo que estamos mencionando. Carles Viver Pi-Sunyer fue magistrado y vicepresidente del Tribunal Constitucional de España entre 1992 y 2001. En 2004 fue nombrado Director del Instituto de Estudios Autonómicos de la Generalidad de Cataluña, desde donde asesoró técnicamente en los trabajos de redacción de la propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006. En marzo de 2013 fue designado para presidir el Consejo Asesor para la Transición Nacional, que asesora a la Generalidad de Cataluña en el camino para alcanzar la independencia, extremo que, evidentemente, choca de lleno con nuestra Constitución de 1978 y sin duda quebranta la paz social, mandatos ambos incompatibles, con quien cree en los valores Constitucionales.

<sup>950</sup> Como señala Pablo Salvador Coderch, los Magistrados de nuestro Tribunal Constitucional habrían de esforzarse un poco más en escribir más parte de sus sentencias y en redactarlas del modo más sencillo posible. Hay demasiadas sentencias de Letrado, es decir, muy sustancialmente redactadas por buenos Letrados del Tribunal Constitucional pero la redacción

políticos que los han nombrado, de modo que sabiéndose las cuotas de cada partido, se sabe la composición del Tribunal y se pueden vaticinar, casi con certeza absoluta, sus decisiones.

La razón de que esto sea así, además de por un defectuoso proceso de selección, es que sus cargos, al ser transitorios, no llegan a alcanzar la independencia de sus promotores, que solo la seguridad que proporciona la inamovilidad puede otorgar, como sucede en el caso del Tribunal Supremo Americano, en que son vitalicios y cada día que se permanece en el cargo son por ello más independientes, de ahí que en España se deba poner especial esmero en el proceso de selección, que debía recaer en personas de cualificación y experiencia, fieles al espíritu Constitucional y próximos a la realidad social.

El segundo motivo por sus sentencias interpretativas, el Tribunal Constitucional habla demasiado y por ello tarda demasiado en resolver.

Su función no es decir como las cosas deberían ser o no ser sino lo que realmente dicen, de manera que no caben sentencias interpretativas ni manipulaciones a las leyes, de tal forma que el ordenamiento jurídico ha quedado como una especie de queso de *gruyère*, con unas leyes indultadas que han perdido toda su credibilidad, existiendo un gran número de normas que campan a sus anchas, pendientes de resoluciones tardías y muchas veces inútiles declaraciones de inconstitucionalidad<sup>951</sup>.

En tercer lugar, el Tribunal Constitucional debería centrarse más en resolver casos reales, dando protagonismo a los ciudadanos y extrayendo de ellos principios comunes, como el Tribunal Supremo Americano, y no depender tanto de lo que los políticos puedan plantearle o no sobre la constitucionalidad general las leyes en abstracto, muchas de los cuales, claramente inconstitucionales como los Códigos Civiles de algunas regiones, en plena vigencia por el juego partidista de la mera interposición y retirada del recurso, sin que los ciudadanos afectados tengan, en principio, palabra ni cauce para cuestionar la constitucionalidad de la ley en su caso concreto<sup>952</sup>.

El Preámbulo de nuestra Constitución de 1978 destaca el protagonismo de la ley, como fruto de la voluntad popular y de la convivencia democrática en el Estado de Derecho.

Existe la creencia generalizada en el mundo Occidental de que la justicia y el Derecho ocupan un espacio autónomo de las decisiones puramente políticas y religiosas, considerando que es un presupuesto esencial que ha otorgado la historia para cada una de nuestras democracias.

El citado espacio jurídico se complementa con la idea y convicción de que la administración del Derecho debe ser confiada a una clase, no de teólogos ni de ideólogos sino de tecnócratas, que son los profesionales que desarrollan su actividad sobre la base de una cultura especializada, tercero imparcial, que, precisamente por ello, ha podido representar la tierra fértil y en grado de acoger cuando la historia se lo ha confiado, las semillas de la libertad y de la igualdad, y ello tanto para los sistemas romanistas como del *common law*.

---

de las sentencias es responsabilidad primaria del Juez, que no de los Letrados. Entiende, modestamente, que ha de haber menos acarreo de precedentes abstrusos, menos recortes sobresaltados de otras sentencias, menos manos al fin. A los Plenos hay que acudir con una ponencia redactada de puño y letra de su firmante y no con una cuartilla, como acaso podría haber ocurrido en alguna ocasión, de manera que se trasluzca el estilo personal, *El País*, 12-7-2012, p. 32.

<sup>951</sup> Muchos pronunciamientos del T. C. sobre recursos de inconstitucionalidad se producen transcurrida más de una década, cuando la norma ya se ha aplicado decenas o centenas de miles de veces. Las SSTC de Portugal sobre la crisis económica se dictaron al año. Es sorprendente, el escaso número de resoluciones que dictan nuestros magistrados del T.C.

<sup>952</sup> Aquilino Yáñez de Andrés, "La Constitución indefensa", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 8 de mayo de 2014, p. 16.

Tecnocracia laica y secular, que ha constituido el sólido pedestal para la función que el Derecho ha sabido ejercitar de forma estable dentro de nuestras sociedades.

Esta autonomía del Derecho explica la sustancial impermeabilidad de la naturaleza y de la articulación de los institutos jurídicos fundamentales para superar cualquier contingencia autocrática, que el Derecho Occidental, por sí mismo, no tiene medios para prevenir pero ha tenido fuerza para superarlos rápidamente<sup>953</sup>.

El error de esta convicción se encuentra en que cuando hablamos de Derecho es muy importante, desde una perspectiva científica adecuada, saber a qué época y civilización nos referimos y aunque podamos pensar como Fukuyama que se ha alcanzado el cénit de la perfección, hablamos de Estado de Derecho, dos conceptos que se condicionan respectivamente y creo que el primero referido a la *potestas* se ampara en la *auctoritas* del segundo, si bien lo pervierte porque, de otra manera, no le resultaría útil.

Como pone de manifiesto Paulo Otero, el siglo XX puede denominarse el siglo de los derechos humanos pero ello con una interrogación sobre la base de las paradojas producidas en el mismo.

La primera de ellas es que nunca se habían llevado a cabo violaciones tan graves y masivas de los derechos humanos como en ese siglo y precisamente en Europa, que durante más de un siglo había venido reconociéndolos en sus Constituciones e incluso creando un organismo internacional, como de alguna manera podía ser la Sociedad de Naciones para su preservación.

Se dice en el Estatuto de Roma del Tribunal Penal Internacional, que en el decurso de este s. XX, millones de niños, hombres y mujeres han sido víctimas de atrocidades inimaginables que chocan profundamente con la conciencia de la Humanidad.

Ciertamente que una protección más amplia e internacional se ha llevado a cabo tras la II Guerra Mundial pero a pesar de esta protección y de que hoy haya pocas ideologías que nieguen la primacía de los derechos humanos, en la práctica, somos testigos de campos de concentración, de violencia, de tortura, de terrorismo y de múltiples discriminaciones y no solo por el caso de la Alemania nazi, de la Unión Soviética de Stalin, de la eliminación física de poblaciones enteras en la China maoista, la Camboya de Pol Pot sino también de la eliminación de los tucis por los hutus en Ruanda o de la masacre de Srebrenica en 1995, en pleno corazón de Europa y ante los ojos de fuerzas internacionales.

La segunda es que precisamente estas violaciones han sido desencadenadas por el Estado, que es el encargado de la protección de estos derechos humanos y así podemos decir que aunque existe una gran concienciación internacional de la esencialidad del respeto de los derechos humanos y se podría hablar de un modelo de Estado humano, sin embargo, los mayores crímenes contra la vida, la integridad física y la libertad personas, contadas por millones se ha llevado a cabo por parte del poder político de los Estados realmente deshumanos<sup>954</sup>.

Es por ello necesario un concepto diferente del poder público de aquel que se defendía en Alemania en los S. XIX, XX e incluso en los países Continentales en la actualidad, no tan omnipresente y omnicompreensivo y menos aun, que en sus manos se deposite la totalidad del Derecho, Público y Privado.

---

<sup>953</sup> Mauro Bussani, *El derecho de Occidente. Geopolítica de las reglas globales*, Marcial Pons, 2018, pp. 231-235.

<sup>954</sup> Paulo Otero, *Instituições políticas e Constitucionais*, V. I, Almedina, 2016, pp. 378-379.

Un Derecho más difuso, fruto de un procedimiento de justicia y en mayor número de manos; el Derecho del procedimiento como medio de que el Derecho declare la justicia se impone como necesario como medio de alcanzar un mayor control del poder público, como sucede en el Derecho inglés.

La intervención del Estado Social va a producir un cambio en el concepto de Derecho: De un lado, a través de la invasión del Derecho Privado, acentuando el viraje iniciado en el Estado de Derecho alemán y que tuvo realmente su inicio en el Iusnaturalismo racionalista de la legislación motorizada y fuertemente ideologizada a través de la abierta intervención de la Administración en la sociedad ( ya se ha visto la diferente postura del legislador inglés y la de los Continentales) de la mano de lo que se considera interés de orden público en materias de Derecho Privado, en un bosque muy poblado de conceptos fabricados en el mundo de las ideologías propias de la Modernidad y especialmente de las surgidas de los movimientos sociales que solo interesan a una parte de la sociedad y que por ello quieren imponer a la totalidad, de la mano de la legislación sobre la base de su carácter obligatorio de orden público.

De otro lado, a través de la intervención que se lleva a cabo para la provisión de bienes y servicios, con todo su elemento instrumental, directamente o indirectamente e incluso en formas privadas y la regulación de la actividad de particulares que inciden en cuestiones que se consideran de interés general, ya sea vía de subvención, contratación o a través de un sujeto privado que ejerce funciones que se entienden de naturaleza pública pero delegada y sujetos a tutela, lo que implica una variación del propio concepto de Derecho, ahora de la mano del economicismo.

La variación de la naturaleza jurídica de las cosas pone al descubierto la incapacidad del sujeto público para la magna labor encomendada, produciéndose no solo la huida del Derecho Administrativo hacia campos o técnicas del Privado sino sobre la mano de la eficacia y la eficiencia, y con ello del principio que se entiende la consigue, la libre competencia, hacia la apertura del concepto de lo público y su técnica de intervención propia de los sistemas anglosajones.

Como se ha dicho, el Derecho Privado de la Codificación obedecía a la autoridad propia de la razón, constatada por obra de los jurisconsultos y consecuencia de la actividad del pretor.

Frente a este Derecho Privado aparece una modificación de este Derecho Privado a través de un Derecho Público, que aunque es un acto del legislador o de la Administración, en detrimento de lo privado y de su autonormación no produce beneficio directo en lo estatal, entendido como la cosa pública tradicional, como Derecho Público propio de la organización del poder público, lo que comenzará a producirse en los Parlamentos Continentales a partir de Napoleón y adquirirá especial protagonismo en el Estado de Derecho alemán por vía del Derecho Administrativo y de la motorización legislativa ideologizada, que iniciada por el Iusnaturalismo racionalista en atención a la fuente de los derechos subjetivos, tendrá su plena culminación en el Estado Social de Derecho y que afectará a la propia concepción del Derecho.

De ahí que, modernamente, exista un Derecho Público constituido de una doble manera: un Derecho Público que atiende inmediatamente a lo estatal y otro el Derecho Público que, sin incumbir directamente a lo estatal, afecta de forma determinante a lo privado porque la sociedad, a través de sus órganos de representación, llegó a considerar que no podía dejarse a la libertad de los particulares, dadas las consecuencias que conlleva la regulación de determinados aspectos de su esfera natural, competencia propia y tradicional del Derecho Privado.

Estas relaciones obligatorias provenientes de la ley pública y que afectan a la esfera privada también constituyen un Derecho Público, cuyo efecto es el indicado de privar a los particulares de su libertad para actuar como quieran o para regular como deseen sus actos jurídicos en la esfera de competencia que tradicionalmente les es propia, tratándose de leyes que imponen al particular un estatuto relativo a su propia esfera privada con carácter necesario.

No se trata propiamente de Derecho Privado sino Público aunque intervengan en la materia normalmente reservada al Privado.

De esta manera el Derecho Público adquiere un segundo significado a través de su función en la intervención pública en la esfera privada, al regular mediante leyes públicas los ámbitos propios de los particulares, lo que se justifica porque la esfera privada ha pasado a tener incidencias interesantes en lo público.

Pero esto no ha sido siempre así, ya que tal preeminencia de la ley pública solo se ha llegado tras un largo proceso histórico iniciado en el periodo Napoleónico con la fuente directa de los derechos subjetivos y la consideración de la legítima función del Parlamento, acentuándose notablemente en el Estado de Derecho alemán cuya glorificación del Estado termina con una sublimación de lo público, que le envalentona para una mayor intervención en la esfera privada a través de su medio más habitual, el reglamento y que alcanza su cénit en el Estado social de Derecho, que reclama una más abierta intervención del Estado, con un ensanchamiento de lo público, en un mundo poblado de ideologías propias de la modernidad, en que una parte de la sociedad pretende imponer a la otra su concepción privada del mundo y no puede hacerlo sino por la vía impositiva que significa el Derecho.

Este ensanchamiento del poder público a través del Estado Social de Derecho, que se ve constreñido por su ineficacia e ineficiencia a la utilización nuevas técnicas organizativas que provienen del Derecho anglosajón sobre la base de lo que se entiende por el interés público desde un punto de vista sustancial.

De otro lado y siendo cierto que el Derecho Administrativo de los países miembros de la Unión Europea es cada vez más Derecho europeo y existe una vertiente creadora de un Derecho Administrativo unificado a través de los sistemas Administrativos de los Estados miembros de la Unión Europea se produce, además, una intervención en la sociedad a través del Derecho europeo, ya que las políticas públicas europeas corresponden al ejercicio de funciones administrativa en atención a su naturaleza y técnicas de intervención, lo que determina, a su vez, que se lleve a cabo un engrosamiento del Derecho Público, que también interviene en la sociedad a través de las políticas públicas europeas, merced al Derecho Comunitario de la mano del Derecho Administrativo de los países miembros<sup>955</sup>.

Lo que antes se denominaba concesiones administrativas o servicios públicos sobre la base del principio de concurrencia necesaria para la mayor eficacia y eficiencia de la intervención administrativa, que huye no solo del Derecho Público y de la gestión pública sino que también lo hace a través de la técnica del Derecho Privado e incluso de la gestión indirecta, actúa también a través de técnicas aprendidas en el periodo del Estado de Derecho alemán, apoderando, de manera creciente, a particulares para la gestión de la funciones públicas.

---

<sup>955</sup> Vasco Pereira da Silva, *Direito Constitucional y Administrativo sem Fronteiras*, Almedina, 2019, pp. 28, 29 y 56 y sgts.

El primer ejemplo fueron las asociaciones privadas de técnicos e ingenieros que realizaban funciones de control técnico (*beliehne*)<sup>956</sup> y que hoy podemos encontrarlas en el Derecho español como sucede con la ITV, además de otras, como pueden ser las entidades privadas que gestionan y otorgan las subvenciones Comunitarias<sup>957</sup>, por no hablar de las fórmulas de obligada colaboración en la materia Tributaria, como lo son los retenedores, sustitutos del contribuyente o las figuras tributarias de repercusión en cascada, que implican a todos los operadores intervinientes como sucede con el IVA.

Estas intervenciones administrativas a través de entes privados para consecución de fines públicos ha dado lugar a un renacimiento de lo privado como forma estatutaria de actuación frente a un poder público no solo ineficaz sino en ocasiones fuertemente ideologizado, y no solo en las contramarcas de calidad sino que a través de las agencias de *rating* que sirven para el enjuiciamiento de los poderosos Estados soberanos y sus gobernantes.

En la actualidad se encuentra muy en tela de juicio su función más característica, cual es la emisión de la moneda o mejor dicho ahora, del papel moneda a través de lo que podríamos llamar flexibilización monetaria cuantitativa (o sea la afición de los Estados a darle trabajo a la máquina de hacer billetes), que aunque puede utilizarse hábilmente para combatir situaciones de crisis económica da lugar a problemas provocados por los propios operadores que actúan como cooperadores necesarios (Bancos) y cuya mala gestión repercute en toda la sociedad, con los problemas añadidos de pérdida real del poder adquisitivo<sup>958</sup>.

Una Administración pública prepotente ha determinado una fuerte reacción social, que con más capacidad profesional, técnica y económica ha relegado el papel de las Administraciones públicas.

La política trata del poder mientras que el Derecho se refiere a un orden normativo, que se diferencia de otros campos del deber ser sobre la base de su institucionalización o capacidad de imponerse coactivamente, de ahí que necesite el respaldo de una fuerza capaz de ejecutar los mandatos normativos, que es donde se produce la confluencia entre el Derecho y la política, aunque son y deben considerarse diferentes conceptualmente.

Por ello, los juristas Continentales suelen considerar que el Derecho necesita de la organización del Estado para que lo respalde (lo que como se ha visto no es cierto) pero el Estado de Derecho también necesita al Derecho para su organización.

Carlos Carvalho destaca que en este mundo globalizado e interconectado por internet y las redes sociales constituye un elemento esencial el análisis de las nuevas formas de gobernanza, que precisan

---

<sup>956</sup> Cit José Esteve Pardo, "La extensión del Derecho Público. Una reacción necesaria", *Revista de Administración Pública*, nº 189, Madrid, 2012, pp. 11-40. Rui Guerra da Fonseca, "As companhias majestáticas de colonização do final do século XXI", *O Direito*, ano 133( 2001), n.º III y IV, pp. 657-893, se refiere a la entrega de facultades públicas a entidades privadas para el desarrollo del poder empresarial del Estado y como método de colonización.

<sup>957</sup> También podemos citar en este contexto a los Grupos de Acción Local o Grupos de desarrollo rural, que son asociaciones sin ánimo de lucro, cualquiera que sea su forma jurídica y que en su organización interna se encuentran representados los interlocutores públicos y privados de un territorio determinado y cuyo objetivo es la aplicación de un Programa Regional de Desarrollo Rural, aplicando la metodología *Leader* del Fondo Europeo Agrícola para el desarrollo en su comarca a través de su propia estrategia comarcal.

<sup>958</sup> Lo que afecta obviamente a las capas sociales más débiles desde el punto de vista económico y que ha derivado en el uso de las criptomonedas (siempre que no sean las propias creadas por el Estado, ya que entonces el problema es el mismo) y a la confusión entre los conceptos de interés público y bien común.

de un nuevo enfoque respecto de los valores tradicionales de democracia y Estado de Derecho en pos de un diálogo constante para el acercamiento de los distintos sistemas y elementos en contacto, al objeto de conseguir un mejor tratamiento de la realidad que se va imponiendo y con un control específico de ese elemento de interconexión como es internet<sup>959</sup>.

## 1. EL ESTADO DE DERECHO

El Estado de Derecho nacido en Alemania en el siglo XIX se ha exportado a otras tradiciones lingüísticas como *Stato di Diritto* o *État de Droit* o términos similares.

No obstante, como nos enseña la historia y más recientemente las experiencias de la descolonización africana, las estructuras de los Estados no parecen adecuadas para canalizar el estatus previo de las tribus, y que ha dado lugar a contiendas bélicas permanentes como ha sucedido en Yemen o Siria.

El uso constitucional británico prefiere denominar al Ejecutivo como Gobierno, emanación de la Corona; a la legislación, Parlamento, históricamente enemigo de la Corona y Tribunales al que trata de distanciarse de ambos.

A pesar de que en la mentalidad Continental, al Estado de Derecho se le considera esencial para garantizar la libertad y la dignidad del individuo en la tutela de los derechos fundamentales, en el Reino Unido, al Parlamento se le considera constitucionalmente soberano y la protección de los individuos puede deberse más a la costumbre, a las tradiciones y a los valores constitucionales como valores políticos más importantes y trascendentes, mientras que en las Constituciones del Estado de Derecho Continental, su respeto se debe al Derecho propiamente dicho.

Considera Neil McCormick, que existen tres concepciones de los derechos: la primera, que podría atribuirse a Bentham, denominada de derechos derivados de la Constitución, en que se considera que los derechos son producto del orden constitucional y jurídico en el que están protegidos, que dan lugar a las Constituciones más débiles a pesar de existir, formalmente, una separación de poderes, la vigencia del principio de legalidad y una limitación del poder, así como una garantía, al menos, de los derechos contemplados en la teoría de los derechos derivados de la Constitución.

En segundo lugar, se encuentran aquellas que consideran que los derechos son anteriores y más importantes que el orden Constitucional, cuya función es protegerlos, que podría atribuirse a Locke.

En tercer lugar, la que podría atribuirse a Hume o quizás a Dicey, que denomina de derechos basados en las costumbres, puesto que considera que las constituciones pueden y deben basarse en las tradiciones y costumbres, y que la tradición y la costumbre pueden constituir una fuente de derechos, al igual que el orden Constitucional. Estos derechos basados en las costumbres o *common law* perduran independiente del poder legislativo según la Constitución, aunque se admite su modificación.

---

<sup>959</sup> Carlos Carvalho, "Governance" e o Direito na Sociedade da Informação e do Conhecimento" en *Modelos de Governação na Sociedade da Informação e do Conhecimento*, Asociación para la Promoción y Desarrollo de la Sociedad de la Información (APDSI), Lisboa, 2009, pp. 58-63.

Destaca que constitución y democracia pueden discrepar en algunas concepciones, en cuanto al valor que se le da a la voluntad popular y que, en muchas ocasiones, esta voluntad popular de base ideológica sirve para la legitimación de una cierta forma de Constitución, en donde puede existir un poder predominante religioso, militar o del pueblo como voluntad suprema, que en estos casos, generalmente, tiene connotaciones de clase.

Existe también el problema de la determinación del valor que puede tener la mayoría, destacando las aportaciones de Hume y de Burke al respecto, para concluir la importancia del respeto a las costumbres y tradiciones, puesto que considera que es la tradición constitucional, la que crea las condiciones que posibilitan el florecimiento de la democracia.

Considera que las Constituciones viables no son aquellas que se asientan, en un momento determinado, en una voluntad manifiesta de cambio y que da lugar a una revolución, normalmente conducida por una minoría pero que se dice en nombre del pueblo que, generalmente, cuenta solo con el apoyo de una minoría y que rara vez se caracteriza por la estabilidad Constitucional, ya que no garantizan, debidamente, las interferencias incorrectas del Estado en sus vidas o libertad, ni aseguran los derechos políticos y civiles tradicionales.

Al considerar a los derechos derivados de la Constitución, los deja en manos de los procesos democráticos y de esta manera, al adquirir la democracia carácter autorreferencial y determinar sus propias condiciones de funcionamiento no se aseguran correctamente los mismos<sup>960</sup>.

De lo expuesto debe deducirse, que la tradición puede imponer correcciones al principio democrático, constituyendo de esta manera una democracia matizada, no una democracia pura y simple pero parece ser la única concepción viable de democracia.

Por la experiencia inglesa podría considerarse que la mejor salvaguarda disponible para la democracia y el orden constitucional, lo proporcionan la dependencia de la costumbre política y la tradición Parlamentaria y aunque el Gobierno democrático es, de hecho, una forma de Gobierno difícil de establecer y mantener, parece que la democracia funciona solamente cuando existe una cierta forma de orden constitucional establecido, basado en una tradición constitucional de prestigio, que utiliza la separación de poderes.

De esta forma se conjugan, matizadamente, el principio democrático con el respeto de los derechos y la separación de poderes, que pueden quedar en entredicho si, solamente, se tiene presente el principio democrático.

En la actualidad, los Iusnaturalistas católicos, que también pudiésemos denominar Neorrealistas, destacan que para evitar la absoluta tiranía del Positivismo jurídico, del que el Iusnaturalismo racionalista no es sino su premisa, se recurre a las declaraciones de los derechos del hombre pero tales derechos humanos no están fundados en la realidad sino en una abstracta naturaleza del hombre y en algunos axiomas racionales concernientes a esta.

Pero tales derechos fundamentales declarados los consideran ilusorios, precisamente por no estar adaptados a la realidad, ya que en el momento en que la Constituyente proclamaba estos derechos, bajo las ventanas de la Asamblea de los diputados se paseaban sobre picas, las cabezas de los allí mismo

---

<sup>960</sup> Neil McCormick, "Derecho, el imperio del derecho y democracia", *La crisis del derecho y sus alternativas*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, pp. 377 y sgts.

ejecutados, sin forma alguna de proceso.

Entienden también que constituyen una impostura, en cuanto que se proclaman universales y siempre se utilizan en provecho de minorías: de la burguesía, los de 1789, hoy de los judíos, en perjuicio de los árabes o viceversa; de la clase obrera, en perjuicio de los verdaderos pobres no sindicados; de las mujeres, de los hijos naturales, de los negros pero nunca a favor de todos sino, en realidad, en contra de otros.

Criticaban al Iusnaturalismo Racionalista porque consideran que la ideología de los derechos del hombre expresa una filosofía social individualista y destructiva de la sociedad civil, una concepción existencial y psicológica generadora de conflictos y desagradecida que ensorbece al hombre, haciéndole olvidar lo que debe recordar.

Piensan que se trata de una filosofía política anegadora de los fundamentos de la vida social ordenada, pues hace imposible la convivencia, al destruir su base comunitaria.

Consideran que esta filosofía jurídica convierte al Derecho en una ideología estratégica y unilateral, olvidando el carácter objetivo y plural de su concepción clásica, destacando la debilidad del sistema sentado en tales conceptos de derechos humanos como sostenedor del posterior sistema de derechos objetivos y subjetivos<sup>961</sup>.

La dignidad de la persona, a diferencia de su conceptualización en la Modernidad como derecho fundamental no es un catálogo teórico, como se pone en manifiesto en el Derecho inglés ni tiene su origen en la Modernidad.

No surgen con la Revolución Francesa ni con Kant sino que ya eran conocidos por los estoicos para los que la dignidad (que se considera la fuente de los demás) era considerada como la cualidad inherente al ser humano y la distinguía de las demás criaturas, en el sentido de que todos los seres humanos son dotados de la misma dignidad, que se encontraba íntimamente unida a cada individuo.

Se consideraba que el hombre era libre, responsable de sus actos y de su destino sobre la base de que la idea de que todos los seres humanos, de acuerdo con su naturaleza, son iguales en dignidad e igualdad en su dignidad, y tal y como afirmaba Protágoras esta afirmación consta igualmente en la Biblia: tanto en el Antiguo como en el Nuevo Testamento, ya que se considera que el hombre ha sido hecho a imagen y semejanza de Dios, premisa de la cual el cristianismo extrajo la consecuencia de la dignidad<sup>962</sup>.

Al referirnos el Estado de Derecho alemán, ya se ha hecho mención de la paradoja que se produce con estos derechos humanos en el s. XX, como es su violación masiva y grave, sin precedentes, cuando durante más de un siglo aparecía su protección en los textos Constitucionales y además su violación se producía por parte del Estado, que era a quien, precisamente, se había encargado su declaración y protección.

A principios del S. XXI se siguen planteando sobre la cuestión diversas paradojas muy llamativas: la primera de ellas se deriva de la enorme desigualdad que existe y se acrecienta entre el desarrollo económico y social de unos Estados frente a otros, y así mientras que unos viven en la opulencia,

---

<sup>961</sup> Miguel Ayuso, *Constitución, el problema y los problemas*, Marcial Pons, 2016, p. 145.

<sup>962</sup> André Ramos Tavares, "Princípio da consubstancialidade parcial dos direitos fundamentais na dignidade do homem", *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, V. 47, 1-2, 2006, p. 316.

derrochando bienes materiales y destruyendo al Planeta, una gran mayoría tienen a su población en una situación paupérrima de miseria y analfabetismo, sin un mínimo de subsistencia.

La segunda proviene de la información a través de tres manifestaciones: el exceso de información produce una cierta banalización y desinterés, ya que lo que se considera llamativo es el primer impacto en la opinión pública, que a través de la crueldad de las imágenes televisivas pasa, en momentos posteriores, a una callada resignación, elementos que determinan un segundo aspecto, cual es que exista en el subconsciente, la idea de que los derechos humanos no son iguales para todas las personas<sup>963</sup>.

La tercera proviene de parecer que el Estado ha adoptado el papel de “Robin de los bosques” o del “Zorro” y se presenta como defensor de determinadas categorías de personas como los trabajadores, las mujeres, los jóvenes, los enfermos, los jubilados o los homosexuales, proclamando una sociedad más justa y solidaria, que proteja a los más débiles contra los más fuertes, como si los derechos humanos no pertenecieran a todos sino a categorías determinadas y al mismo tiempo no tiene empacho en hablar de los derechos de los animales, de su protección y bienestar pero al mismo tiempo se produce un eclipse sobre la vida humana, ya sea a través de la liberalización en la despenalización del aborto o en su fase terminal a través de la eutanasia, corriéndose el riesgo de parecer que los animales están más protegidos por el ordenamiento jurídico que el ser humano en ciertas fases de su vida<sup>964</sup>.

García Pelayo, al tratar el tema del Estado legal de Derecho y el Estado Constitucional de Derecho entiende que este segundo perfecciona al primero y señala la idea de que la dignidad y la libertad humana son incompatibles con la sumisión del hombre a otros hombres, como decía Nicolás de Cusa a finales del s. XV, quien señalaba que libre es el hombre que no obedece a otros hombres sino a las leyes.

Pero no debemos olvidarnos, que las leyes son hechas por los hombres, por lo que, realmente, no puede reconocerse a tal afirmación sino el carácter de una verdad a medias, destacando también García Pelayo el antagonismo entre el *kratos* y el *nomos*, entre el poder y la norma, en el que el primero ha de someterse al segundo y en este punto también olvida que la norma es fruto del poder y que en el sistema europeo continental, este poder es bastante absoluto y se encuentra muy concentrado en los partidos políticos.

Señala que la noción de Estado Derecho tiene cerca de dos siglos de existencia como fruto tardío de la Ilustración, que se configuró, en sus orígenes, como un amplio programa político del Liberalismo progresista, típico de la burguesía en ascenso pero que va perdiendo cada vez más en abstracción y amplitud de horizonte intelectual para ganarlos en precisión y tecnicidad, al objeto de garantizar la seguridad a la burguesía consolidada frente a las injerencias del Estado.

Considera que quienes primero acuñaron la expresión fueron Kant y Humboldt como el

---

<sup>963</sup> Resulta de mayor impacto informativo un atentado terrorista en Nueva York o en Londres que otro que causen igual número de víctimas mortales en Irak o Afganistán e incluso cuando el número de víctimas sea el resultado de una multiplicación por 10 o por 100, lo que nos lleva al tercer aspecto, que la información pueda volverse tendenciosa por su interés de controlar y conducir a esa opinión pública, por la experiencia que tenemos del pasado con muchos menos medios que los actuales.

<sup>964</sup> Dário Moura Vicente, *Direito comparado*, V. I, *Introdução e Parte Geral*, Almedina, 2011, pp. 379-383.

establecimiento de un orden jurídico destinado a asegurar las condiciones exteriores para la vigencia de la libertad, la igualdad y la participación en la formación de la ley, excluyendo de su ámbito toda actividad Administrativa salvo la beneficiencia.

En el segundo tercio del s. XIX se produjo lo que califica realización de otros fines humanos racionales, es decir, que además de establecer y garantizar un orden jurídico, que deja a la libre consecución de sus objetivos a los ciudadanos existen otros cometidos propios de una actividad Administrativa, que va destinada a lograr aquellos fines necesarios para la existencia humana pero que está más allá de las posibilidades de los individuos individualmente considerados o la ordinaria actividad de sus organizaciones privadas.

A partir del último tercio del s. XIX se desarrolla lo que considera una tercera etapa del denominado Estado de Derecho, que muy bien puede ser establecido con Mayer en la legítima aspiración de hacer del Derecho Administrativo un verdadero Derecho y no solo de los ciudadanos contra el Estado como fisco sino también en su dimensión pública, de manera que el Estado de Derecho sea el Estado de Derecho Administrativo bien ordenado.

En este sentido entiende que solamente existe un Estado legal de Derecho cuando existe una jurisdicción contencioso-administrativa y un Estado Constitucional de Derecho cuando existe una jurisdicción Constitucional, ya que un Derecho que no puede postularse ante los Tribunales no es un verdadero Derecho y en ese sentido entiende que tras la II Guerra Mundial se abre paso la tendencia de considerar a la Constitución como una verdadera norma jurídica y, por lo tanto, dotada de las garantías jurisdiccionales<sup>965</sup>.

Manuel Gonçalves Ferreira Filho señala que el Constitucionalismo moderno se construye en torno a la idea de una ley suprema establecida por el pueblo en un documento solemne, que constituye una condición de validez de todos los actos emanados del Estado sobre la base de constituir la cúpula de su orden jurídico, de manera que la Constitución es la ley suprema y debe prevalecer sobre los actos que la contradigan, extremo que fue expuesto por primera vez por el Juez Marshall en la Corte Suprema de los Estados Unidos en 1803, en el caso *Marbury versus Madison*, apuntando que el fundamento de su decisión constituye una implicación lógica de la idea de Constitución escrita, con la consecuencia de la tesis de la preferencia de la Constitución y, a *sensu* contrario, de la invalidez de la norma que la contradiga.

De esta manera, la Constitución pasa a ser la ley positiva de mayor rango que el resto, por lo que podemos considerar que la moderna idea de Constitución se consagró en 1803 cuando, por primera vez en la historia, una Constitución prevaleció frente a un acto normativo del Poder Legislativo, constituida como fuente de control concreto de constitucionalidad.

Más tarde surgirá el modelo abstracto que, originariamente, se desarrolló a través de la contribución que realizó Hans Kelsen en la Constitución Austriaca de 1920 y sus posteriores desarrollos funcionales que, originariamente, tenía por efecto la salvaguarda de la competencia de cada una de las entidades territoriales complejas, naciendo la justicia Constitucional como institución independiente para un control de legalidad abstracta en la Constitución italiana de 1947, Alemana de

---

<sup>965</sup> Manuel García Pelayo, *Obras completas*, V.III, Centro Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, pp. 3027-3039, publicado en su día con el título de *El Tribunal de Garantías Constitucionales en debate*, Fundación Friedrich Naumann, Lima, 1986, pp. 23-34.

1949, Portuguesa 1976 y Española de 1978 y dominando hoy el viejo Continente por entero.

Pero este control abstracto de legalidad puede considerarse que crea un poder y subvierte el sistema, ya que mientras que en el control concreto de constitucionalidad, realmente, la justicia no es un legislador negativo sino que no aplica leyes que van contra la Constitución, en el caso del control abstracto, sí que lo es y deja sin efecto lo aprobado por el Parlamento.

Mientras que en el caso del control concreto, los jueces manifiestan lo que dice la Constitución, con el sistema abstracto establecen cómo es la Constitución, lo que afecta a la división de poderes intuida por Locke y teorizada por Montesquieu, que se incluyó en la bandera del Constitucionalismo de la mano del artículo 16 de la Declaración derechos del hombre y del ciudadano de 1789, que señala que no tiene Constitución la sociedad en que no estuviesen garantizados los derechos ni establecida la separación de poderes.

Por ello entiende que el Tribunal Constitucional podría ser una especie de poder moderador imaginado por Constant y que pudiera haber inspirado a Duverger en el papel que desempeña el Presidente de la V República Francesa, destacando que Montesquieu señalaba, realmente, que los poderes debían estar “concert...”, que los poderes anduviesen concertados, de manera que no causa ninguna quiebra la existencia de este cuarto poder, que donde presenta verdadera trascendencia es en el propio concepto existencial de la democracia como método de gobierno, al afectar a las decisiones adoptadas por los representantes electos por el pueblo.

Sin embargo, esta situación podría determinar una falta de legitimidad Constitucional y por ello entiende, a la vista del conjunto, que la democracia actual deba considerarse como un gobierno mixto, en el sentido expresado en la antigüedad tanto por Aristóteles como por Cicerón, al ser una forma de gobierno en que se combinan elementos extraídos de formas puras como la monarquía, la aristocracia o la democracia, que con estas figuras moderadoras, como puede serlo el Presidente de la República, que puede representar un elemento aristocrático y la justicia Constitucional, merced a su nombramiento, no por elección sino por mérito<sup>966</sup>.

En palabras de García Enterría, la palabra Estado es extraña al Derecho inglés y mucho más el concepto: la Corona hace referencia a la organización administrativa; el Parlamento es el órgano del pueblo y los Tribunales son órganos o expresión del derecho de la tierra pero sin reconocer un ser superior y común<sup>967</sup>.

Tal y como señala Muñoz de Baena, la crisis del Medioevo tardío trajo los sismos, constituyendo los antecedentes de la teoría del Estado, del Derecho Público y de los derechos subjetivos en los que desenvuelven los derechos de los sujetos a través de la voluntad, dando lugar a la construcción de la subjetividad jurídico-política contemporánea, que tiene como hitos esenciales la cultura Ilustrada francesa de base jacobina y la teorización germana. Los derechos naturales del Iusnaturalismo se convierten en derechos públicos subjetivos en el Positivismo, apareciendo la voluntad en las Iglesias Reformadas, el individualismo transmutado en colectivismo por obra del pacto social, con un derecho subjetivo garantizado por la soberanía absoluta.

---

<sup>966</sup> Manuel Gonçalves Ferreira Filho, “O paradoxo da justiça constitucional” *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 2010, V. 51, pp. 17-24.

<sup>967</sup> Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, V. I y II, cuarta edición, editorial Civitas, 1988, pp. 24-30.

Construcciones teóricas que determinan la negación de cualquier instancia ajena al Estado bajo las reglas jurídico-administrativas y que Marx expondrá claramente: “la posición abstracta y consciente entre la vida del pueblo y del Estado es exclusiva del mundo Moderno, la Edad Media es el dualismo real, la Moderna la abstracta”<sup>968</sup>.

La personificación del Estado bajo fórmulas privadas de la Pandecística fue rellenada de estructuras jurídico-política vaciándola de su contenido político que se pretenden neutralizar en lo jurídico mediante la construcción de los derechos públicos subjetivos, subjetividades que se autolimitan y se retroalimentan, ya que no hay derechos fuera del Estado.

La purificación del poder soberano presentada por los publicistas alemanes neutraliza el aspecto político en el Derecho y Kelsen llevará al extremo de la abstracción y autorreferencia : el matrimonio no se considera un acto referido a las relaciones de diverso contenido entre los individuos sino una serie de normas, un modo vacío de realidad en estricto cumplimiento del método kantiano. La subjetividad no es ya el dato previo sino el resultado de la imputación del sistema jurídico que ni siquiera requiere la voluntad del imputado sino el mandato de quien imputa como basado en la voluntad imputada abstracta del sujeto, no el ser humano concreto sino una abstracción levantada sobre él, que se desplaza de continuo con una creciente separación de lo real.

Todo lo expuestos alcanza su punto álgido en la disolución de lo político en lo jurídico, con la juridificación del poder soberano, de manera que la subjetividades de la Modernidad aparentemente contrapuestas, estructuralmente se identifican, al ser la persona jurídica Estatal la causa eficiente y formal de los derechos de los súbditos, siendo el Estado Moderno iuscéntrico en palabras de García Pelayo<sup>969</sup>, lo cual puede incluso determinar el concepto de ley formal, de manera que se llega a identificar Estado y Administración, y de esta manera el conjunto de derechos subjetivos abandona la construcción iusnaturalista para instalarse en la autorreferencia jurídica con las tensiones entre el sujeto estatal e individual, que explicaría el tránsito de los derechos subjetivos a los derechos fundamentales, autolimitándose el Estado sobre la base de las normas jurídicas por las que se rigen y transmutando, de esta manera, lo político en lo jurídico, plenamente la legislación de la razón al modo kantiano<sup>970</sup>.

---

<sup>968</sup> Karl Marx, *Critica de la filosofía del Estado de Helgel*, traducción y notas de José María Ripalda sobre la edición de 1927, Biblioteca Nueva, 2002 ( 1843), p. 102.

<sup>969</sup> Manuel García Pelayo, *Burocracia y tecnocracia*, Madrid, Alianza, 2ª reimpresión 1987 (1974), pp. 28 y sgts.

<sup>970</sup> José Luis Muñoz de Baena Simón, *La abstracción del mundo. Sobre el mal autoinmune de la juridicidad moderna*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018.

## A. LAS LEYES: SU ELEVADO NÚMERO, SU DEBIDA CALIDAD Y CLARIDAD Y SU INCUMPLIMIENTO

### - SU ELEVADO NÚMERO

Si el Estado de Derecho consiste en dictar leyes y reglamentos, sin duda, España se encuentra a la cabeza de Europa<sup>971</sup>.

Dictar leyes parece en la actualidad, el bálsamo de Fierabrás.

Cuando existe algún problema, de la naturaleza que sea, normalmente provocado porque se dice que las leyes no se aplican correctamente, rápidamente el partido político en el poder alega que, en breve, presentará un proyecto de ley para resolver la cuestión, quedando el escándalo aparcado y la sociedad aparentemente feliz y tranquila con esta situación, lo que parece ser un fruto más del normativismo con el que se pretende tener totalmente anestesiada a la sociedad<sup>972</sup>.

Dice el artículo 1. 7 del Código Civil que los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver, en todo caso, los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido. El sistema de fuentes establecido es, por lo tanto, completo y lo que no está en la ley o en la costumbre, incluyendo la analogía cuando es posible su aplicación, debe resolverse de acuerdo con los principios generales del Derecho, de los que puede y debe extraerse una respuesta.

---

<sup>971</sup> Alejandro Nieto *La "nueva" organización del desgobierno*, Ariel, 1996, p. 176.

<sup>972</sup> Uno de los principios esenciales en nuestro sistema jurídico ha devenido el de la igualdad entendida en un doble sentido: a través de la determinación de la respuesta que han de dar los Tribunales de justicia, regulándose a través de ley las situaciones más diversas, así como de su aplicación igualitaria, para lo que se pone en marcha el recurso de casación como revolucionario *ius constitutionis* y aunque con ello nos olvidemos de la real función del juez a lo largo de su historia; siendo una especie de pecado venial también no hacerlo (dependiendo de los casos y de la voluntad del Legislador) como pone de manifiesto la poca trascendencia que se le otorgó a la reforma del art. 110 de la Ley 29/1998, respecto de su redacción originaria y los denodados esfuerzos que se dice que se hacen para evitar procesos judiciales o la pasividad de la Administración en no cumplir la ley, y más en concreto con la defensa de la legalidad respecto de lo que debería de hacer la Administración y su obligación de revisar sus actos de gravamen declarados ilegales por el Tribunal Supremo y a que se refiere el artículo 109 de la Ley 39/2015 y ante ese incumplimiento de la Administración, si cualquier ciudadano solicita la devolución de ingresos indebidos obtendrá un resultado completamente negativo, lo que tendrá el respaldo del Tribunal Supremo, como se expondrá con detalle en su lugar. Los apóstoles de la igualdad defendieron con saña el sistema instaurado por la ley Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, que prácticamente en su totalidad se declaró conforme por el Tribunal Constitucional en su STC 181/2000 de 29 de junio desde una perspectiva completamente de los derechos como los conferidos pero la Ley 35/ 2015, de un día para otro, ya que según su disposición transitoria única, el sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, que establecía se aplicaría, únicamente, a los accidentes de circulación que se produjesen tras su entrada en vigor y para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación ocurridos con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley subsistirá y será de aplicación el sistema recogido en el Anexo y en el Anejo del Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, y ello con un espectacular aumento de las indemnizaciones respecto a la media del periodo 2005 a 2011, según los daños causados en cada accidente de circulación, que se modificaron con un incremento de un 50% de media en caso de fallecimiento, por secuelas se incrementaron un 35% de media o por lesiones se incrementaron un 12,8% de media; algunas como las de hijos mayores de 25 años más del 100%, sin que nadie haya dicho nada sobre la igualdad de ser atropellado hoy o ayer, que parece ser tampoco afecta a la igualdad.

Se decía en Roma que jamás anduvo tan mal la República como cuando hubo tantas leyes y Tácito, que cuanto más corrupto es el Estado más leyes existen, de ahí que la proliferación legislativa contribuya a la corrupción.

La multitud de normas que existen en la actualidad en nuestro ordenamiento jurídico constituyen un grave problema debido, no sólo a la multiplicidad de su origen: Estatal, Autonómico, Local y Comunitario, lo que explicaría no solo la dificultad sino la imposibilidad de usar brújula para un tránsito seguro, llegando la situación a tal extremo, que los juristas prácticos como los abogados en ejercicio, por ejemplo, cuando tienen que resolver un problema derivado de la aplicación de normas, es habitual que tenga que solicitar del cliente, que se las traiga debajo del brazo para poderlas conocer.

Las razones de este desatino normativo son diversas, ya que, por un lado, hay Comunidades Autónomas que no tienen una base de datos completa. El BOE no publica normas Autonómicas reglamentarias; no siempre es posible saber quién hace las bases de datos privadas y en qué fecha se pusieron al día por última vez, de ahí que su fiabilidad sea discutible, y cuando se trata de bases de datos solventes, en muchas ocasiones, no se sabe si la normativa se presenta consolidada con sus modificaciones o si se incluyen los desarrollos reglamentarios.

En fin, la búsqueda de las normas vigentes se ha convertido en un ejercicio que requiere alta capacitación y en no pocas ocasiones, tiempo y paciencia, y siempre para llegar a resultados inseguros.

Los aplicadores del Derecho suelen conformarse con esta situación, culpando de la misma a la complejidad de los ordenamientos jurídicos actuales y, en particular al nuestro, pero el diagnóstico es equivocado, ya que aunque el universo de las normas vigentes se ha globalizado y ensanchado también debería considerarse que no hay un solo Estado respetuoso con su Derecho, sea federal o centralizado, que ponga las cosas tan difíciles a los destinatarios de las normas y lo que ocurre con la jurisprudencia no es mejor<sup>973</sup>.

Una parte de la doctrina científica considera que esta hipertrofia legislativa puede resultar una consecuencia de la mentalidad de la Modernidad y una más de las relacionadas con el tema de esta obra, consecuencia del modelo social derivado de la Revolución Francesa.

La primera que vamos a desarrollar se enlaza más directamente con la ideología española y alemana, ya que el idealismo pretende suplantar la realidad, negarla incluso y pretender modificarla vía Decreto, como una cuestión relacionada con la pérdida del paraíso original y para alcanzar tal arcadia ideal a través de la refundación de España: un borrón y cuenta nueva que queda constantemente en agua de borrajas y da lugar a la orgía llamada legislativitis, que multiplica hasta la exageración las reformas legales, con la inútil esperanza de recrear al país y a sus gentes con él<sup>974</sup>.

---

<sup>973</sup> Santiago Muñoz Machado, "Ideas y propósitos", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, número cero, octubre, 2008, pp. 7 y 8.

<sup>974</sup> Como ya se ha dicho más atrás se trata de una especie de adanismo como mito religioso del Renacimiento, que permite parar el reloj de la historia para ponerlo a cero y volver a empezar de nuevo, escribiendo nuevos códigos legales que recrearán la sociedad como si esta fuera una página en blanco.

Esto es lo que hace el gobernante español, que cree que se puede empezar a escribir la historia de nuevo, como si fuera una especie de pequeño Dios creador, pretendiendo modificar la sociedad por Decreto-Ley con los constantes programas de refundación política.

Todo ello, multiplicado por diecisiete en el Estado de las Autonomías, haciendo que compitan y se enfrenten entre sí para ver cuál de ellas es más singular, más auténtica más verdadera, más diferente o más real de todas ellas con la vana

La otra causa deviene del afán de la ley de adueñarse del Derecho, ánimo totalizador por el que no se conforma con ser organizador del poder sino que pretende ser una constitución social, organizando la propia vida de la sociedad sobre la base de sus principios y presentando al Derecho, no como una emanación de la comunidad sino como conformadora de la misma, de acuerdo con los principios que impone, dando lugar a una proliferación legislativa impresionante<sup>975</sup>.

El fenómeno de la proliferación legislativa se ve acrecentado por la derogación general legislativa del Gobierno anterior y más recientemente la *damnatio memoriae*, que tradicionalmente consistía en destruir las estatuas o en borrar las inscripciones de los documentos y, en definitiva de la historia, de alguien a quien no se consideraba digno de ser inmortal y que actúa a través de dos mecanismos.

Por un lado se calla todo aquello que no se quiere recordar y, por otro, se silencian los logros de aquellos cuya reputación se desea olvidar y si ello se hace a través de medidas legislativas, indudablemente, convierten a los Tribunales de Justicia en policía de opinión<sup>976</sup>, de tan lamentable recuerdo. No debe perderse de vista el costo económico que supone este exceso legislativo.

Tenemos aproximadamente 2.000 legisladores, lo que supone una carga excesiva para el erario público, habiéndose demostrado en la Unión Europea, que se puede legislar con pocos legisladores y que al igual que sucede con las Diputaciones Permanentes de las Cámaras Legislativas o las Comisiones de Investigación puede darse en los Parlamentos, sin que se afecte a la sustancia lo que se

---

esperanza de que adopte una nueva apariencia exterior, más cercana al soñado ideal de la utopía, pero siempre se trata de ensoñaciones literarias ajenas a la realidad erigiéndose las palabras en sustitutos de las cosas y aunque que se ha perdido la fe en la violencia revolucionaria se continua creyendo en las virtudes reformistas del jacobinismo implanta nuevas ordenanzas venturosas y benéficas dictadas por decreto desde arriba. Enrique Gil Calvo, *La ideología española*, ediciones Nobel, 2006, pp. 144 y 158 sgts.

<sup>975</sup> Hasta los años 30 del s. XX, en Francia, se habían promulgado desde la Revolución más de 250.000 y desde 1870 a 1914, durante la Tercera República, 100.000, siendo evidente que la proliferación no ha hecho otra cosa que acelerarse. Miguel Ayuso, *Constitución el problema y los problemas*, Marcial Pons, 2016, p. 102.

<sup>976</sup> Al grito de “¡Viva Francia!” y los aplausos del público de la tribuna en pie, la Asamblea Nacional francesa aprobó el 22 de diciembre de 2011, con 106 votos a favor y solo 19 en contra, y el respaldo de los grandes partidos políticos, una propuesta de ley del partido socialista para castigar penalmente como delito la negación del genocidio armenio de 1915, que había sido reconocido por Francia en 2001, junto con otros veinte países ( hoy son 27) y se convirtió así en el segundo genocidio reconocido por ley en Francia, tras el holocausto, que ya estaba penado por otra normativa de 1990, lo que ratificó la Cámara Alta el 23 de enero de 2012 con 127 votos a favor y 86, y ello tras las protestas oficiales de Turquía y de la prensa turca, que negaban la muerte de un millón y medio de armenios por parte de los turcos, ya que rebajaban los muertos a 300.000 y en el marco del magnicidio de la 1ª Guerra Mundial, del apoyo ruso y de falta de planificación del Estado y que podría haber sido castigado en Francia con un año de prisión y una multa de 45.000 euros, de no haber sido anulado por el Consejo Constitucional francés por las reticencias de algunos diputados y senadores, que decidieron presentar un recurso ante el Consejo Constitucional, que considera que al pretender “reprimir la puesta en duda de la existencia y de la calificación jurídica de crímenes que él mismo hubiera reconocido o calificado como tales”, el legislador vulnera el derecho constitucional “al ejercicio de la libertad de expresión y de comunicación”.

Una corte de Suiza había condenado en 2007, al político turco Dogu Perinçek por negar el genocidio armenio en una conferencia realizada en dicho país en el año 2005, lo que tras la desestimación de la apelación en 2008 llevó el caso al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que sentenció, a finales de 2013, que la condena de la Corte suiza violaba el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos sobre la libertad de expresión, y rechazando la defensa del Estado suizo, razonaba que solamente 20 de los 190 países independientes en el mundo reconocen los eventos de 1915 como un genocidio, haciendo referencias a la postura turca oficial sobre el tema. El 15 de octubre 2015, La Gran Sala confirmó la decisión de que Suiza había violado el derecho del Perinçek a la libertad de expresión.

Durante la Revolución Francesa se vivieron momentos espeluznantes respecto del sacrilegio de reyes y nobles enterrados, en la labor absurda e ingrata de esconder la realidad y la historia.

acuerde<sup>977</sup>.

De otro lado, se produce el efecto de las denominadas constituciones de papel en frase de Balmes, fenómeno con el que denominaba el supuesto de multitud de leyes existentes que carecen de virtualidad práctica, en tanto que regulan, pormenorizadamente, instituciones que no se aplican ( los censos reservativos, consignativos y enfiteuticos, por ejemplo), mientras que se asiste , con estupor, a instituciones que se aplican de forma muy generalizada, por ejemplo, la cautela sociniana, que se recoge en más del 90% de los testamentos y su existencia debe deducirse de forma indirecta y muy problemática en cuanto a sus efectos.

## - LA CALIDAD DE LAS LEYES: LOS PREPARATIVOS

Desde 2005 se impulsaron en la Unión Europea, la adopción de mecanismos para mejorar la calidad de las normas, con el fin de aumentar la eficiencia y la competitividad y elevar la seguridad jurídica, lo que dió lugar a que España dictara el Real Decreto 1083/2009, que estableció la obligación de que toda nueva norma llevara una memoria de análisis de impacto normativo (MAIN), en la que debería explicitarse la oportunidad y objetivo de la norma, el análisis pormenorizado de los aspectos normativos que quedan derogados, y su impacto económico y presupuestario.

La versión definitiva de la memoria debería, además, incluir las consultas realizadas en los trámites de audiencia y los informes o dictámenes exigidos durante su tramitación.

En la Ley 2/2011 de Economía Sostenible se insiste en la importancia de este análisis de impacto y se precisan sus contenidos pero la realidad es bien diferente puesto que la obligación de explicitar el objetivo de la norma se suele liquidar con un par de frases, que se escriben después de estar finalizado su articulado y de haber cerrado la discusión dentro de los órganos que finalmente la proponen y la memoria económica, en la mayoría de los casos, se limita al impacto presupuestario, sin apenas referencias al impacto sobre los agentes económicos.

Respecto a la relación con normas previas, es más frecuente la coletilla genérica en la propia disposición “quedan derogadas las normas de igual o inferior rango que contradigan la presente disposición”, que un análisis detallado en la memoria de los aspectos normativos que quedan derogados, lo que no hace sino añadir inseguridad jurídica.

Podría argumentarse que para la elaboración de buenas MAIN sería necesario unas capacidades analíticas en los órganos de la Administración mayores de las existentes, lo cual puede ser cierto y redundante en la necesidad de mejorar la calidad de la Administración Pública, tan deteriorada en los últimos lustros.

El órgano que supuestamente estaba destinado para la evaluación de las políticas públicas fue creado en 2006, la Agencia de Evaluación de Políticas Públicas (AEVAL), pero estuvo desvirtuado prácticamente desde su origen<sup>978</sup>.

---

<sup>977</sup> José María Boquera Oliver, “Los legisladores”, *Derecho Constitucional para el siglo XXI*, Actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, T. I, 2006, pp. 427-431.

<sup>978</sup> Surgió sin apenas recursos y sin una cabeza clara que impulsara su desarrollo y enseguida se trató de convertirla en una agencia de evaluación de la calidad de los servicios públicos, algo muy distinto de la evaluación de regulaciones, normas y

Es decir, se produce el fraude constante de la falta de relación entre la apariencia y la realidad, ya que se crea el órgano y desde su inicio se le vacía de contenido, pero ya se puede exhibir la existencia de la Agencia como una (falsa) prueba de innovación legislativa.

Ya se puede rellenar con una X la casilla correspondiente en el cuestionario de examen de la OCDE, pero en realidad, la institución que se confiesa tener en vigor es una agencia zombi.

## - LA CLARIDAD DE LAS NORMAS

La STC 150/1990 (f.jdco 2º) señala que no cabe subestimar la importancia que para la certeza del Derecho y la seguridad jurídica tiene el empleo de una depurada técnica jurídica en el proceso de elaboración de las normas, singularmente en aquellas, que regulan actos y relaciones jurídicas en masa, y que afectan y condicionan la actividad económica global de todos los ciudadanos.

Los principios de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos exigen que la norma sea clara para que los ciudadanos sepan a qué atenerse ante la misma, de ahí que resulte inexcusable en este contexto, el esfuerzo del legislador, tanto Estatal como Autonómico, por dictar una normativa comprensible para los ciudadanos a los que va dirigida.

Una legislación confusa, oscura e incompleta dificulta su aplicación, y además de socavar la certeza del Derecho y la confianza de los ciudadanos en el mismo, puede terminar por empañar el valor de la justicia.

Por ello, si en el contexto ordinamental en que se inserta, y teniendo en cuenta las reglas de interpretación admisibles en Derecho, el contenido o las omisiones de un texto normativo produjeran confusión o dudas que generaran en sus destinatarios una incertidumbre razonablemente insuperable, acerca de la conducta exigible para su cumplimiento o sobre la previsibilidad de sus efectos, podría concluirse que la norma en cuestión, infringe el principio de seguridad jurídica<sup>979</sup>.

Un ejemplo paradigmático del fenómeno al que nos estamos refiriendo lo constituye la determinación de la base imponible de los Impuestos de Transmisiones Patrimoniales, Actos Jurídicos Documentados, Sucesiones y Donaciones, el valor real del bien, lo que es igualmente predicable de todos aquellos supuestos en que en las leyes tributarias utilizan el concepto de valor real, de mercado o normal de mercado<sup>980</sup> con los perversos efectos que en los principios de eficacia y eficiencia con que deben actuar los poderes públicos produce la proliferación de los recursos administrativos y actividades que deben desarrollar las Administraciones Públicas en tales comprobaciones de tales valores, que provoca, solo en materia de control, el trabajo de aproximadamente el 40% de los TEARE

---

políticas.

<sup>979</sup> Puede consultarse, por su carácter ilustrativo el trabajo de Clemente Checa González, “La inseguridad jurídica en la esfera tributaria: causas de la misma y perniciosos efectos que genera”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, n.º 36, 2020, pp. 165-218.

<sup>980</sup> Art. 25 de la LITPAJD, a efectos de integrar la base imponible en determinadas operaciones societarias, art. 34.1.b de la LIRPF para la determinación de pérdidas o ganancias patrimoniales, art. 79.5 de la LIVA en las operaciones entre una entidad que sea empresario o profesional y adquiera de sus socios o art. 16 LIS para la valoración de los negocios entre entidades vinculadas.

y una parte muy sustancial de los Tribunales de Justicia<sup>981</sup>.

Hay conceptos que tienen difícil definición, y el legislador, inexplicablemente, en vez de eliminarlos del ordenamiento jurídico por el riesgo que entrañan para la seguridad jurídica, los hace perdurables y los sitúa por encima de las modificaciones legales.

En vez de eliminarlos, que sería la postura correcta, vacía de sentido el concepto, los mantiene como *flatus vocis* y los configura como el resultado exacto de una operación matemática.

Entre los casos en que ello sucede podemos traer especialmente a colación aquellos supuestos en los que se emplean valores como base imponible<sup>982</sup>. Pero entiendo que todavía es peor, la táctica que se ha utilizado en algunos impuestos que usan un valor como base imponible, que no ha sido el de vaciar de sentido el concepto sino una parecida, al no definir éste el legislador, deficiencia, que mal que bien, la deben ir supliendo la Administración y los Tribunales de Justicia<sup>983</sup>.

---

<sup>981</sup> El Defensor del Pueblo se vino haciendo eco, en los diversos informes anuales, de la problemática que plantea la utilización de conceptos jurídicos indeterminados para la cuantificación de la base imponible de estos impuestos; así en el del año 2000, después de censurar las resistencias de las Administraciones Autonómicas a cumplir con sus obligaciones legales de carácter formal en las comprobaciones de valores, reiteraba la insostenible inconstitucionalidad de mantener el valor real como base imponible de estos impuestos, concepto jurídico indeterminado fijado discrecionalmente por la Administración.

La Secretaría de Estado de Hacienda, teniendo como telón de fondo la STC 194/2000 de 19 de julio, consideraba adecuado dictar un Real Decreto de valoraciones, como se hace con los vehículos, el cual tendría presente el valor catastral. Los inconvenientes de tal elección se ponen todavía más de manifiesto, cuando la cifra que arroja tan largo y costoso procedimiento, lejos de ser incontrovertible, no es más que un parámetro dentro de los varios posibles, como señala la STC citada.

<sup>982</sup> Julio Banacloche Pérez, *Impuestos*, nº 5, La Ley, marzo, 2010, pp. 1 y sgts.

<sup>983</sup> En el sentido de lo que se dice se encuentra la Ley 11/2021, de 9 de julio, de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal, de transposición de la Directiva (UE) 2016/1164, del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior, de modificación de diversas normas tributarias y en materia de regulación del juego establece en el artículo cuarto la modificación de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones y se introducen las siguientes modificaciones en la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones: Uno. Se modifica el artículo 9, que queda redactado de la siguiente forma: «Artículo 9. Base imponible....2. A efectos de este impuesto, salvo que resulte de aplicación alguna de las reglas contenidas en los siguientes apartados de este artículo o en los artículos siguientes, se considerará valor de los bienes y derechos su valor de mercado. No obstante, si el valor declarado por los interesados es superior al valor de mercado, esa magnitud se tomará como base imponible. Se entenderá por valor de mercado el precio más probable por el cual podría venderse, entre partes independientes, un bien libre de cargas. 3. En el caso de los bienes inmuebles, su valor será el valor de referencia previsto en la normativa reguladora del catastro inmobiliario, a la fecha de devengo del impuesto. No obstante, si el valor del bien inmueble declarado por los interesados es superior a su valor de referencia, se tomará aquel como base imponible. Cuando no exista valor de referencia o este no pueda ser certificado por la Dirección General del Catastro, la base imponible, sin perjuicio de la comprobación administrativa, será la mayor de las siguientes magnitudes: el valor declarado por los interesados o el valor de mercado.

En igual sentido se produce la modificación del Artículo sexto. Modificación del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre. Se introducen las siguientes modificaciones en el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre:.... Dos. Se modifica el apartado 1 del artículo 10 y se añaden tres nuevos apartados, 2, 3 y 4, que quedan redactados de la siguiente forma, pasando el actual apartado 2 a numerarse como 5: «1. La base imponible está constituida por el valor del bien transmitido o del derecho que se constituya o ceda. Únicamente serán deducibles las cargas que disminuyan el valor de los bienes, pero no las deudas aunque estén garantizadas con prenda o hipoteca. A efectos de este impuesto, salvo que resulte de aplicación alguna de las reglas contenidas en los apartados siguientes de este artículo o en

## - EL INCUMPLIMIENTO DE LAS LEYES

Podría pensarse que los españoles no tenemos conciencia de que las leyes han de ser cumplidas, que son entretenimientos de políticos y Parlamentarios para justificar su existencia y así sucede en todos los terrenos<sup>984</sup>.

Es evidente que en un Estado de Derecho, las normas deben ser cumplidas para tener una eficacia real y para que exista un convencimiento en la ciudadanía y en los poderes públicos de que esto es así, es necesario que, efectivamente, se cumplan, constituyendo un agravio comparativo, que unas veces se cumplan y otras no.

Considera Alejandro Nieto que el grado de incumplimiento supera, con mucho, los índices de tolerancia de cualquier país civilizado, en un Estado fuera de la ley, que dificulta la convivencia social y la realización de las tareas públicas; incumplimiento formal que obliga al Estado a acudir a remedios extraordinarios que complican aún más la situación, como sucede con los casos de las leyes fiscales y las amnistías fiscales<sup>985</sup>, que producen un agravio comparativo y la sensación de que los ciudadanos tienen que pagar lo suyo y lo del defraudador, lo que contribuye a aumentar la tendencia a defraudar.

---

los artículos siguientes, se considerará valor de los bienes y derechos su valor de mercado. No obstante, si el valor declarado por los interesados, el precio o contraprestación pactada o ambos son superiores al valor de mercado, la mayor de esas magnitudes se tomará como base imponible. Se entenderá por valor de mercado el precio más probable por el cual podría venderse, entre partes independientes, un bien libre de cargas. 2. En el caso de los bienes inmuebles, su valor será el valor de referencia previsto en la normativa reguladora del catastro inmobiliario, a la fecha de devengo del impuesto. No obstante, si el valor del bien inmueble declarado por los interesados, el precio o contraprestación pactada, o ambos son superiores a su valor de referencia, se tomará como base imponible la mayor de estas magnitudes. Cuando no exista valor de referencia o este no pueda ser certificado por la Dirección General del Catastro, la base imponible, sin perjuicio de la comprobación administrativa, será la mayor de las siguientes magnitudes: el valor declarado por los interesados, el precio o contraprestación pactada o el valor de mercado.

<sup>984</sup> El mejor ejemplo de comprobar los efectos en la opinión pública en esta cuestión lo constituye lo sucedido en el año 1995 respecto de los requisitos necesarios que habrían de cumplir los clubes de fútbol para su pertenencia en la Primera División, que se sujetaba a determinados requisitos formales, entre ellos, la constitución societaria y la aportación de capital social, algo perfectamente sabido por todo el mundo incluso por quienes carecían de conocimientos jurídicos por la popularidad de este deporte pero llegado el día fatídico resultó que dos importantes club no habían realizado tales imperativos legales, ninguna duda interpretativa se planteaba por lo que fueron descendidos por resolución administrativa a Segunda División.

A pesar de la claridad de lo acordado y de su perfecto encaje en la ley, a nadie se le pasó por la cabeza que la decisión administrativa llegaría a ser efectivas. Los españoles consideraban que la ley era un papel mojado y la amenaza del descenso una simple fanfarronada jurídica, de manera que se movilizaron los socios, se organizaron manifestaciones callejeras y se paralizaron las resoluciones como si el incumplimiento de las normas fuese una cosa natural en un Estado de Derecho, como si las normas no debieran ser cumplidas, de forma que efectivamente tales equipos volvieron de nuevo a la Primera División.

<sup>985</sup> El artículo decimotercero de Ley 11/2021, de 9 de julio, de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal, de transposición de la Directiva (UE) 2016/1164, del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior, de modificación de diversas normas tributarias y en materia de regulación del juego establece la modificación de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria. Se introducen las siguientes modificaciones en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria: Uno. Se modifica el apartado 1 del artículo 3, que queda redactado de la siguiente forma: «1. La ordenación del sistema tributario se basa en la capacidad económica de las personas obligadas a satisfacer los tributos y en los principios de justicia, generalidad, igualdad, progresividad, equitativa distribución de la carga tributaria y no confiscatoriedad. A estos efectos, se prohíbe el establecimiento de cualquier instrumento extraordinario de regularización fiscal que pueda

El funcionario más sincero y celoso se encuentra incapaz de acertar en esta situación y los medios de comunicación nos cuentan historias sorprendentes, al sancionarse lo que, frecuentemente es común y tolerado, y de esta manera aparece la acción legal o amenaza de cumplimiento de la ley como un castigo gravísimo, que coloca a todos los ciudadanos en la indefensión más completa, puesto que no parece lógico protestar por ello, produciéndose lo que se denomina el desdoblamiento del Estado en dos niveles: el llamado Estado de Derecho, que es una entelequia habitada por académicos, políticos, funcionarios y gente de curia, y el Estado real, donde viven los ciudadanos que operan sumergidos en la situación anterior.

Aunque son dos mundos diferentes no son enemigos, ya que el Estado de Derecho conoce la existencia del otro nivel, en el que solo interfiere de manera ocasional para exhibir su autoridad o para levantar fondos, pues tiene conciencia de que sus intervenciones oficiales perturban el funcionamiento de la sociedad.

Por ello, la función que desempeñan las leyes, nada tiene que ver con lo que se dice pomposamente en las normas jurídicas y en los libros de Derecho, no siendo armas de combate de uso cotidiano sino aparejos de torneo ritual que se utilizan ocasionalmente, apareciendo, de esta manera, el adagio Medieval de obedécese mas no se cumpla.

Es esta una situación feliz para los poderosos o para quienes pertenecen a un grupo que les protege pero grotesco para el modelo Constitucional y lamentable para los ciudadanos aislados que no tiene un patrón personal o grupal que les defienda<sup>986</sup>.

Un jurista continental, Luigi Ferrajoli, describe la crisis de legalidad o del valor vinculante asociado a las reglas de los titulares de los poderes públicos y la ausencia efectiva de controles y, por tanto, de la variada y vistosa fenomenología de la ilegalidad en países tales como España, Italia o Francia, donde las numerosas investigaciones judiciales han sacado a la luz gigantescos sistemas de corrupción que afectan a la política, la Administración pública o las finanzas, que han desarrollado un sistema paralelo de burocracia a través de los partidos políticos y los *lobbies*, que no han sido capaces de ser controlados por el Estado, dando lugar a una crisis en el Derecho y en la propia organización del poder público<sup>987</sup>.

Tal y como recogen Villoria e Izquierdo Sánchez y sobre la base del concepto de Ortega y Gasset de distinguir entre creencias e ideas, en el que de las primeras no se es consciente, destacan que si los

---

suponer una minoración de la deuda tributaria devengada de acuerdo con la normativa vigente». En la Exposición de Motivos de tal Ley se decía que el Tribunal Constitucional ya declaró inconstitucional en su sentencia 73/2017, de 8 de junio, la declaración tributaria especial establecida por la disposición adicional primera del Real Decreto-ley 12/2012, de 30 de marzo, por el que se introducen diversas medidas tributarias y administrativas dirigidas a la reducción del déficit público, por afectar a la esencia del deber de contribuir del mencionado artículo 31.1 CE, alterando sustancialmente el modo de reparto de la carga tributaria que debe levantar la generalidad de los y las contribuyentes en nuestro sistema tributario según los criterios de capacidad económica, igualdad y progresividad, y contradecir así la prohibición establecida en el artículo 86.1 de la Constitución. Conforme con lo anterior, se reconoce en la Ley General Tributaria la prohibición del establecimiento de cualquier mecanismo extraordinario de regularización fiscal que implique una disminución de la cuantía de la deuda tributaria, y, por tanto, una vulneración de los principios de ordenación del sistema tributario, plasmando así a nivel legal un claro parámetro de constitucionalidad, reconocido ya por el Alto Tribunal.

<sup>986</sup> Alejandro Nieto, *La nueva organización del desgobierno*, Ariel, Barcelona, 1996, pp. 180-185.

<sup>987</sup> Luigi Ferrajoli, "El derecho como sistema de garantías", *La crisis del derecho y sus alternativas*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, pp. 461 y sgts.

políticos creen que los otros políticos son corruptos y rompen las reglas del juego tienen muchos incentivos para jugar sucio y en esas circunstancias lo supuestamente racional es que muchos actúen de forma correcta e ilegal, lo que conduce a la percepción ciudadana generalizada de corrupción e ilegalidad en la esfera política y que los ciudadanos perciben, bien porque sufren dichos actos o porque los leen en los periódicos, lo que consolida la creencia generalizada del real desprecio de los políticos hacia la legalidad y con ello de su imagen de comportamiento hacia la ciudadanía en una perversa espiral de ilegalidad y deshonestidad.

Entienden estos autores que el Estado de Derecho es difícilmente compatible, a medio plazo, con una baja cultura de legalidad pues el incumplimiento generalizado de las normas y con ello las posibilidades de fraude y corrupción de los encargados de la aplicación de la ley determina la importancia formal de estos requisitos, de manera que la baja cultura de legalidad impide la seguridad jurídica y la primacía de la ley, de manera que el Estado de Derecho se convierte en meramente nominal o inexistente, lo que tiene su reflejo en la meritocracia de los cuerpos que forman el Estado, que a su vez afecta a la eficacia y eficiencia de la Administración, siendo característica de esta baja cultura de la legalidad, la toma de la Administración como botín<sup>988</sup>.

## **B. OTROS PRINCIPIOS ESENCIALES QUE DEBEN CUMPLIR : LAS LEYES SINGULARES, LAS QUE MODIFICAN EL MARCO NORMATIVO BAJO EL QUE SE DICTÓ DETERMINADA SENTENCIA Y LAS LEYES PLAN**

Desde que a finales del s. XIX aparecieron en Alemania las leyes formales, en el sentido de considerar tales, a las normas jurídicas que, simplemente, procedían del Parlamento, la despreocupación por su abstracción y generalidad ha sido creciente.

Han aparecido las leyes medida o plan que se ocupan de fijar unos objetivos o intenciones del partido político dominante a través del Parlamento, lo que además de la proliferación legislativa y el cambio de rumbo constante que imponen los partidos políticos radicales de uno y otro signo han determinado un desprestigio de la ley desde que alcanzó su cénit técnico con el espíritu Revolucionario francés, y ello aunque tal preocupación por las leyes ha existido desde los más remotos tiempos.

Para que pueda reconocérseles por tal nombre deberían cumplir una serie de principios y dada la crítica que se hace por parte de los más diversos autores de su excesivo número, escasa preocupación por su redacción, objetivos y finalidades que con ellas se pretende, pudiéndose señalar que la ley debe dirigirse a establecer una regulación coherente en una materia.

Su aprobación Parlamentaria no puede significar que se beneficien del carácter legal provisiones que se introducen en el último momento del procedimiento Parlamentario y como las leyes deben dirigirse a la consecución del bien común deben excluirse disposiciones vacuas o cándidas.

---

<sup>988</sup> Manuel Villoria Mendieta y Agustín Izquierdo Sánchez, *Ética pública y buen gobierno. Valores e instituciones para tiempos de incertidumbre*, Tecnos, segunda edición, 2020, pp. 467, 468, 476-478.

La ley ha de responder necesidades concretas y existentes, no imaginarias y ha de expresarse de manera clara, concisa, sin complejidades innecesarias ni generar conflictividades artificiales, debiendo creer en sí mismas por lo que no es factible su derogación o modificación inmediata<sup>989</sup>.

Las leyes son expresiones del Poder Legislativo y, en consecuencia, no deben contener actos administrativos, sin interferir ni desautorizar los pronunciamientos judiciales. Al afectar directamente esta cuestión a la función jurisdiccional nos ocuparemos expresamente en el apartado de las relaciones entre el derecho/ Derecho y el juez.

## - LA CUESTIÓN DE LAS LEYES SINGULARES

Por la relación que existe entre el Derecho (básicamente ley en términos Continentales) y los jueces, traeremos a colación dos fenómenos legislativos que hoy en día tienen cierta trascendencia y podría considerarse que invaden la legítima función que desempeñan los jueces, en la debida interpretación y aplicación del Derecho.

Nos referimos a las leyes singulares, que descansan sobre la base de la idea Revolucionaria de la supuesta y superior capacidad de la voluntad de la Nación, y que de esta manera pueden interferir, de manera directa, en la debida ejecución de una sentencia.

Muñoz Machado<sup>990</sup> menciona la tesis de Carl Schmitt, que consideraba que si al legislador se le permitiera usar las leyes para expedir órdenes, dictar mandatos concretos o producir actos administrativos o sentencias se generaría una especie de despotismo del Legislativo, que extinguiría la esencia de la división de poderes y la actuación ordenada del Estado de Derecho como sistema de organizar la convivencia jurídica.

La ley da cobertura para intervenir en la propiedad y la libertad pero las inmisiones concretas en estos dominios se producen por actos aplicativos (la intervención en la libertad y en la propiedad en el constitucionalismo no se produce por la ley sino con base en una ley).

Las leyes singulares tal y como señala la jurisprudencia del Tribunal Constitucional pueden vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva que, como derecho fundamental, recoge el artículo 24 de la Constitución Española, en su primera manifestación, como derecho de acceso a los tribunales y del debido control del principio de legalidad de la actuación administrativa y su sujeción al Derecho (arts. 103 y 106 de la CE), por lo que es una cuestión muy interesante, con relación a la debida separación de poderes del Estado, el control de unos sobre otros, la tutela judicial efectiva y la lucha contra las inmunidades del poder.

Como es sabido, las leyes son normas jurídicas que constan, por una parte de la norma, es decir, señalan una pauta general de comportamiento y, por otro lado, de un mandato jurídico, de unas consecuencias generales y abstractas, lo que, en principio y conceptualmente, es contrario a las leyes singulares. Es decir, que a hechos singulares y concretos se apliquen consecuencias jurídicas aprobadas

---

<sup>989</sup> Mercedes Fuertes, "Once tesis y una premática para restablecer la dignidad de la ley" *Revista de Administración Pública*, 177, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, pp. 119-155.

<sup>990</sup> Santiago Muñoz Machado, *La reserva de jurisdicción*, la Ley, 1989, contiene un apartado referente a las leyes del caso concreto y la prohibición de que el legislador juzgue, p. 50.

por el Parlamento, para un caso concreto, que es el campo adecuado de los actos administrativos, que debe dictar la Administración y que están sujetos al enjuiciamiento de los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo.

Pero a pesar de lo expuesto, la doctrina alemana (Laband, Heller, Smith) distingue entre leyes materiales y formales<sup>991</sup>.

Estas segundas, a pesar de emanar del Parlamento, pueden no contener una norma sino mandatos políticos o autorizar al Ejecutivo la realización de determinadas actuaciones (lo que puede tener una más amplia manifestación, en aquellos ordenamientos jurídicos que carecen de reserva de potestad reglamentaria, como sucede en el español, a diferencia del sistema francés, al que se sigue ordinariamente).

La doctrina alemana también ha acuñado la categoría de leyes medida, entre las que se incluirían las leyes singulares y las leyes plan, cuya característica común es tener como presupuesto, solucionar una situación real ya existente, con especiales remedios no previstos en la legislación general vigente, que sería la aplicable a dicha situación.

Las leyes singulares constituyen leyes formales, puesto que al regular un caso concreto escapan a la regulación que el ordenamiento jurídico pudiese establecer con carácter general para casos semejantes, y suponen una derogación singular de esa normativa general, lo que el reglamento no puede hacer<sup>992</sup>.

Nos podemos encontrar, por lo tanto, ante un fraude para evitar el control de determinados actos administrativos por la técnica de dictar leyes, con ese contenido, que de esta manera no pueden ser enjuiciadas por los Tribunales de Justicia.

Otro problema que pueden plantear estas leyes singulares se determina por ser dictadas para resolver cuestiones en situaciones de ejecución de sentencias.

El 5-12-2013, el TC dictó sentencia 203/2013, que estimó el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley 6/2007 de 28 de marzo de la Comunidad de Castilla-León, recordando que el objeto de dicha sentencia era la Ley Autonómica 6/2007, de 28 de marzo, que consta de un artículo único por el que se aprueba el proyecto regional «Ciudad del Medio Ambiente», integrado por la documentación que se incorporaba como anexo: una disposición adicional titulada “modificación del planeamiento vigente”, que determinaba, de un lado, que el proyecto no alteraba la planificación sectorial vigente y, de otro, establecía que la aprobación del proyecto comportaba la directa modificación de las normas subsidiarias del planeamiento municipal de Garray, municipio en el que se asentaba parcialmente el proyecto regional, que también afectaba, aunque en menor medida, al municipio de Soria; una disposición final primera, que habilitaba para la modificación, por Decreto, de las determinaciones urbanísticas contenidas en el proyecto regional; y de una disposición final segunda de entrada en vigor.

---

<sup>991</sup> Luis Cosculluela Montaner, *Manual de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 74 y 75.

<sup>992</sup> En este sentido, debido a la materia que nos ocupa, se debe destacar el artículo 9 en la Ley 7/85 de Bases de Régimen Local, que establece que las normas de desarrollo de esta ley, que afectan a los municipios, provincias u otras entidades locales territoriales no podrán limitar su ámbito de aplicación a una o varias de dichas entidades con carácter singular, sin perjuicio de lo dispuesto en esta Ley para los regímenes municipales o provinciales especiales.

La sentencia declaró la inconstitucionalidad de la Ley, señalando que el primer límite que impone la Constitución a las leyes singulares, no solo exige que la apreciación de la excepcionalidad no sea arbitraria sino que las medidas adoptadas sean razonables y proporcionadas a la situación excepcional a la que se pretende dar respuesta con su aprobación, que no era otra que la especial importancia del Plan para el desarrollo económico y social de la Comunidad Autónoma, y que, en este caso, el legislador no había explicitado las razones por las que entendía que la utilización de la ley era una medida razonable y proporcionada, aun a sabiendas de que, tal y como se puso de manifiesto en el debate legislativo, la utilización de la ley eliminaba el control de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Por otra parte, la regulación material de la Ley impugnada no presenta peculiaridad alguna con respecto a cualquier otra ordenación urbanística regional aprobada por el Consejo de Gobierno, no constando, en modo alguno en el proyecto, la inaplicación de norma legal o reglamentaria alguna, por lo que la misma ordenación podría haberse abordado mediante una norma aprobada por el Consejo de Gobierno, sacrificando la utilización de la ley, el debido control de la legalidad ordinaria a la que el proyecto afirmaba responder.

Este control le hubiera correspondido realizar a la jurisdicción contencioso-administrativa a través de un recurso directo o indirecto contra reglamento, a instancias de los titulares de derechos e intereses legítimos o de la acción pública reconocida en materia de urbanismo y medio ambiente, por lo que se concluía que la utilización de la ley no era una medida razonable ni proporcionada a la situación excepcional que podría justificar su aprobación.

Por las mismas razones no satisface el segundo de los límites que la STC 166/1986, de 19 de diciembre, predica de las leyes singulares, y como consecuencia directa de la desproporción en que ha incurrido el legislador, la Ley impugnada vulneraba el art. 24.1 CE, al impedir el acceso al control judicial de derechos e intereses legítimos afectados y eliminar la posibilidad de un control judicial de la misma intensidad que hubieran podido realizar los Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa, si el proyecto se hubiera aprobado por reglamento, tal y como señalaba también en las STC 248/2000, de 19 de octubre<sup>993</sup>.

Otro problema que pueden plantear estas leyes singulares se determina por ser dictadas para resolver cuestiones en situaciones de ejecución de sentencias, que cuando tiene esa finalidad entiendo que se deben declarar inconstitucionales.

#### **- LAS LEYES QUE MODIFICAN EL MARCO NORMATIVO BAJO EL QUE SE DICTÓ DETERMINADA SENTENCIA**

Nuestro Tribunal Constitucional ha señalado en diversas sentencias, entre otras, las 312/2006 y 22/2009, que se infringen los arts. 24.1 y 1.1 de la CE, en aquellos supuestos en los que el efecto directo

---

<sup>993</sup> La primera vez que se planteó la cuestión lo fue con relación a las leyes de expropiación del grupo Rumasa, constituyendo otros ejemplos de lo que tratamos: la Ley de Castilla-León 6/2005, la Ley de la Comunidad de Aragón, que aprobaba el proyecto supramunicipal “ciudad del motor”, las Leyes de ordenación económica de La Rioja o la Ley de Canarias de 26 de junio de 1992, en que se declaraba de utilidad pública varias parcelas con el fin de facilitar las obras de ampliación del Parlamento autonómico. Mercedes Fuertes, “Once tesis y una premática para restablecer la dignidad de la ley”, *Revista de Administración Pública*, 177, Madrid, 2008, pp. 143-149.

de una ley o del régimen jurídico para una concreta materia fuese, precisamente, hacer imposible y de forma desproporcionada, que un determinado fallo judicial se cumpla<sup>994</sup>.

El Legislador ha previsto mecanismos para atender los supuestos de imposibilidad legal o material de cumplimiento de las sentencias en sus propios términos (artículo 105.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa) considerando que uno de los casos en que puede resultar imposible es, precisamente, la modificación sobrevenida de la normativa aplicable a la ejecución de que se trate o, si se quiere, una alteración de los términos en los que la disputa procesal fue planteada y resuelta, ya que, como regla general, una vez firme la sentencia, a su ejecución solo puede oponerse una alteración del marco jurídico de referencia para la cuestión debatida en el momento de su resolución por el legislador.

Se admite, por lo tanto, no solo una normativa de alcance general que afecte de forma determinante a una situación sustanciada jurídicamente pero no ejecutada sino, incluso una cuyo objeto directo sea determinar la inexecución de una sentencia, en la que habrá de valorarse la desproporción.

El fundamento jurídico cuarto, en su apartado b), la STC 312/2006, respecto de un supuesto relativo a Extremadura señala que:

...”el derecho a la ejecución de las sentencias en sus propios términos no impide que ésta devenga legal o materialmente imposible «es, precisamente, la modificación sobrevenida de la normativa aplicable a la ejecución de que se trate, o, si se quiere, una alteración de los términos en los que la disputa procesal fue planteada y resuelta, ya que, como regla general, una vez firme la Sentencia, a su ejecución sólo puede oponerse una alteración del marco jurídico de referencia para la cuestión debatida en el momento de su resolución por el legislador. [S]iendo de recordar al respecto que el legislador ha previsto mecanismos para atender supuestos de imposibilidad legal o material de cumplimiento de las Sentencias en sus propios términos» (STC 73/2000, de 14 de marzo, FJ 9, con cita de la STC 41/1993, de 8 de febrero, FJ 2).

El Tribunal no ha descartado, sin embargo, que se puede infringir el art. 24.1 CE en aquellos supuestos en los que el efecto directo de una ley o del régimen jurídico de una materia en ella establecido sea, precisamente, el de impedir que un determinado fallo judicial se cumpla. En este sentido ha afirmado que podría producirse una lesión del art. 24.1 CE en aquellos supuestos en los que los efectos obstativos de una ley o del régimen jurídico en ella establecido para una concreta materia fuesen precisamente hacer imposible de forma desproporcionada que un determinado fallo judicial se cumpla, pues siendo indudable que la Constitución reconoce al legislador un amplio margen de libertad al configurar sus opciones, no es menos cierto que también le somete a determinados límites, entre ellos el que se deriva del art. 24.1 CE. Lo que se corresponde con la importancia que posee el logro de una tutela judicial efectiva y el cumplimiento de las resoluciones

---

<sup>994</sup> Principio que también es patrimonio de nuestro bagaje Comunitario (art. 3, en relación con el art. 1 a) del Estatuto del Consejo de Europa, hecho en Londres el 5 de mayo de 1949) para cuyo enjuiciamiento deben tenerse presentes las características del proceso y el contenido del fallo de la Sentencia (SSTC153/1992, de 3 de mayo, FJ 4, y 91/1993, de 15 de marzo, FJ 3) y cabría estimar que tal Ley sería contraria al art. 24.1 en relación con los arts. 117.3 y 118 CE, al faltar la debida proporción entre la finalidad perseguida y el sacrificio impuesto (STC 4/1988, de 21 de enero, FJ 5)” (STC 73/2000, de 14 de marzo, FJ 11). Dicho en otros términos, cuando de forma patente o manifiesta no exista la debida proporción entre el interés encarnado en la Ley y el concreto interés tutelado por el fallo a ejecutar..

judiciales firmes en un Estado de Derecho como el que ha configurado nuestra Constitución en su art. 1.1, y constituye, además, patrimonio común con otros Estados de nuestro entorno europeo [art. 3, en relación con el art. 1 a) del Estatuto del Consejo de Europa, hecho en Londres el 5 de mayo de 1949].

Por tanto, «no tiene cabida en nuestra Constitución aquella ley o el concreto régimen jurídico en ella establecido cuyo efecto sea el de sacrificar, de forma desproporcionada, el pronunciamiento contenido en el fallo de una resolución judicial firme. Si se quiere, dicho en otros términos, cuando de forma patente o manifiesta no exista la debida proporción entre el interés encarnado en la Ley y el concreto interés tutelado por el fallo a ejecutar. Pues en este caso, atendidas las características del proceso y el contenido del fallo de la Sentencia (SSTC 153/1992, de 3 de mayo, FJ 4, y 91/1993, de 15 de marzo, FJ 3), cabría estimar que tal Ley sería contraria al art. 24.1 en relación con los arts. 117.3 y 118 CE, al faltar la debida proporción entre la finalidad perseguida y el sacrificio impuesto (STC 4/1988, de 21 de enero, FJ 5)» (STC 73/2000, de 14 de marzo, FJ 11).

En tales supuestos hemos dicho que corresponde al Tribunal determinar, en atención a las circunstancias del caso, si el efecto obstativo de la ley sobre la ejecución de la sentencia puede encontrar o no justificación en una razón atendible, esto es, teniendo en cuenta los valores y bienes constitucionalmente protegidos. Y si la respuesta fuera afirmativa le compete ponderar, en segundo término, si el sacrificio del pronunciamiento contenido en el fallo guarda la debida proporción entre los intereses protegidos y en colisión o, por el contrario, resulta inútil, va más allá de lo necesario o implica un manifiesto desequilibrio o desproporción entre los intereses en juego. Fiscalización de la constitucionalidad de la ley mediante una ponderación de bienes e intereses en conflicto que ha de ser particularmente estricta para excluir, cuando la desproporción no sea manifiesta, que el legislador vaya más allá de sus legítimas opciones y, al hacerlo, incida indebidamente en situaciones tuteladas por el art. 24.1 CE, quebrantando así elementos esenciales del Estado de Derecho (ibidem).

Debe tenerse en cuenta que la exigencia constitucional de la efectividad de las sentencias firmes en la que el Ordenamiento jurídico, en cuanto presupuesto de las mismas, se sitúa en un plano temporal del pasado, no cierra al legislador la posibilidad de modificar dicho Ordenamiento jurídico, para articular de modo diferente los intereses que considere dignos de protección por la ley, dentro de los límites constitucionales, que el legislador debe siempre respetar. Y en tal caso ante el eventual contraste entre valores constitucionales distintos será este Tribunal el llamado a solucionar las dificultades constitucionales que, en su caso, se susciten, atendiendo a los criterios que se acaban de referir.

El hecho de que un determinado interés goce de una determinada protección de la ley en un momento dado, no produce una petrificación del Ordenamiento jurídico en el estado en que lo aplicó una determinada sentencia, ni priva al legislador de la facultad de decidir de un modo distinto en otro momento si ese interés puede mantener la prioridad que tuvo en su protección respecto a otros o, por el contrario, si son éstos últimos los que deban merecer protección prioritaria en la ley.

En definitiva, la efectividad de la tutela judicial obtenida en el marco de una determinada ley no es de por sí razón suficiente para afirmar un posible vicio de inconstitucionalidad de una ley ulterior que modifique aquélla en cuya aplicación se obtuvo la tutela, si dicha ley nueva se acomoda a los límites constitucionales”.

“7. Por último, en la ponderación de los intereses en conflicto ha de concluirse que no cabe apreciar en este caso la existencia de una manifiesta o patente desproporción entre el interés encarnado

en la disposición legal cuestionada y el concreto interés tutelado por el fallo de la Sentencia cuya ejecución provisional se pretende.

Aunque en los Autos de planteamiento de las cuestiones de inconstitucionalidad el órgano judicial afirma apodícticamente que se crea una auténtica desproporción entre los intereses públicos y los del favorecido por el pronunciamiento judicial lesiva del art. 24.1 CE, lo cierto es que en sus razonamientos confiere el mismo o similar valor a los intereses en este caso en conflicto. En este sentido se afirma en dichos Autos que el interés garantizado al recurrente que obtiene un pronunciamiento firme de ejecución provisional de una sentencia referida al cierre de una oficina de farmacia abierta en contra de la legalidad vigente en el momento de su concesión es prácticamente el mismo que el que se persigue con la disposición legal cuestionada, pues también se trata de salvaguardar la atención farmacéutica conforme a la legislación entonces en vigor.

El razonamiento del órgano judicial promotor de las presentes cuestiones de inconstitucionalidad confiere, pues, el mismo o similar valor al interés encarnado en la disposición legal cuestionada y al interés tutelado por el fallo de la Sentencia cuya ejecución provisional se pretende.

Tal modo de razonar no podemos compartirlo, pues, aun dando por hecho que así fuera, la cuestión es si la garantía de esa atención no se ha tratado de potenciar en la ley nueva respecto de la precedente y, si al hacerlo, no se está dando una regulación distinta al fin de la atención farmacéutica, al poner en contraste las situaciones del pasado respecto a las nuevas.

Es indudable que en la Ley precedente, sin negar la garantía de la atención farmacéutica, los límites establecidos ponían de manifiesto la garantía simultánea de un interés patrimonial de los farmacéuticos en el plano de la competencia profesional. Por el contrario, en la Ley nueva, al modificar los límites para la apertura de farmacias, se procura una mayor pluralidad de farmacias y en ese sentido una mayor proximidad de éstas al ciudadano necesitado de su atención, aunque ello pueda alterar, desde el plano del interés patrimonial de los farmacéuticos, la situación precedente de menor juego de la competencia entre profesionales.

Resulta así claro que en el contraste entre la articulación de los intereses en juego en los de la Ley anterior y la cuestionada, la opción del legislador en la Ley última no es igual o similar a la anterior en cuanto al modo de satisfacción de la necesidad de atención farmacéutica, contra lo que sostiene el órgano cuestionante.

Así las cosas, desde la perspectiva de control de constitucionalidad que en este caso nos corresponde debe descartarse que exista o pueda apreciarse una manifiesta y patente desproporción en la ponderación de los intereses en conflicto y que, en consecuencia, la disposición legal cuestionada incurra en inconstitucionalidad por vulneración del art. 24.1 CE cuando se opta por la articulación de los intereses en contraste del modo que se hace. A la precedente consideración cabe añadir aún, como argumento de mayor consistencia que, como el Fiscal General del Estado ha puesto de manifiesto en su escrito de alegaciones, el interés general de la población en que se le asegure, mantenga y se le facilite el acceso a un mayor y adecuado nivel de atención farmacéutica, medida que, como ya hemos señalado, conecta con intereses constitucionalmente protegidos como son los relativos a la protección de la salud (art. 43 CE), es lo suficientemente relevante para que pueda predominar, de acuerdo con el margen de apreciación que corresponde al legislador, frente al interés o derecho de un particular a obtener una ejecución provisional que, ha de recordarse, no es un derecho fundamental directamente

comprendido en el art. 24.1 CE, sino un derecho de configuración legal que el legislador puede establecer en los diferentes órdenes jurisdiccionales.

Señala también la STC 22/2009, de 26 de enero de 2009, en el recurso de amparo 8673/2005 que:

“Como señala el Ministerio Fiscal, debe concluirse que la decisión judicial de suspender la demolición acordada en Sentencia firme, en expectativa de una futura modificación de la normativa urbanística que, eventualmente, la legalizara, supone una vulneración del art. 24.1 CE, en su vertiente de derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes en sus propios términos. En efecto, tomado en consideración que el principio general es la ejecución de las resoluciones judiciales firmes y que sólo, de forma excepcional, cuando, en los términos previstos legalmente, concurren circunstancias de imposibilidad legal o material, debidamente justificadas, cabe inejecutar o suspender su cumplimiento, no puede admitirse que suponga un supuesto de imposibilidad legal o material la mera expectativa de un futuro cambio normativo, toda vez que ello no implica alteración alguna de los términos en los que la disputa procesal fue planteada y resuelta”

Por su carácter clarificador quiero traer a colación la STC 134/2019 de 13 de noviembre de 2019, que daba respuesta a la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, respecto del art. 11.3.1 b), párrafo segundo, de la Ley 15/2001, de 14 de diciembre, del Suelo y Ordenación Territorial de Extremadura, en la redacción dada por la Ley 9/2011, de 29 de marzo, y la Disposición Adicional única de esta última ley.

Por Ley Extremeña 9/2011, de 29 de marzo, se modificó el art. 11 de la Ley Autonómica 15/2001 (LSOTEX) para incorporar un nuevo párrafo al apartado 3.1 b), con el siguiente tenor:

“La mera inclusión de unos terrenos en la red ecológica Natura 2000 no determinará, por sí sola, su clasificación como suelo no urbanizable, pudiendo ser objeto de una transformación urbanística compatible con la preservación de los valores ambientales necesarios para garantizar la integridad del área, y comprendiendo únicamente los actos de alteración del estado natural de los terrenos que expresamente se autoricen en el correspondiente procedimiento de evaluación ambiental”.

La disposición adicional única de la Ley de 9/2011, por su parte, establecía un procedimiento de homologación para los instrumentos de ordenación del territorio y de ordenación urbanística vigentes a la fecha de entrada en vigor de dicha ley; procedimiento que se siguió en relación con el proyecto de interés regional promovido por Marina Isla de Valdecañas, S.A.

La homologación fue aprobada por resolución de la Comisión de urbanismo y ordenación del territorio de Extremadura de 28 de julio de 2011, que declaró el proyecto adecuado a la nueva redacción de la Ley 15/2001 introducida por la Ley 9/2011, así como al nuevo objetivo de los proyectos de interés regional, que amparaba los «proyectos alejados de los núcleos urbanos en los que se promueva un desarrollo urbanístico asociado al fomento de intereses turísticos, de ocio, deportivos o similares», inciso este que fue incorporado al art. 60.2 [nueva letra e)] por la Ley 9/2010, de 18 de octubre.

El auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad se produce en el seno del incidente de ejecución en que se impugnaba esta homologación y se plantea por las sospechas que producía el procedimiento de homologación previsto en la disposición adicional única de la Ley

9/2011 y la posible finalidad de eludir el fallo de sentencias, dando cobertura legal al proyecto de interés regional declarado nulo sobre la base de que, como se señalaba tanto en la sentencia de instancia como en la del Tribunal Supremo, este terreno rústico de especial protección no podía admitir su urbanización<sup>995</sup>.

El auto parte de que el objeto del procedimiento es la homologación del proyecto de interés regional, aprobado por la Junta de Extremadura con base en la disposición adicional única de la Ley (9/2011 y la nueva redacción del art. 11.3.1 b) de la Ley 15/2001. Según refiere, la Ley 9/2011 ha permitido la homologación del proyecto anulado por las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura y del Tribunal Supremo, haciendo posible la transformación urbanística de un suelo no urbanizable de especial protección por formar parte de la Red Natura 2000.

Considera, por tanto, que la vinculación entre el fallo y la norma legal cuestionada es evidente.

Es decir que la Sala sostiene, en primer lugar, que la norma cuestionada desconoce la legislación básica del Estado por permitir que suelos que claramente tienen la clasificación de no urbanizables de protección ambiental, que forman parte de la Red Natura 2000 por los valores en ellos presentes, sean objeto de transformación urbanística y el art. 11.3.1 b) de la Ley 15/2001 incurre en contradicción al otorgar la máxima protección a estos suelos sobre la causa de sus valores ambientales, naturales o paisajísticos, donde no cabe duda que se incardinan los terrenos incluidos en la Red Natura 2000, para, posteriormente, impedir esa protección al permitir un desarrollo urbanístico claramente incompatible con aquel régimen jurídico pero con independencia de tal contradicción, la Sala entiende que los preceptos cuestionados contravienen los arts. 12.2 a) y 13.4 TRLS 2008; preceptos que han sido dictados al amparo de las competencias estatales reconocidas en los arts. 149.1.1, 13, 18 y 23 CE, en virtud de las cuales el Estado tiene la competencia exclusiva para definir el contenido, los usos y facultades del suelo rural, sin que la Comunidad Autónoma pueda desconocerlos.

La Sala aclara que la cuestión no es abstracta, pues debe pronunciarse sobre la calificación de un suelo sobre el que se realiza la transformación urbanística que juzga incompatible con la normativa Estatal y con el propio art. 11 de la Ley 15/2001 hasta su modificación por la Ley 9/2011<sup>996</sup>.

En segundo lugar, el auto en el que se plantea la cuestión de inconstitucionalidad argumenta que la Ley 9/2011 tiene por finalidad eludir el cumplimiento de las sentencias del Tribunal Superior de Justicia y del Tribunal Supremo.

---

<sup>995</sup> La normativa estatal sobre suelo aplicable *ratione temporis* era el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, que aprobó el Texto Refundido de la Ley del Suelo (en adelante, TRLS 2008). En particular, menciona sus arts. 12.2 y 13.4, que tienen el carácter de legislación básica, conforme a la disposición final primera de aquella norma. El primero de los preceptos se refiere al suelo en situación rural, que incluye, entre otros, los que están preservados de transformación por la legislación de la naturaleza o los que deban quedar sujetos a tal protección, conforme a la ordenación territorial y urbanística, por sus valores ecológicos. Por su parte, el art. 13.4 menciona expresamente los espacios incluidos en la Red Natura 2000, cuya delimitación solo podrá alterarse –se aclara– cuando lo justifiquen los cambios provocados por su evolución natural, científicamente demostrada, y a través del procedimiento establecido, que incluye un trámite de información pública y la aceptación de la propuesta de descatalogación por la Comisión Europea. Las prescripciones citadas –apunta la Sala– se mantienen sin cambios sustanciales en los arts. 13 y 21 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el vigente texto refundido de la Ley de suelo y rehabilitación urbana (en adelante, TRLS).

<sup>996</sup> Asimismo, la Sala puntualiza que la aprobación de la Ley 11/2018, de 21 de diciembre, de ordenación territorial y urbanística sostenible de Extremadura, actualmente en vigor, no afecta al enjuiciamiento que debe hacerse, ya que el acto de homologación se dictó estando vigente la Ley 15/2001, en la redacción dada por la Ley 9/2011.

La referencia expresa que hace la exposición de motivos de la reforma legislativa cuestionada a “recientes pronunciamientos jurisdiccionales” no pueden ser otros que los referidos a los que se resolvían en el incidente de ejecución, respecto de resoluciones judiciales firmes de 9 de marzo de 2011 y 29 de enero de 2014 y la regulación de un procedimiento de homologación consideran que determinan que, realmente, su objeto específico sea ofrecer una vía de regularización del proyecto de interés regional declarado nulo y la disposición adicional única de la Ley 9/2011 está refiriéndose a proyectos declarados nulos o anulados, puesto que si un instrumento de ordenación fuera válido no tendría que ser validado u homologado.

Lo anterior entienden que se confirma, a la vista de la mención específica que se introduce en la Ley 15/2001 para los terrenos Red Natura 2000, por lo que el Tribunal concluye que, si se mencionan únicamente este tipo de terrenos, que deberían contar precisamente con el mayor grado de protección, es para englobar a los afectados por el proyecto de interés regional «Complejo turístico, de salud, paisajístico y de servicios Marina Isla de Valdecañas».

Por lo expuesto, el auto concluye que la Ley 9/2011 vulnera el derecho a obtener la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y el ejercicio de la función jurisdiccional, que corresponde exclusivamente al Poder Judicial (art. 117.1 CE). Al mismo tiempo, afirma que dicha ley no es una disposición general, sino una ley singular prevista para un caso específico, con la intención de eludir la ejecución de las sentencias recaídas en el proceso.

En resumen, la Sala plantea la cuestión de inconstitucionalidad, porque considera que los usos del suelo que se contienen en la Ley Autonómica modificada son inconstitucionales, al contravenir una legislación básica Estatal (que a su vez devendría de la propia jurisprudencia Constitucional), que además tiene por objeto enervar lo resuelto en sentencia firme y para poder tomar después una decisión sobre la ejecución de esta sentencia, y al haberse instado la inejecución por imposibilidad legal, precisamente a causa de la homologación actuada<sup>997</sup>.

El TC, tras recordar la doctrina sobre las leyes singulares, que no son, por este mero hecho inconstitucionales, si bien, al no constituir un ejercicio normal de la potestad legislativa están sujetas a una serie de límites contenidos en la propia Constitución (por todas, STC 129/2013, de 4 de junio, FJ 4), razona que cuando una ley o la disposición con rango legal objeto del proceso es calificada como «ley singular» por alguna de las partes, antes que nada debe examinarse su naturaleza, pues una vez determinada esta, se estará en condiciones de pronunciarse sobre las vulneraciones que se le reprochan (STC 50/2015, de 5 de marzo, FJ 3).

Se dice también que en el examen de la naturaleza de la disposición impugnada se debe atender a los tipos de leyes singulares identificados por nuestra doctrina.

En este sentido, la STC 203/2013, de 5 de diciembre, FJ 3 señala: i) un primer tipo de ley singular es la ley autoaplicativa, «término este que hace alusión a las leyes que contienen una actividad, típicamente ejecutiva, de aplicación de la norma al caso concreto», como era el supuesto analizado en

---

<sup>997</sup> Lo que solicita el órgano judicial de este Tribunal es que determine si los preceptos de la Ley 9/2011 cuestionados, sobre la que aquella homologación se apoya, son conformes o no a la Constitución, para pronunciarse después sobre la ejecución de su sentencia.

El TC estimó parcialmente la cuestión de inconstitucionalidad y declaró que el art. 11.3.1.b), párrafo segundo, de la Ley 15/2001, de 14 de diciembre, del Suelo y Ordenación Territorial de Extremadura, en la redacción introducida por la Ley 9/2011, de 29 de marzo, era inconstitucional y nulo por contravenir la normativa básica estatal.

la STC 129/2013, de 4 de junio; ii) en segundo lugar, una ley también puede calificarse «de estructura singular en atención a los destinatarios a los que va dirigida», caso de la norma examinada en la STC 166/1986, de 19 de diciembre; y iii) finalmente, pertenecen, asimismo, a este género «aquellas dictadas en atención a un supuesto de hecho concreto y singular, que agotan su contenido y eficacia en la adopción y ejecución de la medida tomada por el legislador ante ese supuesto de hecho, aislado en la ley singular y no comunicable con ningún otro», categoría en la que se encuadró, por ejemplo, el supuesto de la STC 203/2013, de 5 de diciembre.

Razonaba que examinando, a la luz de los tipos expuestos, la disposición adicional única de la Ley 9/2011, en el fundamento jurídico primero, ya se constataba que el Preámbulo justifica la norma en la conveniencia de que las Administraciones competentes “si así lo desean y exclusivamente allí donde fuere necesario” puedan homologar los instrumentos de ordenación a la nueva redacción de la Ley 15/2001, “garantizando a partir de ese momento su adecuación a la legalidad vigente y del tenor de la disposición controvertida interesa especialmente su apartado primero, en el que se delimita el alcance del procedimiento de homologación: i) su objeto son “los instrumentos de ordenación del territorio y de ordenación urbanística vigentes a la fecha de entrada en vigor de esta ley”; ii) el propósito es “que incorporen la declaración de su adecuación” a preceptos de la Ley 15/2001 modificados tras su entrada en vigor; y iii) las modificaciones legales a las que se pueden declarar adecuados son las realizadas “por esta u otras reformas anteriores”.

De hecho, la resolución de 28 de julio de 2011 de la Comisión de Urbanismo y Ordenación del Territorio de Extremadura no solo homologa el proyecto de interés regional «Marina Isla de Valdecañas» a la nueva redacción del art. 11 de la Ley 15/2001 dada por la Ley 9/2011, sino también al posible objeto de un proyecto de interés regional que se incluyó en el art. 60.2 de la Ley 15/2001 [nueva letra e)] mediante la Ley 9/2010, de 18 de octubre.

Los apartados siguientes de la Disposición Adicional única de la Ley 9/2011 concretan el resto de elementos del procedimiento: titular de la iniciativa (apartado segundo); trámite de información pública (apartado tercero); órgano competente para la aprobación (apartado cuarto); plazo máximo de resolución (apartado quinto); y depósito en el registro administrativo correspondiente (apartado sexto).

En vista de lo anterior, concluye que no nos hallamos ante ninguno de los casos de ley singular identificados en nuestra jurisprudencia, por los argumentos que a continuación se exponen:

i) No es una norma autoaplicativa por cuanto regula un determinado procedimiento (objeto, trámites, órgano competente, plazos, etc.) con arreglo al cual se dictará el acto administrativo que corresponda, aprobando o no la homologación. Por tanto, la ley no contiene una actividad ejecutiva de aplicación al caso concreto. Será el órgano administrativo competente (en este caso, la comisión de urbanismo y ordenación del territorio de Extremadura) el que deba aplicar la norma a cada caso que se le plantee, dictando la correspondiente resolución.

ii) Tampoco puede calificarse de singular en atención a los destinatarios a los que va dirigida. Los legitimados para iniciar el procedimiento de homologación son los ayuntamientos (cualquiera del territorio autonómico) cuando se trate de instrumentos de ordenación urbanística [apartado 2.a)] y el consejero competente del gobierno regional cuando se trate de instrumentos de ordenación del territorio, aclarando la norma que, en el caso de los proyectos de interés regional de iniciativa particular —como sería el caso del proceso a quo—, será necesaria la previa solicitud del promotor

[apartado 2.b)]. Por tanto, se trata de una pluralidad de sujetos cuya identidad no ha sido el factor determinante en la configuración de la norma (STC 231/2015, FJ 3).

iii) Por último, respecto de los concretos instrumentos que pueden homologarse, la norma se refiere, en abstracto, a los de «ordenación del territorio y de ordenación urbanística vigentes a la fecha de entrada en vigor de esta ley», que podrán ser declarados conformes, si se aprueba la homologación, a los preceptos de la Ley 15/2001 que hubieran sido modificados, sea por la Ley 9/2011 «u otras reformas anteriores». A este respecto, se debe señalar que, antes de la Ley 9/2011, la Ley 15/2001 ya había sido modificada por las Leyes 6/2002, de 27 de junio, y 9/2010, de 18 de octubre, (ley esta última a la que también se homologa el proyecto de interés regional «Marina Isla de Valdecañas»). Por tanto, no se trata de una norma dictada en atención a un supuesto de hecho concreto y singular que agote su contenido y eficacia con él (STC 166/1986, de 19 de diciembre, FJ 10).

Concluye que, más allá de un juicio de intenciones sobre los móviles del legislador Autonómico, que no les correspondía valorar (por todas, STC 239/1992, de 17 de diciembre, FJ 2) y de que los actos de homologación serán ilegítimos, si son el resultado de la aplicación de preceptos considerados inconstitucionales<sup>998</sup> y, por consiguiente, anulados por este Tribunal (en el mismo sentido, la STC 233/2015, de 5 de noviembre, FJ 13), la Disposición Adicional única de la Ley 9/2011 no vulnera los arts. 24.1, 117 y 118 CE.

Desde mi punto de vista, el Tribunal Constitucional no responde a la verdadera cuestión planteada porque la verdadera razón por la que se hizo no era tanto si nos encontrábamos ante el caso de una ley singular sino de si esta ley se había dictado, realmente, para modificar el régimen jurídico que pudiera alterar lo resuelto en la sentencia, duda que no se planteaba a la Sala por suspicacia o en un juicio de intenciones sino porque, literalmente, lo confesaba la Ley 9/2011 en la Exposición de Motivos<sup>999</sup>, siendo además la causa por la que el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad era factible. Prueba de todo ello era la postura de los recurrentes en este incidente de ejecución.

---

<sup>998</sup> La STC que tratamos declara la inconstitucionalidad de esa ley sobre la base de afectar el proceso urbanístico a suelo de especial protección, como se había dicho por la sentencia de instancia y de casación, lo que ha motivado que la Asamblea de Extremadura haya presentado al Congreso de los Diputados una iniciativa legislativa pidiendo que se tramite por el procedimiento de urgencia la modificación de la Ley Estatal del Suelo con objeto de permitir que no todo el suelo protegido quede al margen del proceso edificatorio, que realmente era una idea que se encontraba en el voto particular de la STC134/2019 de 13 de noviembre. Previendo que la cuestión va a afectar directamente a Extremadura la Asociación ecologista parte en el proceso de Valdecañas y otras se ha opuesto a esta iniciativa.

La cuestión que entiendo relevante se refiere a la libertad que tiene el legislador en esa determinación, ya que la Exposición de Motivos de la Ley 6/1998 de 13 de abril sobre Régimen del Suelo y Valoraciones, en su apartado 2 establece que: “Dentro de estos concretos límites, que comprenden inequívocamente la determinación de las distintas clases de suelo como presupuesto mismo de la definición de las condiciones básicas del derecho de propiedad urbana, la presente Ley pretende facilitar el aumento de la oferta de suelo, haciendo posible que todo el suelo que todavía no ha sido incorporado al proceso urbano, en el que no concurren razones para su preservación, pueda considerarse como susceptible de ser urbanizado. Y ello de acuerdo con el planeamiento y la legislación territorial o sectorial, en razón de sus valores ambientales, paisajísticos, históricos, arqueológicos, científicos o culturales, de su riqueza agrícola, forestal, ganadera o de otra índole, o de su justificada inadecuación para el desarrollo urbano. Hay que tener presente, asimismo, que la reforma del mercado del suelo en el sentido de una mayor liberalización que incremente su oferta forma parte de la necesaria reforma estructural de la economía española, para la que el legislador estatal tiene las competencias que le atribuye el artículo 149.1.13.ª de la Constitución Española”. Dicho todo ello en cumplimiento de la STC de 20 de marzo de 1997 (61/97).

<sup>999</sup> Se decía en la citada Exposición de Motivos:

“En este contexto, los recientes pronunciamientos judiciales han venido a plantear algunas consideraciones acerca del contenido regulador de la vigente redacción del artículo 11 de la Ley 15/2001, de 14 de diciembre, del Suelo y Ordenación

Si tal ley se había dictado con esa finalidad, la Sala no podía inaplicarla, que era lo verdaderamente relevante y la causa del planteamiento de la cuestión. Nótese, igualmente, los diferentes razonamientos que hemos señalaba en el FJDCO séptimo de la la STC en que sí que el TC entra en el examen de las finalidades que se barajan y usan por el legislador.

### - LAS LEYES PLAN

En páginas precedentes se ha hecho referencia a la distinción que realiza la doctrina alemana entre leyes materiales y formales, y leyes singulares y plan, dentro de la categoría que acuña como leyes medida.

Las leyes plan no resuelven un caso singular sino una situación real ya existente, con especiales remedios no previstos en la legislación general vigente, que sería la aplicable a dicha situación y la que incluso la pudo originar pero en la que pueden encontrarse una pluralidad indeterminada de casos y sujetos afectados, de ahí que, propiamente, se trate de leyes materiales.

Ejemplo de lo que se expone puede ser el art. 71.3 de la LOTUS (Ley 11/2018, de 21 de diciembre, de ordenación territorial y urbanística sostenible de Extremadura), que establece:

Los Planes Generales Municipales cuyo régimen de suelo rústico sea conforme a esta ley, delimitarán en sectores los asentamientos irregulares de su ámbito para regularizar, ordenándolos, los que consideren viables, y para propiciar la extinción de los que motivadamente juzguen inviables, mediante el establecimiento de medidas a tal fin. A estos efectos se consideran asentamientos irregulares los generados por actos carentes de legitimación, sobre los que no cabe la actuación disciplinaria de restauración<sup>1000</sup>.

---

Territorial de Extremadura (en adelante LSOTEX), que, al margen de los efectos concretos en el ámbito judicial, trasladadas a otros instrumentos de planeamiento no revisados en los mismos, están en condiciones de introducir inestabilidades no deseadas, de enorme trascendencia para los diversos operadores y para los intereses de la región, apreciación que se suscita sin entrar a valorar los fallos contenidos en las sentencias, y desde el más estricto respeto a la independencia judicial.

La dimensión de las consecuencias que puede tener la traslación de las conclusiones alcanzadas en vía jurisdiccional sobre el tenor de dicho precepto legal impone, con absoluta urgencia, la existencia de una norma sencilla que dote de luz y claridad la verdadera configuración pretendida en su día por el legislador extremeño en su redacción. De otra forma, se permitiría la introducción en nuestro sistema regulador de interpretaciones de la voluntad legislativa que no fueron deseadas en el momento de la aprobación de la norma y que, además, sitúan en seria inestabilidad la apariencia de legalidad de los instrumentos de planeamiento aprobados con sujeción a los auténticos criterios de legalidad impuestos en su día”.

<sup>1000</sup> Las consecuencias que conlleva esta situación se exponen en apartados seguidos:

4. Las personas propietarias de terrenos delimitados como asentamientos irregulares en suelo rústico tienen el deber de contribuir a mitigar los efectos negativos que originan para el medio ambiente, mediante el abono de un canon con las siguientes características:

- a) Importe igual al 2% del valor catastral de las edificaciones, construcciones e instalaciones existentes.
- b) Periodicidad anual.
- c) Inicio de la obligación de abono: la anualidad en la que entre en vigor el plan que delimite el asentamiento.

d) Duración de la obligación: hasta la completa ejecución de las determinaciones del Plan Especial de asentamiento correspondiente, previa constitución de la entidad autónoma de conservación.

e) El importe del canon se destinará al patrimonio público municipal, para acometer las medidas ambientales compensatorias que determine la ordenación territorial.

5. Los asentamientos irregulares inviables permanecerán con tal consideración, sujetos al canon correspondiente, hasta su extinción.

Debe tenerse presente que el apartado 2 de este artículo contempla la creación *ex novo* de estos asentamientos y es que este precepto ( art. 71.3) es un tanto antitético con lo que se establece en los arts. 21.1, 3.c), 27.1 65.2 a) y 3.d) desde la citada LOTUS; 13.1 de la Ley estatal 7/2015 y con lo que se disponía en los artículos 18, 24 y 26 de la Ley extremeña 15/2001 de 14 de diciembre, en redacción dada por la Ley 10/2015 de 8 de abril

Esta LOTUS plantea diversas incógnitas con relación a la naturaleza del suelo en que se asientan tales núcleos de población<sup>1001</sup>, las aportaciones a los estándares urbanísticos o la forma de aportación en el caso de los preexistentes.

Esta norma, que puede calificarse de novedosa en el Derecho extremeño pero tiene antecedentes en España<sup>1002</sup> para situaciones que pudieran calificarse, hasta ahora, como propias de la situación urbanística de fuera de ordenación, no es tampoco extraña en el Derecho portugués, ya que existen las AUGI (áreas urbanas de génesis ilegal).

Se trata de predios o conjunto de predios contiguos que sin la competente licencia de parcelación, dentro de territorio que en su totalidad o mayor parte tiene la calificación de urbano o urbanizable (y en ocasiones rústico) han sido ocupadas, mayoritariamente, por construcciones destinadas a vivienda de uso propio y ostentan las condiciones de seguridad, salubridad y habitabilidad legalmente exigibles y que cuentan, además, de abastecimiento de agua y canalización de residuales, y accesos reales o garantizados a las infraestructuras.

La reconversión urbanística prevista en el Decreto-Ley 794/76, modificada en 1980, 84,95, 2015 y 2019 puede llevarse a cabo a instancias de la Administración o de los particulares que presenten para su aprobación municipal los correspondientes planeamientos, suponiéndose las cedencias y actuaciones correspondientes, con un estudio de impacto ambiental y correlativas cauciones, en las que se presupone la cesión de espacios libres y verdes para la titularidad municipal aunque se admite

---

6. Los asentamientos de nueva creación y los irregulares viables se ordenarán y gestionarán mediante planes especiales de asentamiento que contendrán, al menos:

a) La delimitación del ámbito de aplicación con la relación de bienes que deberán integrarse obligatoriamente en la entidad autónoma de conservación.

b) La aplicación ejecutiva de las condiciones previstas en la ordenación territorial, o, en su defecto y en su caso, las del plan general municipal.

c) La definición detallada de las infraestructuras que deban ser ejecutadas, que serán las mínimas indispensables.

d) Las medidas ambientales a adoptar.

e) El estudio de viabilidad económica.

Los sectores de estos asentamientos constituirán los ámbitos de reparto de las cargas derivadas de su ordenación y el marco de la entidad autónoma de conservación que habrán de constituir para su mantenimiento las personas titulares de bienes afectados.

7. La entrada en vigor del plan especial de asentamiento llevará implícito el otorgamiento de las calificaciones rústicas, para todas las edificaciones, construcciones e instalaciones, en él previstas, dentro del ámbito. No obstante, estarán sujetas al preceptivo trámite de autorización o comunicación municipal.

8. Podrán presentarse, simultáneamente con el plan especial de asentamiento y ante la administración competente, proyectos de reparcelación para adaptar el régimen de propiedad a la realidad existente o pretendida.

<sup>1001</sup> Considero que en este punto se debe tener en cuenta la STC 6/97 de 20 de marzo y el espíritu de lo que se establece en la Ley estatal 6/98.

<sup>1002</sup> Como podría ser la Ley 9/1985, de 4 de diciembre, especial para Tratamiento de Actuaciones Urbanísticas Ilegales en la Comunidad de Madrid.

la posibilidad de unas cesiones inferiores a los estándares ordinarios para conseguir el licenciamiento especial individualizado.

La causa de estas actuaciones debe encontrarse en el derecho al disfrute de una vivienda respecto de personas con bajos recursos económicos, de acuerdo con la necesaria calidad de vida en condiciones medioambientales dignas de protección, todos ellos bienes jurídicos dignos de protección constitucional. No obstante como señalan Fernando dos Reis Condeso y Ricardo Acevedo Condeso la posición de los municipios en estas cuestiones puede calificarse primero de permisiva y después de omisiva<sup>1003</sup>.

## 2. EL ESTADO SOCIAL

La Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América de 4 de julio de 1776 dice que:

“ Sostenemos que las siguientes verdades son evidentes en sí mismas; que todos los hombres han sido creados iguales; que su Creador les ha dotado de ciertos derechos inalienables; que entre estos derechos está la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad”<sup>1004</sup>.

Señala Muñoz Machado, que tal texto salido de la pluma de Jefferson contiene una aseveración un tanto sorprendente como lo es la relativa a la búsqueda de la felicidad, que desde entonces constituye un derecho inalienable de los hombres, según el criterio pactista del Estado que defendió John Locke, que no consideraba que por la constitución de la sociedad civil se renunciase a los derechos ciudadanos<sup>1005</sup> sino que, precisamente, se establecía para su respeto y consecución, espíritu que se extendió por las Colonias en el pacto del Mayflower en 1620.

Considera este autor, que esta idea de felicidad o de progreso puede encontrarse en la filosofía utilitarista de Bentham pero también en la de James Stuart y John Stuart Mill, especialmente en la de este último, que consideraba, al igual que Adam Smith, que la felicidad individual, sin ayuda pública, constituye la base de la felicidad universal, lo que tiene apoyo en las tesis de Bentham.

La felicidad fue uno de los conceptos más repetidamente utilizados a lo largo del s. XVIII y caracterizó el pensamiento de la Ilustración junto con la secularización, que constituía una situación intermedia de la felicidad, que ya no se refería a la vida eterna sino a la terrenal y se vinculaba al bienestar y la prosperidad.

---

<sup>1003</sup> Fernando dos Reis Condeso y Ricardo Acevedo Condeso, *Direito do Urbanismo e do Ambiente*, Almedina, 2020, pp. 579-605.

<sup>1004</sup> Esta manifestación tiene presente la Declaración de Derechos de Virginia aprobada unos meses antes, que también recoge como uno de los derechos inherentes a todos los hombres buscar y obtener la felicidad y que también recoge la Constitución de Massachusetts que se aprobó un poco después, en marzo de 1780, que se refirió a la libertad, la igualdad y la propiedad, que consideraba incluidas en la búsqueda de la felicidad.

<sup>1005</sup> A diferencia de Hobbes como se ha visto.

Según Jovellanos, la felicidad individual va ligada a la disposición de medios materiales, a la abundancia y a las comodidades que debe procurar todo buen Gobierno a sus individuos, de manera que la felicidad se convierte así en el objeto principal de todo buen gobierno.

La Declaración Francesa de 1789 no menciona, sin embargo, la felicidad como un derecho y en Europa, en los primeros textos Constitucionales europeos, la idea de felicidad se cambia por las ideas de bienestar, con objeto de que las políticas públicas desbaraten las desigualdades sociales y estimulen el progreso.

El artículo 13 la Constitución de Cádiz se refiere al bienestar junto con la felicidad.

En Norteamérica, la búsqueda de la felicidad se constitucionalizó como un derecho individual, cuya realización corresponde a cada individuo y el poder político debe procurar la paz y seguridad necesarias para que las potencias humanas alcancen su máxima expresión y desarrollo.

En cambio, en Europa no se deja exclusivamente en manos de los ciudadanos la satisfacción de sus necesidades y los poderes públicos se considera que deberán organizar servicios y acciones para eliminar los obstáculos provenientes de la economía, la política y la estructura de la sociedad del Antiguo Régimen, siendo obra de Campomanes, Jovellanos, Floridablanca o Cabarrús desplazar el protagonismo de la Iglesia al Estado para su consecución.

Lo que Tocqueville buscaba en el asociacionismo para procurar la libertad individual y el bienestar general va a constituir uno de los objetivos esenciales de las Administraciones Públicas, que el autor entendía una opción equivocada, ya que todo sistema regular y permanente de carácter administrativo, cuyo fin fuese proveer las necesidades del pobre provocaría más miserias de las que pudiese curar.

Determinaría también que la población que quiere socorrer y controlar agotaría las fuentes de ahorro, y paralizando la acumulación de capitales restringiría el desarrollo del comercio, entorpecería la actividad económica, la industria humana y terminaría por llevar a una revolución violenta contra el Estado, cuando el número de aquellos que reciban limosna sea casi tan grande como el número de aquellos que la dan.

Europa no confió a la sociedad civil esta función ni esta importante contribución al asociacionismo ni estableció una tajante separación entre Estado y sociedad, creando cuerpos intermedios y esta es la causa por la que se prohibieron en Francia las asociaciones durante más de un siglo.

El abate Sieyès fue el primero en percatarse del gran cambio político que la Revolución estaba trayendo a Francia, ya que no se trataba solo de que el Estado protegiera la libertad individual sino de hacer posible que los ciudadanos extrajeran todos los beneficios de la dirección política, que debía incluir su derecho a obtener protección y asistencia pública. Por este motivo tales derechos se incluyeron en la declaración de 1793, ya que no figuraban en la de 1789.

Por ello, mientras que Norteamérica optó por una interpretación individualista, en Europa se hizo por una concepción solidaria del mismo derecho, desplazándola hacia el Estado, como se recoge en el art. 321 de la Constitución Española de 1812 y hoy, tras las vicisitudes Comunitarias, en el artículo 36 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000<sup>1006</sup>.

---

<sup>1006</sup> Santiago Muñoz Machado, *Vestigios*, Crítica, 2020, pp. 153-172.

Dice esta norma de la Unión Europea, que la solidaridad y la igualdad de trato, en el contexto de una economía de mercado, abierta y dinámica, constituyen objetivos fundamentales de la Unión, que los servicios de interés general están en la base del modelo europeo de sociedad y suponen un elemento de identificación cultural para todos los países europeos.

Hayek entiende que el empeño inspirado en la fatua idea de justicia social<sup>1007</sup> ha sido el principal responsable de la graduada transformación de las normas de recta conducta sin un fin particular o normas de Derecho Privado en normas de organización, con un fin específico o normas de Derecho Público y esta justicia social ha hecho que los Gobiernos acaben tratando a los ciudadanos y a sus propiedades como objetos de la Administración pública, en orden asegurar ciertos resultados particulares, especialmente en beneficio de ciertos grupos organizados, aspecto este de la democracia y de la voluntad mayoritaria sobre el que se hará referencia más adelante.

Los intentos de socialización del Derecho han tenido lugar en la mayoría de los países Occidentales durante muchas generaciones y han llegado ya, al punto de excluir el atributo característico de las normas generales de conducta: la igualdad de todos los ciudadanos ante las mismas normas de Derecho.

Esta legislación que considera que se inició en Alemania en el s. XIX con el nombre de *sozialpolitik* se difundió primero en el Continente, luego en Inglaterra y durante el s. XX también en Estados Unidos. En Alemania se reconoció ampliamente que la persecución de estos objetivos sociales comporta la progresiva sustitución del Derecho Privado por el Público.

En efecto, los líderes del pensamiento socialista en el campo de los derechos formularon abiertamente la óptica según la cual, el Derecho Privado que se ocupa de coordinación de las actividades individuales debe ser sustituido, progresivamente, por un Derecho Público basado en la subordinación y en lo que respecta al orden social y jurídico.

El Derecho Privado en estas circunstancias debe considerarse, únicamente, como un sector provisional y cada vez más limitado de la iniciativa privada, temporalmente tolerado, dentro de la esfera omnicompreensiva del Derecho Público, lo que es agravado por la condición de que una asamblea interesada por la organización tienda a concebirse, a sí misma, como un cuerpo que no solo presta algunos servicios en pro de un orden que funciona independientemente sino que hace funcionar el país, de manera que tiene poder para controlarlo todo.

Desde esa perspectiva no puede negarse a aceptar cualquier responsabilidad y como todo caso

---

<sup>1007</sup> Señala que no es nada agradable tener que argumentar como contra una superstición que comparten firmemente hombres y mujeres, que con frecuencia son considerados como las mejores personas de nuestra sociedad y contra una creencia que se ha convertido casi en la nueva religión de nuestro tiempo y en la que muchos ministros de la vieja han buscado refugio y se viene a considerar como la identidad del hombre bueno. Pero que esta creencia sea compartida universalmente no demuestra la realidad de su objeto, como tampoco podría demostrarlo la creencia en las brujas o en la piedra filosofal y considera que el mayor servicio que puede prestar a sus semejantes consiste en hacer que sientan vergüenza de seguir sirviéndose de tan vano sortilegio, ya que el término justicia social es una expresión totalmente vacía y carente de significado y cuanto más trata de darle un significado preciso más incapaz se siente, dado que el sentimiento intuitivo de indignación, que sin duda se experimenta con frecuencia en ciertos casos particulares, se revela incapaz de ser justificado por una regla general, que exige un concepto de justicia y la expresión que se emplea generalmente para mucha gente implica una creencia casi religiosa solo sirve para satisfacer pretensiones de cualquier grupo particular, lo que es mucho más difícil que demostrar determinadas concepciones erróneas. Friedrich A. Hayek, *Derecho, legislación y libertad. Una nueva formulación de los principios liberales de la justicia y de la economía política*, 2ª edición, Unión Editorial, 2014, pp. 183 y 184.

particular, tomado en sí mismo, suele ser capaz de vencer todas las dificultades al mismo tiempo, cuando constituye un hecho acreditado que las dificultades en que se encuentran determinados individuos o grupos solo pueden superarse con medidas que crean nuevas dificultades y la política no puede considerarse como la eliminación de toda causa de descontento, ya que algunas causas del descontento son legítimas<sup>1008</sup>.

### 3. LA DEMOCRACIA

El presupuesto de la democracia Occidental es, históricamente, el cristianismo en cuanto desarrolló la libertad política pero la ideología de la Modernidad, aunque arranca de la religión cristiana, pretende hacer una religión laica a su medida<sup>1009</sup>.

Algunas religiones pudieran considerarse incompatibles con la democracia, como podría suceder con la musulmana, el brahmanismo o el budismo, con su régimen de castas pero como destacan los Neotomistas ninguna religión auténtica es política, lo que se subraya con los integristas religiosos en la actualidad, debiéndonos ocupar, por ser de más directa actualidad para nosotros, que la actual democracia política se ha transformado en una democracia omnipotente que suprime cualquier limitación<sup>1010</sup>.

Pero la democracia no puede otorgar valor y poder a cualquier convicción que obtenga la mayoría sin preguntarse sobre el valor de tal convicción, ya que, consecuentemente, se atribuiría el mismo valor a todas las convicciones políticas y sociales, perdiendo entonces la razón de ser una forma institucionalizada de diálogo orientado por la verdad y el bien social, en el que las minorías son protegidas.

Alexis de Tocqueville afirmó que la democracia podría conducir, alternativamente, a la libertad o a la servidumbre, a la civilización o la barbarie, al bienestar o a la miseria dependiendo de sus ciudadanos, de manera que la democracia no garantiza ni la libertad ni la civilización, considerando Ignacio Sánchez Cámara que es muy importante el fondo religioso y moral en que se asientan y que en el mundo Occidental viene determinado por el cristianismo, sin el que no se puede prescindir para la implantación de una adecuada democracia<sup>1011</sup>.

La realidad demuestra el interés prioritario de los partidos políticos en la construcción de las mayorías, llamando a la intervención de sectores sociales no coyunturales como la cultura, la historia, la tradición o la religión, en cuanto depositarios de una sabiduría social creíble, que pueden prestar importantes contribuciones a los procesos argumentativos sensibles a la verdad en el ámbito democrático<sup>1012</sup>.

---

<sup>1008</sup> Friedrich A. Hayek, *Derecho, legislación y libertad. Una nueva formulación de los principios liberales de la justicia y de la economía política*, 2ª edición, Unión Editorial, 2014, pp. 155-179.

<sup>1009</sup> En este apartado valga también lo que se ha expuesto en el IX. 3. c respecto de la nueva religión política.

<sup>1010</sup> *Éxodo* 2.3: (23) "No te dejes arrastrar por la mayoría para obrar mal, ni declares en un proceso siguiendo a la mayoría y violando el derecho"

<sup>1011</sup> Cit. Ignacio Sánchez Cámara, "el infrahombre", *ABC*, 27-4-2017.

<sup>1012</sup> El Derecho debe asegurar un espacio de diálogo social libre materialmente y no solo desde una mera perspectiva formal,

El Derecho puede y debe ayudar a garantizar esta política institucional tolerante, una actitud abierta y crítica ante la verdad.

A la tolerancia se la ha considerado en muchas ocasiones incompatible con la religión pero existe un valor humanizador de la religión que no es legítimo ignorar, derivado de la exhortación evangélica de amaos los unos a los otros como yo os he amado y tiene un vector, como la libertad, a no tener religión.

Al margen del poder o de las ideologías, el Derecho como expresión de la razón debe ser tolerante con la religión, en cuanto fenómeno histórico-social, que puede aportar un gran beneficio para la sociedad<sup>1013</sup>.

El poder democrático ha derivado, al menos en Europa, hacia una forma de religión de la política que excluye al cristianismo, ya que cualquier religión limita al poder político, planteándose realmente el problema de si la democracia podrá sostenerse prescindiendo de los presupuestos en que se basa su origen.

La democracia es un concepto político y no religioso y la religión no es un concepto político ni una ideología más. Son realmente conceptos compatibles y complementarios.

Señala Negro Pavón, que el concepto de democracia es relativo y tampoco es el régimen definitivo de la Humanidad<sup>1014</sup>, ya que la historia humana es evolutiva.

Considera que la democracia no debe ser necesariamente republicana y que puede presentar formas patológicas, como sucedió con las democracias populares que proclamaba Marx como forma auténtica en sus tiempos románticos y que también presenta disfunciones, como sucede con el Estado de Partidos.

Apoyándose en el federalista John Adams destaca sus manifestaciones en que mantenía que la democracia jamás perdura y enseguida se echa a perder, queda exhausta y finalmente acaba consigo misma, entendiendo que todavía no había nacido una democracia que no se hubiese suicidado, destacando el hito que supuso la Revolución Francesa, que fue saludada por Hegel y otros como la reconciliación del cielo y la tierra.

Destaca que no solo no existe ninguna incompatibilidad entre la religión con el espíritu, la mentalidad y los hábitos democráticos sino que estos no hubieran sido posibles históricamente sin el cristianismo.

La idea Occidental de democracia como forma de gobierno es la consecuencia política de la libertad y de la igualdad de los hombres, principios descubiertos por Platón y los Estoicos pero que no son inteligibles sin el cristianismo que le sirve de desarrollo y señala que la religión cristiana es desmitificadora, ya que solo Dios y las tres personas de la Santísima Trinidad son sagradas.

---

ya que de forma connatural a la dignidad se encuentra su intento de buscar la verdad, el bien y la belleza, por lo que es necesaria la tolerancia, que nada tiene que ver con la indiferencia, el relativismo, el subjetivismo o el dogmatismo.

Si nadie está o puede estar en posesión de la verdad carece de sentido el relativismo, de ahí que la tolerancia tenga un sentido objetivo, como la complacencia o capacidad de convencer o soportar objetividades erradas o malas.

<sup>1013</sup> Manuel A. Carneiro da Frada, "Relativismo, valores, directo", *Revista da Faculdade de Direito de Lisboa*, V. 51, 1-2, 2010, pp. 173-192.

<sup>1014</sup> Dalmacio Negro Pavón, "Democracia y religión", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 41, (2007), pp. 163-181.

Destaca, precisamente, que la distinción entre religión y política, entre fidelidad y lealtad es lo que constituye la idea europea del Derecho.

En el Renacimiento se consideró esencial la libertad evangélica, al considerarla como la libertad del hombre natural y consustancial a su naturaleza en tanto persona, que constituye la raíz del resto de libertades humanas e instituye el Derecho para dirimir los límites entre las libertades, siendo la libertad cristiana la que permite oponerse incluso a la voluntad divina y al orden natural, tal y como sucede con el pecado original, siendo la libertad de naturaleza individual, que no de la entidad colectiva, como la concebían los antiguos griegos y romanos.

En esa idea de libertad en sentido individual descansa la idea europea de igualdad, que debe guardar las debidas distancias con el igualitarismo, constituyendo la ideología igualitarista la principal causa de la democracia política oligárquica.

Pudiera considerarse que el cristianismo no es una ideología y ni siquiera es una religión, ya que la religión pertenece al orden natural, siendo el cristianismo la palabra que se utiliza para designar a los que creen en Cristo y la Iglesia es la comunión que reúne a los cristianos en torno a Cristo<sup>1015</sup>.

Pero como señala Ávalos, esta concepción de cristianismo como los seguidores de Jesús de Nazareth es precisamente en la que se basa Hegel para determinar la superioridad del Estado civil frente al eclesiástico, desarrollando, sobre la base de la filosofía, un estudio de la positividad de la religión cristiana, que considera consiste en la transformación de las enseñanzas de Jesús de Nazareth, en su propia persona y en su autoridad moral, y su conversión en un conjunto de prácticas ritualizadas, pasando el mensaje original a una religión, y de una secta y conjunto de sectas, a un Estado eclesiástico.

Compara Hegel, como ejemplos paradigmáticos de moralidad a Jesús y Sócrates, considerando la superioridad de este último sobre la base de la confianza en la libertad de pensamiento frente al adoctrinamiento.

Mientras que el cristianismo produce una subordinación a un poder exterior y superior, la libertad socrática de la filosofía no supone, necesariamente, la pérdida de la libertad de la razón y de la autonomía misma y de su capacidad para oponerse a un poder ajeno, que es por lo que destaca la superioridad del Estado civil frente al eclesiástico, basado en el libre ejercicio de la razón práctica, que elige actuar moralmente basándose en la libertad de pensamiento y mezclando de esa manera el método kantiano, socrático y la política ateniense basadas en la libertad positiva<sup>1016</sup>.

Con tal proceder se están contraponiendo, desde mi punto de vista, dos cuestiones que no son homogéneas sino heterogéneas (como antes hemos dicho no contradictorias sino complementarias) e históricamente superadas.

Las teocracias fueron sustituidas por gobiernos civiles y es el propio Jesucristo quien destaca que debe darse al César lo que es del César y a Dios lo que es de Dios, mezclando los métodos de la filosofía y la teología y aun así, como se señala por Negro y se reconoce por Hegel<sup>1017</sup>, la evolución del judaísmo

---

<sup>1015</sup> Dalmacio Negro Pavón, “Democracia y religión”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 41 (2007), pp. 163-181.

<sup>1016</sup> Gerardo Ávalos Tenorio, “Dossier repensar el Estado”, “Actualidad del concepto de Estado de Hegel”, *Argumentos*, V. 23, n° 64, septiembre-diciembre, 2010.

<sup>1017</sup> G. W. F. Hegel, “El espíritu del cristianismo y su destino”, en *Escritos de juventud*, pp. 306, 335 y 363. Cit. Gerardo

al cristianismo contiene unos principios religiosos que favorecen la idea de democracia ( aunque, como digo se consideren como cuestiones diferentes que deben tratarse con parámetros diferentes), ya que el judaísmo impulsó un sentimiento de igualdad pero basada en el sometimiento a un Dios externo y una ley obligatoria pero irreflexivamente asumida.

Los judíos son totalmente dependientes de Dios mientras que Jesús invierte la relación con la ley y marca la superioridad del hombre respecto a mandatos externos que se materializan en la costumbre judía de lavarse las manos antes de comer el pan, en donde se pone de manifiesto toda la subjetividad del hombre y coloca la pureza o impureza del corazón por encima de la servidumbre ante un mandamiento; subjetividad indeterminada en una esfera totalmente diferente del cumplimiento puntual de mandamientos objetivos.

Pero las aportaciones de la religión cristiana al mundo de la política son todavía más importantes en la filosofía de Hegel, a pesar de las diferencias que deben reconocerse entre ambos aspectos, ya que Jesús no solo se opuso a la servidumbre total bajo la ley de un señor ajeno sino también a una servidumbre parcial bajo una ley propia, la violencia contra sí mismo de la voluntad kantiana sino incluso a las virtudes sin dominación y sin sometimiento sobre la base del amor.

Cristo sobre la base del ejemplo (que puede fundamentar el principio de amor racional y real que exige ser demostrado) da un mandamiento nuevo, “amaos los unos a los otros como yo os he amado”<sup>1018</sup>.

Jesús tenía presente que se encontraba ante el sistema legislativo resultante del Antiguo Testamento, que en su opinión había sido aprobado por Dios, es decir, que se trataba de un Dios omnisciente y bueno pero aun así consideraba que no debía aplicarse a determinados casos concretos, a la luz de su generalidad y por resultar ofensivo a la dignidad de la persona humana, que constituye la barrera para su operatividad.

No porque las normas no fueran dictadas por un Dios perfecto que pudiese promulgar leyes imperfectas sino simplemente porque una norma general y abstracta para todo tipo de situaciones y lugares puede ser, genéricamente buena pero dañosa para una situación específica, susceptible de producir lesiones intolerables en facetas antropológicas de la dignidad de la persona humana, imponiendo excepciones en casos concretos como la obligación de no trabajar en sábado<sup>1019</sup> o las reglas relativas de la cuarentena<sup>1020</sup>.

En este texto de gran valor para los creyentes y de gran enjundia filosófica para el resto y, en cualquier caso, el libro más leído del mundo, consta el supremo ejemplo de esas potencialidad lesiva de la ley aprobada según un principio mayoritario, que acredita la incapacidad de la mayoría para formar un criterio de verdad.

Precisamente esto se produce con ocasión del hecho más importante del *Nuevo Testamento*, como lo es la muerte de Jesús exigida por las autoridades religiosas y ratificada por el voto popular y la

---

Ávalos Tenorio, *Argumentos*, “dossier repensar el Estado”, “Actualidad del concepto de Estado de Hegel”, V. 23, nº 64, septiembre-diciembre, 2010.

<sup>1018</sup> *Juan*, Cap. XII, 34-35.

<sup>1019</sup> *Éxodo*, Cap. XXXV, 1-3; *Mateo*, Cap. XII, 9-14, *Marcos*, Cap. II y III, 27 y 28 y 1-5; *Juan*, Cap. IX, 14-17.

<sup>1020</sup> *Lucas*, Cap. VIII, 42-48; *Levítico*, Cap. XV, 25-27.

voluntad de la mayoría, cuya presión tornó inútiles los esfuerzos de Pilatos para salvarlo, que a su vez pone de manifiesto la impresionante facilidad para ser manipulada, como demuestra que cinco días antes fuese aclamado como rey, a su entrada en Jerusalén<sup>1021</sup>.

No nos encontramos, por lo tanto, ante la igualdad judía derivada del sometimiento a un Dios externo o ante una comunidad que va más allá de su unión por un universal o un concepto sino que se encuentra participada por la vida y el amor.

Considera Hegel que en un Estado eclesiástico se carece de libertad individual, lo que le conduce a expresiones tales como que todo cuanto es el hombre se lo debe al Estado, en el que reside su ser.

Pero esta manifestación supone que nos encontramos ante una realidad efectiva de la idea ética y ante una voluntad, en cuanto espíritu presente, que se despliega en una figura real y en una organización del mundo guiado por el espíritu de la razón, constituyendo un dios real sobre la base de una construcción ética por lo que el Estado es un reino laico espiritual<sup>1022</sup>.

Para estos Neotomistas, la democracia supone el autogobierno con identidad entre gobernantes y gobernados pero sin olvidar la ley de hierro de la oligarquía y mientras que Rousseau pensaba en la *polis* griega y en pequeñas ciudades como su Ginebra natal pretendía superarla implícitamente con su *Contrato social*, que realmente se ajustaba al contrato hobbesiano de constitución de la sociedad con institucionalización de la oligarquía, que Montesquieu intentó solucionar con dos mecanismos institucionales: la separación de poderes y los poderes intermediarios, no cupiendo ninguna duda de su fracaso en el Estado de Partidos.

Consideran que el verdadero origen de este sistema de representación se encuentra en el mandato imperativo de Derecho Privado que inventaron las órdenes religiosas Medievales para elegir a sus superiores, que contiene la ventaja inestimable de que en ellas, representantes y representados actúan en conciencia, por lo que siendo la libertad política la causa de la democracia y del autogobierno se plantea, inexorablemente, el tema de la separación del poder, siendo necesaria una pluralidad de poderes distintos entre sí, de modo que el particular se sienta protegido, en cierto modo, por uno contra la prepotencia de los otros.

Si la *potestas* rechaza o absorbe a la *auctoritas* deja de estar limitada y se convierte en un poder, que sin trabas tiende a sacralizar y a convertirse en autoridad definidora de la verdad.

Maquiavelo liberó a la potestad de las trabas o límites de la autoridad, que en manos de la monarquía estatal o Absoluta se instituyó como soberanía, que heredada por el Constitucionalismo en cuanto ateo abre el camino a los regímenes Totalitarios del siglo XX, considerándose, como se acaba de decir, al Estado como un Dios.

La democracia social ha desembocado en un Estado de Partidos, que transmuta el necesario consenso social en consenso político, olvidando que todo orden político descansa en un consenso social prepolítico informado por la religión, sin olvidar, como señaló Tocqueville, que la opinión pública se convertiría en una especie de religión, en la que la mayoría será el profeta; pronóstico que

---

<sup>1021</sup> Mateo, Cap. XXI y XXVII, 8-11 y 20-25; y Marcos, Cap. XI y XV, 7-10 y 11-15.

<sup>1022</sup> G. W. F. Hegel, *La razón en la historia*, España, Seminarios y Ediciones, 1972, p. 142. Cit. Gerardo Ávalos Tenorio, *Argumentos*, "dossier repensar el Estado", "Actualidad del concepto de Estado de Hegel", V. 23, n° 64, septiembre-diciembre, 2010.

se ha cumplido o está en trance de cumplirse ya que por la influencia laicista, la democracia social se ha constituido como la religión de la política e imponiéndose a la religión tradicional, funcionando como una religión civil a costa, no solo del cristianismo sino, paradójicamente, de cualquier religión tradicional.

Es indudable que la democracia es planteada en un doble sentido: como estado de la sociedad y como forma de gobierno constitucional, constituyendo la expresión del laicismo tradicional europeo vinculado al cristianismo, como religión de los cristianos.

Hoy en día, la religión política democrática se presenta como una religión civil, en competencia con la religión tradicional trascendente, con antecedentes en el contrato social de Rousseau, en la religión moralista basada en virtud de la justicia que edificó la diosa Razón en la Revolución Francesa, por supuesto en la Positivista de Augusto Comte y en la aportación a esta religión, y de la mano de Marx y Freud en el cientificismo, el pacifismo, el feminismo, etc...

Pero la democracia político-social no puede fundamentar el Estado democrático de la sociedad, ya que el orden político siempre fue superficial, epidérmico, reflejo de todos los órdenes parciales que configuran el orden social y por eso necesita de la religión civil, en este momento democrática.

No hay democracia sin sagrado y suprimida la religión tradicional por la civil laicista se modificarán radicalmente los presupuestos del Estado y los de la democracia<sup>1023</sup>, sin olvidar, como decía el mayor filósofo de la democracia, Tocqueville, la religión es el antídoto más poderoso contra la tiranía democrática basada en la opinión<sup>1024</sup>, además de ser una necesidad primigenia del hombre<sup>1025</sup>.

Las reflexiones de García de Enterría sobre la democracia las debemos tener bien presentes al tratar de la cuestión referente al control judicial de los actos políticos en un Estado de Derecho.

Señala como esencial dentro de la obra de la Revolución Francesa, el apartamiento de la voluntad personal por la general que se constituye en ley, y sobre la base de Touraine y Sartori destaca como primera observación, que la democracia no es un simple procedimiento formal de designación de los gobernantes que otorga una legitimidad sin límite al poder popular sino que la democracia introduce en la vida política el principio moral de que quienes no ejercen el poder en la vida social disponen de un recurso para defender sus intereses y para mantener sus esperanzas y sin esta presión social y moral, la democracia se transforma en oligarquía por la asociación del poder político con todas las otras formas de dominación social.

Considera que la teoría de la democracia no puede proporcionar razón alguna para pretender una indiscutibilidad de las decisiones de los gestores públicos y, más bien, la posibilidad de su impugnación

---

<sup>1023</sup> Valga como ejemplo de lo que se expone, la experiencia vivida en la URSS y no solo a la desmembración de los Estados que se aferran ahora a elementos más sólidos como la historia, la tradición o la religión con los efectos de que se hace mención a continuación de la democracia sino en el aspecto moral de la ciudadanía, desde el punto de vista ético, destruzada.

<sup>1024</sup> Alexis de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, I, 2ª, IX y II, 1ª, V. Cit. Dalmacio Negro Pavón, "Democracia y religión", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 41, (2007), p. 181.

<sup>1025</sup> Dalmacio Negro Pavón, "Democracia y religión", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 41, (2007), pp. 163-181.

se adecuaba exactamente al carácter abierto de la sociedad democrática, no por mitos globales ni por la imposición forzosa de los valores de las mayorías<sup>1026</sup>.

Lo expuesto tiene su mayor fundamento, dados los fenómenos de corrupción y la partitocracia en pos de la debida legitimidad<sup>1027</sup>.

## A. LA DEMOCRACIA Y DEL ESTADO MARXISTA AL DE BIENESTAR

Habermas en su adaptación selectiva del marxismo, *Conocimiento e interés* (1965) retoma el problema cognoscitivo de la obtención de información social e histórica fidedigna y considera que la definición de democracia solamente puede lograrse en un Estado socialista, ya que la sociedad revolucionaria marxista es necesaria para revertir los males de un mundo no socialista.

Consideraba que el punto en cuestión no era si el marxismo-leninismo aporta un completo y adecuado sistema de ideas o si los líderes soviéticos decían la verdad, ya que se trataba de cuestiones que se ven afectadas por una estructura opresivo-autoritaria y por el hecho de cambiar de una forma innoble la falsedad por la posibilidad eventual de mirar las cosas de frente y cuando analiza las precondiciones para lograr individualidades comunicativas llega a establecer, ciertas normas para la regulación de sus interacciones.

Destacaba también que el hecho de la privación material no desaparecería hasta que no fuese gestionado por un Estado de Bienestar, por lo que se deduce que existe una evolución y coherencia del posmarxismo con los movimientos progresistas de izquierdas, tanto en Europa como en EEUU<sup>1028</sup>.

Gottfried considera a la Escuela de Frankfurt como ejemplo de deconstrucción de la realidad, de su americanización y de la tercera vía por la que se abandona el comunismo y da lugar a una nueva dimensión del posmarxismo con el multiculturalismo a través del Estado Social, que reproduce la mezcla del progresismo norteamericano con el movimiento posmarxista europeo y que tiene como uno de sus ejes, la ideología multicultural, que es una tarea de deconstrucción que subvierte sus propios fundamentos civilizatorios, sobre todo, por el énfasis puesto en la masiva inmigración del

---

<sup>1026</sup> Noam Chomsky y Edward S. Herman en *Manufacturing Consent*, se refieren a la fabricación del falso consenso democrático a través del control de los medios masivos de comunicación, incidiendo en la función que desarrollan los medios de comunicación en la política contemporánea y tras reconocer una cierta analogía entre los métodos comunistas y capitalistas en la utilización de la propaganda distingue entre las élites y el rebaño, considerando que el poder real proviene de las fianzas en el sistema capitalista. Señala que las élites son las que conducen al rebaño, si bien para formar parte de tal élite es necesario participar de los principios y valores interesantes al poder real, destacando el problema que plantea el rebaño desconcertado al que se le puede conducir conveniente, haciendo propios los valores que la élite les imponga y destacando la capacidad de imponer a través de las relaciones públicas, de forma mucho más eficaz que a través de la violencia. Noam Chomsky y Edward S. Herman, *Manufacturing Consent*, 1993, Buenos Aires, 2004.

<sup>1027</sup> Eduardo García de Enterría, *Democracia, Jueces y control de la Administración*, Civitas, 6ª edición, 2009, pp. 82-90.

<sup>1028</sup> La Escuela de Frankfurt ha ido acumulando devotos americanos de manera muy fecunda a lo que contribuyó el Comité judío-americano, que asumió la forma progresista de la nueva izquierda americana y que ha seguido también de modelo a la izquierda posmarxista europea, dado que tras la Segunda Guerra Mundial fue Estados Unidos el que construyó la cultura cívica alemana, lo que no sucedió en Japón, un país en donde el multiculturalismo o el movimiento de liberación gay ha tenido un impacto relativamente escaso, en una sociedad industrializada, con otros muchos puntos de conexión con la norteamericana.

Tercer Mundo como experiencia enriquecedora para los Occidentales<sup>1029</sup>.

Esta izquierda lucha por permitir una emigración sin restricciones del Tercer Mundo hacia Europa, el matrimonio homosexual, la disminución de la edad legal para ejercer la prostitución homosexual masculina y la construcción de mezquitas con los impuestos de los contribuyentes europeos, y la izquierda periodística y literaria se mantiene implacablemente hostil hacia quienes piensan de manera diferente y discrepan de su recomendado punto de vista, situando los orígenes de esta desviación en las simpatías fascistas<sup>1030</sup>.

Quienes han perdido el patrón del control político de la sociedad y han trabajado en armonía con los educadores y los agentes de los medios de comunicación han alterado la moralidad social y lo que es más relevante, han logrado imponerse en todas partes, siempre en nombre de la liberación de los individuos oprimidos por sus familias y por las comunidades, y han transformado las conciencias<sup>1031</sup>.

A la vista la influencia de las poblaciones y religiones no Occidentales y de la disminución de la tasa de natalidad de los europeos nativos no es convincente creer que esta situación vaya a cambiar, siquiera remotamente.

La democratización pasó a ser, en primer lugar, un imperativo cultural en la medida en que el sistema total iba a tener por objetivo la creación de una sociedad y una cultura posburguesa y la ingeniería social se ha desplazado desde el Viejo al Nuevo Continente y ha regresado al primero, y en este proceso ha generado alteraciones más dramáticas en Europa que en Estados Unidos<sup>1032</sup>.

---

<sup>1029</sup> No obstante considera este autor poco probable, que los emprendedores del experimento cultural puedan preservar lo que han forjado como factor de reemplazo, dado el bajo índice de natalidad de los nativos europeos, muy rezagado respecto al correspondiente de los grupos introducidos por el multiculturalismo en sus países para su “enriquecimiento”.

A pesar de las coincidencias entre esta corriente europea y norteamericana considera que lo que diferencia a la izquierda europea de los defensores del imperio americano son dos características interrelacionadas: la primera de ellas, lo conocido como segunda realidad y en segundo lugar, un rechazo sistemático a percibir la realidad a causa de una búsqueda de trascendencia a través de una convicción política que moldea a la primera.

Es decir, a enfocar las cosas a través de una especie de hendidura en un acorazado por donde se captan solamente las facetas arbitrarias de la realidad, que ha hecho que se exagerara la malevolencia de quienes son capaces de rechazar un programa para las mejoras humanas, considerándose que no forman parte de una oposición respetable, ya que se trata de extremistas de derecha y fascistas, cuando menos faiscistantes, que han olvidado las lecciones de Auschwitz y que plantean tratar a las minorías del Tercer Mundo, a los homosexuales y transexuales, del mismo modo que lo hizo Hitler con el propio pueblo judío.

<sup>1030</sup> No obstante considera Gottfried, que este movimiento de ingeniería social tiene pocas posibilidades de conformar un sucesor a largo plazo de la sociedad cristiana burguesa por su carácter gerencial del emprendimiento político y cultural actual, que impide que la religión posmarxista tenga un liderazgo sostenido, ya que los defensores del régimen actual son predominantemente funcionarios civiles, lentos e inofensivos o jueces o figuras parlamentarias que intentan apoyar a las feministas, los inmigrantes y los gays, en donde no existen los viriles y belicosos líderes de las antiguas ideologías de las viejas y más desarrolladas religiones políticas, que ya no tienen lugar aquí. Paul Edward Gottfried, *La extraña muerte del marxismo. La izquierda europea en el Nuevo Milenio*, Ciudadelalibros, Madrid 2007, pp. 81-87 y 43.

<sup>1031</sup> No considera este autor convincente considerar que los europeos pueden llegar a rebatir a la izquierda por medio de la lectura o de las conferencias acerca de los valores, que son los que tienen y justifican dicha autoridad, a no ser que una élite creciente y dominante lidere una campaña contra la agenda cultural, que es el compromiso sagrado de la izquierda posmarxista y de sus colegas americanos, teniendo presente que los partidos políticos que orienten sus ideas fuera de los cánones establecidos van a ser objeto de condenas judiciales y quedarán relegados a la ilegalidad, ya que la democracia y la democratización, al modo extremista, ha sido traída no por los trabajadores sino por los intelectuales, empleados y burócratas estatales.

<sup>1032</sup> Paul Edward Gottfried, *La extraña muerte del marxismo. La izquierda europea en el Nuevo Milenio*, Ciudadelalibros,

## B. LOS PARTIDOS POLÍTICOS: DEL PARLAMENTARISMO A LA DEMOCRACIA TUTELADA POR LOS PARTIDOS POLÍTICOS

Mientras que las políticas antiguas eran concebidas en paradigmas del pasado: el paraíso perdido o el estado de naturaleza, tras el Iluminismo francés, las formas políticas pasan a concebirse como paradigmas del futuro: no como lo que es o ha sido sino como lo que debe ser; lo que conjugado con el moderno concepto de pueblo determina una democracia como objetivo último de la sociedad, en un inacabado proceso de democratización, en una constante lucha del pueblo constituyente con el constituido, en lo que Ayuso denomina revolución permanente<sup>1033</sup>.

El concepto romántico de pueblo supera la perspectiva nacional en un proceso orgánico de realización política, preconizado el reconocimiento de particularismos identitarios y en defensa de formas de vida más auténticas y expresivas.

Esta base comunitarista que subordina los individuos y su afirmación de espíritu colectivo con el conjunto de derechos y deberes de integración y lealtad es alterada por el nuevo individualismo, que sujeta la colectividad al pluralismo de voluntades particulares creativas y autofirmativas de los individuos, muchas veces en ruptura con las convenciones e identidades preexistentes<sup>1034</sup>.

Como señala Jorge Miranda, la tesis radical que tendería a afirmar que la representación política se convierte en representación partidaria y que el mandato es realmente conferido a los partidos y no a los Parlamentarios ignora que los Diputados son electos por todos ciudadanos y no solo por los militantes o por las bases activas de los partidos políticos y representan a todo el pueblo.

Esta tesis transformaría a los partidos políticos en comisiones políticas o secretariados exteriores del Parlamento, produciendo una mutación de su naturaleza de asamblea política en una cámara corporativa de partidos políticos, lo que les retiraría su propia cualidad de órgano de soberanía y su capacidad de decisión porque la democracia se asienta en la libertad política de libre participación de los diputados y senadores, que constituyen los órganos expresivos de los Parlamentos.

No es tampoco aceptable sustituir la representación de los electores a través de los electos para entregarlo a los dirigentes de los partidos políticos, con independencia del método por el que estos últimos fueran elegidos, lo que no solo no es cierto ni en los partidos políticos fuertemente ideologizados o identificados con minorías políticas, ya que tales diputados y senadores, aunque han sido elegidos en las listas de un partido, no solo no están más vinculados a los militantes que al resto de ciudadanos sino que sus mandatos son independientes de los partidos políticos.

La voluntad política individual no puede ser sustituida por la del partido político, ya que una democracia representativa auténtica excluye tanto la circulación libre de los representantes como la fidelidad partidaria ciega contra la libertad y la responsabilidad de los electos por el pueblo y en este sentido destaca el art. 161.1. c) de la Constitución portuguesa, que permite dejar de pertenecer a un

---

Madrid, 2007, pp. 81-87 y 43.

<sup>1033</sup> Miguel Ayuso, "Las aporías presentes del derecho natural ( De retorno en retorno)", *Direito e Justiça, Verdade, Pessoa Humana e Ordem político-Jurídica Universidad Católica Portuguesa, Faculdade de Direito*, 2008, pp. 68 y 69.

<sup>1034</sup> Pedro Lomba, "Romanticismo político e constitucionalismo identitário: o paradoxo do conceito românico de povo", *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 2019, 2, pp. 141-276, especialmente, pp. 152-154 y 162-169.

determinado partido político o Grupo Parlamentario por propia decisión o expulsión y su mantenimiento como representante del pueblo, siempre que no se inscriban en partido político distinto y en este sentido declara que no se puede sancionar a los diputados o senadores por no seguir la disciplina de voto<sup>1035</sup>.

Los partidos políticos tienen una gran responsabilidad en la situación en la que nos encontramos y están llamados a desempeñar la trascendental función que la Constitución española de 1978 les encomienda<sup>1036</sup>.

La democracia representativa tiene unos protagonistas muy concretos llamados partidos políticos, que tienen carta de naturaleza y respaldo Constitucional.

Los órganos políticos del Estado son ocupados por un conjunto de personas que, a su vez, se encuentran integradas en otras organizaciones, a cuyos criterios y disciplinas se encuentran sometidas, produciéndose, de este modo, la transubstanciación de los partidos políticos en voluntad de Estado.

Al referirse a la democracia García de Enterría penetra en el examen de los partidos políticos.

Destaca que los inconvenientes que presentan no son pocos pero ello no permite prescindir de su intermediación en las actuales sociedades Occidentales, que no pueden ser gobernadas por una democracia directa.

Señala que es notable que este paso a primer término de los partidos políticos haya coincidido con una cierta desideologización de los mismos, que ha implicado la erosión del partido como comunidad de militantes conjurados así como la reducción del sentimiento subjetivo de identificación de los electores con sus partidos, implicando una cierta relativización de sus programas pero ello ha supuesto, paralelamente y en cierto modo paradójico, un reforzamiento extraordinario de su papel en el desarrollo político y en la formación de la voluntad de las diversas organizaciones públicas, aunque algunos vislumbren una posible decadencia final de los partidos, al menos en su forma actual.

El fenómeno de los partidos políticos debe interesarnos como fenómeno social y político, y el tema de la partitocracia interesa a nuestros fines en cuanto significa una relación nueva entre la sociedad y el Estado, que ha supuesto la colonización de la sociedad por el Estado de Partidos y la colonización inversa, en la sociedad sobre el Estado y que dará lugar al fenómeno de la corrupción.

La primera de esas colonizaciones se expresa en un inestimable reforzamiento actual del clientelismo (nepotismo político en expresión inglesa), especialmente, a través de la tendencia de los partidos políticos dominantes a penetrar en todos los ámbitos de la vida estatal y social, y aunque esta tendencia sea objeto de las más severas críticas, que comparte, es un hecho que en todos los países

---

<sup>1035</sup> Jorge Miranda, "Divisão do poder e partidos políticos", *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 2010, V. 51, pp. 25-32, especialmente 30 y 31.

<sup>1036</sup> José María Carrascal también encuentra el origen de este problema en la excesiva acumulación de poder que ostentan los partidos, y así en la Tercera de ABC, 5-2-2013, "Corrupción, Democracia, Dictadura", señala que todo apunta a que lo que se busca es el desgaste del rival pero no eliminar el origen de la corrupción en la política, que no es otro que el enorme poder, dinero e influencia de los partidos políticos, dado el empeño por hacer todo lo contrario que Franco, y dada la alergia de este a los partidos pasaron a darles todo el poder, con lo que pasaron a controlar, de entrada, el legislativo, desde ahí, el ejecutivo y de remanguillé, el judicial. Poderes a los que no van a renunciar, considerando que hay que corregir lo que se hizo mal, empezando por la acumulación de poder en los partidos, que son parte de la democracia pero no la democracia.

continentales europeos se ha extendido sea cual fuere el signo de los partidos en el poder y en España conocemos esa experiencia no sólo en el ámbito estatal sino y especialmente en el Autonómico y municipal.

Los partidos políticos dominantes se apresuran a situar a hombres de su confianza, no solo en los centros políticos relevantes, que ha sido una tradición en el sistema de partidos sino en los sucesivos niveles de la Administración, hasta haberse consolidado una verdadera regresión de la independencia, neutralidad y objetividad de los funcionarios, hoy gobernados en buena parte, más que por la regla constitucional del mérito y capacidad por el criterio de la confianza política, desde el ingreso, a la provisión de cargos y a la promoción de carrera, produciéndose, además, una duplicación de la burocracia profesional por una burocracia paralela en forma de asesores, gabinetes, consejeros, bien sometida a la legislación laboral o a la discrecionalidad, con competencias alternativas que vienen a sustituir, lo que constituye una expresión manifiesta del mismo fenómeno.

Es decir, que los funcionarios profesionales se encuentran entregados a la pura discreción política, en mengua manifiesta de su independencia e imparcialidad.

A ello ha de añadirse el amplio mundo de los organismos públicos exentos del régimen jurídico-público como las empresas públicas, organismos autónomos, organizaciones sociales, Cámaras Oficiales, organizaciones de consumidores, asociaciones, fundaciones, los medios públicos de comunicación, los entes públicos industriales y financieros siendo claramente perceptible la misma tendencia respecto a órganos constitucionales o para constitucionales configurados en vista a una independencia sustancial como el Consejo General del Poder Judicial o el Tribunal Constitucional y la tendencia no para de imponer un sistema de cuotas de partido, lo que ha dado lugar a un sistema de corrupción

Esa intermediación de los partidos políticos ha venido a hacer precisamente más acuciante la exigencia de un gobierno sometido a reglas objetivas, no dejado al arbitrio de los elegidos, y no hay otras reglas objetivas formalmente en la sociedad que las que son ley y Derecho, como se señala en el artículo 103 de la CE<sup>1037</sup>.

En este sentido quiero destacar también el sistema clientelar derivado de la contratación temporal en la Administración Pública como método de captar su voluntad.

Por estos motivos se puede decir que el Parlamento ha perdido su fundamental función, la de ser el lugar en el que mediante la discusión de los distintos Grupos parlamentarios se alcanza, lo que podríamos llamar, la mejor decisión o la mejor ley a aprobar.

Cuando empieza el debate parlamentario, todo o casi todo, está ya decidido por la previa postura adoptada en el propio seno de los partidos políticos y se utiliza a la Cámara legislativa para la exposición de lo que se considera más conveniente, que muchas veces, poco tiene que ver con lo que realmente se está discutiendo, que ya se ha decidido en el seno de los Grupos parlamentarios y, antes, en el seno de los partidos políticos, produciéndose en el Parlamento una sucesión de monólogos ya sabidos y poco más, con evidente relativización de la verdad política que, tradicionalmente, era concebida como el bien común.

---

<sup>1037</sup> Eduardo García de Enterría, *Democracia, Jueces y control de la Administración*, Civitas, 6ª edición, 2009, pp. 92-95 y 126.

No debemos olvidar, tampoco, el claro predominio del Ejecutivo en los s. XX y XXI frente a la teórica hegemonía de la Asamblea que caracterizó al s. XIX y a la conformación de nuestro sistema político.

Es en el seno de estos partidos políticos, que es en realidad donde se toman las decisiones, se nombra a los portavoces, se fijan las líneas concretas de actuación del Grupo parlamentario en el hemiciclo, etc... de ahí la fuerte dependencia del parlamentarismo al partido político.

Aunque el Diputado representa a la nación entera, depositaria de la soberanía, la realidad es bien distinta porque el partido político es el que lo ha llevado al Parlamento mediante su libérrima inclusión en las listas electorales, ha sufragado los gastos de la campaña electoral y le ha dotado de medios e instalaciones, etc... y son los reglamentos de los Grupos, los que suelen establecer el castigo o penalización por incumplir la disciplina del voto<sup>1038</sup>.

Quizá deba modificarse nuestra Constitución para establecer otro sistema de nombramiento del Gobierno, que no lo haga tan dependiente del Parlamento, ya que, además, una vez nombrado este, por la dependencia de ambos del partido político, por el poder y la importancia del Gobierno en un Estado, no sea, realmente, el Parlamento o la mayoría Parlamentaria quien ahogue a las Cámaras, puesto que los Parlamentarios precisan de una cierta libertad y autonomía para cumplir con las funciones que, Constitucionalmente, tienen encomendadas.

En cualquier caso, también será útil, que los partidos políticos, conscientes de su importancia, articulen los mecanismos necesarios para otorgar a los Parlamentarios una mayor autonomía e independencia en su actuación<sup>1039</sup>.

En este sentido también considero más realista y directo el sistema del Reino Unido, en donde cada circunscripción electoral (*constituency*) elige al candidato que ha obtenido más votos y el resto no tiene representación.

De esta forma, el efecto directo entre la ciudadanía y su representante es creciente y no se diluye en la abstracción del partido político.

Existen personas concretas a las que se vota y uno de sus efectos es que las votaciones no producen, necesariamente, el efecto mimético de la fuerza de los Partidos, ya que el diputado tiene presente las ideas de los electores de su circunscripción que le han votado<sup>1040</sup>.

Es muy conveniente que en el sistema democrático tenga presente la persona concreta y específica a la que se vota, más allá del ente abstracto del partido político o presidente del mismo, y sus ideas generales que piensa ejecutar y, en muchas ocasiones, no lleva a cabo.

Esta concretización del territorio y la persona, entendemos que valora de forma más realista la representación política.

---

<sup>1038</sup> Manuel Ramírez Jiménez, “Democracia representativa, Parlamento y Poder judicial”, *Parlamento y Poder judicial*, Estudios de Derecho judicial, 106, Consejo General del Poder judicial, Madrid, 2006, pp. 49- 58.

<sup>1039</sup> El filósofo iraní Ramin Jahanbengloo (*El País*, 31-12-2013, pág. 29), catedrático de Ciencias Políticas de la Universidad de Toronto, destaca la importancia de releer a Maquiavelo en la actualidad, resaltando la hostilidad del autor florentino a las declaraciones partidistas que engañan a cualquier político o ciudadano que se las tome en serio, ya que el dato fundamental no es quién gobierna sino cómo gobierna.

<sup>1040</sup> Así se ha observado de una manera muy clara con el Brexit.

Deben reflexionar los partidos políticos sobre su responsabilidad, frente a la sociedad y la historia de España, que no puede quedar en la situación actual.

La separación de poderes entre el Legislativo y el Ejecutivo es prácticamente inexistente en nuestro país, de manera que no existe, realmente, el debate entre Parlamentarios.

En realidad existe entre el partido político en el Gobierno y el resto de los de la oposición que componen la Cámara, de manera que el debate amplio y libre que debería llevarse a cabo en la sede Parlamentaria para la que fue creada se ha trasladado a otros foros, como lo son la opinión pública y los medios de comunicación, de forma que el Parlamento ha perdido, propiamente su función, encontrándose los parlamentarios, más bien al servicio de los partidos políticos, que de la nación española.

Vemos, con sorpresa, que es el partido político el que explica a la sociedad los logros del Gobierno o de la mayoría Parlamentaria o cómo los logros del Gobierno Central en materia de infraestructuras se informa por el Gobierno Regional del mismo signo político.

Son los partidos políticos, los que eligen a quienes vamos a elegir los ciudadanos, elección que también debería ser responsabilidad de estos.

Realmente quienes eligen a nuestros diputados y senadores son los partidos políticos, quienes, además les indican, de esta forma indirecta muy imperativamente, no solo lo que deben votar sino también lo que deben decir y pensar, sancionándolos en su caso, de manera que el mandato representativo ciudadano se convierte, por obra de los partidos, en imperativos de su voluntad, mejor dicho de la voluntad de las élites y estructuras de estos, de forma que por muy amplia que esté concebida la representación se convierte en obra de pocos o de muy pocos.

Los Parlamentarios han de disponer de autonomía e independencia para actuar libremente, sin hipotecar su futuro y no deben rendir mas cuentas que a quienes les han elegido.

Se deben establecer maneras más democráticas en las estructuras de las organizaciones de los partidos políticos, con listas abiertas y mecanismos que permitan a los elegidos para el Congreso y el Senado, que actúen con la debida autonomía e independencia, así como los mecanismos de control para impedir la continuidad de los diputados y senadores, que habiendo suscrito unas determinadas líneas de actuación las cambien, sin causa adecuada, totalmente.

Debe exigirse a los partidos políticos y a los Parlamentarios, la modificación de esta perversa situación que permite a estos vivir al abrigo de los partidos políticos, con total comodidad e irresponsabilidad, llevando a cabo las reformas necesarias para que sea eficaz y no se no se enquite definitivamente la situación por cuestiones de corporativismo o de consolidación de privilegios<sup>1041</sup>.

---

<sup>1041</sup> No en vano, dentro de esta estructura de partidos, un eurodiputado en una sola legislatura e incluso en parte que, por ejemplo, haya sido incapaz de aprobar las oposiciones más modestas, puede ganar más dinero con un nivel de vida de vuelos en primera clase, hoteles de 5 estrellas y jornadas de lunes a jueves, que un acreditado profesor de la Universidad o un probo funcionario público de la máxima categoría, a lo largo de toda su vida profesional; eso sí, con mejor régimen de s. social para atender tan desgastador trabajo. Aunque es cierto que la mayor parte de nuestros políticos ( alrededor de 445.000 en 2011, el doble que Italia y 300.000 más que Alemania), la mayoría en pequeños Ayuntamientos, no cobran nada y actúan desinteresadamente, parece constatado que en muchas ocasiones, merced a prebendas derivadas de encontrarse bien situado dentro del engranaje de los partidos políticos se consigue, por parte de nuestros políticos, dietas de todo tipo sin el debido control, descuentos varios, cargos en el propio partido o en cualquier organismo de la Administración al abandonar el cargo que se tenía como político, tal como sucede con empresas que tienen participación Estatal, Cámaras

Ahora bien bajo ese ropaje formal y aparente es preciso tener en cuenta, aun desde el punto de vista menos radical, que el problema no es la judicialización del espacio público sino la politización de la actuación judicial y el control del poder, puesto que desde hace mucho tiempo, el mejor termómetro para medir la calidad democrática es el control del poder y cada vez más, el control parlamentario y de la opinión pública resultan insuficientes y no libres de sospechas<sup>1042</sup>.

En la medida en que la Constitución y las leyes surgen del debate político y de la voluntad mayoritaria de los ciudadanos y de sus representantes, la aplicación de las normas contienen igualmente un barniz político en la acción judicial, sin olvidar que en muchas ocasiones, los jueces se encuentran dentro de un conflicto político, como pueden ser los procesos electorales, de manera que los fenómenos patológicos que surgen en la relación justicia-política se ven favorecidas por elementos propios del Estado Social y Democrático de Derecho, teniendo en cuenta que en la Constitución, el poder político está sometido al Derecho y quien hace efectivo ese sometimiento es el Poder Judicial, es decir, los Tribunales de Justicia y el Tribunal Constitucional.

Dado el poder que deben tener los jueces en un Estado de Derecho resulta muy tentador para los partidos políticos y fuerzas políticas, entre las que deben incluirse los grupos de presión y los medios de comunicación, utilizarlos en su propio beneficio, especialmente, cuando tienen dificultades para imponer sus puntos de vista a través del normal juego democrático<sup>1043</sup>.

Lo que pretendía Montesquieu es que, de ninguna de las maneras, una persona, clase, grupo o facción de personas dominara el Poder Legislativo, Ejecutivo y el Judicial, y precisamente esa es la situación que se produce en nuestro país en la actualidad, en la que es el partido político o la coalición la que domina el Poder Legislativo y no solamente predetermina quienes ejercen el Ejecutivo sino también establece quienes serán los componentes del Tribunal Constitucional y del Consejo General del Poder Judicial, que tiene el poder sobre quienes ejercen la función de juzgar.

Es decir, un partido político con la correspondiente mayoría domina el Legislativo, el Ejecutivo y de una manera bastante importante el Judicial<sup>1044</sup>, llamando la atención que nunca los jueces consideran el bien común ni menos la razón de Estado salvo cuando esté expresamente señalado por las leyes, ya que en sus sentencias tutelan los bienes jurídicos particulares en cada caso y en el Estado Contemporáneo, el Poder Legislativo ha venido siendo instrumentalizado por el Ejecutivo para que se convierta en el ejecutor de su política, con la confusión de las finalidades de uno y otro poder<sup>1045</sup>.

---

de Comercio, hasta hace poco en las Cajas de ahorro, INEM, entidades culturales, financieras, de conservación del Patrimonio, de preservación de la igualdad, de publicaciones estatales, de estudios sociales o de otros muchos y ello, si con el tiempo no se ha convertido en funcionario de una u otra forma, aspectos que parecen constatados por la generalidad de la población española y que están produciendo una gran inquietud.

<sup>1042</sup> José Antonio Portero Molina, “El Poder Judicial delante de la opinión pública”, *Parlamento y Poder Judicial*, Estudios de Derecho Judicial, 106, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, pp. 125 y 126, y 116 y 117.

<sup>1043</sup> Pablo Lucas Murillo de la Cueva, “La independencia judicial y la ley”, *Parlamento y Poder Judicial*, Estudios de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, pp. 95-99.

<sup>1044</sup> El Marqués de la Serna considera que que aunque el Parlamento está elegido democráticamente, la acumulación de poderes le conduce a una situación perversa, proclive a la tiranía, donde no hay controles, siendo la independencia de Poder Judicial su mejor garantía, *Diario ABC*, 20-12-2012, “El Cambio”.

<sup>1045</sup> Miguel Ayuso Torres, “La administración de justicia y el poder judicial en la Constitución española de 1978”, *La Cons-*

Dentro de lo que pudiésemos denominar crítica ortodoxa al sistema político español y en gran medida Continental se encuentran quienes, fundadamente, lo centran en nuestra política de partidos y en los efectos que despliegan en la democracia, sin dar el paso más allá, que es lo que se pretende en esta obra.

Se señala que el espectro de Gobiernos ineficaces durante la Restauración y Segunda República y la sopa de siglas que emergió tras la muerte del General Franco hizo vascular nuestro sistema Constitucional hacia lo que se ha venido en denominar un “gobierno de canciller”, en el que el presidente del Gobierno tiene un puesto que puede llamarse de estabilidad acorazada, ya que toma las decisiones políticas fundamentales del Estado y maneja al partido político que debe capitalizar la acción política.

Dentro del Estado adopta las decisiones políticas fundamentales del Ejecutivo, directamente o a través del Gobierno, o del Legislativo, a través del real nombramiento de los dirigentes del Grupo Parlamentario o de los vocales del CGPJ.

Los miembros del Gobierno son nombrados libérrimamente por el Presidente, que decide la fecha de los discursos fundamentales, que marcan la legislatura como el del estado de la nación o las convocatorias electorales, decide sobre la presentación de recursos de inconstitucionalidad contra la legislación de las Comunidades Autónomas, nombra magistrados del Tribunal Constitucional, vocales del Consejo General del Poder Judicial, del Tribunal de Cuentas, al Defensor del Pueblo y miembros de varios órganos reguladores y, en caso de bloqueo de la acción del Gobierno en las Cortes, mediante el Real Decreto-Ley y mediante un procedimiento sumario puede legislar, teniendo también poderes sobre los Grupos parlamentarios, impensables en otras democracias.

Grupos parlamentarios que aunque son de formación voluntaria, los recursos económicos y las decisiones políticas del mismo están sometidas a las decisiones de los órganos de dirección de los partidos políticos, que se encuentra encabezada por el Presidente del Gobierno, tanto en el Estado como en las Comunidades Autónomas.

En esta situación política, la clave de bóveda la constituye la ley electoral, que permite que sea mediante listas cerradas y bloqueadas como los ciudadanos elijan a sus diputados, senadores o concejales, listas de candidatos que han sido previamente confeccionadas por las direcciones de los partidos políticos, y entre 80.000 y 100.000 ciudadanos tienen comprometido sus sueldos, destinos y carrera profesional por tales decisiones políticas de los partidos políticos.

Nuestra Constitución apostó por la estabilidad, reforzando de un modo extraordinario los poderes Ejecutivos y acompañándolos con un importante volumen de recursos.

Si los partidos se autoorganizan, si las direcciones temporales de los partidos funcionan concentrando el poder y reduciendo los sistemas de control y la pluralidad interna, si estas mismas direcciones son las que imponen la disciplina a los cargos electos en sus filas a través de los Grupos parlamentarios, garantizando la continuidad o no de los Parlamentarios a través de las listas bloqueadas y cerradas sometidas a su control, si la oposición solo controla superficialmente al

---

*titución Española: 1978-2018*, Lefebvre-El Derecho, Madrid, 2018, p. 144. Ahora bien ¿qué sucede con los jueces administradores o funcionarios, que constituyen una disfunción sistemática de nuestro sistema de separación de poderes?

Gobierno ¿podemos sorprendernos de que el control político venga únicamente desde fuera del propio sistema político, es decir, de los medios de comunicación y del sistema judicial?.

Al final, el control político no se sustancia en la actividad política cotidiana sino únicamente en los escándalos, en los delitos y en los juicios y sentencias consiguientes<sup>1046</sup>.

Realmente, estas críticas que se presentan desde el control ortodoxo del sistema político considero que son incompletas porque no tienen presente que los medios de comunicación son mantenidos por la propaganda oficial de los entes públicos, que son manejados por los partidos políticos como lo es el sistema judicial, no solo a través del órgano de gobierno de los jueces, tanto del Consejo General del Poder Judicial como de la Sala de Gobierno de los Tribunales Superiores de Justicia, de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo sino del propio concepto de la ley y del Derecho, que viene a poner de manifiesto, que nuestra organización política no es realmente democrática ni existe una separación de poderes propiamente dicha.

Es cierto que la democracia interna de los partidos políticos es una de las cuestiones más acuciantes que se debe afrontar para resolver la cuestión relativa a la legitimidad de nuestra democracia, siendo el Artículo 6 de la Constitución Española uno de los más ninguneados de nuestro ordenamiento jurídico, resultando paradójico que un aspecto esencial y central de nuestra democracia se encuentre con una regulación menor y menos exigente, que la de una simple comunidad de vecinos.

Es necesario atajar la indigencia legal y política en que se encuentran los afiliados a un partido político, destacando la crucial importancia que desempeñan los partidos políticos en una democracia, ya que por encima de cualquiera de las hermosas ficciones que habitan los manuales de Derecho Constitucional o de teoría política, son los partidos políticos los que realmente hacen las leyes, los que eligen qué cargo político va a ser nombrado por las instituciones, así como las concretas personas que van a ir en las listas para poder ser representantes de la ciudadanía.

Son los que seleccionan a los miembros de variados tribunales y organismos reguladores, los que elaboran y aprueban los presupuestos, los que realmente llegan a acuerdos de gobierno y los que adelantan las elecciones o invisten a alguien con la Presidencia del Gobierno.

Son los verdaderos príncipes de la Modernidad y nunca ha sido una buena política que el príncipe no se encuentre sometido a leyes y normativas que limiten su voluntad y sus designios, aspecto en el que nos jugamos mucho<sup>1047</sup>.

Es evidente que los partidos políticos se resisten a una regulación legal específica sobre la base de su autoorganización, lo que determina la grave paradoja de que derechos fundamentales como la participación política efectiva de los ciudadanos en la vida política y con ella el propio derecho de sufragio pasivo se encuentren realmente desprotegidos sobre aspectos que, sin embargo, se regulan en las leyes de sociedades de capital, de cooperativas o de comunidades de propietarios, que disponen de una regulación detallada de su funcionamiento interno para garantizar aspectos básicos de la convivencia y el respeto de las minorías, sin que ello interfiera en la regulación de las funciones sociales y económicas básicas de los entes.

---

<sup>1046</sup> José Antonio Gómez Yáñez y Joan Navarro, *Desprivatizar los partidos*, Gedisa, 2019, pp. 80-92.

<sup>1047</sup> Cristina Monge y Jorge Urdániz, en la “presentación” del libro de José Antonio Gómez Yáñez y Joan Navarro, *Desprivatizar los partidos*, Gedisa, 2019, pp. 11-13.

Las medidas que se proponen desde esta crítica, que pudiésemos denominar ortodoxa son, sin duda, interesantes y plausibles, tales como la democratización de la organización y funcionamiento interno de los partidos políticos, con una mayor capacidad de participación de los afiliados a través de las elecciones internas y una mayor protección de los derechos de los afiliados y ciudadanos; la limitación de los mandatos de los dirigentes de los partidos, y la auditoría y control de sus cuentas, medidas que serían muy importantes para su mejor funcionamiento y más acordes con las expectativas a que responden.

No obstante, todas estas medidas son coyunturales y obedecen a la propia dinámica de la estructura en que se presentan, como viene acreditando la sociología para las situaciones de grupos de gran poder e importancia, en el que los aspectos deliberativos pasan a un segundo plano, en favor de la propia acción y con ello a los grupos reducidos de gobierno en su seno.

Por ello, parece más relevante un análisis de la propia estructura de nuestra democracia con la consiguiente separación de poderes, aspectos en los que desempeña una función esencial el propio el concepto de Derecho, que no puede ser ahogado por la ley como instrumento político, aspecto en el que, desde luego, desempeñan una función esencial los partidos políticos.

No cabe un secuestro en la política por la estructura de los partidos políticos que se adueñan de la sociedad y de su organización política ni tampoco del Derecho/ derecho por parte de la ley, que desde luego dan lugar a una organización del Estado ajena a los principios a los que dicen obedecer.

Como se ha señalado al hablar del sistema político inglés, una reforma esencial en esa estructura de poder y su enlace con la ciudadanía debe venir por la creación de circunscripciones más pequeñas, en las que se acerque el diputado a sus electores con un sistema mayoritarios en distritos uninominales, incentivando así la competencia electoral de las formaciones políticas, obligadas a prestar, entonces, una mayor atención a la ciudadanía.

Hayek considera que la legislación de partido conduce a la decadencia de la democracia y que poco tiene que ver con la democracia y con la justicia social, que un pequeño grupo situado entre dos partidos opuestos se encuentre en condiciones de inclinar la balanza a favor de uno de ellos, chantajeando de este modo a la sociedad mediante la exigencia de especiales privilegios por su apoyo, lo que constituye el resultado inevitable del poder ilimitado de una única asamblea electiva, a la que no se le impide la discriminación, ya sea confinando sus poderes a la verdadera legislación o bien al ejercicio del gobierno bajo una ley, que no pueda modificar.

Entiende que semejante sistema no solo producirá un gobierno denominado por la corrupción y por el chantaje sino que también alumbrará leyes que rechazan la mayoría de los ciudadanos y que pueden conducir a la decadencia de la sociedad por sus efectos a largo plazo<sup>1048</sup>.

---

<sup>1048</sup> Dado el actual carácter del Parlamento, no existen muchas esperanzas de que se revele como el más capaz para tratar inteligentemente ni las cruciales tareas de la legislación ni tampoco las limitaciones de los poderes de los órganos corporativos o de la prohibición de las prácticas restrictivas de la competencia.

Sus decisiones se tomarán, principalmente, según la popularidad de los grupos directamente interesados y una característica peculiar de este Gobierno, nacido de la necesidad de procurarse votos, es que gobernará beneficiando a grupos o actividades particulares y por esta necesidad de ganarse el apoyo de los revendedores de ideas, también beneficiará a determinados medios de comunicación, que tan decididamente influyen en la opinión pública y que se manifiesta, entre otros aspectos, en el apoyo al arte moderno, que seguramente no gusta a la mayoría de la gente pero a través de este apoyo, un partido puede asegurarse el de los intelectuales que dominan los medios de comunicación.

La democracia cuando no se emplea simplemente como sinónimo de igualitarismo se va convirtiendo, cada vez más, en el apelativo de todo proceso de compra de votos para satisfacer y remunerar aquellos intereses que hasta hace poco se calificaban de siniestros, destacando que la responsable de este proceso no es la democracia en cuanto tal sino la particular forma de democracia que hoy se practica.

El autor destaca la tendencia de las principales instituciones democráticas en corromper al individuo con promesas de especiales beneficios para él y su propio grupo, lo que acentúa fuertemente la tendencia de algunos intereses particulares para organizarse con habilidad y actuar como grupos de presión organizados, lo que hace que los partidos políticos estén unidos, no por principios sino simplemente como coalición de intereses organizados, creando grupos de presión.

Durante el s. XX se ha desarrollado un aparato para-gubernamental enorme y extremadamente costoso, formado por asociaciones comerciales, sindicatos y patronales, cuya función primaria es canalizar hacia sus propios miembros, la mayor cantidad posible de favores del Gobierno y aunque se ha llegado a considerar a esta situación como necesaria e inevitable no es en realidad sino respuesta a la creciente necesidad de que el Gobierno disponga de la mayoría, que lo mantiene a través de la compra del apoyo de pequeños grupos particulares, como se puede fácilmente comprobar por la manera en que se forma una mayoría unida y capaz de dirigir la política corriente.

Ello ha dado lugar a un mero agregado de intereses diversos, que es algo muy diferente de lo que se esperaba constituyera la fuerza determinante de la democracia, la opinión común de la mayoría, siendo tales desarrollos inevitables en un sistema en el que el Legislativo es omnipotente<sup>1049</sup>.

Si se considera al gobierno en el sentido estricto como administrador de los recursos que le han sido confiados para satisfacer las necesidades comunes tendrá siempre ese carácter y su tarea de distribuir beneficios particulares a distintos grupos es muy distinta de la función propiamente legislativa, lo que adquiere proporciones alarmantes cuando Gobierno y Poder Legislativo se confunden.

Todavía es más grave si al mismo tiempo también dictan las normas de recta conducta y pueden utilizar su propio poder para utilizar, no solo los recursos públicos sino todos los recursos de la sociedad, incluidos los de los individuos, que de esta manera se ponen al servicio, de forma indirecta, de los intereses particulares de sus electores, y en perjuicio de quienes no están en condiciones de formar organizaciones eficaces<sup>1050</sup>.

Nadie mejor que un político de gran trayectoria, que vive al día la vida social y política como Joaquín Leguina para describir el paisaje y las circunstancias concretas a que responden la actual situación de la política en España, que considera de carácter estructural, a pesar de las circunstancias

---

<sup>1049</sup> Como señala A. Daniel Oliver-Lalana cuesta tomarse en serio una democracia Constitucional si en el Parlamento no se argumenta sobre las leyes, si las personas a quienes elegimos para ello no se molestan en dar razones públicas donde tienen que darlas, preguntándose porqué ha de respetarse lo que votan y algo parecido debería valer en el control Constitucional, ya que para un Tribunal no puede ser indiferente una legislación no justificada y este marco también debe encontrar enfoque en la jurisprudencia para determinar la existencia de una legislación racional (razonable y razonada). Angel Daniel Oliver-Lalana, "¿Le importa a alguien que los legisladores razonen? Sobre el análisis y el control del debate parlamentario de las leyes", *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 2016, 2, pp. 5-37.

<sup>1050</sup> Friedrich A. Hayek, *Derecho, legislación y libertad. Una nueva formulación de los principios liberales de la justicia y de la economía política*, 2ª edición, Unión Editorial, 2014, pp. 398-400 y 379-382.

coyunturales<sup>1051</sup>, que sin duda son relevantes para conducir a una situación perversa para la propia democracia, como lo es, sin duda, el desprestigio de los líderes políticos, que ha vuelto a poner en la plaza pública, la flojera curricular de la clase política actual, en otras palabras, que una buena parte de los Diputados y Senadores no han trabajado nunca fuera de la política, es decir, no son ni social ni laboralmente representativos de la sociedad española<sup>1052</sup>.

Considera que las causas del actual desastre son varias y sin duda, una de ellas está en el en el liderazgo de los partidos políticos elegidos a través de las primarias, que se han acogido con gran entusiasmo como método de selección de líderes por todos los partidos políticos y que consiste en que los afiliados, los elijan en votación directa, ya que el voto de los simpatizantes es simplemente una burla y resulta que esos afiliados son una parte pequeña del electorado de ese partido.

Como se ha visto, una vez elegido el líder se cree legitimado para comportarse como auténtico propietario del partido político, destacando una cuestión que ha quedado diluida en el debate postelectoral, cual es la conversión de los liderazgos de los partidos políticos en auténticas satrapías, que han hecho desaparecer el intercambio de posiciones y la discrepancia dentro de las organizaciones políticas, lo que, en un sistema de listas cerradas y bloqueadas, pone en manos de esos hiperliderazgos a todos y cada uno de los Diputados que conforman el Congreso<sup>1053</sup>.

Considera que las primarias son un plebiscito interno y recuerda que los plebiscitos son contrarios a la democracia representativa, por lo que puede considerarse que las primarias son la muerte de la democracia interna, que exige a los partidos la Constitución en su artículo 6 y que a los partidos políticos nunca les ha interesado aplicar este artículo, ni siquiera han cambiado los Reglamentos de las dos Cámaras que componen las Cortes, que niegan la personalidad individual de Diputados y Senadores ni les permiten hablar como los individuos que son y solo lo pueden hacer en representación de un Grupo Parlamentario e incluso sus sueldos no los perciben de “la empresa” para la que trabajan: Congreso o Senado sino que cobran del grupo político correspondiente<sup>1054</sup>.

---

<sup>1051</sup> Raúl del Pozo refiriéndose al protagonista de la moción de censura, Pedro Sánchez, considera que: “se va afianzando de bloqueo en bloqueo con estilo cesarista y enmendado a Francisco de Quevedo, ya que a Sánchez no le gobiernan ni textos ni tratos” y Pérez Reverte, desde una óptica más literaria considera que: “es el único interesante en sentido renacentista. Los torea a todos. Pedro Sánchez miente sin ningún complejo, con esa falta de escrúpulos que caracteriza al político de raza”. Él, directamente considera que es: “un hombre carente de escrúpulos. Un cínico que cambia de chaqueta ideológica cada fin de semana”. El actual presidente del Gobierno perdió 728.000 votos en menos de 7 meses y ocupó el cargo merced al apoyo del líder de otro partido, que ya que lleva mucho tiempo perdiendo apoyos electorales, partidos que precisan del voto a favor o la abstención de otro partido, cuyo presidente ha sido condenado por sedición, malversación y enemigo declarado en la Constitución Española, que tienen así en sus manos el futuro del Gobierno de España. Cit. *El Economista*, 8-10-2019.

<sup>1052</sup> Algo así como la actual democracia fuese un ejemplo de *kako*-política. Tal y como se pregunta Isabel Calahorra García, si para ejercer cualquier plaza en la Administración pública, incluso en los cuerpos más modestos es necesario un nivel mínimo de estudios y superar una oposición ¿ a nuestros Diputados, Senadores o miembros del Poder Ejecutivo se les debería exigir una mínima formación, educación o experiencia laboral?. Isabel Calahorra García, “Separación de poderes: imprescindible para garantizar la igualdad ante la ley”, *La Ley*, 29 de junio de 2020.

<sup>1053</sup> Pone como ejemplo las primarias que volvieron a Sánchez a Ferraz, que ha creado un mandarinato donde el ganador ha obtenido legitimidad para hacerlo que le dé la gana... y lo primero que ha hecho es marginar a quienes no le votaron, es decir, a la mitad del partido, despilfarrando así el material humano sin medida ni clemencia. Hasta la resurrección de Sánchez, cualquier coalición que emprendiera el Partido tenía que ser ratificada por el Comité Federal y ahora ya no, ya que se ratifica con el voto de los afiliados.

<sup>1054</sup> Joaquín Leguina, “Los liderazgos actuales”, *ABC*, 26 de noviembre de 2019. No olvidemos tampoco que la coalición de

Pero la cuestión no es nueva, puesto que como ya declarara Carl Schmitt, al analizar la situación la República de Weimar de 1919, vislumbraba, no solo los problemas del Constitucionalismo de Entreguerras sino del actual: la extensión del sector público, la proliferación normativa o la consolidación de los partidos de masas en todos los ámbitos.

Smitt caracterizó esta situación Constitucional mediante tres conceptos: pluralismo, policracia y federalismo, explicando que en la medida en que el sufragio universal posibilitó que el sistema parlamentario reflejase un mayor pluralismo, al estar representados en el Parlamento distintos partidos, económica, cultural y confesionalmente diferenciados, la distinción entre Estado y sociedad iría desapareciendo, dando lugar a que la sociedad se organizase en el Estado, convertido así en un Estado de Partidos, que ya no podría permanecer objetivo frente a lo económico, lo confesional o lo cultural.

Se transformó de este modo en Estado económico, cultural, previsor, bienhechor y benéfico, de manera que nos encontramos ante un Estado, al que le resultaba incapaz de mostrarse objetivo y neutral, convirtiéndose en un mero instrumento al servicio del partido político ganador de las elecciones y, por lo tanto, con una amenaza de guerra civil interior y exterior<sup>1055</sup>.

Destacaba este autor, que lo peor no era que el Estado sucumbiese ante el Partido sino el hecho de que la extensión del voto propiciaba nuevos conquistadores.

Tampoco le pasaron inadvertidos a este jurista, el Estado de Partidos o el fenómeno de sobreactuación de los posibles abusos del legislador, ya que a él se debe una de las primeras críticas de dicho Estado, centrada en la acusación a los partidos políticos de penetrar en las instituciones para utilizarlas en su propio interés, provocando el hundimiento del Estado, incluida la expresión de legislación motorizada, que utilizó en diversas conferencias en Universidades europeas de los años 40 del siglo pasado por la producción normativa de los Estados<sup>1056</sup>.

---

partidos y apoyos que recibió el Presidente que nos gobernaba fue de 167 diputados, que representan a 10,9 millones de votos mientras que los que votaron en contra representan a 11,3 millones y los de los partidos que se abstuvieron a 1,1 millones.

<sup>1055</sup> Por lo que consideraba que la única manera de debilitar esa amenaza era apostar por un Estado cualitativo representado por la figura del Presidente del Reich, que consideraba que constituía el punto de unión del Ejército y la burocracia sobre la base de su legitimidad, lo que desde luego no parece que constituyese el Estado objetivo de la idealización schmittiana del Estado.

<sup>1056</sup> Cit. Carmelo Jiménez Segado, "El Poder Judicial y la defensa de la Constitución en Carl Smitt", *Revista de Estudios Políticos*, nº 161, Madrid, 2013, pp.45,46 y 55, sacado de la obra de Schmitt, *Contrarrevolución o resistencia* especialmente de las pp. 141- 151 y) «Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft», pp. 404-448.

## XII. LOS DERECHOS HUMANOS

Los seres humanos somos iguales, con un dignidad especialísima y aunque no hemos llegado a describir el sentido último de lo que acabamos de señalar, intuimos con gran certeza, que la naturaleza y la sociedad somos nosotros mismos<sup>1057</sup>.

El principio esencial de esta obra es el de destacar que el ser humano, que no la persona<sup>1058</sup> y menos el sujeto<sup>1059</sup>, constituye el origen y debe ocupar el centro del Derecho.

En este punto, los textos Constitucionales suelen ser radicales, y así el artículo 10 de nuestra Constitución Española de 1978 señala que 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. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

Como se verá más adelante, a pesar de este radical reconocimiento de la persona humana anterior y superior al propio ordenamiento jurídico, que ha de respetarse, el Normativismo o Positivismo jurídico no tienen presente este origen de los derechos humanos, no reconociendo un Derecho natural sobre el positivo<sup>1060</sup>.

Los principios de que partimos en las ideas que exponemos, es que todo Derecho nace de la persona y sin apoyarse en la misma, que constituye su eje, pierde su razón de ser.

La persona es una realidad natural y no una construcción jurídica creada por la ciencia del Derecho, ya que es la persona quien ordena el Derecho, en tanto ser racional y libre.

El Derecho nace de la persona y no del Estado.

La persona, entendida como ser humano, es la protagonista del Derecho, el sujeto de Derecho por excelencia.

Tal y como recogía Justiniano en sus *Instituciones* (1, 2, 12), poco se puede saber del Derecho si se ignora a la persona, por lo que se puede afirmar, sin ningún género de duda, que el Derecho procede

---

<sup>1057</sup> Este cuidado de lo que nos rodea supone un ir más allá de lo inmediato, tener en cuenta más factores que el rédito económico rápido o la economía especulativa, debiéndose contemplar también, los daños que ocasionan al medio ambiente y las inversiones que se deben realizar para restaurarlo.

<sup>1058</sup> Máscara griega que se usaba en el teatro y que sirvió para identificar al actor de la vía civil.

<sup>1059</sup> *Sub-jectum* al acuerdo social hobesiano o rusoniano, del que derivarían sus facultades.

<sup>1060</sup> Debe tenerse en cuenta que nuestra Constitución solamente se refiere a derechos humanos en el artículo 10.2 y como referencia a un enunciado, a la Declaración Universal de Derechos Humanos pero en ningún caso habla de derechos humanos, aunque es cierto que se refiere a ellos como inviolables y que le son inherentes a la persona pero los enuncia como derechos y deberes fundamentales, derechos y libertades, derechos fundamentales y libertades públicas, derechos y deberes de los ciudadanos. En este punto se tenga presente lo que ya se ha expuesto en páginas precedentes sobre el derecho de resistencia.

de la persona.

Sin Estados hay Derecho, lo hubo durante siglos; sin personas, en cambio, el Derecho no puede existir<sup>1061</sup>.

Pero es más, qué poco recorrido y fundamento tiene un Derecho que no tiene presente este fundamento, y qué cantidad de problemas creará este sistema normativo, en vez de resolverlos.

Tal y como se reconoció en la Segunda Escolástica, las personas se reconocen por su genuina dignidad, libertad y su radical igualdad<sup>1062</sup>.

En los sistemas de Derecho Continental y Norteamericano se pretendió la protección de los derechos fundamentales, simplemente, con su enumeración en un catálogo político, vacío de contenido jurídico (Declaración francesa y norteamericana y todas las Constituciones del s. XIX), no siendo hasta la II Guerra Mundial cuando se les otorgará un contenido jurídico y una protección internacional, precisamente ante el incumplimiento interno del poder político, hasta entonces su más grave y mayor vulnerador.

El sistema inglés no es partidario sino de las consecuencias prácticas de su protección, que no puede otorgarse sino cuando el juez ejerza su poder con las debidas garantías, y que en el Derecho Continental puede considerarse que se politiza hasta hacerlo perder su naturaleza jurisdiccional.

Los derechos humanos nacen de la dignidad humana y son reconocidos por el Iusnaturalismo católico o de la Escolástica, hito que no se quiere reconocer en la Modernidad, que atribuye al Iusracionalismo su reconocimiento en cuanto simple reconocedor, de ahí que aunque no se pueda fundar en este principio, por su emanación del pacto (Hobbes y Rousseau) o de los derechos públicos subjetivos es incoherente por tres motivos: se reconoce que son anteriores y superiores a cualquier ordenamiento jurídico, cuando este es exclusivamente el que los declara y se encarga de su protección; se utiliza un catálogo para la enumeración cuando se reconoce su incumplimiento y cuyo constante aumento, en una corriente que conduce hasta el ridículo (cuarta generación de derechos, etc...). De otro lado son fruto de una determinada mentalidad y momento histórico, y su exportación al resto del mundo puede entenderse, no solo un colonialismo sino una experiencia perturbadora en determinadas civilizaciones.

El concepto de derechos humanos se encuentra totalmente conexo con el concepto de Derecho, que al contrario que consideran los Estados del *civil law* determina el sistema político<sup>1063</sup>.

Como ya se ha expuesto, el Derecho inglés repudia tales catálogos como ficticios e inútiles, entendiendo que los verdaderos derechos humanos y su respeto consiste en restaurar el orden jurídico

---

<sup>1061</sup> Pedro Fernández Sánchez destaca que en nuestros modelos organizativos como sociedad aparece la tensión e interrelación entre persona y poder, entre comunidad e individuo, que tiene su parangón entre Poder Judicial y Legislativo, entre *legislatio* y *iurisdictio*, cuyo paradigma o método de conciliación es el Estado Democrático de Derecho, con una congruencia parcial entre dignidad personal y democracia, que en ningún caso puede pretender la cosificación del ser humano o severas limitaciones del principio de la dignidad humana por el principio democrático. Pedro Fernández Sánchez, *Lei e Sentença. Separação dos poderes Legislativo e Judicial na Constituição Portuguesa*, V. I, AAFDL, 2018, pp. 23-31.

<sup>1062</sup> Rafael Domingo Oslé, *¿Qué es el Derecho Global?*, Premio Rafael Martínez Emperador, 2007, Consejo General del Poder Judicial, Centro Documentación Judicial, 2008, pp. 163-170.

<sup>1063</sup> Se considera en el *common law*, que el sistema de Derecho condiciona el sistema político mientras que en los de *civil law* se entiende que el sistema político es el que debe condicionar el Derecho.

perturbado y desde esta perspectiva, entiendo que se debe traer a colación la trascendencia que en la organización política tienen tales derechos humanos, especialmente, en la configuración del juez y el Derecho.

En este proceso histórico y culturalmente abierto, el contenido de los derechos fundamentales podemos considerar que existen varias fases o etapas.

En la primera coincidente con el escenario Liberal aparecen los derechos personales conocidos como la primera generación de derechos fundamentales. En una segunda fase, que se desarrolla en la segunda mitad del s. XIX, son reconocidos los derechos políticos o también segunda generación de derechos fundamentales. En una tercera fase, que emerge tras la Primera Guerra Mundial y que se acentúa tras II Guerra Mundial surgen los derechos sociales o tercera generación derechos fundamentales y por último, a finales del s. XX e iniciado el XXI comienzan a divulgarse los derechos a la calidad o cuarta generación de derechos fundamentales<sup>1064</sup>.

Grégor Puppínck pone de manifiesto lo que en general se ha tratado sobre la abstracción del mundo Moderno, destacando la función que está desarrollando la voluntad individual como fuente sugestiva de los derechos humanos frente a la recompuesta iusnaturalista de 1948 y que precisamente constituyó una reacción frente a los Totalitarismos imperantes pero que a través de la nueva vía y su reideologización están dando lugar a las calificaciones más groseras, prohibición social que llega incluso al reproche penal, frente a quienes se oponen a esta concepción “progresista” de adición de nuevos derechos, que sobre la base de su naturaleza se mantenía en la mentalidad greco-romana y en el cristianismo de mano de Santo Tomás, considerando que ni los tribunales supremos, Constitucionales o internacionales vayan a hacer demasiado ante esta ética mundial protagonizada por las Naciones Unidas, convertida ahora en la autora de la misma<sup>1065</sup>.

En esta evolución serán bien trascendentes, los derechos de los ciudadanos en el entorno digital: unos de carácter fundamental y otros ordinario, ya que el Derecho debe garantizar que estos derechos puedan ejercerse de forma segura por lo que se plantea el problema de cómo protegerlos adecuadamente, dadas las especiales características del mundo digital y, por ello, podrían reconocerse derechos fundamentales *stricto sensu* en los textos Constitucionales como el de acceso universal a internet, ciberseguridad, la protección ante noticias falsas o un derecho a la conciliación familiar y laboral<sup>1066</sup>.

---

<sup>1064</sup> María Glória García, *Como defender hoje a dignidade humana*, Universidade Católica editora, 2020, p. 9.

<sup>1065</sup> Grégor Puppínck, *Mi deseo es la ley. Los derechos del hombre sin naturaleza*, Encuentro, 2020.

<sup>1066</sup> En este sentido debe tenerse en cuenta, el derecho al olvido, dentro del derecho fundamental a la protección de datos personales, que recoge la STC 58/2018 de 4 de junio y el título X de la Ley Orgánica 3/2018 de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, que constituyó una importante novedad en el Derecho Comparado y en la que se regulan los derechos y libertades predicables en el entorno de internet, tales como la neutralidad de la red y el acceso universal a la educación digital, así como los derechos al olvido en búsquedas de internet o redes sociales y análogas, a la portabilidad en redes sociales y equivalentes y al testamento digital, ocupando un lugar relevante el reconocimiento del derecho a la desconexión digital, en el marco de los derechos a la intimidad en el uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral y la protección de los menores en internet, siendo destacable la garantía de la libertad de expresión y el derecho a la aclaración de informaciones en medios de comunicación digitales. Moisés Barrio Andrés, “la carta de derechos digitales en España: su sentido”, *La Ley*, 27 de julio de 2021.

## 1. EL ACTUAL Y MAYORITARIO CONCEPTO DE DERECHOS HUMANOS ES REALMENTE FRUTO DE UNA DETERMINADA CONCEPCIÓN Y MOMENTO HISTÓRICO A PESAR DE CONSIDERARSE QUE LOS MISMOS NACEN DE LA DIGNIDAD HUMANA

La dignidad, según la concepción de los derechos humanos, es un concepto absoluto. Es un atributo irrenunciable de la personalidad, como se reconoce en la Declaración Universal de los Derechos Humanos del siglo XX, en la declaración *Dignitatis Humanae* del Concilio Vaticano II de 1965 y en todas las Constituciones de los países de Europa.

Es el Iusnaturalismo católico el que otorga a la persona, en cuanto ser creado por Dios a su imagen y semejanza<sup>1067</sup>, una serie de atributos que la convierten en titulares inalienables de unos derechos, que el poder público debe respetar, incluido el poder o facultad para configurar tal poder, que con el tiempo desembocará en las Declaraciones de Derechos Humanos, el concepto de poder constituyente y la democracia moderna.

En resumen, como señala Robert Schuman, la democracia Moderna reconoce la igualdad de derechos de todos los seres humanos sin distinción ni excepción<sup>1068</sup>. El cristianismo fue el primero que enseñó la igualdad de naturaleza de todos los hombres. La democracia no se improvisa; Europa ha tardado más de un milenio de cristianismo en darle forma, concluyendo con Bergson, que la democracia es de esencia evangélica<sup>1069</sup>.

No se debe olvidar lo que ya se ha expuesto, que es precisamente el cristianismo, el que con base en la naturaleza humana (creado por Dios a su imagen y semejanza) considera que el ser humano, por el mero hecho de serlo, es persona.

Tal afirmación, en principio revolucionaria, (no olvidemos que en esos momentos los seres humanos podían ser comprados y vendidos, hechos muertos por sus amos o el *paterfamilias* sin ninguna responsabilidad) es la que con el tiempo va consiguiendo que todos los seres humanos seamos sujetos de derecho y no objetos, como antes; sujetos cualificados más tarde, y con base en el Iusnaturalismo católico, cuya base esencial es la Segunda Escolástica, titulares de derechos inalienables, anteriores y superiores a cualquier organización política y rectora de este.

---

<sup>1067</sup> Como señala Pedro Fernández esta concepción no constituye sino una concepción antropocéntrica iniciada hace 3.500 años en Israel, en el contexto de una mentalidad profundamente teocrática, que formuló la idea de una naturaleza sagrada e intangible para cada persona viva y concreta, creada a imagen y semejanza de Dios, con características propias y diferentes del resto de seres vivos, y con algunos atributos y cualidades propios de la persona divina. *Génesis*, cap. I, 26 y 27. Pedro Fernández Sánchez, *Lei e Sentença. Separação dos poderes Legislativo e Judicial na Constituição Portuguesa*, V. I, AAFDL, 2018, pp. 23-31.

<sup>1068</sup> En este punto debemos señalar aquí una cuestión que ha alcanzado mucha trascendencia en los últimos tiempos, cual es el de la igualdad de hombre y mujer, capitalizado, en exclusiva, por el movimiento feminista. Como ha señalado Jesús Trillo-Figueroa Martínez- Conde, *Una Revolución Silenciosa. La política sexual del feminismo socialista*, Libros Libres, 2007, pp. 221 y sgts. es el cristianismo el que enaltece la figura de la mujer dentro del matrimonio, de forma que durante la Edad Media tenía una equiparación social similar a la del hombre, lo cual se revierte con el advenimiento del Derecho Romano Clásico. En este mismo sentido puede consultarse mi obra *El régimen económico matrimonial de comunidad universal de bienes en España y en el resto de países del mundo: su génesis evolución y régimen legal vigente*, 2020, pp. 51-79.

<sup>1069</sup> Rafael Navarro Vals, "Europa, Cristianismo y Derecho", *Pluralismo religioso y Estado de Derecho*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, 2004, p. 415.

El artículo 29 de la Constitución Española de 1869, de inspiración inglesa, consideraba a los derechos individuales como naturales, absolutos e ilegislables, señalando este artículo que la enumeración de los derechos consignados en este título no implicaba la prohibición de cualquier otro no consignado expresamente y el artículo 22 de este texto decía que no se establecerán ni por la ley ni por las autoridades, disposición alguna preventiva que se refiera al ejercicio de los derechos definidos en este título.

Fernando Moret, miembro de la Comisión Constitucional, explicaba que la razón de ser del proyecto era el sentido restringido y restrictivo inspirador de las Constituciones precedentes en lo referente a derechos individuales, señalando que estaban todos los derechos pero si el individuo encontrase nuevas formas prácticas de desenvolver su acción que no están consignadas en la Constitución, entiéndase que por no haberlas comprendido están admitidas, considerándose por la doctrina científica, que lo que venía a señalarse es el carácter meramente enunciativo, que no prohibitivo de los derechos<sup>1070</sup>.

La dignidad de la persona, a diferencia de su conceptualización en la Modernidad como derecho fundamental, no es un catálogo teórico, como nos enseña el Derecho inglés ni tiene su origen en la Modernidad.

No surge con la Revolución Francesa ni con Kant sino que ya era conocida por los Estoicos para los que la dignidad (que se considera la fuente de los demás) era conceptualizada como la cualidad inherente al ser humano y la distinguía de las demás criaturas, en el sentido de que todos los seres humanos son dotados de la misma dignidad, que se encontraba íntimamente unida a cada individuo.

Se entendía que el hombre era libre, responsable de sus actos y de su destino sobre la base de que la idea de que todos los seres humanos, de acuerdo con su naturaleza, son iguales en dignidad e igualdad en su dignidad, tal y como afirmaba Protágoras.

Esta afirmación consta igualmente en la Biblia, tanto en el Antiguo como en el Nuevo Testamento, ya que se considera que el hombre ha sido hecho a imagen y semejanza de Dios, de cuya premisa extrajo el cristianismo la consecuencia de la dignidad<sup>1071</sup>.

Este aspecto central de la dignidad de la persona humana y su efecto en el resto de derechos humanos es puesto de manifiesto por María da Glória García, que señala, con relación con los derechos fundamentales de primera generación o derechos personales, que constituye la base del reconocimiento del derecho a la identidad personal, al desarrollo de la personalidad, a la capacidad civil, a la ciudadanía, al buen nombre y a su reputación, a la buena imagen, a la intimidad personal y a la protección legal contra cualquier otra forma de discriminación, incluido el reconocimiento de los orígenes genéticos de la persona (lo que tiene gran importancia en la procreación mediante técnicas de concepción asistida a partir de gametos de terceros), a la libertad de expresión e información, destacando el desarrollo que ha tenido el derecho de propiedad (que incluye los derechos inmateriales como los derechos de autor), especialmente, por conexión con lo que denominaremos derechos de tercera y cuarta generación.

---

<sup>1070</sup> Francisco Fernández Segado, *Las Constituciones históricas de España*, Instituto Católico de Artes e Industrias ( ICAI), 1982, pp. 315 y 316.

<sup>1071</sup> André Ramos Tavares, "Princípio da consubstancialidade parcial dos direitos fundamentais na dignidade do homem", *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, V. 47,1-2, 2006, p. 316.

Dentro de los de segunda generación o políticos destaca el derecho de sufragio, con el connatural de acceso a la información, que se precisa para el adecuado ejercicio del mismo y a salvo de las necesarias limitaciones de interés público, también necesarias para el desarrollo de la sociedad pero que puedan ser conciliables con el adecuado conocimiento de los asuntos de interés para la ciudadanía, con relación a su participación política.

Con relación a los derechos de tercera generación o derechos fundamentales económicos, sociales y culturales, entendidos como prestaciones positivas del Estado, que fue el camino trazado por la dignidad humana para superar situaciones de crisis, especialmente tras la II Guerra Mundial, destaca el fomento del empleo, la asistencia sanitaria, la disponibilidad de infraestructuras, del bienestar, la adecuada formación cultural y técnica, la valorización profesional de los ciudadanos, el derecho a una vivienda digna o el valor de solidaridad, que implica consecuencias en un derecho a la redistribución de la riqueza.

A finales del s. XX e inicios del XXI considera que emergen una cuarta generación de derechos fundamentales, en atención a las repercusiones sociales que producen el fenómeno del medio ambiente como un derecho a la calidad de vida, que tienen una faceta positiva en el sentido de exigir del Estado prestaciones positivas como el cuidado de estuarios, parques naturales, albuferas o el control o prohibición de actividades para que no se degrade<sup>1072</sup>.

Pero la concepción Positivista del Derecho no asegura, mínimamente, la neutralidad ideológica a la hora de precisar el contenido de los derechos humanos, de configuración legal y sometidos, por ende, al supremo intérprete de los derechos fundamentales<sup>1073</sup>.

Partiendo del concepto de derecho subjetivo como facultad moral a la que se refería Suárez, como persona con potencia activa y como cualidad natural que dimana inmediatamente de la naturaleza humana, los derechos humanos no son algo puramente extrínseco a la persona, como entienden los Positivistas sino intrínseco, que forma parte de su despliegue perfectivo o entelequia.

Es decir, que los derechos humanos son derechos subjetivos naturales, cualidades naturales que dimanen, inmediatamente, de la naturaleza humana, por la que la persona tiene ciertos merecimientos y títulos jurídicos que la tornan hábil para actuar y exigir determinadas conductas de otros, y en cuanto cualidades naturales arraigan en la persona humana pero no como meras concesiones provenientes de convenciones humanas ni de pactos internacionales ni tampoco fuentes de razón sino de entes reales con inherencia ontológica intrínseca en la persona humana<sup>1074</sup>.

---

<sup>1072</sup> María Glória García, *Como defender hoje a dignidade humana*, Universidade católica editora, 2020.

<sup>1073</sup> José Enrique Bustos Pueche, “Los derechos humanos y la doctrina del derecho subjetivo”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*, VIII, 2015, p. 33.

<sup>1074</sup> Julio Lalanne, “Derechos subjetivos y persona humana”, *Prudentia iuris*, Revista de la Facultad de Derecho Pontificia de la Universidad Católica Argentina, 74, 2012, pp. 115 y 116.

## - EL ACTUAL Y MAYORITARIO CONCEPTO DE DERECHOS HUMANOS ES REALMENTE FRUTO DE UNA DETERMINADA CONCEPCIÓN Y MOMENTO HISTÓRICO

Alexandra Monteiro considera que los derechos humanos no son, propiamente, derechos naturales ni inmediatamente universales<sup>1075</sup>, ya que son fruto de las experiencias y traumas de la civilización Occidental, construida, esencialmente, sobre la base del Derecho y civilización romanas, por lo que es un proyecto cultural marcado y diferenciado, que fue posible merced a las contingencias históricas, constituyendo esta normatividad de los derechos humanos una creación de la cultura Occidental.

Estos derechos universales humanos surgen dentro de una comunidad que tiene una cierta homogenización, en cuanto a cultura y valores semejantes y, por ello, la normatividad global de los derechos humanos es fruto de estas experiencias, necesidades y traumas de la civilización Occidental, que puede que no sean inmediatamente compartidos por otras civilizaciones y puedan constituir una amenaza a otras formas de vida presentes, en contextos diversos.

Su universalización y extensión al resto de civilizaciones como consecuencia de una justicia global contiene una potencialidad agresividad intrínseca del proceso de expansión y puede constituir una forma de dominación de unas civilizaciones sobre otras, dando lugar a una desertificación del escenario cultural y a una homogenización no deseada y hasta cierto punto empobrecedora<sup>1076</sup>.

La formulación formal del derecho subjetivo y de los derechos públicos subjetivos es llevada al paroxismo por el Estado de Derecho alemán y conduce a Luigi Ferrolí a sostener que los derechos fundamentales, definidos en términos de teoría del derecho, existieron incluso en la antigua Roma.

En la línea del garantismo y formalismo inaugurado realizan una abstracción injustificada de las instancias políticas e ideológicas que los generaron, que son también las únicas que permiten entenderlos, de manera que la definición formal pretende informarnos, no ya sobre el contenido sino

---

<sup>1075</sup> Como nos indica María José Farinás Dulce: “hasta qué punto es necesaria, todavía, la metafísica política contractualista para fundamentar la necesidad de los derechos humanos. Dichos derechos no son creados por una entidad religiosa ni derivan de una supuesta naturaleza humana universal cuya existencia desde un punto de vista antropológico y social es difícilmente demostrable sino que como señala Podgorecki, los derechos humanos son el resultado directo de procesos sociales, que tienen lugar en un determinado sistema social o que surgen en la interacción entre diferentes sistemas sociales y que tienen como criterio común la dignidad, la autonomía del ser humano y la lucha contra cualquier tipo de dominación u opresión. Dicho con otras palabras, no podemos afirmar que existan derechos naturales porque estos son siempre adquiridos mediante diferentes procesos históricos y luchas sociales”, María José Farinás Dulce, “Los derechos humanos desde una perspectiva socio-jurídica”, *Derechos y Libertades: Revista de Filosofía y derechos humanos*, V. 3, nº 6, 1998, p. 357. En este mismo sentido debe tenerse en cuenta lo expuesto por Fernanda Pirie, *Ordenar el mundo. Cómo 4000 años de leyes dieron forma a la civilización*, Crítica, 2022, pp. 380-386, en donde se dice que el lenguaje de los derechos humanos no ha convencido a todo el mundo, ya que aunque el concepto des *droits de l’homme* se encuentra profundamente arraigado en el mundo francófono a muchos angloparlantes la expresión les resultaban nueva y extraña en las sesiones de la ONU en los años 40 y no digamos ya los problemas que ha tenido en los países árabes o para los budistas, a los que se les enseña a negar la sustancia del yo y sus emociones filosóficamente complejas, que no encajan fácilmente en el concepto de individuo titular de derechos.

<sup>1076</sup> Alessandra Monteiro, “Construir uma justiça global-Que direito e Democracia”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, V. 58, 2, 2017, pp. 13-21.

más bien sobre la forma de tales derechos, es decir, para identificar la estructura que permite su tutela como derechos iguales, universales e indisponibles.

Desarrollando esta idea, Muñoz de Baena considera que la contraposición forma/ materia explica este concepto en no menor medida que los anteriores, por lo que no resulta extraña la formulación histórica de los derechos humanos fundamentales, que a la postre no es sino la edificación moderna de materia y forma, que permite primar una sobre otra, según las perspectivas teóricas e históricas que manejemos.

No en vano, el autor italiano se reconoce Positivista, pues es tributario de una concepción muy presente en el Positivismo, que reduce la ciencia al lenguaje y aunque en el pensamiento Positivista no resulta infrecuente plantear la teoría del Derecho en términos radicalmente formalistas y, por lo tanto, a definir los derechos fundamentales como lo que son: una categoría propia del pensamiento Contemporáneo, inseparable de circunstancias materiales muy próximas en el tiempo.

Esta evacuación del contenido que realiza el autor italiano, considera Baena, que no es sino la aplicación al concepto de derechos fundamentales de una cuestión universal de la clase de los sujetos, cuya titularidad es una forma independiente de la materia, de todo contenido, de todo acontecimiento, interés o valor y la pretensión de universalizarlos olvida que esta forma no es sino una construcción tributaria de vicisitudes históricas, como lo es el propio concepto de derecho subjetivo que le sirve de fundamento.

Lo expuesto considera que constituye una mínima muestra de la capacidad del concepto de derecho subjetivo para ampliarse casi indefinidamente, ya sea por vía de las pretensiones más privadas de referente real, ya por la invasión del campo relacionado con la lucha política y, por tanto, no propiamente reducible a Derecho o a través del concepto que se proyectan hacia atrás en la historia<sup>1077</sup>.

Si los derechos humanos y fundamentales, en todas sus formas, han mostrado siempre un fundamento autorreferente, tomado de la filosofía del sujeto que los produce, como su producto más característico, esa condición se radicaliza en los que forman la denominada cuarta generación de derechos humanos, en los que la desaparición de todo referente real se torna más radical y se habla del derecho a tener derechos, y su despliegue acaba por invadir todos los ámbitos: ético, jurídico, político y estético, con el efecto de una progresiva reducción de todo discurso, al discurso de unos derechos.

En este sentido se incluyen en la Declaración de Derechos Humanos Emergentes de Monterrey de 2007, bajo el común denominador del derecho a la democracia en sus cinco formas: democracia igualitaria, plural, paritaria, participativa, solitaria y garantista, los derechos a la seguridad vital e integridad personal, trabajo, asistencia sanitaria, a la paz, a habitar el planeta y al medio ambiente, a la igualdad derechos, a la libertad de conciencia, a la representación paritaria, a la belleza urbanística, a habitar zonas urbanas con carácter de centralidad, a participar en el bien común universal, al derecho y el deber de erradicar la pobreza extrema...

Esta amalgama de derechos constituyen un buen ejemplo de cómo la volatilidad, a través del inflación, es un perfecto trasunto de la posmodernidad jurídica.

---

<sup>1077</sup> José Luis Muñoz de Baena Simón, *La abstracción del mundo. Sobre el mal autoinmune de la juridicidad moderna*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018, pp. 79-83.

Todo ello, en un mundo que cada vez conoce mayores dificultades para realizar los derechos de primera generación y desterrado al olvido los de segunda, se asiste al nacimiento de una nueva categoría que reúne aquellos con estos, en una enumeración cuya falta de criterio resulta llamativa, mezclándolos con deberes y con figuras singulares como los derechos sobre los derechos y a la resistencia, tratándose de derechos que resultan o bien inanes o bien imposibles pero la irrealizabilidad no es el auténtico escollo, dada su condición empírica sino que los problemas conceptuales son los realmente graves.

La propia historia de la subjetividad está llena de ficciones desde el comienzo del Derecho y ya en la vieja Roma se reconocía personalidad a la herencia yacente para resolver determinados problemas prácticos pero en los últimos tiempos hemos asistido a una proliferación de nuevas subjetividades *supra* y subhumanas, que parecen ser el producto de una disolución del concepto moderno de subjetividad jurídica, como lo son las nuevas subjetividades surgidas sin apenas fundamento por la extensión de la subjetividad a los seres no humanos como son los derechos de los animales<sup>1078</sup>, lo que les da carta de naturaleza.

Se trata de un concepto problemático, nacido de un intento de instaurar el respeto hacia los seres no humanos para evitarles el sufrimiento, su instrumentalización y degradación como seres vivos, que merecen respeto y consideración al no ser inmunes a los sentimientos, especialmente con relación a ciertos animales, concretamente, a los primates superiores dentro del concepto de personalidad, lo que puede construirse si todos los sujetos morales son sujetos de Derecho, debiéndose tener presente que en épocas pasadas, ciertos humanos no eran considerados personas, tales como como los esclavos o las mujeres.

La constatación de que en el mundo Nominalista, lo jurídico no descansa en instituciones ni siquiera en derechos previos a su regulación por ley sino exclusivamente en imputaciones, en actos de voluntad declarativos que crean su propio objeto, recordando que la primacía de la validez en el sistema kelseniano permitía sustituir, en su condición de cualidad básica de lo jurídico, a la justicia, instaurando como categoría básica de la justicia, la imputación.

Pero si resulta problemático pensar en derechos de los animales, lo es aún más imaginar su trasunto en los deberes de los animales establecidos en normas jurídicas, y si problemático era hablar de los derechos subjetivos de los animales sobre la base de la voluntad y se declaraba que no debía ser el fundamento de todo derecho subjetivo porque carecían de ella los menores o incapaces (en la Pandectística alemana), lo mismo podría suceder hoy con los animales y es por ello que es el concepto de interés, el que manejan hoy los partidarios de la subjetividad jurídica de cualesquiera seres extrahumanos.

Más grave todavía es la multiplicación de entes hasta el paroxismo establecida por algunas Constituciones de Estados Americanos.

Así en el Preámbulo y en los arts. 10, 71 y 72 de la Constitución de Ecuador de 2008 se otorga subjetividad jurídica a la llamada *Pachamama* o madre tierra de las culturas indígenas y como sucede con los derechos de los animales, esta ficción se enmarca en una encomiable pretensión de proteger

---

<sup>1078</sup> De lo que puede ser un buen ejemplo la Declaración Universal de los Derechos de los Animales proclamada en 1978 por la Liga Internacional de los Derechos del Animal y aprobada por la ONU y la UNESCO.

los recursos naturales por lo que no deberíamos aceptar, sin más, la entrada de nuevos objetos en el más expandido y superpoblado universo teórico de los derechos, que quiebran el individualismo<sup>1079</sup>.

La persona (el ser humano) debe observarse como un todo en la integridad de sus dimensiones<sup>1080</sup>.

El gnosticismo antropológico tiene la tendencia a reducir al ser humano a su mera dimensión biológica y esta visión de la persona: libertad ecológica y personal, que deriva en el aumento de la autodeterminación, el libre arbitrio existencial y la libertad política (*sub-jectum*) le priva de la potencia privada de su actualización, ficción que podría resultar útil, pues el ser humano y su dignidad no es el honor personal o social sino que tiene un valor intrínseco, soberano e inalienable de la persona ante cualquier circunstancia<sup>1081</sup>.

El pensamiento individualista griego (el hombre es un pequeño mundo) y el personalismo cristiano, asentado sobre el anterior por obra de Alejandro Magno y continuado por el Imperio Romano se basa en la continuidad social fruto de la razón natural, con fuente en la lógica y en la naturaleza, no otorgan un sentido específico a la historia sino que consideraban que se desenvolvía sobre la base de acontecimientos.

Sin embargo, en la Edad Moderna y más en concreto en el Renacimiento, aunque se dice que extiende sus raíces en la sociedad clásica y en la civilización grecorromana, se aspira a una sociedad ejemplar que, con el Iluminismo es concebida por el déspota Iluminado y cuya razón personal se considerará válida para todo tiempo y lugar, que Hegel remitirá al campo de la filosofía y que no se desenvolverá, propiamente, por los derechos sino por su sujeción a la colectividad, que será de la que surgirán los derechos del individuo ( conjugando de esta manera ambos elementos) y a través de los derechos subjetivos.

Estos derechos subjetivos constituirán la columna básica para la construcción de los derechos humanos y serán categorías estudiada en la filosofía del Derecho y en el Derecho Internacional, en el Derecho Constitucional y en la Ciencia Política, y bajo la perspectiva de los derechos de la personalidad se estudiarán, también, en el Derecho Civil.

Un ejemplo de lo que aquí se expone puede encontrarse en la concepción que se mantiene sobre el derecho a la cultura por Vasco Pereira da Silva, que considera que el derecho a la cultura en la Constitución portuguesa es un verdadero derecho fundamental y no una realidad objetiva disfrazada, sobre la base de lo que se dispone en los artículos 42, 73 y 78 de la Constitución Portuguesa, con una dimensión objetiva y subjetiva, negativa y positiva.

Destaca que los derechos fundamentales implican siempre un mínimo de intervención de los poderes públicos, tanto en su vertiente positiva como en defensa y evitación de las agresiones ilegítimas, tanto de entidades privadas como públicas y en tanto constitucionalmente protegidos, ya

---

<sup>1079</sup> José Luis Muñoz de Baena Simón, *La abstracción del mundo. Sobre el mal autoinmune de la juridicidad moderna*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018, pp. 276-289.

<sup>1080</sup> El Papa Francisco en su Encíclica *Laudato si* no trata al ser humano ni como productor ni como consumidor ni como usuario del diván sino como ser humano en todas sus dimensiones, que siente y padece, que tiene unas necesidades físicas y morales, y se relaciona con el medio natural del que forma parte. Aplica una doctrina que no tiene presente al ser humano desde la perspectiva de una dimensión sino que todas lo son desde un punto de vista integral.

<sup>1081</sup> Vasco Duarte de Almeida, “Sobre o valor da dignidade da pessoa humana”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, V. 46,1, 2005, pp. 623-648.

que al cumplirse la totalidad de las exigencias de los derechos públicos subjetivos ( a que ya se ha hecho referencia en páginas precedentes) nos encontramos con tal derecho fundamental a la cultura<sup>1082</sup>, de donde puede deducirse un contenido artificial y dependiente del poder público y de su protección como elementos sustantivo o material.

Desde esta perspectiva puede decirse que la evolución constante de la sociedad precisa de la del Derecho, que debe ser pareja a las mutaciones sociales, apareciendo un concepto de dignidad, que a la vez que sirve para todo no sirve para nada y cuya utilización acrítica y promiscua desgasta las palabras<sup>1083</sup>.

## 2. LA LIBERTAD, LA RESPONSABILIDAD Y LA IGUALDAD

El hombre debe tener la posibilidad de elegir entre el bien y el mal, ya que de lo contrario carecería de libertad, y de ahí surge su responsabilidad pero el Estado Social parece que ha vuelto al hombre bastante irresponsable de su vida.

Un hombre irresponsable no es libre y carece de esperanzas: la educación se convierte en adoctrinamiento y la sanidad, en muchos casos, en una herramienta de control vital de los seres humanos por parte del Estado y donde pregona dulzura no es mas que propaganda que debe seguirse a pies juntos, ya que se prevén fuertes castigos para los disconformes<sup>1084</sup>.

Hoy en día constituye un gran problema moral, que sobre la base del igualitarismo rampante se secuestre nuestra libertad y después nuestra identidad, y en las sociedades modernas solemos consentir este hurto y abdicar de los valores que configuran nuestra personalidad por la habilidad de determinados comunicantes, que se han hecho los dueños del sistema, con la valiosa ayuda de la televisión basura y con los señuelos de atractivos clichés igualitarios, que transforman a las personas singulares en seres clónicos, lo que se hace para imponerles una determinada e irreflexiva verdad.

Muchas políticas públicas y el Derecho que de ellas se emana se encuentran inspirados en el fenómeno al que se acaba de hacer referencia.

Renunciamos a la libertad por la comodidad pero no nos confundamos, la libertad es muy dura por la responsabilidad que exige y el sentido crítico solo se construye desde la sabiduría a la que todos debemos aspirar.

La elección no es fácil e incomoda, especialmente, a los poderosos, que no quieren ceder la parcela de poder de la que se han apropiado de los demás<sup>1085</sup>.

---

<sup>1082</sup> Vasco Pereira da Silva, *A cultura a que tenho direito. Direitos fundamentais e cultura*, Almedina, 2007, 115-128.

<sup>1083</sup> José de Oliveira Ascensão, "O fundamento do Direito" entre o Direito natural e a dignidade da pessoa", *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, V. 52,1-2, 2011, pp. 29-43.

<sup>1084</sup> Téngase presentes las medidas adoptadas por los Estados a consecuencia de la pandemia del covid-19, incluido el cierre de las Cortes o la Ley española de la eutanasia.

<sup>1085</sup> Señala Stuart Mill, *Sobre la libertad*, Austral, Madrid, segunda edic, 1996, p. 65, que en algún momento, los hombres se precavieron de los gobernantes y les negaron la posibilidad de detentar una suerte de poder independiente con poderes opuestos a los suyos. Les pareció mucho mejor que los diversos magistrados del Estado fuesen sus arrendatarios o delegados revocables a

Sin duda, la dignidad de la persona humana, en toda su dimensión, constituye el fundamento de los derechos humanos, lo que conlleva su libertad, autonomía personal y autodeterminación pero no debe olvidarse que la dignidad y la libertad han sido dos conceptos muy estudiados por el Derecho: la libertad es una secuela de la dignidad y no al contrario, ya que es un elemento esencial en la comprensión del Derecho, de manera que el sistema jurídico no debe desplazarse hacia la autonomía personal sino por la idea previa y determinante de la dignidad humana.

La autonomía personal no puede ser consagrada con una libertad absoluta que tienda a liberar al individuo de la moral, del orden público y de toda coacción social, que pilota la esfera de la intimidad humana hacia un ultraliberalismo dominado por el juego de las pasiones y deseos de las personas.

La razón de ser de la libertad humana y de cualesquiera de los derechos es servir a la dignidad humana de la que derivan y no la pueden menoscabar como se deduce del artículo 30 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que establece que esta declaración no puede interpretarse en el sentido de conferir derecho alguno al Estado, a un grupo o persona, para emprender, desarrollar ni realizar actos tendentes a la supresión de cualesquiera de los derechos proclamados en esta Declaración y que también se reconoce en el artículo 17 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en el artículo 5 de los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y en el artículo 54 de la Carta Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

El derecho a la libertad individual o a la autonomía personal del artículo 8 del Convenio Europeo no puede, en ningún caso, ser invocado para validar el consentimiento y la renuncia de una persona a su integridad corporal y tampoco podrá el Estado anteponer la autodeterminación de las personas a la responsabilidad tutelante de su dignidad ni permitir comportamientos contrarios a la dignidad, que constituye la base fundamental de los derechos humanos y con ello del interés común y social<sup>1086</sup>.

## - LA IGUALDAD

La igualdad entre las personas deriva de la dignidad inherente a la humanidad. Todas las personas somos igualmente dignas porque hemos sido creados iguales y por eso tenemos los mismos derechos humanos, que emanan de nuestra naturaleza común.

Cualquier discriminación en los derechos fundamentales de la persona, en razón de sexo, edad, religión, raza o condición social es contrario a la naturaleza humana.

---

placer y creyeron que solo de esta manera podían tener la completa seguridad en que los poderes del gobierno no fuesen utilizados de una forma abusiva en su contra suya. En este punto, quiero destacar las palabras del Cardenal Ratzinger en la Academia Católica de Múnich, en 2004, en el diálogo que sostuvo con Habermas.

<sup>1086</sup> Sobre los razonamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en esta materia, téngase en cuenta la sentencia *Pretty contra el Reino Unido* de 29 de abril de 2002, en que se ventilaba la existencia de un supuesto derecho a la muerte asistida, la sentencia *Zavaloka contra Letonia* de 7 de julio de 2009, que califica el artículo 2 del Convenio Europeo Derechos Humanos, relativo a la dignidad humana como la disposición más fundamental del Convenio (apartado 35); la sentencia *Haas contra Suecia* de 20 de enero de 2011, relativa a los deseos suicidas de una persona que parecía un grave trastorno afectivo bipolar desde hacía 20 años y el asunto *Jaggard y Brown contra el Reino Unido* de 19 de febrero de 1997.

Sin embargo , junto a la radical igualdad de la dignidad, convive una clara diferenciación entre cada uno de los seres humanos, que nos hace únicos e irrepetibles.

Cada persona tiene características peculiares, lo que repercute en su patrimonio, calidad de vida y desarrollo.

Los seres humanos tenemos un sustrato de igualdad pero merced a la libertad se imponen una suerte de libres caminos impuestos por esa libertad, que determinan una cierta desigualdad a consecuencia de la libertad de elegir entre el bien y el mal, y por nuestra responsabilidad.

Para elegir entre el bien y el mal es preciso que cada uno piense con sentido crítico y con libertad, lo que da lugar a nuestra personalidad diferenciada, que se torna irreconocible por el igualitarismo.

La búsqueda radical de la verdad para extirpar el mal por medios incluso revolucionarios utiliza entre sus señuelos manipuladores el malvado “tú estás mal porque otros están bien”, creando una envidia destructiva determinada por el igualitarismo, que ciega a otros, ya que todos podemos estar mal o bien, dependiendo de nuestra elección.

La falta de sentido crítico de la sociedad, que tanto daño está haciendo a la libertad, raramente es percibida por la sociedad y quienes se ocupan de transmitir este mensaje, determinan lo que se ha denominado políticamente correcto, que se ha convertido, realmente, en un eficazísimo secuestro de la libertad y una alienación que prostituye un valor imprescindible para ser persona, como lo es el de su propia identidad diferenciada, que goza de una libertad mucho más amplia.

Se ha dicho, además, que cuando todos piensan de la misma manera, realmente es porque nadie piensa en el sentido crítico que le hace diferente.

Libertad e igualdad han constituido siempre el centro de gravedad de la reflexión sobre la justicia, pudiéndose considerar que el legalismo ha llevado a vendar los ojos a las representaciones de la justicia, como si fuera posible hacer justicia sin tener los ojos bien abiertos.

Esta discriminación en lo concreto marca el abismo entre justicia e igualitarismo, del mismo modo que la generalidad legal frena el particularismo individualistas pero no deben descartarse desigualdades razonables, que es lo que separa la justicia del igualitarismo, pudiéndose plantear una opción radical entre libertad e igualdad como modos de justicia, que de modo simplista se conocen como liberal o socialista.

Precisamente el marxismo alega desvincularse del Idealismo a través de la cuestión de la igualdad, ya que se considera que formular una idea de igualdad dentro de la absoluta desigualdad sería función de la ideología y Marx no tardará en detectar el pecado estructural que vicia todo el planteamiento de los derechos humanos, ya que la libertad no se basa en la vinculación entre los hombres sino al contrario, en su aislamiento, al considerar que la aplicación práctica del derecho humano a la libertad es el derecho humano a la propiedad privada y la primacía de la igualdad se verá acompañada de un notorio recelo a lo privado, de manera que la propiedad se convierte en la principal piedra de escándalo.

La antropología de la Modernidad configuraba jurídicamente al hombre como propietario de sí mismo y como contrapartida resulta lapidaria en la sentencia de *El Manifiesto Comunista*, que señala que los comunistas pueden resumir su teoría en esta fórmula única: la abolición de la propiedad privada, entendiendo que los derechos del ciudadano incluso los del hombre no son sino los derechos

del burgués, en línea con la idea de representar a su interés como el general, sin que puedan considerarse derechos a las pretensiones arbitrarias de un grupo, obtenidos a costa de otro ni a los privilegios reservados para un sector de la ciudadanía y no previstos para el resto<sup>1087</sup>

Marx, en *La Cuestión judía* señala que el Estado suprime las diferencias de nacimiento, de estamento, de formación, de profesión, etc... a su manera y cuando declara al nacimiento, el estamento, la formación o la profesión como diferencias no políticas de acuerdo con el principio Liberal de igualdad ante la ley exige que las diferencias fácticas no sean diferencias jurídico-política, ya que todos los ciudadanos son iguales, a lo que denomina emancipación política como igualdad de derechos, que en su opinión no es sino el placebo de la burguesía para que no se reclame la verdadera emancipación, que denomina humana y que consiste en que la diferencias prácticas sean abolidas, de manera que no haya burgueses, obreros, cristianos o judíos tratados por la ley de la misma forma sino en que no haya burgueses ni obreros, cristianos ni judíos<sup>1088</sup>.

El derecho fundamental a la igualdad, al desligarse de las personas individuales y sobre la base de otros condicionamientos o principios de naturaleza política o social y merced a la pertenencia a determinados grupos determina que una aplicación de tal derecho vulnere, realmente, el propio principio de igualdad, como entiendo que sucede en el caso que se resuelve en la STC de 3 de julio de 2019, que se pronuncia sobre la inconstitucionalidad de las normas que establecía una menor cobertura por jubilación para quienes hubiesen prestado sus trabajos a través de contratos a tiempo parcial, que afecta esencialmente a las mujeres pero que en este caso, el recurrente en amparo era un hombre<sup>1089</sup>.

En el apartado 10 de los fundamentos jurídicos podemos encontrar el núcleo decisorio de la cuestión, en donde se señala que:

“El auto de planteamiento de la presente cuestión interna de constitucionalidad plantea dudas de constitucionalidad respecto al precepto cuestionado también desde la perspectiva del inciso segundo del art. 14 CE, en la medida en que podría suponer una discriminación indirecta por razón de sexo prohibida por aquella disposición.

Concorre discriminación indirecta por razón de sexo cuando una disposición aparentemente neutra determina para las personas de un sexo determinado una particular desventaja respecto de las personas de otro sexo, salvo que dicha disposición pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y los medios para alcanzarla sean adecuados y necesarios [art. 6.2 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, y art. 2.1 b) de

---

<sup>1087</sup> Andrés Ollero Tassara, *¿ Tiene razón el Derecho? Entre método científico y voluntad política*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1996, pp. 256, 273-277 y 370-380.

<sup>1088</sup> Cit. Francisco José Contreras, *La Filosofía del Derecho en la Historia*, Tecnos, 2016, p. 278, que lo deduce de Karl Marx, *La cuestión judía*, 1844, trad. A. Hermosilla, Madrid, 1977, pp.18, 23 y 24.

<sup>1089</sup> Se trata de la sentencia del Pleno 91/2019, de 3 de julio de 2019, que resuelve la cuestión interna de inconstitucionalidad 688-2019, planteada por la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, en relación con la regla tercera, letra c), de la disposición adicional séptima, apartado 1, del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en la redacción dada al precepto por el art. 5.2 del Real Decreto-ley 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social, basada en la prohibición de la discriminación por razón de sexo, acordándose la nulidad parcial del precepto legal que, al regular la cuantía de la pensión de jubilación de los trabajadores a tiempo parcial se considera que incurre en discriminación indirecta.

la Directiva 2006/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación].

Conforme a nuestra doctrina (SSTC 145/1991, de 1 de julio; 147/1995, de 16 de octubre, y 198/1996, de 3 de diciembre, entre otras), constituye discriminación indirecta el tratamiento formalmente neutro o no discriminatorio, del que se deriva, por las diversas condiciones fácticas que se dan entre los trabajadores de uno y otro sexo, un impacto adverso sobre los miembros de un determinado sexo. Obviamente, salvo que este tratamiento responda a una finalidad legítima y utilice medios proporcionados, adecuados y necesarios para conseguirla.

El concepto de discriminación indirecta constituye un elemento clave para procurar una igualdad efectiva, material o sustancial, entre el hombre y la mujer, superando una desigualdad histórica que puede calificarse de estructural, pues la igualdad sustantiva es un elemento definidor de la noción de ciudadanía en nuestro orden constitucional (STC 12/2008, de 29 de enero, FJ 4).

a) Como pusimos de manifiesto en el fundamento jurídico 4, la aplicación de las prohibiciones de discriminación contenidas en el art. 14 CE obligan a «usar en el juicio de legitimidad constitucional un canon mucho más estricto, así como un mayor rigor respecto a las exigencias materiales de proporcionalidad» que los que se emplean en el enjuiciamiento del principio genérico de igualdad (STC 200/2001, FJ 4). Igualmente debemos recordar que la forma de abordar el análisis de la discriminación indirecta por razón de sexo pasa necesariamente por atender a los datos revelados por la estadística (SSTC 128/1987, FJ 6, y 253/2004, FJ 8).

En efecto, como sintéticamente ya se dijo más arriba, y no importa repetir, «la incorporación de la discriminación indirecta como contenido proscrito por el art. 14 CE repercute en la forma en la que el intérprete y aplicador del Derecho debe abordar el análisis de este tipo de discriminaciones, ya que implica que “cuando ante un órgano judicial se invoque una diferencia de trato [...] y tal invocación se realice precisamente por una persona perteneciente al colectivo tradicionalmente castigado por esa discriminación –en este caso las mujeres–, el órgano judicial no puede limitarse a valorar si la diferencia de trato tiene, en abstracto, una justificación objetiva y razonable, sino que debe entrar a analizar, en concreto, si lo que aparece como una diferenciación formalmente razonable no encubre o permite encubrir una discriminación contraria al art. 14 CE” (STC 145/1991, de 1 de julio, FJ 2). Para ello deberá atender necesariamente a los datos revelados por la estadística (STC 128/1987, de 14 de julio, FJ 6)» (STC 253/2004, FJ 7)”...”En cambio, lo que no resulta justificado es que se establezca una diferencia de trato entre trabajadores a tiempo completo y trabajadores a tiempo parcial, no ya en cuanto a la reducción de la base reguladora para el trabajador a tiempo parcial en función de su menor base de cotización, sino en cuanto a la reducción adicional de la base reguladora mediante un porcentaje derivado de un «coeficiente de parcialidad» que reduce el número efectivo de días cotizados, diferenciación que no solo conduce a un resultado perjudicial en el disfrute de la protección de la seguridad social para los trabajadores contratados a tiempo parcial, sino que afecta predominantemente a las mujeres trabajadoras, como revelan los datos estadísticos.

Nuestra conclusión sobre la lesión del art. 14 CE, al provocar una discriminación indirecta por razón de sexo, está en línea con la alcanzada por el Tribunal de Justicia en la reciente sentencia de 8 de mayo de 2019 (asunto C-161/18), en la que, como se indicó en el fundamento jurídico 7, se

señala que «la aplicación, adicional, de un coeficiente de parcialidad relativo al trabajo a tiempo parcial va más allá de lo necesario para alcanzar tal objetivo y representa, para el grupo de los trabajadores que prestaron sus servicios a tiempo parcial reducido, es decir, por debajo de dos tercios de un trabajo a tiempo completo comparable, una reducción del importe de la pensión de jubilación superior a la que resultaría únicamente de tomar en consideración su jornada de trabajo pro rata temporis» (apartado 55).

En consecuencia, procede estimar la inconstitucionalidad planteada respecto de la norma contenida en el precepto cuestionado tanto por vulnerar el derecho de igualdad como por constituir una discriminación indirecta por razón de sexo<sup>1090</sup>.

---

<sup>1090</sup> En el apartado 7 de los F. JDCOS se indica el sentido coincidente de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que también se ha pronunciado sobre estas cuestiones, interesando a nuestros efectos, las resoluciones que se han referido a la adecuación de normas españolas de seguridad social a la Directiva 79/7/CEE, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social señalando que: «Debemos recordar que nuestra jurisprudencia ha reconocido pacíficamente la primacía del Derecho de la Unión sobre el interno en el ámbito de las competencias cuyo ejercicio España ha atribuido a las instituciones europeas [por todas, Declaración 1/2004, de 13 de diciembre, FJ 4, y SSTC 145/2012, de 2 de julio, FJ 5; 232/2015, de 5 de noviembre, FJ 5 c), y 37/2019, de 26 de marzo, FJ 4]. Y, aunque no integra el canon de constitucionalidad, nuestra jurisprudencia también ha reconocido valor hermenéutico, con fundamento en el art. 10.2 CE, al Derecho de la Unión: no solo a los tratados constitutivos y a sus sucesivas reformas, sino también a su Derecho derivado (SSTC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 3; 136/2011, de 13 de septiembre, FJ 2; 13/2017, de 30 de enero, FJ 6, y 76/2019, de 22 de mayo, FJ 3, entre otras), así como a la interpretación que de tales normas realiza el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STC 61/2013, ya citada, FJ 5; 66/2015, de 13 de abril, FJ 3; 140/2016, de 21 de julio, FJ 5; 3/2018, de 22 de enero, FJ 4; 138/2018, de 17 de diciembre, FJ 2, y 32/2019, de 28 de febrero, FJ 6, entre otras). Dentro, pues, de estos parámetros, es indudable la relevancia que adquieren los criterios seguidos en las sentencias del Tribunal de Justicia de 22 de noviembre de 2012 (Elbal Moreno), 14 de abril de 2015 (Cachaldora Fernández), 9 de noviembre de 2017 (Espadas Recio) y 8 de mayo de 2019 (Villar Láiz), que sintetizamos a continuación. En la sentencia de 22 de noviembre de 2012, asunto C-385/11, Isabel Elbal Moreno e Instituto Nacional de la Seguridad Social y Tesorería General de la Seguridad Social, a la que este Tribunal ya se refirió en la STC 61/2013 pues había examinado las mismas reglas, el Tribunal de Justicia abordó el método de cálculo del periodo de carencia para acceder a la pensión de jubilación para los trabajadores a tiempo parcial, con reglas de reducción, y consideró que la normativa considerada era contraria al art. 4 de aquella Directiva comunitaria por incurrirse en una discriminación indirecta por razón de sexo, al constatar que dicha medida de cálculo, aunque formalmente neutra, perjudicaba de hecho a un número mayor de mujeres que de hombres. Para el Tribunal de Justicia, «ningún documento obrante en autos permite concluir que, en estas circunstancias, la exclusión de los trabajadores a tiempo parcial como la demandante en el litigio principal de toda posibilidad de obtener una pensión de jubilación constituya una medida efectivamente necesaria para alcanzar el objetivo de salvaguardar el sistema de seguridad social de tipo contributivo, al que se refieren el INSS [Instituto Nacional de la Seguridad Social] y el Gobierno español, y que ninguna otra medida menos gravosa para esos mismos trabajadores permita alcanzar ese objetivo» (apartado 35). En el curso de la fundamentación de esa declaración de incompatibilidad el Tribunal de Justicia se pronunció en estos términos sobre la virtualidad del mecanismo corrector del 1,5: «Esta interpretación no queda desvirtuada por la alegación del INSS y del Gobierno español según la cual las dos medidas correctoras mencionadas en los apartados 14 y 15 [la aplicación del coeficiente multiplicador del 1,5] de la presente sentencia tienen por objeto facilitar el acceso a la pensión de jubilación de los trabajadores a tiempo parcial. En efecto, no consta que esas dos medidas correctoras tengan el menor efecto positivo en la situación de los trabajadores a tiempo parcial como la demandante en el litigio principal» (apartado 36).

En la sentencia de 14 de abril de 2015, asunto C-527/13, Lourdes Cachaldora Fernández e Instituto Nacional de la Seguridad Social y Tesorería General de la Seguridad Social, se examinó el método legal para la integración de los periodos sin obligación de cotizar de los trabajadores a tiempo parcial, y se concluyó que no era contrario a la Directiva 79/7/CEE, pues tal y como estaba articulado solo perjudicaba a una parte de los trabajadores a tiempo parcial y que tal perjuicio devenía «aleatorio» (apartado 40).

Posteriormente, la sentencia de 9 de noviembre de 2017, asunto C-98/15, María Begoña Espadas Recio y Servicio Público de Empleo Estatal, volvió a ocuparse de un régimen legal que distinguía entre días cotizados y días trabajados, esta vez para crear una diferencia entre trabajo a tiempo parcial «vertical» («aquel que la persona que lo realiza concentra sus horas de trabajo en determinados días laborables de la semana») y trabajo a tiempo parcial «horizontal» («aquel en el que la persona

El TJUE ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la cuestión en sentencias que cita el Tribunal Constitucional pero no se quiere dejar de mencionar la de 12 de diciembre de 2019, en el asunto C-459/2018 sobre el complemento de pensión que se concede en España a las madres beneficiarias de una pensión de invalidez que tengan dos o más hijos y que debe reconocerse también a los padres que se encuentren en una situación idéntica, en la que destaca el carácter discriminatorio de la legislación española que concedía un trato menos favorable a los hombres que hubiesen tenido, al menos, dos hijos biológicos o adoptados, lo que entendía que constituía una discriminación directa por razón de sexo, argumentando que la aportación de los hombres a la demografía es tan necesaria como la de las mujeres y no podía justificar por sí sola que los hombres y las mujeres no se encuentren en una situación comparable en lo que respecta a la concesión del complemento.

En la STJUE de 24 de febrero de 2022 se basa, sin embargo, como en supuestos anteriores en la no discriminación indirecta por razón de género. En este caso, la mujer que ha abanderado esta lucha pertenece al sector de las empleadas de hogar, sector tan feminizado que merece que se refleje en el lenguaje y la prestación que reivindicaba era la de protección por desempleo.

### **- LA IGUALDAD DESDE EL PRISMA DE LA JUSTICIA SOCIAL**

Hayek destaca que la apelación a la justicia social se ha convertido hoy, en la más socorrida y eficaz argumentación de las discusiones políticas y como justicia entendida como fundamento y limitación indispensable de cualquier ley pero el abuso del término justicia social amenaza con destruir el concepto de ley como baluarte de la libertad individual.

---

que lo realiza trabaja todos los días laborables de la semana»), con perjuicio para quienes realizan la primera modalidad, pues a juicio del órgano promotor de la cuestión prejudicial, para los primeros la normativa únicamente permite tener en cuenta los días trabajados y no todo el periodo de cotización. Para el Tribunal de Justicia, «el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro que, en el caso del trabajo a tiempo parcial vertical, excluye los días no trabajados del cálculo de los días cotizados y que reduce de este modo el período de pago de la prestación por desempleo, cuando está acreditado que la mayoría de los trabajadores a tiempo parcial vertical son mujeres que resultan perjudicadas por tal normativa» (apartado 49): pues esa normativa «no parece adecuada para garantizar la correlación que, según el Gobierno español, debe existir entre las cotizaciones pagadas por el trabajador y los derechos que puede reclamar en materia de prestación por desempleo», pues «un trabajador a tiempo parcial vertical que ha cotizado por cada día de todos los meses del año recibirá una prestación por desempleo de una duración inferior que la de un trabajador a jornada completa que haya abonado las mismas cotizaciones» (apartados 46 y 47).

En la reciente sentencia de 8 de mayo de 2019, asunto C-161/18, Violeta Villar Láiz e Instituto Nacional de la Seguridad Social y Tesorería General de la Seguridad Social, el Tribunal de Justicia ha examinado la compatibilidad con el art. 4.1 de la Directiva 79/7/CEE del método de cálculo de la pensión de jubilación de los trabajadores a tiempo parcial establecido en los vigentes arts. 247 y 248 LGSS 2015, esto es, en los preceptos que con el mismo contenido han sustituido al precepto cuestionado en este proceso. El elemento controvertido del método de cálculo de la pensión de jubilación consistía, al igual que en este proceso, en que «el importe de la pensión de jubilación en la modalidad contributiva de un trabajador a tiempo parcial se calcula multiplicando una base reguladora, determinada en función de los salarios efectivamente percibidos y de las cotizaciones efectivamente satisfechas, por un porcentaje que depende de la duración del período de cotización, cuando se aplica a este período un coeficiente de parcialidad equivalente a la relación existente entre la jornada a tiempo parcial efectivamente trabajada y la jornada realizada por un trabajador a tiempo completo comparable y un incremento de un coeficiente de 1,5» (apartado 34).

El Tribunal de Justicia descartó que existiera discriminación directamente basada en el sexo, por cuanto la normativa se aplica indistintamente a los trabajadores y a las trabajadoras, pero concluyó que sí existía discriminación indirecta basada en el sexo, incompatible con el Derecho de la Unión Europea”

Considera que la expresión describe, desde el principio, las aspiraciones que constituyen las bases del socialismo conseguido por otros medios pero con idénticos fines,

El socialismo clásico pretendió alcanzarlos mediante la socialización de los medios de producción pero dada la oposición y la incapacidad de alcanzar sus fines, en la actualidad se considera un medio esencial para poder llevar adelante una distribución justa de la riqueza, mediante la imposición fiscal y los servicios estatales financiados por los poderes públicos.

Es decir que, de hecho, se han abandonado sus reivindicaciones originarias y su promesa principal es ahora la realización de la justicia social, por lo que llegados a este punto hemos de concluir que la principal diferencia que existe entre el orden de la sociedad a que se aspiraba en el Liberalismo clásico y el tipo de sociedad en que se ha transformado en la actualidad es que la sociedad Liberal estaba gobernada por principios de justa conducta individual mientras que en la actualidad, la sociedad debe satisfacer las reclamaciones de la justicia social.

En otras palabras, la primera exigía acciones justas por parte de los individuos mientras que esta última ha colocado, cada vez más, el deber de justicia en manos de las autoridades que tiene el poder de ordenar a la gente lo que tiene que hacer.

Entiende que la idea ha podido producir este efecto porque de los socialistas la tomaron, gradualmente, no solo de otros movimientos políticos sino también la mayoría de profesores y predicadores de la moralidad, entre ellos, gran parte del clero de todas las iglesias cristianas y muy especialmente de la Iglesia Católica, para la que la justicia social constituye una parte integrante de su doctrina oficial.

También los diversos Gobiernos autoritarios y dictatoriales de nuestro tiempo han proclamado a la justicia social como su objetivo principal, destacando el autorizado testimonio de Sajarov, que puso de manifiesto que millones de hombres en Rusia vivían un terror que trata de ocultarse tras el eslogan de la justicia social.

Considera que la expresión justicia social carece totalmente de significado o contenido y que, por su propia naturaleza, no puede ser demostrada, y al contrario de lo que muchos piensan no se trata de una expresión inocente de buena voluntad hacia los menos favorecidos sino que se ha convertido en una insinuación deshonesta según la cual habría de estarse de acuerdo sobre unas exigencias que obedecen a intereses especiales, que no pueden justificarse seriamente.

Destaca que la justicia que deben administrar los Tribunales es la justicia en el sentido originario del término, que sirve para que sea posible la coexistencia entre personas libres mientras que la apelación a la justicia social sirve para apoyar, moralmente, reivindicaciones sin justificación alguna y se encuentran en conflicto con la regla básica de una sociedad libre, es decir, con la regla según la cual deben respetarse, solamente, las normas aplicables a todos por igual, ya que la justicia en el sentido de normas de recta conducta es indispensable en las relaciones entre hombres libres<sup>1091</sup>.

El culto a la justicia social tiende a destruir el genuino sentido moral y, en particular, en sus formas más igualitarias, ya que este culto está en constante conflicto con alguno de los principios morales en los que se fundamenta toda comunidad de hombres libres.

---

<sup>1091</sup> Entiende que el evangelio de la justicia social se asienta en principios muchos más sórdidos de los que, en principio, pudiésemos pensar, tales como el desprecio hacia las personas que están mejor que nosotros o simplemente la envidia.

Todo adulto debe ser responsable del bienestar propio y del de quienes de él dependen, de forma que por su propia culpa no debe convertirse en una carga para sus amigos o semejantes, lo que es incompatible con la idea de que la sociedad o el Estado debe a toda persona una renta adecuada ni con la pretensión de valorar a todos nuestros semejantes con un código moral basado en la aprobación o desaprobación del comportamiento de los demás.

La continua dependencia del poder ajeno creada por la imposición de cualquier imagen de justicia social destruye, inevitablemente, aquella libertad de decisión personal en que debe basarse cualquier principio moral de persecución sistemática de la justicia social llamada socialismo, que se apoya, completamente, en la idea de que el poder político debe determinar, la posición material de los distintos individuos o grupos.

Desde esta perspectiva vuelve a criticar al Positivismo jurídico sobre la base de la idea que se ha implantado sobre los derechos innatos de los ciudadanos frente al poder público en el ámbito económico y social, ya que parece ser, que los individuos tienen unos derechos frente a la sociedad.

Esta postura la considera errónea, ya que las normas de recta conducta confieren a unos derechos y a otros las correspondientes obligaciones y en ausencia de las correspondientes circunstancias particulares referidas a las relaciones entre las personas no se deben confundir con un derecho en particular.

Desde este punto de vista critica las declaraciones de los derechos humanos en este ámbito económico-social, a las que compara con ilusiones creadas si no fueran profundamente trágicas en el caso de los derechos sociales y económicos de las Declaración Universal de los Derechos, que considera fomentan el ingenuo prejuicio de que se puede crear cualquier situación que se considere deseable, simplemente, decretando su existencia, cayendo en el engaño de poder beneficiarse del orden espontáneo de la sociedad y al mismo tiempo modelarlo a placer<sup>1092</sup>.

Lo expuesto determina que en la actualidad vivamos bajo el dominio de dos concepciones diferentes e irreconciliables acerca de lo justo.

Tras un periodo de evolución de las concepciones que han hecho posible la visión de una sociedad abierta estamos volviendo, rápidamente, a las concepciones de la sociedad tribal de la que nos estábamos librando lentamente.

La derrota de los Dictadores europeos y del Estado Totalitario solo han apagado unos fuegos de una reacción que se va propagando lentamente por doquier, ya que el socialismo es, simplemente, la afirmación de aquella ética tribal, cuyo debilitamiento se había hecho posible por las sociedades abiertas.

La desaparición del Liberalismo clásico bajo las formas inseparables del socialismo y del nacionalismo son las consecuencias del resurgimiento de esos sentimientos tribales y la mayor parte de la gente no está aún dispuesta a afrontar las lecciones más alarmantes de la historia Moderna, es

---

<sup>1092</sup> Si se desea que todos estén mejor, decretando o dando a todos un título jurídico piensa que les corresponde a todos hacer cuanto esté en su mano para conseguirlo, siendo inexacto hablar de derechos cuando solo están en juego aspiraciones, que solo un sistema consciente puede satisfacer y que envilece el término derecho, cuyo verdadero significado es muy importante preservar, si se quiere mantener una sociedad libre.

decir, que los mayores crímenes de nuestro tiempo los han perpetrado Gobiernos que contaban con el entusiasta apoyo de millones de personas, movidos por impulsos morales.

Hitler o Mussolini, Lenin o Stalin apelaron no solo a los peores instintos de su pueblo sino también a algunos de los sentimientos dominantes incluso en las democracias contemporáneas, de manera que los movimientos comunistas, nacionalistas y fascistas comprendían a muchos hombres inspirados en ideales no muy distintos de algunos de los filósofos sociales más influyentes de los países Occidentales, comprometidos con una mayor preocupación por las necesidades de los merecedores o socialmente más valiosos<sup>1093</sup>.

---

<sup>1093</sup> Señala Gottfried que Habermas, el portavoz más prestigioso de la Escuela de Frankfurt, era muy proclive a apoyar el comunismo de Alemania del Este, como una aproximación a la tercera etapa en la historia, y se hizo partidario, más tarde, de Estados Unidos, al considerar que la verdadera liberación para los alemanes provenía de haber sido reeducados por los americanos, de manera que pudieran dejar de ser alemanes para ser demócratas. Tanto Gunter Grass como Jürgen Habermas trabajaron horas extra en defensa del régimen comunista de Alemania Oriental (los propios socialdemócratas del Oeste intervinieron las radios que transmitían las protestas en Alemania Oriental, incluyendo las de los propios socialdemócratas porque pensaban que eran los alemanes del Este, los que habían roto decididamente con el pasado autoritario germano, en virtud de identificarse, a sí mismos, como marxistas-leninistas y a sus enemigos como fascistas) y consideraban que si su economía se encontraba sometida a fuertes gravámenes, lo era a consecuencia de los males del mercado libre no socialista, considerando también que los comunistas eran los que se había dedicado a la tarea de la superación del pasado. Su razonamiento consistía en que los alemanes, en función de su particular y nefasto pasado, necesitaban una fuerte presión que los condujera a la aceptación de un futuro internacionalista.

En este sentido debe tenerse en cuenta lo que ya se ha expuesto, que Thomas Mann (1875-1995) llamó gigantesca encarnación de la naturaleza alemana al pensamiento de Lutero por su extraña idea de la libertad política, considerando que el concepto alemán de libertad se dirige siempre hacia el exterior, ya que para el interior no es más que el derecho de ser alemán apenas alemán y nada más que eso y que constituyó la causa de su sorprendente sumisión a la opresión, lo que pudiera encontrarse en cierta interpretación de la defensa hecha por Lutero de la libertad de conciencia de los cristianos así como de su tesis sobre la igualdad de cada persona ante Dios y sus semejantes, que constituyeron los destellos de la organización del poder político y de los límites a los que debe subordinarse, lo que se desarrolló por el calvinismo y fue una importante fuente de inspiración del Constitucionalismo democrático de los s. XVII y XVIII en la Europa Occidental y América del Norte. Esta doctrina de Lutero basada en el nominalismo de Ockham determinaba una obediencia incondicional a las autoridades seculares y ahí se encontraría la raíz y algunos trazos distintivos de la personalidad colectiva de los alemanes, considerando Lutero al Derecho como una cosa enteramente terrenal y religiosamente indiferente. Cit. Dário Moura Vicente, *Direito comparado*, V. I, *Introdução e Parte Geral*, Almedina, 2011, pp. 122 -124.

Destaca también Gottfried, la relación existente entre la obsesión retórica contra los fascistas que mantienen estos poderosos neomarxistas con la supresión de todo tipo de memoria sobre los crímenes de Stalin o de la izquierda, destacando su idea de que quienes han apoyado a los comunistas deberían ser elegidos por mostrar buenas intenciones mientras que se piensa que sus opositores habrían festejado el genocidio de Hitler, de manera que lo que caracterizaría a la izquierda sería su pureza de intenciones, que debe ser demostrada a través del combate incesante contra lo impuro y este intento por parte de los justos de proscribir las disposiciones no democráticas ( en su opinión, que es la democracia misma por definición) ha adquirido una forma institucional extrema en Alemania, donde las Tribunales y las Agencias federales y provinciales, al amparo de estar protegiendo la Constitución, están llevando a cabo una refundación de la República Federal, a partir de la idea de que la democracia creada en 1949 no habría ido lo bastante lejos en la ruptura con su pasado nazi, destacando que la serie americana *South Park* ha incluido, recientemente, una broma que considera profética: los protagonistas son enviados a un campo de concentración alemán, diseñado para incentivar el multiculturalismo, considerando que no es posible imaginar otro país donde la religión política haya tenido tanto éxito desde su primera revolución actualizadora en los años de 1930.

Considera que estos intentos del control de las ideas dividen al mundo Occidental entre los depravados y los portadores blandos o blanqueados, en esta mitología gnóstica en la que también pueden hallarse algunos tipos intermedios, que siguen siendo objetivo de la tarea de persuasión, lo que Habermas denomina déficit democrático, que está necesitado de los ministerios de quienes han emergido a la luz e intentan transmitir sus revelaciones a los demás y, en esta situación, parecería una irresponsabilidad dejar las comunicaciones y la política en manos burguesas, en donde podrían ser objeto de una contaminación fascista o antidemocrática y la persistencia de continuidades contaminadas en el subconsciente

La destrucción de la justicia por parte de la justicia social ha llegado al punto de conseguir, que algunos juristas hayan perdido el concepto y significado del término justicia, embebidos por el poder público y la eliminación de las normas de recta conducta a manos de las formalmente legítimas técnicas de actuación del Gobierno, guiado en el Estado de Derecho y por el Derecho Público<sup>1094</sup> en el que el individuo está cada vez más sometido a los mandatos de la autoridad y, precisamente, el concepto de justicia social ha sido el caballo de Troya a través del que se ha introducido el totalitarismo<sup>1095</sup>.

## - LOS CONDICIONAMIENTOS DERIVADOS DE LAS GRANDES EMPRESAS MULTINACIONALES

Entiende también Hayek, que esta situación se ha podido producir por el continuo aumento de los miembros de la sociedad que trabajan en grandes organizaciones y tienen su propio horizonte de comprensión limitado, derivado de las exigencias de la estructura interna de tales organizaciones.

La gran empresa y las grandes burocracias administrativas han hecho que una parte creciente de la gente pase toda su vida laboral como miembros de estas organizaciones y piense, solamente, en términos de las exigencias de este modo de vida organizativo.

De otro lado, las mejoras producidas por las modernas técnicas de organización y el consiguiente aumento de la gama de tareas que pueden realizarse a través de organizadores de grandes dimensiones, más allá de las posibilidades anteriores, han creado el mito de que no hay límites de lo que se puede obtener de la organización.

Como ya se ha dicho, Eugenio D'Ors considera que el elemento más característico que produce el cambio de época desde la Edad Media a la Moderna no es ni la caída de Constantinopla en 1453 ni el descubrimiento de América en 1492 sino la sublevación Luterana contra la Iglesia en 1517, que ha

---

europeo le hacen coadyuvantes hacia una identidad multicultural.

La izquierda hace una presentación de la derecha dentro del fascismo o de un pasado que no termina de pasar, eludiendo el historial del comunismo y, con ello, de sus efectos en el juicio de la opinión pública y lanzando la idea de que no se deben investigar las acciones del comunismo cuando la amenaza nazi-fascista está aún presentes por doquier, para lo que se debe contar con profesionales administrativos que eduquen a la gente en la tolerancia, a la vez que jueces y policía trabajen para poner, en su sitio, a los ofensivos fanáticos.

Habermas que ha criticado de un modo convincente las formas de dominación que han caracterizado a la modernidad burguesa ha predicado el feliz desenlace de sus teorías y de su movimiento, considerando que las élites educacionales y científicas, bajo la conducción de los planificadores sociales, asumirían el poder, con el despertar del germen izquierdista democrático, inclinándose hacia EEUU, a falta de algo mejor, ya que allí existía un poder imperial que, a pesar de sus defectos capitalistas que malograban su estructura social, podría guiar a Europa hacia una administración global progresista. Paul Edward Gottfried, *La extraña muerte del marxismo. La izquierda europea en el Nuevo Milenio*, Ciudadela Libros, Madrid 2007, pp. 18, 30, 37, 39, 81, 82, 85, 166, 167, 177, 178 y 179.

<sup>1094</sup> Téngase presente lo que ya hemos expuesto respecto del Estado de Derecho Alemán.

<sup>1095</sup> Friedrich A. Hayek, *Derecho, legislación y libertad. Una nueva formulación de los principios liberales de la justicia y de la economía política*, 2ª edición, Unión Editorial, 2014, pp. 261-308 y 337-340.

venido a desembocar en el individualismo jurídico y en el positivismo legalista, con cierta alarma por la locura de la inmoralidad capitalista<sup>1096</sup>.

El Protestantismo tiende a conducir a una exaltación del individuo y a una autonomía radical y los individuos que usan su innato sentido común son los más aptos para aplicar los textos de las Escrituras en su propia actividad económica, de manera que la historia del Protestantismo refuerza todavía más esta interpretación individual de la Sagrada Escrituras, que conduce a diferentes interpretaciones individuales, al haber eliminado una autoridad central y visible que decidiera entre esas interpretaciones variadas, de manera que el Protestantismo comenzó a subdividirse rápidamente en diferentes denominaciones, un fenómeno que se sigue produciendo en el día de hoy y dando lugar a miles de sectas radicalmente diferentes, lo que refuerza todavía más la idea del individuo que utiliza su conciencia y sentido común a los preceptos bíblicos por si solos sin una autoridad universal<sup>1097</sup>.

Podría decirse que el Liberalismo, en su vertiente económica, deriva del espíritu calvinista y en Escocia, Inglaterra, Holanda o USA, los calvinistas siempre han sido los grandes capitalistas. En Francia, país de mayoría católica, una parte importantísima de su riqueza, sobre todo financiera e industrial, siempre ha estado en manos de protestantes<sup>1098</sup>.

Fueron las prácticas sociales del Puritanismo, arraigado en último término en la teología Puritana, las que afectaron al desarrollo del Derecho de contratos en Inglaterra, de manera que la teología Protestante construyó un cambio de las tradicionales bases del Derecho romano desarrollado por la Iglesia durante la Edad Media, desplazándose desde la causa hacia la contraprestación, con una estricta responsabilidad por el incumplimiento del contrato, de manera que los acuerdos subjetivos son obligaciones para las partes, con independencia de su contenido, encontrándose profundamente arraigado en los valores Protestantes, la idea de que cada persona es responsable de sus decisiones, basado en el principio bíblico de la Alianza.

En la tradición romana, las partes eran libres de contratar pero únicamente contratos justos, respaldados por una justa causa mientras que los Tribunales ingleses desarrollaron la teoría de los contratos como negociación a partir de las alianzas bíblicas, estableciendo una regla de estricta responsabilidad por incumplimiento, de manera que para los juristas protestantes ingleses, influenciados por la teología Puritana de la Alianza, cada persona era libre de elegir qué hacer pero una vez había elegido estaba obligado a realizar ese acto, incluso en casos de error o alteración de las circunstancias, los Tribunales explican la excepción de incumplimiento derivado de lo que las partes habían acordado tácita o implícitamente<sup>1099</sup>.

Aunque el capitalismo había empezado a desarrollarse en los Países Bajos e Inglaterra antes de la Reforma Protestante con el declive de los gremios y de las antiguas libertades a consecuencia de la centralización Estatal y la emergencia de la burguesía como nueva clase social, puede decirse que sin

---

<sup>1096</sup> Álvaro d'Ors, "Retrospectiva de mis últimos XXV años", *Atlántida*, 13, Madrid, 1990, p. 99.

<sup>1097</sup> Brian M. McCall, "El nuevo pacto protestante: la influencia de la teología protestante en el derecho de bienes y contratos", *Consecuencias jurídico-políticas del protestantismo. A los 500 años de la muerte de Lutero*, Marcial Pons, pp. 197-198.

<sup>1098</sup> Miguel Ayuso, "La matriz protestante de la política y el Derecho Moderno", *Consecuencias jurídico-políticas del protestantismo. A los 500 años de la muerte de Lutero*, Marcial Pons, p. 222.

<sup>1099</sup> Brian M. McCall, "El nuevo pacto protestante: la influencia de la teología protestante en el derecho de bienes y contratos", *Consecuencias jurídico-políticas del protestantismo. A los 500 años de la muerte de Lutero*, Marcial Pons, pp. 199-201.

el calvinismo, los nuevos medios industriales habrían podido ser encauzados por la moralidad Católica al servicio del bien común, en lugar de al puro bien particular y el mundo podría ser diferente en la actualidad. El calvinismo desvió el nuevo progreso económico e industrial hacia una mentalidad y psicología con una inseguridad interna, el individuo, insistiendo en que el individuo como tal se enriqueciera y de este modo simbolizara su salvación para el mundo y para sí mismo<sup>1100</sup>.

Ya se descrito la evolución que ha sufrido la concentración del poder público iniciado en la Edad Media, que se consolidó en la modernidad durante la etapa de los monarcas Absolutos y en la nación-estado hasta que en la posmodernidad, en palabras de Muñoz de Baena, han sido desplazados por el sistema.

Estas grandes empresas multinacionales, basándose en la globalización y en una supuesta autonomía de la voluntad establecen sus normativas en las relaciones económicas y laborales, y ello por la imposición de la voluntad a través del contrato o de las condiciones generales de la contratación o de la voluntad deducida de la conducta.

Dada la incapacidad gestora directa de los entes públicos se recurre a los privados, si bien a determinada categoría, dada la magnitud económica de las actividades, asistiéndose en la actualidad a un traslado del protagonismo del Estado hacia el sistema, lo que nos conduce a un nuevo enfoque del Derecho Administrativo y a nuevas formas de actuación administrativa con el efecto de llamada a las grandes corporaciones empresariales, que van adquiriendo y desarrollando unas funciones esenciales en la sociedad y que familiarizadas con la función se ven capaces de asumir directamente las formas estatales además de otros fenómenos patológicos de la propia competencia de los Estados en materia tributaria como los convenios de tributación o los paraísos fiscales.

Van ocupando un lugar preferente en la sociedad horadando y colonizando el espacio que legítimamente correspondía a los denominados tres poderes del Estado: generadora de derechos y obligaciones va ganando espacio al Poder Legislativo; con una actividad prestacional y asistencial al Ejecutivo, que en materia de policía o autorizatoria tiene un espacio propio en la declaración responsable y del Judicial a través del arbitraje, reapareciendo la polémica referente a la satisfacción del interés público a través de los entes privados o de las funciones que el Estado debe desempeñar<sup>1101</sup>.

Al referimos a la tranquilidad o paz interior que produce a los españoles nuestra pertenencia a la Unión Europea, ya hemos hecho mención, de las actuaciones que llevan a cabo estas corporaciones empresariales multinacionales, realmente al margen de un concepto de Derecho conexo con la justicia material y que se producen, no sobre la base de la planificación fiscal agresiva o la economía de opción sino directamente a través de los convenios Tributarios con los Estados o entes públicos supranacionales, dando lugar al fenómeno más patológico de los paraísos fiscales.

No poca trascendencia en esta cuestión tienen las puertas giratorias con el poder político y la feliz simbiosis del capitalismo internacional con el posmarxismo en el que se permiten estas ideologías en desarrollo de determinadas metas capitalistas.

---

<sup>1100</sup> Frederick D. Wilhelmsen, *El problema de Occidente y los cristianos*, Sevilla, ECESA, 1964, p. 64.

<sup>1101</sup> José Esteve Pardo, "De la ley al contrato. Así se abre la desigualdad", *El cronista del Estado social y democrático de Derecho*, nº 50, 2015, pp. 50-57.

Estas empresas multinacionales que se han apropiado de todo, incluido el dominio público a través de distintas formas de gestión, merced a que aunque son de todos, los ciudadanos pagan pero ellas cobran y parecen tener hoy la pretensión de ciertos Estados de procurar la felicidad de sus trabajadores y consumidores: Liga BBVA o Santander, neutralidad carbónica y punteras en energías renovables, supuestamente facilitadoras de la vida, que realmente complican. Un protagonismo inversamente proporcional a las esferas de poder que deberían ocupar y del que se hará mención al referirnos más adelante a la propiedad.

Podría decirse que el sistema constitucional habría virado de la protección de los derechos y deberes individuales hacia una protección de las prerrogativas de las organizaciones empresariales, que gozan de regímenes fiscales, penales, ontológicos y éticos más favorables que los permitidos a los particulares, con ejemplos de inmoralidad social acentuados por las medidas políticas y legislativas.

En lugar del Derecho oficial aparece el que resulta del pacto o la autonormación social, con las consiguientes consecuencias en la resolución de los conflictos y en la que la sociedad aparece disociada del Derecho oficial por su lenguaje técnico y hermético, y la convicción de la imposibilidad de abarcar las nuevas situaciones sociales y los problemas de las personas dentro de una corriente neoliberal, en las que la autorregulación y las nuevas tecnologías de la información se imponen con la correspondiente descentralización y desoficialización de las soluciones conflictivas, que adquieren incluso carácter institucional (arbitraje)<sup>1102</sup>.

En esta corriente de cierta banalización del Derecho y de su carácter imperativo, como algo caduco, ya que lo relevante son las directrices y directivas, cuya legitimación deviene de la aclamación va imponiéndose en todo el mundo, lo que se ha denominado Derecho flexible o *soft law*, en el que se establecen determinados estándares para establecer relaciones internacionales de base económica o de otra naturaleza y que los sujetos de estas relaciones obedecen espontáneamente<sup>1103</sup>.

Pudiera decirse que la sociedad actual se caracteriza por el ruido constante de nuestros oídos, ojos y de nuestro tacto a través de nuestro teléfono móvil o nuestra tablet, que nos están llamando la atención constantemente. Las redes sociales se convierten en datos que las empresas y la publicidad emplean para dirigir nuestra conducta hacia los objetos y modelos que no se determinan de un modo democrático, a la vez que vivimos en una sociedad de la vigilancia y la exposición a que estamos sometidos es la propia manifestación de los valores comerciales y el centro comercial que se ha montado a nuestro alrededor.

Es conveniente una reflexión sincera con nosotros mismos y el diálogo argumentado con los demás, no debiéndose menospreciar la función que desempeña la filosofía que, desde siempre, nos ha invitado a hacernos dueños de nuestros actos, de nuestra actuación, para pensar antes de actuar y sobre todo para alcanzar independencia, juicio y autonomía de acción, por lo que es preciso acallar el ruido exterior para no ser esclavos del entorno y de este tipo de sociedades, ya que la rapidez y aceleración de nuestra época nos impiden poner en cuestión los distintos imperativos al que nos someten estos supuestos ideales de progreso, éxito y felicidad, perdiendo nuestros resortes personales.

---

<sup>1102</sup> António Manuel Hespanha, *Cultura Jurídica Europeia*, Almedina, 2018, pp. 487-510.

<sup>1103</sup> Dário Moura Vicente, *Direito comparado*, V. I, *Introdução e Parte Geral*, Almedina, 2011, p. 567.

### 3. LA TUTELA DE LOS DERECHOS HUMANOS POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Para los juristas españoles, de acuerdo con lo que establece el artículo 10 de la CE, el respeto de los derechos fundamentales es el fundamento del orden público y de la paz social, y cualquier vulneración de un derecho fundamental se consideraba la más grave.

El Tribunal Constitucional siempre había venido diciendo, de acuerdo con lo establecido en los textos legales y toda la jurisprudencia, que la motivación es una exigencia de la adecuada defensa pero, además, considero que es un deber moral que se tiene para con el justiciable, con objeto de que esa relación con la justicia no sea la propia de la relación de un granjero con sus animales.

Pues bien, esta mentalidad debe haber cambiado a consecuencia de la buena acogida que, en general, se ha dispensado a lo establecido en la Ley Orgánica 6/2007, de reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, en donde se permite la inadmisión *ad limine litis* de un recurso de amparo, merced a una resolución no motivada, que basta con que indique, asépticamente, que se basa en razón de su falta de especial trascendencia Constitucional y, por otra parte, considera que ningún órgano jurisdiccional español puede enjuiciar las resoluciones del Tribunal Constitucional, a ningún efecto<sup>1104</sup>.

---

<sup>1104</sup> En este sentido quiero traer a colación el voto particular que formula el Magistrado don Eugeni Gay Montalvo respecto del Auto 289/2008 de 22 de septiembre, dictado por la Sección Segunda del Tribunal en el recurso 5715-2007, que inadmite a trámite el recurso de amparo y que entiendo pone de manifiesto que la interpretación realizada con relación al requisito de la especial trascendencia constitucional, en el que no se habían señalado las pautas legales, desnaturaliza el recurso de amparo como instrumento de tutela de los derechos fundamentales y con ello a nuestro propio Estado de Derecho, requisito cuyo cumplimiento se puntualiza en el inciso último del fundamento jurídico segundo, apartado C de la sentencia del Tribunal Constitucional 128/2014 de 21 de julio, que se transcribe en esta nota y que dice:

“Con el debido respeto hacia el criterio mayoritario reflejado en el Auto y de acuerdo con la opinión discrepante que defendí en la deliberación, me siento en la obligación de ejercitar la facultad prevista en el art. 90.2 LOTC a fin de ser coherente con mi opinión discrepante y la posición mantenida”.

Considero oportuno comenzar recordando que la Constitución española concibe la dignidad de la persona humana como un valor jurídico fundamental (art. 10.1), «germen o núcleo de unos derechos que le son inherentes» y, por tanto, inviolables (STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 3). Al elevar la dignidad de la persona a valor jurídico fundamental, la Constitución se alinea con los países de nuestro entorno; y así, como recordaba la STC 25/1981, de 14 de julio, FJ 5, «se encuentran afirmaciones parecidas en el derecho comparado y, en el plano internacional, la misma idea se expresa en la Declaración universal de los derechos humanos (preámbulo, párr. 1) y en el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales del Consejo de Europa (preámbulo, párr. 4)».

En este marco general es en el que debe situarse la jurisdicción de amparo, que la CE concibe como un mecanismo para la reparación de los derechos fundamentales. En efecto, de acuerdo con el artículo 53.2 CE, cualquier ciudadano puede recabar la tutela de los derechos y libertades (reconocidos en los artículos 14 a 29 de la Constitución) «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». El artículo 41 LOTC, por su parte, afirma que tales derechos «serán susceptibles de amparo constitucional». Y, en concordancia con lo anterior, el apartado 3 de este artículo especifica que las pretensiones que se pueden hacer valer a través de un recurso de amparo son «las dirigidas a restablecer y preservar los derechos o libertades por razón de los cuales se formuló el recurso». Estas pretensiones deben ser reparadas, en principio, por la jurisdicción ordinaria, ya que los derechos y libertades fundamentales informan la totalidad del ordenamiento, y sólo «en su caso» por el Tribunal Constitucional por medio del recurso de amparo. Así pues la finalidad esencial del recurso de amparo es «la reparación de vulneraciones de derechos y libertades fundamentales concretamente producidas a los recurrentes», tal como hemos señalado en reiteradas ocasiones (SSTC 167/1986, 193/1987, 93/1990 y 363/1993, 78/1997, FJ 2, entre otras) pues desde nuestra primera Sentencia, STC 1/1981, de 26 de enero, FJ 2, ya dijimos que: «la finalidad esencial del recurso de amparo es la protección, en sede constitucional, de los derechos y libertades que hemos dicho, cuando las vías ordinarias de protección han resultado

En este contexto debe tenerse en cuenta que, por ejemplo, el Tribunal Constitucional portugués no entiende de los recursos de amparo y que el Tribunal Constitucional alemán puede inadmitir un

---

insatisfactorias». Es cierto -continúa la STC 1/1981, FJ 2- que «junto a este designio, proclamado en el art. 53.2, aparece también el de la defensa objetiva de la Constitución, sirviendo de este modo la acción de amparo a un fin que trasciende de lo singular. Para ello, el Tribunal Constitucional actúa como intérprete supremo (art. 1 LOTC), de manera que su interpretación de los preceptos constitucionales, es decir, la definición de la norma, se impone a todos los poderes públicos». Pero esta finalidad del recurso de amparo -conocida como su función objetiva- resulta, según mi criterio, una consecuencia del carácter de «órgano jurisdiccional superior» que en materia de garantías de los derechos fundamentales la Constitución reconoce a nuestro Tribunal (art. 123.1). En definitiva, según su diseño constitucional y procesal, la función esencial del recurso de amparo consiste inequívocamente en la tutela de los derechos subjetivos. El recurso de amparo, como decía al principio, «es utilizable 'en su caso' para la protección de aquellos derechos cuando entienda el justiciable que no han sido reparados por la jurisdicción ordinaria. Así cabe entender ... la referencia de unos y otros Tribunales, ordinarios de un lado y constitucional de otro» (STC 113/1995, de 6 de julio, FJ 6).

2. La Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, ha procedido a reformar la reglamentación del recurso de amparo, introduciendo, por lo que aquí nos interesa, tres novedades: a) una nueva configuración del trámite de admisión del recurso, b) la habilitación a las Secciones para su resolución y c) la reforma del trámite de cuestión interna de constitucionalidad prevista en el art. 55.2 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre.

El presente Auto nos enfrenta directamente ante la primera de las modificaciones señaladas, esto es, la nueva regulación de la admisión del recurso de amparo que obedece, entre otros motivos al «crecimiento del número de recursos de amparo» y a «la constatación de la lentitud de los procedimientos que se desarrollan ante este Alto Tribunal», según fundamentadamente se razona en la exposición de motivos de la Ley. Es decir, en definitiva, a problemas y exigencias «derivados del funcionamiento y organización del Tribunal Constitucional» (párrafo II). La modificación es, sin duda, sustancial, con objeto de paliar tales disfunciones. Por ello, en primer lugar, entra en la lógica de la nueva Ley hacer un esfuerzo para que sean los órganos judiciales ordinarios quienes reparen, en última instancia, las vulneraciones de los derechos fundamentales que puedan producirse, como exige la Constitución. De ahí que la Ley prevea una nueva regulación -más amplia- del incidente de nulidad de actuaciones ex artículo 241.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), que permite, sin duda, un último compromiso de la jurisdicción ordinaria con la obligación de tutelar y hacer efectivos los derechos fundamentales. Como luego diré, la modificación introducida por la reforma de la LOTC respecto del régimen del recurso de amparo no puede exclusivamente concretarse en una objetivación del mismo que nuestra jurisprudencia, como antes hemos dicho, desde un primer momento le reconoció. La objetivación a la que se refiere la Ley es a la observancia de un razonamiento mediante el cual se justifique el interés constitucional más allá de la mera denuncia. A la vista de esta reforma quizás pueda considerarse que las reflexiones que he realizado en el párrafo anterior resultan del todo innecesarias, pues cabría afirmar que el legislador ya ha optado a favor de una concepción objetiva del recurso de amparo, entendiendo por tal la determinación del contenido de los derechos fundamentales y la fijación de doctrina para su posterior aplicación por los Jueces y Tribunales ordinarios, en detrimento de una concepción subjetiva del recurso de amparo, de tutela de los derechos fundamentales. Sin embargo, al margen del debate académico que pueda suscitarse sobre la concepción del amparo constitucional, me parece importante, hoy más que nunca, reafirmar la finalidad esencial con la que la Constitución y nuestra doctrina han dotado al recurso de amparo, que no es otra que la reparación de las vulneraciones de derechos y libertades fundamentales producidas a los recurrentes, hasta el punto de quedar excluida la posibilidad de interponer recurso de amparo cuando su finalidad no sea la tutela de un derecho. Quiero destacar, en cualquier caso, que mi discrepancia no lo es con la Ley, cuya intención es loable y cuya necesaria aprobación resultaba en este orden imprescindible, sino con la interpretación que, del juego de la nueva redacción de los arts. 49.1 in fine y 50.1 b) LOTC, se contiene en el presente Auto y por extensión en el previo Auto 188/2008, aprobado por la Sala Primera el día 21 de julio. Esta interpretación tiene como consecuencia trasladar al recurrente de amparo la obligación formal (sin subsanación posible) de argumentar (justificar) la existencia de la especial trascendencia constitucional de su demanda. Por otra parte, la interpretación que la Sala Segunda (y con anterioridad la Sala Primera) de este Tribunal ha hecho de la nueva redacción de los artículos 49 y 50 LOTC se sustenta en gran medida en la exposición de motivos de la Ley, a la que sigue estrechamente y cuyas expresiones cita en ocasiones de forma literal. Por tal motivo debo recordar en este punto que de forma clara hemos señalado el valor meramente interpretativo, que no normativo, de los preámbulos y exposiciones de motivos (entre otras SSTC 36/1981, de 12 de noviembre, FJ 7, y 222/2006, de 6 de julio, FJ 8) y que, del mismo modo, hemos señalado que el valor interpretativo de los preámbulos está sometido a límites. De tal forma que al intérprete le está vedado tanto recurrir a los preámbulos y exposiciones de motivos para desvincularse de preceptos legales inequívocos (STC 212/1996, de 19 de diciembre, FJ 15) como fundamentar sobre su base una interpretación del articulado que entre en conflicto con la Constitución (art. 9.1 CE; STC 36/1981, de 12 de noviembre, FJ 7). Me pregunto, en fin, si por razones de carga y

recurso de amparo, además de por el escaso o nulo interés Constitucional porque el perjuicio causado por la vulneración del derecho fundamental no sea especialmente grave.

---

organización de trabajo del Tribunal Constitucional -causa principal, según revela la exposición de motivos, de esta reforma legislativa-, puede llegarse, de seguirse la interpretación realizada, a la desatención de la alta función que, en materia de tutela de los derechos fundamentales, nos corresponde.

3. En todas las ocasiones que me ha sido posible he señalado la conveniencia de avocar al Pleno el examen de esta cuestión para debatir conjuntamente sobre el concepto jurídico indeterminado de «especial trascendencia constitucional del recurso de amparo» que introduce el art. 49.1 in fine de la Ley.

La propia lectura de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional muestra que la verificación de la concurrencia de esa especial trascendencia constitucional en el asunto de que se trate constituye un juicio que deben llevar a cabo los Magistrados del Tribunal Constitucional, interpretando y concretando los tres criterios fijados por el art. 50.1 b) LOTC: a) importancia para la interpretación de la Constitución; b) para su eficacia y general aplicación y c) para la delimitación del alcance y del contenido de los derechos fundamentales, en el que el primero representa un valor hermenéutico y doctrinal, el segundo el valor reparador (que, por tanto, exige un control subjetivo) y el último el valor jurisprudencial. No en vano la Ley incluye la mención de estos criterios en un artículo cuyos destinatarios son los Magistrados que componen el Tribunal, o mejor dicho las Secciones, pero en ningún caso el recurrente. El fundamento jurídico 2 del Auto al que respetuosamente formulé el presente Voto afirma que el art. 49.1 in fine LOTC exige que la demanda de amparo contenga una argumentación expresa -no una mera mención- de la existencia de la especial trascendencia constitucional del recurso. Sin embargo, resulta evidente que también es posible que haya una justificación de la especial trascendencia constitucional que derive de un modo indudable de la relación fáctica y de la argumentación jurídica hecha por el recurrente. En ese caso no estaríamos, ciertamente, ante una justificación expresa que, no obstante no cabría calificar como insuficiente de acuerdo con el texto legal, máxime cuando la especial trascendencia constitucional de un recurso es una noción cuyo contenido todavía tiene que ser precisado por este Tribunal. Al no haberse realizado todavía dicha concreción por quienes estamos llamados a ello, difícilmente puede exigirse al recurrente que, en atención a lo previsto en el art. 53.2 CE, acredite la concurrencia de un requisito cuyo contenido desconoce, con toda la carga de inseguridad jurídica que ello conlleva. Asimismo, se exige a la parte que realice una operación de creación jurídica ex novo, que acaba por producir una inversión entre las funciones de quienes deben juzgar y de quienes deben defender los derechos de aquellos que les han confiado su defensa.

4. Otro motivo de mi discrepancia del presente Auto se refiere a la interpretación que se realiza de los nuevos preceptos y a sus consecuencias.

El nuevo artículo 49.1 LOTC añade a los requisitos que legalmente debe cumplir la demanda de amparo -la exposición clara y precisa de los hechos que la fundamenten, la cita de los preceptos constitucionales que se consideren infringidos, la fijación precisa del amparo que se solicita- la justificación de «la especial trascendencia constitucional del recurso». Según afirma el Auto del que discrepo, este nuevo requisito tiene naturaleza sustantiva. Para fundamentar esta afirmación se razona que ello «se refleja de la expresión 'en todo caso' empleada por el precepto» (FJ 2). El Auto, por lo demás, remite al adoptado por la Sala Primera (Auto 188/2008, de 21 de julio) que contiene idénticas afirmaciones. El fundamento jurídico 3 del Auto señala que el incumplimiento de justificar la especial trascendencia constitucional del recurso «vicia a la demanda de amparo de un defecto insubsanable que conduce a su inadmisión a *limine*». Así se deduce -añade- de «la propia naturaleza de la función que cumple la carga establecida»; naturaleza que, según se ha indicado, el Auto ha definido como sustantiva. Para reforzar la imposibilidad de subsanar la carencia de la justificación de la trascendencia constitucional, el Auto recuerda la jurisprudencia que este Tribunal ha pronunciado respecto de las exigencias contenidas en el antiguo art. 49.1 LOTC. En efecto, hemos afirmado en repetidas ocasiones que los requisitos legales que deben observarse en la formalización de la demanda de amparo no representan meros formalismos, sino que resultan esenciales, y por tanto insubsanables, en tanto en cuanto aportan los elementos necesarios para conocer el concreto *petitum* o pretensión que se ejercita. Por esta razón, este Tribunal ha considerado como «carga procesal» ineludible del demandante la concreción de todos los elementos fácticos y jurídicos que sean necesarios para que el Tribunal pueda emitir el juicio constitucional que se le reclama. Esta carga se integra en «el deber de colaborar con la justicia del Tribunal Constitucional, sin que le corresponda a éste reconstruir de oficio las demandas» (STC 68/2006, de 13 de marzo, FJ 3; ATC 186/2008, de 25 de junio, FJ 5). Siendo esto cierto no podemos desconocer que, en numerosas ocasiones y en atención a circunstancias diversas, hemos defendido que determinados requisitos deben ser interpretados de manera flexible y finalista o hemos delimitado el objeto del recurso de amparo sin considerar que esta delimitación supone una reconstrucción de oficio de la demanda de amparo (a modo de ejemplo, SSTC 37/2003, de 25 de febrero, FJ 2, y 11/2006, de 16 de enero, FJ 2). Pues bien, en el presente caso y dado que la Ley Orgánica 6/2007 no incorpora un período de *vacatio legis*, considero que el Tribunal Constitucional en asunción de su función de protección de los derechos

La Ley Orgánica 6/2007 de 24 de mayo señala en su exposición de motivos, la necesidad de reformar el recurso de amparo ante el TC español sobre la base del elevado número de demandas de esta naturaleza, que han provocado un detrimento de otras competencias del Tribunal Constitucional y que constituyen el principal motivo de la sobrecarga de que padece esa institución.

De dicha reforma se quiere destacar que la providencia que resuelva sobre la inadmisión de la demanda de amparo puede llevarse a cabo sin más motivación que la de indicar el requisito, cuya falta se aprecie, que puede ser la de falta de trascendencia Constitucional, que el apartado 1. b) del art. 50 de la LOPJ reserva a la importancia que para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para la general eficacia en la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales, tenga el asunto sujeto a amparo.

Por ello, la STC 155/2009 de 25 de junio considera que no es suficiente la mera lesión de un derecho fundamental o libertad pública del recurrente tutelable en amparo, con independencia de su gravedad sino que deben cumplirse, además, los requisitos que se han señalado, puntualizando que el recurso se admitirá, sin perjuicio de su carácter abierto, cuando no haya doctrina del Tribunal Constitucional sobre la materia, el recurso dé ocasión para aclarar o cambiar su doctrina como consecuencia de un proceso de reflexión interna, por el surgimiento de nuevas realidades sociales, cambios normativos relevantes para la configuración del contenido del derecho fundamental o por un cambio en la doctrina de los órganos de garantía encargados de la interpretación de los tratados y acuerdos internacionales, cuando la vulneración del derecho fundamental que se denuncia provenga de la ley, de otra disposición de carácter general, cuando la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho fundamental que se alega en el recurso esté siendo incumplida de modo general y reiterado

---

fundamentales no podía menos que mostrar una mayor flexibilidad, durante, al menos, los primeros meses de aplicación de la Ley, en la interpretación del cumplimiento del nuevo requisito, de tal modo que el Tribunal pudiera apreciar, aun cuando la demanda no lo citara y argumentara expresamente, la posible trascendencia constitucional de un determinado recurso, respetando de esta manera nuestra tradicional doctrina sobre interpretación de los requisitos formales en absoluta concordancia con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

5. Creo que la interpretación que la Sala Segunda (y con anterioridad la Sala Primera) de este Tribunal ha hecho de la nueva redacción de los artículos 49 y 50 LOTC puede conducir a la mera exigencia de un requisito formal autónomo consistente en la inclusión en la demanda de amparo de un apartado dedicado a la justificación de la trascendencia constitucional del recurso. Además la consecuencia asociada a la falta de este requisito formal tiene una trascendencia radical, pues conduciría a la inadmisión del recurso de amparo aun en la eventualidad de que en la demanda se reclamara una verdadera lesión que además tuviera especial trascendencia constitucional. En fin, estaríamos ante un requisito formal autónomo que produciría lo que, en reiteradas ocasiones, hemos calificado como «un formalismo enervante» (por todas, STC 230/2000, de 2 de octubre, FJ 5).

En mi opinión esta exigencia, además de no estar expresamente prevista por la Ley, devendría contradictoria con la esencia del recurso de amparo pues el interés constitucional de los asuntos no se puede objetivar y, de acuerdo con la reforma de la Ley, es ahora tarea de las Secciones (antes encomendada a las Salas) valorar si, en razón de su especial trascendencia constitucional, el «contenido del recurso» justifica una decisión sobre el fondo del asunto en concordancia con su consolidada doctrina jurisprudencial tal y como la propia Ley prevé. En cualquier caso, se cometería un grave atropello a los derechos fundamentales reparando la vulneración en unos casos y dejando a los otros la vía abierta a una incierta condena del Estado por responsabilidad patrimonial. Por otra parte nuestra doctrina en relación con un determinado derecho o libertad no puede considerarse cristalizada a partir de determinada fecha o asunto. En tal sentido la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional ha previsto que para aquellos casos en que sea de aplicación la que tenemos como consolidada pueda transferirse a las Secciones el conocimiento del recurso (art. 52.2). Y, en fin, en los casos en los que los tribunales ordinarios hayan desatendido nuestra doctrina provocando la consiguiente vulneración del derecho fundamental del recurrente, tal vulneración no puede dejar de ser reparada por el Tribunal Constitucional ex art. 123.1 CE, so pena de desproteger la doble función reparadora y didáctico-doctrinal que es inherente a la jurisdicción de amparo”.

por la jurisdicción ordinaria o existan resoluciones judiciales contradictorias que tenga una gran trascendencia<sup>1105</sup>. Además ha de ser la parte la que acredite tal extremo, cuya ausencia es insubsanable.

---

<sup>1105</sup> Tal doctrina ha sido reiterada y aclarada en la STC 128/2014 de 21 de julio, en cuyo F. JDCO 2º dice que:

“c) Como último óbice plantea el Ministerio Fiscal la posible concurrencia de la causa de inadmisión consistente en la falta de justificación de la especial trascendencia constitucional del recurso, motivo por el cual hemos de determinar si, conforme a lo establecido en el art. 50.1 a) LOTC, en relación con el art. 49.1, in fine, de la misma Ley, procede o no la inadmisión del recurso de amparo por no haber cumplido el demandante con la carga insubsanable que le correspondía de justificar tal especial trascendencia constitucional.

El art. 50.1 a) LOTC señala que la admisión del recurso de amparo exige el cumplimiento de los requisitos fijados en los arts. 41 a 46 y 49 LOTC, estableciendo este último precepto en su apartado primero in fine, de forma inequívoca —«[e]n todo caso»—, que la demanda ha de justificar la especial trascendencia constitucional del recurso, lo que también se ha venido poniendo de relieve por este Tribunal (AATC 188/2008, de 21 de julio, FJ 1; 289/2008 y 290/2008, de 22 de septiembre, FFJJ 2). El carácter abierto tanto del concepto de «especial trascendencia constitucional» como de los tres criterios que la propia Ley ofrece para su caracterización («su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales») ha llevado a este Tribunal a realizar un esfuerzo de concreción en la STC 155/2009, de 25 de junio, en la que se identifican, sin ánimo exhaustivo, determinados supuestos, como propiciadores de la apreciación de esa especial trascendencia constitucional, «en el bien entendido de que esa enumeración no ha de ser considerada como un elenco definitivamente cerrado de casos en los que un recurso de amparo tiene especial trascendencia constitucional, pues a ello se opone el carácter dinámico del ejercicio de la jurisdicción constitucional, en cuyo desempeño no puede descartarse, a partir de la casuística que se presente, la necesidad de perfilar o depurar conceptos, redefinir supuestos contemplados, añadir otros nuevos o excluir alguno inicialmente incluido» (STC 2/2013, de 14 de enero, FJ 3).

En cuanto al modo en el que se debe dar cumplimiento a la justificación de la especial trascendencia constitucional del recurso hemos recordado en la STC 178/2012, de 15 de octubre, FJ 3, que «aunque la indicada previsión del art. 49.1 in fine LOTC se configura como una carga procesal de la parte, es también un instrumento de colaboración con la Justicia constitucional, habida cuenta de que el legislador ha querido que la valoración del Tribunal acerca de la especial trascendencia constitucional de cada recurso venga siempre precedida de la iniciativa y apreciaciones de la parte, recogidas en su escrito de demanda». A la parte recurrente, pues, le es exigible un «esfuerzo argumental» (ATC 154/2010, de 15 de noviembre, FJ 4) que ponga en conexión las vulneraciones constitucionales que alega con los criterios establecidos en el art. 50.1 b) LOTC.

Para satisfacer esta exigencia, como ha recordado la STC 118/2014, de 8 de julio, FJ 2, la demanda de amparo no tiene que ajustarse a un modelo rígido, pero sí responder a los «cánones propios de este tipo de escritos procesales» (STC 17/2011, de 28 de febrero, FJ 2) y «tener en cuenta las precisiones que, con relación a esa específica carga, ha ido efectuando este Tribunal a través de diversas resoluciones que despejan las posibles dudas sobre el modo en el que se tiene que hacer efectiva» (STC 69/2011, de 16 de mayo, FJ 3). Por esta razón, no basta argumentar la existencia de la vulneración de un derecho fundamental (SSTC 17/2011, de 28 de febrero, FJ 2; 69/2011, de 16 de mayo, FJ 3; 143/2011, de 26 de septiembre, FJ 2; y 191/2011, de 12 de diciembre, FJ 3; también AATC 188/2008, de 21 de julio, FJ 2; 289/2008, de 22 de septiembre, FJ 2; 290/2008, de 22 de septiembre, FJ 2; 80/2009, de 9 de marzo, FJ 2; y 186/2010, de 29 de noviembre, FJ único); es preciso que «en la demanda se disocie adecuadamente la argumentación tendente a evidenciar la existencia de la lesión de un derecho fundamental —que sigue siendo, obviamente, un presupuesto inexcusable en cualquier demanda de amparo— y los razonamientos específicamente dirigidos a justificar que el recurso presenta especial trascendencia constitucional» (STC 17/2011, de 28 de febrero, FJ 2). Consecuentemente, «la exposición sobre la verosimilitud de la lesión del derecho fundamental no puede suplir la omisión de una argumentación expresa sobre la trascendencia constitucional del recurso de amparo» (ATC 252/2009, de 19 de octubre, FJ 1). Por lo mismo, tampoco satisface este requisito la demanda que pretende complimentar la carga justificativa con una «simple o abstracta mención» de la especial trascendencia constitucional, «huérfana de la más mínima argumentación», que no permita advertir «por qué el contenido del recurso de amparo justifica una decisión sobre el fondo en atención a su importancia para la interpretación, aplicación o general eficacia de la Constitución o para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales» que se aleguen en la demanda (STC 69/2011, de 16 de mayo, FJ 3, citando el ATC 187/2010, de 29 de noviembre, FJ único). En otras palabras, «por situarse en planos diferentes el razonamiento sobre la existencia de la lesión del derecho fundamental y la argumentación relativa a la trascendencia constitucional del recurso de amparo tendente a su restablecimiento y preservación, uno y otra son necesarios, de modo que la exposición sobre la verosimilitud de la lesión del derecho fundamental no puede suplir la omisión de una argumentación expresa sobre la trascendencia constitucional del recurso de amparo» (ATC 252/2009, de 19 de octubre, FJ 1).

Es decir, que lo importante es el aspecto objetivo del derecho fundamental, no su contenido subjetivo, que desde la concepción de los derechos fundamentales constituyó su esencia.

Lógicamente desde una conceptualización del sistema de derechos públicos subjetivos en el que deben incardinarse los derechos subjetivos adquiere todo su sentido y significado pero, coherentemente, deben eliminarse todas las apelaciones a su conceptualización como derechos naturales, como se entienden por el Iusnaturalismo católico.

Ha de tenerse presente que la Sala I del Tribunal Supremo, mediante sentencia de 23 de enero de 2004, condenó civilmente a 11 magistrados Tribunal Constitucional por negligencia, por inadmitir una demanda de amparo sin motivación, sentencia que dio lugar al acuerdo del Pleno del Tribunal Constitucional de 13 de febrero de 2004, que declaró que la Sala Primera del Tribunal Supremo había invadido sus competencias<sup>1106</sup>, señalándose en tal Ley 6/2007, un mecanismo que la doctrina ha considerado sirve para reforzar la plena soberanía del Tribunal Constitucional en el ejercicio de sus competencias, de manera que ahora, el artículo 4 la Ley Orgánica dispone, expresamente, que ningún otro órgano jurisdiccional español puede enjuiciar las resoluciones del Tribunal Constitucional, a ningún efecto<sup>1107</sup>.

---

Pues bien, ciertamente la demanda de amparo no incluye un apartado dedicado a la justificación de la especial trascendencia constitucional del recurso, pero como ya apreció la STC 118/2014, de 8 de julio, FJ 2, al examinar la demanda de amparo idéntica a esta de la esposa del recurrente, sí se encuentra en su argumentación un razonamiento suficiente en relación con uno de los motivos de especial trascendencia constitucional conforme a lo establecido en la STC 155/2009, de 25 de junio, a saber, que «la vulneración del derecho fundamental que se denuncia provenga de la ley o de otra disposición de carácter general» [FJ 2, apartado c)]. Por lo que hemos de entender satisfecha en el presente caso la carga de justificar la especial trascendencia constitucional a la que se refiere el art. 49.1 in fine LOTC”.

<sup>1106</sup> Al margen de que la sentencia del Tribunal Supremo fuera o no correcta, lo que parece totalmente exorbitante es que los propios magistrados del Tribunal Constitucional vinieran a declarar, al menos indirectamente, su irresponsabilidad, ya que nadie puede ser juez de su propia causa y es más que evidente, que los recursos de amparo que presentaron, sobre la base de lesión del derecho a ejercer un cargo público sin perturbaciones ilegítimas (art. 23.2 de la CE) y a la tutela judicial efectiva (art. 24 ) considero que con palabras propias del TC eran manifiestamente infundados. Tal y como señala Francisco Rubio Llorente, “EL Guardián de la Constitución”, *Claves de razón práctica*, nº 142, 2004, pp.14-22, los recursos de amparo se presentaron por los 11 magistrados en nombre propio, tras haber intentado, en vano, que los interpusiera el Ministerio Fiscal y tras describir en su artículo doctrinal, una serie de argumentaciones con relación a la función que debe desempeñar el TC y las diferencias habidas entre el Tribunal Supremo y el Constitucional no explica las razones por las que no se hizo antes esa declaración institucional, incluso al inicio del proceso judicial, a la vez que veladamente reclamaba los medios expeditivos que usó el presidente F. D. Roosevelt para cambiar un criterio judicial del Tribunal Supremo norteamericano, y tras criticar los argumentos de la sentencia, conducta normalmente habitual en quienes pierden un proceso judicial, no se percata que ello ha sido posible, precisamente, por la motivación de la resolución de la que tanto se queja, que no existe en las resoluciones que inadmiten el recurso de amparo, por lo que el desamparo del justiciable es mayor que el vivido en carne propia. Sobre un estudio más extenso de la cuestión puede consultarse a Luis E. Delgado del Rincón, “ Inviolabilidad frente a responsabilidad de los magistrados del Tribunal Constitucional (Comentario de la STS, Sala Primera de 23 de enero de 2004, en el caso de la condena a los magistrados del Tribunal Constitucional por responsabilidad civil”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 24, 72, septiembre-diciembre, 2004, pp. 267-314.

<sup>1107</sup> Señala el citado precepto que: “1. En ningún caso se podrá promover cuestión de jurisdicción o competencia al Tribunal Constitucional. El Tribunal Constitucional delimitará el ámbito de su jurisdicción y adoptará cuantas medidas sean necesarias para preservarla, incluyendo la declaración de nulidad de aquellos actos o resoluciones que la menoscaben; asimismo podrá apreciar de oficio o a instancia de parte su competencia o incompetencia. 2. Las resoluciones del Tribunal Constitucional no podrán ser enjuiciadas por ningún órgano jurisdiccional del Estado.3. Cuando el Tribunal Constitucional anule un acto o resolución que contravenga lo dispuesto en los dos apartados anteriores lo ha de hacer motivadamente y previa audiencia al Ministerio Fiscal y al órgano autor del acto o resolución”. Es muy llamativa esta exención de responsabilidad sobre todo a la vista de que, incluso, existe responsabilidad patrimonial del Estado legislador y es un principio

Considero que debe traerse a colación la doctrina *ultra vires* anglosajona, que destaca la inexistencia de poderes ilimitados, considerando que todo poder, de forma implícita o explícita, tiene unos contornos definidos y jurídicamente controlables, entendiéndolo quien ahora les escribe, que un Estado de Derecho debe por sí y sin necesidad de otra ayuda externa impedir la existencia de un poder público soberano no sometido a control, de donde se deduce, además, que no todos los principios generales del derecho se encuentran en la Constitución y que es preciso, para resolver adecuadamente en muchas ocasiones, no tener en cuenta solo un texto legal sino el peso de las costumbres y tradiciones<sup>1108</sup>.

Ya les hubiera gustado a Carlos V y a Felipe II tener juristas del nivel de los que hoy florecen en nuestro Estado Social y Democrático de Derecho, quienes, como se sabe, sobre la base de las predicaciones del padre Las Casas paralizaron la conquista y colonización de América y se pensó en devolver el Perú a los indios, poder de los juristas y pensadores que choca, frontalmente, con el concepto de derechos fundamentales en que nos vamos encauzando.

Ha de tenerse en cuenta, que antes de esta reforma, aproximadamente, solo el 2% de los recursos de amparo eran admitidos a trámite y del examen de las estadísticas no eran tantos los recursos (cuantitativamente hablando) que debía resolver cada magistrado, comparados con los que se resuelven en la jurisdicción ordinaria por los jueces que acreditan, sin filtros políticos, los principios de responsabilidad, mérito y capacidad, es decir, los propios de la Carrera Judicial, teniendo en cuenta, que antes del recurso de amparo existen dos o tres sentencias previas del Poder Judicial y que existe un cuerpo de Letrados al servicio del Tribunal Constitucional.

Ante los enormes desastres humanos y sociales que originó en su día el Positivismo jurídico, entre ellos, las negaciones de los derechos humanos en la II Guerra Mundial, se hizo necesaria la constatación ineludible de los derechos humanos con la creación de mecanismos internacionales de protección.

Precisamente tras la Segunda Guerra Mundial se impuso una interpretación y vertiente subjetivista del Derecho ante el desamparo que se había producido de las personas o de los sujetos en el periodo anterior.

Pero en la actualidad se va abriendo paso, de nuevo, un sistema objetivo en el que lo importante no es el problema concreto en la persona o del ser humano sino el sistema, lo que no constituye sino el germen del arrasamiento o desastre de los seres humanos.

---

de derecho natural y positivo que consta como tal en el derecho inglés que no existen poderes ilimitados o irresponsables ( arts. 9 y 117 de la CE)

<sup>1108</sup> Como ha señalado el Tribunal Constitucional alemán: “Frente a las regulaciones positivas del poder estatal puede existir, en determinadas circunstancias, algo más en Derecho, que encuentra su fuente en el orden jurídico conforme a la Constitución como método dotado de sentido y capaz de operar como complemento de la ley escrita; encontrarlo y plasmarlo en decisiones jurisprudenciales es tarea de los jueces... La actividad judicial consiste no sólo en el conocimiento y la manifestación de decisiones del legislador. La tarea de la jurisprudencia puede demandar especialmente, aflorar a la luz y materializar en decisiones concepciones de valor, immanentes al orden jurídico conforme con la Constitución, pero que no se han reflejado en los textos de las leyes escritas, mediante un acto de conocimiento estimativo, al que no faltan elementos volitivos.... Esa tarea y facultad de “hallazgo creativo del Derecho” nunca –al menos bajo la vigencia de la Ley Fundamental-, le han sido discutidas, en lo fundamental, al juez”. Sentencia BverfGE, 34, 269, citada por Federico Castillo Blanco, *La interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico público*, INAP, Madrid, 2008, p. 54.

En este punto valga lo ya expuesto respecto de la evolución del sistema contencioso-administrativo desde el objetivo Napoleónico hasta el actual, mucho más subjetivo pero esta vuelta o regresión hacia un sistema subjetivo, tanto en el sistema procesal de los derechos humanos como en el sistema procesal contencioso-administrativo o civil, a través del recurso de amparo o de casación no es sino una vuelta atrás y considero que el preludio de repetir pasadas y muy desagradables historias.

A todos lo anterior se debe añadir que si a mal camino nos conduce que los derechos subjetivos (especialmente de su emanación como derechos públicos subjetivos) sean una mera emanación del Derecho objetivo, con todas las construcciones doctrinales de Hobbes, Locke y Rousseau en garantía de los mismos, peor es la perspectiva de la organización social a través del derecho subjetivo a que se ha hecho referencia, dada la mayor dificultad que para la ordenación social presenta esa perspectiva<sup>1109</sup>.

Garberí Llobregat<sup>1110</sup> consideraba que esta reforma introducida por Ley Orgánica 6/2007 y sobre todo, a la vista de cómo se había interpretado tal precepto, originaría un elevado número de condenas al Estado español por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos pero no era consciente, que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la base de su propio Reglamento de procedimiento<sup>1111</sup> podía inadmitir a trámite, de igual manera por la opinión de un solo magistrado, la supuesta vulneración de derechos fundamentales, eso sí de manera inmotivada y notificada incluso en una lengua que no es la propia del recurrente.

Por lo expuesto, quien tenga esperanzas de que los Tribunales internacionales vayan a reparar la vulneración de derechos fundamentales producidas en España comience a desengañarse, precisamente, porque igualmente responden a tal concepto de Derecho, que se ha olvidado del ser humano para trabajar, en abstracto, en pos del sistema.

A lo largo de la tesis se va haciendo referencia a su objeto principal, al desarme del Derecho a través de la ley, fruto de la voluntad popular en terminología de la Revolución Francesa y del Iluminismo francés, que ya se ha visto no son coincidentes, con una concentración de poderes desconocida y muy peligrosa, constituyendo una de las finalidades de esta tesis poner de manifiesto la mayor capacidad que tiene el *common law* para controlar el poder y para que el Derecho pueda ejercer las funciones a que siempre estuvo llamado.

Este Derecho, en manos de la ley en el modelo Continental, sirve ahora de cobertura para no hacer posible la real tutela de los derechos naturales del hombre, ni desde la práctica del control internacional de tales derechos fundamentales ni desde el Derecho interno español, retorciéndolo hasta límites prebíblicos, ya que nadie puede ser juez de su propia causa y de que lo ilícito, según una doctrina y jurisprudencia constante, pasa a ser lo correcto de manos de la ley.

Esta forma de no admisión a trámite de un recurso de amparo, realmente de una forma no motivada, podrá ser legal o Constitucional pero no conforme a Derecho, ya que como señala Vera-Cruz Pinto y al margen de otras cuestiones que pudiesen más complejas, relativas a las concepciones del Derecho y su relación con la *potestas* o su imposición por la fuerza del poder público, con

---

<sup>1109</sup> Miguel Ayuso, *Constitución, el problema y los problemas*, Marcial Pons, 2016, pp. 141-145.

<sup>1110</sup> José Garberí Llobregat, "Requiem por el recurso de amparo constitucional", *La Ley*, 8 de enero de 2009.

<sup>1111</sup> Art. 49.1, introducido en una reforma de 2016 y aplicable desde 2018.

capacidad para imponer de manera forzosa una solución, es que el Derecho, en tanto ciencia o voluntad práctica, sin la que carece de sentido, no como orden, seguridad o tranquilidad pública, debe conseguir la paz y la armonía, que no debe venir de la fuerza de la imposición sino de convencer a quien no se la da la razón o pierde<sup>1112</sup>.

Tal circunstancia no puede venir, de ninguna de las maneras, ni de una motivación inexistente o meramente formal y menos de reconocerse que se han vulnerado sus derechos fundamentales pero el caso carece de trascendencia colectiva, especialmente si se ha destacado en nuestros textos legales esenciales, el carácter individual de los derechos humanos y su respeto como una cuestión en que se funda el orden público y la paz social.

Al inicio y al tratar del Estado de Derecho hemos destacado que Muñoz de Baena considera que la crisis del Medioevo tardío trajo los sismos, constituyendo los antecedentes de la teoría del Estado, del Derecho Público y de los derechos subjetivos en los que desenvuelven los derechos de los sujetos a través de la voluntad, dando lugar a la construcción de la subjetividad jurídico-política contemporánea, que tiene como hitos esenciales la cultura Ilustrada francesa de base jacobina y la teorización germana, entendiéndose que los derechos naturales del Iusnaturalismo se convierten en derechos públicos subjetivos en el Positivismo, apareciendo la voluntad en las Iglesias Reformadas, el individualismo transmutado en colectivismo por obra del pacto social, con un derecho subjetivo garantizado por la soberanía absoluta.

Construcciones teóricas que determinan la negación de cualquier instancia ajena al Estado bajo las reglas jurídico-administrativas y que Marx expondrá claramente: “la posición abstracta y consciente entre la vida del pueblo y del Estado es exclusiva del mundo Moderno, la Edad Media es el dualismo real, la Moderna la abstracta<sup>1113</sup>”.

La personificación del Estado bajo fórmulas privadas de la Pandecística fue rellenada de estructuras jurídico-política vaciándola de su contenido político, que se pretenden neutralizar en lo jurídico mediante la construcción de los derechos públicos subjetivos, subjetividades que se autolimitan y se retroalimentan, ya que no hay derechos fuera del Estado.

La purificación del poder soberano presentada por los publicistas alemanes neutraliza el aspecto político en el Derecho y Kelsen llevará al extremo de la abstracción y autorreferencia : el matrimonio no se considera un acto referido a las relaciones de diverso contenido entre los individuos sino una serie de normas, un modo vacío de realidad en estricto cumplimiento del método kantiano. La subjetividad no es ya el dato previo sino el resultado de la imputación del sistema jurídico, que ni siquiera requiere la voluntad del imputado sino el mandato de quien imputa como basado en la voluntad imputada abstracta del sujeto, no el ser humano concreto sino una abstracción levantada sobre él, que se desplaza de continuo con una creciente separación de lo real.

Todo lo expuestos alcanza su punto álgido en la disolución de lo político en lo jurídico, con la juridificación del poder soberano, de manera que la subjetividades de la Modernidad aparentemente contrapuestas, estructuralmente se identifican, al ser la persona jurídica Estatal la causa eficiente y

---

<sup>1112</sup> Eduardo Vera Cruz Pinto, *Introdução ao estudo do Direito Romano. As questões fundamentais*, AAFDL, Lisboa, 2021, pp. 51-66, especialmente, p. 63.

<sup>1113</sup> Karl Marx, *Critica de la filosofía del Estado de Helgel*, traducción y notas de José María Ripalda sobre la edición de 1927, Biblioteca Nueva, 2002 ( 1843), p. 102.

formal de los derechos de los súbditos, siendo el Estado Moderno *iuscéntrico* en palabras de García Pelayo<sup>1114</sup>, lo cual puede incluso determinar el concepto de ley formal, de manera que se llega a identificar Estado y Administración, y de esta manera el conjunto de derechos subjetivos abandona la construcción iusnaturalista para instalarse en la autorreferencia jurídica con las tensiones entre el sujeto estatal e individual, que explicaría el tránsito de los derechos subjetivos a los derechos fundamentales, autolimitándose el Estado sobre la base de las normas jurídicas por las que se rigen y transmutando, de esta manera, lo político en lo jurídico, plenamente la legislación de la razón al modo kantiano.

Todo ello considero que tendrá como manifestación más exponencial la crisis de la teoría de los derechos humanos a que se hará referencia y al Derecho Administrativo como figura esencial del Derecho, con las consecuencias que se derivan, ya que solo tras esta abstracción y deconstrucción del hombre surge la cuarta o quinta generación de derechos humanos, incluyendo el derecho a tener derecho o a la igualdad de los derechos, incluso los derechos de los animales o de incluir a los primates superiores en una suerte de comunidad moral con los humanos, lo que solo es factible dentro de las teorías abstractas de imputación que, sin duda, se transmitirá también a los robots humanizados y servirá de soporte a la extinción no solo del hombre como ser real sino a la propia extinción física del hombre.

A la primera se refiere Foucault, cuando sugiere en el memorable final de *las palabras y las cosas*, la posibilidad de que el hombre termine por borrarse, “como en los límites del mar un rostro de arena” considera Muñoz de Baena<sup>1115</sup> que está haciendo algo más que una hermosa metáfora ya que previene contra la esencial inestabilidad de una idea cuya genealogía es muy reciente, una construcción que no es sino el resultado de una vicisitud histórica como la filosofía del sujeto “el hombre ha compuesto su propia figura en los intersticios de un lenguaje fragmentado”, ya que, ciertamente, la figura del hombre no es el hombre y se trata de una construcción que comenzó en el Renacimiento y alcanzó su culminación en el Idealismo alemán con la pretensión de reducir todo a ideas claras y distintas, de una univocidad y una transferencia que no son tales, por eso en 1984, Orwel señalará que lo verdadera importante nos es estar vivo sino mantenerse humano.

#### **4. SOBRE EL DERECHO DE PROPIEDAD: DE LA EDAD MEDIA AL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO. SU PROTECCIÓN POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. LA DOCTRINA DE LA IGLESIA**

##### **- EL DERECHO DE PROPIEDAD EN LA EDAD MEDIA Y EN EL PRIMER CONSTITUCIONALISMO**

Como se ha señalado, Locke en su *Segundo Tratado de Gobierno Civil* de 1689, Cap. IX, “De los fines de la sociedad política y el Gobierno”, epígrafe 123, al final, señala que la razón para la constitución de la sociedad civil se basa en preservar las vidas, libertades y posesiones de las personas

---

<sup>1114</sup> Manuel García Pelayo, *Burocracia y tecnocracia*, Madrid, Alianza, 2ª reimpresión 1987, (1974), pp. 28 y sgts.

<sup>1115</sup> José Luis Muñoz de Baena Simón, *La abstracción del mundo. Sobre el mal autoinmune de la juridicidad moderna*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018. Es el autor al que esencialmente se ha seguido en la exposición, los textos literales y las citas indirectas se encuentran en la página final 352 y en la 236.

(derecho de propiedad que funda en la ley natural y en el trabajo sobre la misma y del que resulta el título de apropiación en las Indias), es decir, a todo lo que da el nombre genérico de propiedad (*property*)<sup>1116</sup>.

Desde la Edad Media habían surgido diversas propuestas de igualdad social y ataques a la propiedad, basadas en la idea de que Dios entregó la naturaleza a los hombres como un bien comunal, no dividida en lotes privados, de donde se derivaría que la propiedad privada sería una convención humana nociva y contraria al plan de Dios y al Derecho Natural.

Tales ideas habrían constituido la base de levantamientos populares de signos vagamente socialistas como la Revolución campesina en Inglaterra, liderados por Wat Tyler y John Ball e inspirada en parte por los lolardos seguidores de Wyclif, que desactivó el joven rey Ricardo II en 1381; la sangrienta Guerra de los campesinos de Alemania de 1524-1525 sobre la que Lutero, tras apoyarla en un primer momento, escribió un panfleto exigiendo a los señores la represión del movimiento contra lo que consideraba bandas de ladrones y asesinos, y que, por cierto, fue reprimida con total crueldad en la batalla de Frankenhausen o la corriente de los *diggers* en Inglaterra durante el periodo inestable de 1640-1660.

Lo que refuta Locke es cualquier propuesta de comunismo cristiano, ya que aunque considera que Dios dio la tierra en común a los hombres, también les dio la razón para que se sirviesen de ella de la manera más ventajosa y conveniente para todos<sup>1117</sup>, lo que significa que la situación comunal inicial no es intocable y los hombres tienen derecho a la explotación de los bienes en la forma más racional y eficaz posible.

Estos criterios consideraba que no concurrían en la propiedad comunal, ya que los hombres extraen el mayor rendimiento posible de los bienes cuando son de su exclusiva propiedad y ello beneficia tanto, individualmente, como a la sociedad en su conjunto, por lo que conviene que exista la propiedad privada, ya que los bienes serán así mejor aprovechados<sup>1118</sup>.

El debido respeto de la propiedad constituye, por lo tanto, un elemento esencial del primer Constitucionalismo pero sufre los zarzapos del legicentrismo en el Estado Social de Derecho.

No olvidemos, que incluso en la Monarquía Absoluta, el monarca era *legibus solutus*, es decir, que se encontraba desligado de sus propias leyes y por encima salvo en el caso del Derecho natural y de Gentes, *rescriptos contra ius* que no se consideraban válidos, ya que el rey no podía faltar a la fe debida a los contratos ni a la propiedad, que pertenecían a esa esfera patrimonial, que no se podían ignorar<sup>1119</sup>.

---

<sup>1116</sup> En el capítulo V, apartados 25 y siguientes justifica el derecho de propiedad y no solo de los frutos sino de la tierra misma en el trabajo y en la constatación de ser propietario de su propia persona: “Toda porción de tierra que un hombre labre, plante, mejore, cultive y haga que produzca frutos por su uso será propiedad suya. Es como si, como resultado de su trabajo este hombre pusiese cercas a esa tierra, apartándola de las comunales... pues todavía quedaban muchas y buenas tierras, de manera que con la apropiada no le estaba dejando menos a los otros...” (apartados 32 y 33). “La naturaleza ha dejado bien claro cuales son esos límites de propiedad, pues estos dependerán del trabajo que realice un hombre y de lo que resulte conveniente para vivir...” (apartado 36).

<sup>1117</sup> En el capítulo V, apartado 26 de la obra que mencionamos señala Locke que “Dios, que dio la tierra en común a los hombres, les dio también la razón para que se sirvan de ella de la manera más ventajosa para la vida y más conveniente para todos. La tierra y todo lo que ella contiene, se le da al hombre para el sustento y bienestar suyos...”

<sup>1118</sup> Cit. Francisco José Contreras, *La Filosofía del Derecho en la Historia*, Tecnos, 2016, pp. 185 y 186.

<sup>1119</sup> Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, I, cuarta edición, editorial

La obra de Adam Smith, *La riqueza de las naciones* publicada en 1776 destacó que la tendencia humana al intercambio de bienes contribuía a la prosperidad sobre la base del interés individual, y el esfuerzo particular se traslucía en la mano invisible del progreso social, que los fisiócratas habían localizado en la agricultura pero debía generalizarse, lo que será utilizado por los Ilustrados y constituirá el germen o explicación de todos los movimientos de los siglos XVIII y XIX.

Coke siempre luchó por la soberanía ordinaria del Derecho frente a la acción política, el *nomos basileus* asentado en la razón y la autoridad, en la poliarquía de rey y parlamento, esencial para la prevención del despotismo y la garantía de la libertad, legalidad que descansa en el *common law*, en que los jueces, aun carentes de poder político, sean los verdaderos custodios del Derecho, del *common law*.

Consideraba que esta independencia del Derecho respecto del poder político está basado en la jurisprudencia, que tiene de un modo muy específico por objeto, la ciencia que versa sobre lo tuyo y lo mío, ya que lo de cada uno es sagrado e indisponible para cualquiera que no sea su legítimo titular, lo que significa que el gobernante carece de potestad alguna para tomar, sin su consentimiento, lo de otro, para quedárselo para sí o para dárselo a un tercero.

Ello significaría una confiscación, un atropello y la negación misma del derecho de propiedad, lo que le conduce, directamente, a la cuestión de los impuestos.

En esta materia Tributaria, Coke (1552-1634) mantenía el concepto que sobre la cuestión se tenía en la Edad Media, en que se consideraba que quien gobierna y tiene el poder de administrar no tiene el poder de recaudar y tomar dinero de los particulares, y este fue el muro contra el que siempre se estrellaron todos los intentos por establecer el despotismo de la monarquía de la Edad Moderna y el que ha dado lugar a los más importantes Revoluciones como la de los Comuneros de Castilla de 1521, la de 1688 en Inglaterra y 1776 en América del Norte, por su relación con la causa de la libertad.

Por esta circunstancia, Gallego García denuncia que los modernos Parlamentos se han convertido en un engranaje del poder político, sin independencia real y efectiva de los Ejecutivos, consiguiendo a lo que no llegaron sus precedentes monárquicos, esto es, que el poder de gastar y recaudar estén en las mismas manos, sin más límites que el que ellos decidan autoimponerse, por lo que el verdadero derecho de propiedad y la libertad política, tal y como fueron entendidos por Coke han llegado a su fin <sup>1120</sup>.

---

civitas, 1988, p. 354.

<sup>1120</sup> Elio A. Gallego García, *Common Law. El pensamiento político y jurídico de Sir Edward Coke*, ediciones Encuentro, 2011, pp. 42-44.

## - EL DERECHO DE PROPIEDAD EN EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO: SU PROTECCIÓN POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Es llamativa la configuración que de la propiedad tiene nuestra Constitución de 1978, que no permite un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional en los casos de privación singular, cuando la privación no ha ido acompañada de la correspondiente y debida indemnización sino que se deberá acudir, directamente, ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuya regulación de la privación de la propiedad es también, un tanto sorprendente.

No obstante, sí que se ha pronunciado nuestro Tribunal Constitucional sobre esta cuestión valorativa en atención a lo dispuesto por la ley y, en este sentido, la sentencia del Tribunal Constitucional 141/2014 de 11 de septiembre, tras declarar inconstitucional y por tanto la nulidad del inciso “hasta un máximo del doble” del artículo 22.1, a) párrafo tercero, de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo y del artículo 23.1 a), párrafo tercero del Texto Refundido de la Ley del Suelo, aprobada por Real Decreto Legislativo 2/2008 de 20 de junio<sup>1121</sup> señala que :

“hemos de recordar que, de acuerdo con la doctrina de este Tribunal, «la garantía constitucional de la correspondiente indemnización concede el derecho a percibir la contraprestación económica que corresponda al valor real de los bienes y derechos expropiados, cualquiera que sea éste, pues lo que garantiza la Constitución es el razonable equilibrio entre el daño expropiatorio y su reparación» (STC 166/1986, de 19 de diciembre, FJ 13). Y «en cuanto al contenido o nivel de la indemnización, una vez que la Constitución no utiliza el término de justo precio, dicha indemnización debe corresponder con el valor económico del bien o derecho expropiado, siendo por ello preciso que entre éste y la cuantía de la indemnización exista un proporcional equilibrio para cuya obtención el legislador puede fijar distintas modalidades de valoración, dependientes de la naturaleza de los bienes y derechos expropiados, debiendo ser

---

<sup>1121</sup> La Comunidad de Madrid y 50 diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso consideraban que el sistema de valoración previsto en los citados preceptos impugnados y anulados era contrario al derecho de propiedad en suelo rural porque implicaba que las expropiaciones se harían sin las compensaciones justas, con precios inferiores a los del mercado, considerando, de acuerdo con las sentencias del Tribunal Constitucional 111/1983, (fundamento jurídico 8º), 37/1987, (fundamento jurídico 2º), 65/1987 (fundamento jurídico 17º), 67/1988 (fundamento jurídico 4º), y 6/1991 (fundamento jurídico 7º), que exigían que el bien objeto de expropiación fuese sustituido por el equivalente económico, esto es, por su valor económico o real (sentencia el Tribunal Constitucional 106/1986 , fundamentos jurídicos 13º y 15º), asegurando que entre el daño expropiatorio y su reparación exista un razonable equilibrio, como señala el artículo 1 del Protocolo Adicional Iº de la Carta de Roma ( sentencias de 9 de diciembre de 1994 en el caso Holy Monasteries y de 8 de julio de 1986 caso Lithgow y otros), que establecen que debe existir una indemnización proporcionada y equilibrada para que no se produzca una vulneración del derecho de propiedad, lo que es aceptado por la sentencia del Tribunal Constitucional citada 141/2014, aceptado lo expuesto en la sentencia del Tribunal Constitucional 166/1986 (fundamento jurídico 13º), y aunque considera el Tribunal Constitucional que no se vulnera el artículo 14 de la Constitución Española en la citada sentencia 141/2014, ya que todos los propietarios que se vean afectados por las operaciones de expropiación, reparación y responsabilidad patrimonial de la administración pública reciben el mismo trato de la ley, puesto que no introduce diversidad alguna de trato entre ciudadanos que se encuentran en una situación sustancialmente igual , ya que se aplica por igual a todos los ciudadanos que se encuentran en la misma situación ( SSTC 181/2000 y 112/2006) sí que admite que la situación derivada de esta doctrina del Tribunal Constitucional en la mencionada sentencia 141/2014: “no cierra el paso a ulteriores pretensiones de los particulares ante la jurisdicción ordinaria si estimara que la concreta aplicación de los criterios de valoración lesiona sus derechos” y ello a través del planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad.

éstas respetadas, desde la perspectiva constitucional, a no ser que se revelen manifiestamente desprovistas de base razonable» (STC 166/1986, FJ 13)”.

Añade, párrafos más adelante, que:

“En suma, como ya advertimos en la STC 149/1991, de 4 de julio, y desde el punto de vista del juicio abstracto que corresponde a este Tribunal, para que la postulada insuficiencia de la indemnización concedida, ex art. 33.3 CE, «comporte la inconstitucionalidad de la norma que fija la indemnización para la expropiación de un conjunto de bienes, se ha de atender no a las circunstancias precisas que en cada supuesto concreto puedan darse, sino a la existencia de un 'proporcional equilibrio' [STC 166/1986, fundamento jurídico 13 B)] entre el valor del bien o derecho expropiado y la cuantía de la indemnización ofrecida, de modo tal que la norma que la dispone sólo podrá ser entendida como constitucionalmente ilegítima cuando la correspondencia entre aquél y ésta se revele manifiestamente desprovista de base razonable» [FJ 8 B a)]. Ciñéndonos a los preceptos que son objeto de este proceso y a los términos en los que el debate procesal ha quedado delimitado por las alegaciones de las partes, puede afirmarse con razonable fundamentación que, *per se*, el método de valoración del suelo rural regulado en el art. 23.1 del texto refundido 2008 no incurre, con la salvedad del inciso declarado inconstitucional, en infracción del art. 33.3 CE”.

Pero el Tribunal Constitucional, como dice expresamente, se ciñe a los términos del debate y siendo consciente de que la cuestión no quedaba definitivamente resuelta en términos Constitucionales continúa diciendo que:

“Pero es pertinente recordar que esta conclusión no cierra en modo alguno el paso a ulteriores pretensiones de los particulares ante la jurisdicción ordinaria, si estimaran que la concreta aplicación de los criterios de valoración lesiona sus derechos. En consecuencia y por esta segunda vía, la duda de constitucionalidad que pudiera suscitar dicha aplicación puede ser sometida, siempre que se aporten los necesarios elementos de juicio, a este Tribunal, toda vez que el art. 38.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC) «permite la sucesión entre recurso desestimado y cuestión de inconstitucionalidad sobre igual objeto, esto es, frente al mismo precepto legal y con fundamento en la infracción 'de idéntico precepto constitucional'» (STC 319/1993, de 27 de octubre, FJ 2)”.

Señala también la citada sentencia, a continuación, que:

“Ninguna vulneración se advierte, por otra parte, del artículo 14 de la Constitución Española, que exige que las actuaciones homogéneas sean tratadas idénticamente en sus consecuencias jurídicas, pues el artículo 23 establece el método de valoración del suelo rural a efectos expropiatorios, reparcelatorio y de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Y todos los propietarios que se vean afectados por una de estas operaciones o por un daño ocasionado por los servicios públicos reciben el mismo trato en la ley, que, claro está, lo que no regula es la valoración de los bienes en el mercado, la cual sigue sus propias leyes”.

Dice el art. 1 del Protocolo Adicional Primero al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, también conocido como Protocolo nº 1 a la Convención Europea de Derechos Humanos, que:

“Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la Ley y los principios generales del derecho internacional. Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que poseen los Estados de poner en vigor las Leyes que juzguen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos u otras contribuciones o de las multas”<sup>1122</sup>

---

<sup>1122</sup> El voto particular del Magistrado señor González Rivas dice que, en su opinión:

“el planteamiento de la cuestión resulta solucionado en la sentencia en base a entender que la elección abstracta del legislador para la valoración del suelo rural resulta provista de una base razonable para garantizar el proporcional equilibrio entre el valor del bien o derecho y la cuantía de la indemnización ofrecida. Sin embargo, tal consideración resulta matizada al apuntar la posibilidad del planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad en casos de agravio aplicativo y como se ha indicado anteriormente, esta contradicción se expresa en la exposición de motivos de la Ley 8/2007 cuando se admite que el método de comparación que se abandona en ocasiones resulta objetivo (“se abandona...porque muy pocas veces concurren los requisitos necesarios para asegurar su objetividad”), lo cual es incompatible con su proscripción absoluta”. “Así, en el razonamiento utilizado en la sentencia mayoritaria se confiere al legislador un margen de apreciación amplísimo, al desligar los conceptos de justiprecio y valor de mercado con fundamento en los fallos y tensiones especulativas del mercado inmobiliario. Pero lo cierto es que el valor de mercado es el valor real y está ligado inescindiblemente a la equivalencia entre el daño expropiatorio - reparación, no siendo aceptable, desde la perspectiva constitucional, que un bien tenga un precio determinado cuando se adquiera por particulares y otro distinto cuando se ha adquirido forzosamente por el Instituto de la expropiación, lo que puede generar desigualdad”.

El citado voto particular del Magistrado señor González Rivas critica que en la tesis mayoritaria se hayan desligado los conceptos de justiprecio y valor de mercado, señalando que:

“el valor de mercado es el valor real y se encuentra el ligado inescindiblemente a la equivalencia entre daño expropiatorio-reparación, no siendo aceptable, desde la perspectiva constitucional, que un bien tenga un precio determinado cuando se adquiera por particulares y otro distinto cuando se ha adquirido forzosamente por el Instituto de la expropiación, lo que puede generar desigualdad” señalando que “no puede compartirse la disociación que se realiza entre el valor de mercado y valor a efectos expropiatorios, pues parece contradecir la equivalencia entre valor real del bien e indemnización expropiatoria que se infiere de la doctrina constitucional e incluso de la doctrina del Tribunal Europeo Derechos Humanos, pues parece innegable que el valor real de un bien es lo que vale en el mercado, y por ello los métodos de valoración a efectos expropiatorios debería ser aptos para aproximarse al valor que tiene el bien en el mercado”, señalando también el citado voto particular que: “De esta doctrina, parece desprenderse claramente que el justiprecio debe reflejar el valor real -de mercado- de los terrenos, o al menos una aproximación al mismo, por lo que no parece que el legislador pueda prescindir de un elemento esencial a la hora de determinar el valor real del suelo rural como lo son las expectativas urbanísticas. En este punto, y si bien es indudable que la expectativa urbanística es incierta, ello no significa que no tenga una proyección real sobre el incremento del valor del terreno en el mercado, pues determinadas circunstancias (v.gr. estado del planeamiento, avance, proximidad a zonas urbanas en expansión...) son consideradas por el mercado, de manera que generan un incremento real y actual del valor del terreno aunque la expectativa se proyecte en el futuro.

En efecto, si analizamos la evolución legislativa de la inclusión de las expectativas urbanísticas como elemento de valoración de los suelos no urbanizables, tradicionalmente, bajo la vigencia de la Ley de suelo (texto refundido de 1976), las expectativas urbanísticas fueron un elemento más de valoración de los suelos no urbanizables y el Real Decreto Legislativo 1/1992 eliminó su consideración, pero posteriormente la Ley 6/1998, de 13 de abril, las incluyó según la interpretación que uniformemente vino realizando la jurisprudencia.

El Tribunal Supremo dejó bien clara su posición en relación a esta cuestión con ocasión de la interpretación del art. 26 de la Ley 6/1998 cuando indicaba que «la negativa a valorar expectativas urbanísticas (siempre que estén acreditadas como factor que realmente incrementa el valor del suelo) supone negarse a ponderar un elemento realmente concurrente en el valor del bien, esto es, supone la afirmación expresa y consciente de que no se pagará por el bien su valor real, esto es, lo que el interesado habría podido obtener libremente en el mercado, sino un valor puramente ficticio...» (por todas, STS, Sala Tercera, Sección Sexta, de 5 de marzo de 2012 (cas. 2976-2011)). Este criterio se reitera en las posteriores sentencias de la misma Sala Tercera de 13 de marzo de 2013 (cas. 4691-2010), 10 de abril de 2013 (cas. 5575-2010), 30 de abril de 2013 (cas. 3955-2010), 29 de mayo de 2013 (cas. 4541-2010), 1 de julio de 2013 (cas. 5589-2010) y 14 de octubre de 2013 (cas. 1258-2011).

Es sorprendente el que el Convenio Europeo de Derechos Humanos no incorporara el derecho de propiedad directamente sino que se hiciera a través de un Protocolo Adicional, que fue aprobado en 1952, cuando el Convenio se encontraba aprobado pero no había llegado a entrar en vigor, haciéndolo el Protocolo en 1954, tras ser ratificado por los diez primeros países.

Es igualmente llamativo que, de un lado, no incorpore directamente la obligación de indemnizar sino que se remita a las condiciones previstas en la ley y a los principios generales del Derecho internacional.

En los textos representativos del Constitucionalismo europeo de la época, como podían ser el artículo 42 de la Constitución Italiana de 1947 y 14 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949 se reconocía expresamente y en la sentencia *James* de 1986 se dijo que el Tribunal comprobaba, con la Comisión, que en los ordenamientos jurídicos de los Estados contratantes, la privación de la propiedad por causa de utilidad pública requiere el pago de la correspondiente indemnización salvo la concurrencia de circunstancias excepcionales, basándose tal sentencia, en la idea clara del principio de justo equilibrio entre el interés general y el interés individual, que reclama una compensación en caso de privación, es decir, se apela a un derecho del afectado que, sin embargo, no figura expresamente en el precepto.

No obstante, las privaciones sin indemnización no son *per se* incompatibles con el artículo primero del Protocolo Adicional como aparece en la STEDH de los Santos Monasterios de 1994 (párrafo 71) o *Pressos-compañía naviera* de 1995 (párrafo 38) y *ex rey de Grecia* 2004 (90), señalando, no obstante, que las circunstancias excepcionales, deben acreditarse objetivamente por el Estado, expresión de circunstancias excepcionales que no significa meramente difíciles, delicadas o complejas<sup>1123</sup>.

Quizás fuera a causa de estas circunstancias, por las que no naciera a la vida de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos hasta la sentencia *Sporrong y Lönnroth* de 1982, es decir, que el Tribunal tardó más de dos décadas en abordar frontalmente la garantía europea del derecho de propiedad, si bien en los casos *Handyside* de 1976 (62) y *Marckx* de 1979 (63) indicó que el artículo

---

Así, la pacífica aceptación en la jurisprudencia de la inclusión de las expectativas urbanísticas como elemento de valoración tiene como fundamento último la garantía expropiatoria del art. 33.3 CE, entendiendo que el concepto de indemnización, por definición, viene ligado al del mantenimiento de la «indemnidad» o compensación justa del expropiado”.

Concluyendo el citado voto particular que los artículos referidos vulneran la garantía esencial del derecho de propiedad (artículo 33 de la Constitución Española), incurren en arbitrariedad (artículo 9.3 de la Constitución Española) al estar desprovistos de una base razonable y son causantes de desigualdad (artículo 14 de la Constitución Española), pues no permiten establecer una indemnización proporcionada.

<sup>1123</sup> El contenido de los números 61 y 69 de la sentencia citada *Sporrong y Lönnroth* de 23 de septiembre de 1982 aparece de una forma más clara y sintética en el 52 de *Stornaiuolo* contra Italia de 8 de agosto de 2006 en donde dice que:

“52. Comme elle l'a précisé à plusieurs reprises, la Cour rappelle que l'article 1 du Protocole no 1 contient trois normes distinctes: «la première, qui s'exprime dans la première phrase du premier alinéa et revêt un caractère général, énonce le principe du respect de la propriété; la deuxième, figurant dans la seconde phrase du même alinéa, vise la privation de propriété et la soumet à certaines conditions; quant à la troisième, consignée dans le second alinéa, elle reconnaît aux Etats le pouvoir, entre autres, de réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général (...). Il ne s'agit pas pour autant de règles dépourvues de rapport entre elles. La deuxième et la troisième ont trait à des exemples particuliers d'atteintes au droit de propriété; dès lors, elles doivent s'interpréter à la lumière du principe consacré par la première » (voir, entre autres, l'arrêt *James* et autres c. Royaume-Uni, 21 février 1986, série A no 98, pp. 29-30, § 37, lequel reprend en partie les termes de l'analyse que la Cour a développée dans son arrêt *Sporrong et Lönnroth* c. Suède, 23 septembre 1982, série A no 52, p. 24, § 61; voir aussi les arrêts *Les Saints Monastères* c. Grèce, 9 décembre 1994, série A no 301-A, p. 31, § 56, *Iatridis* c. Grèce [GC], no 31107/96, § 55, CEDH 1999-II, et *Beyeler* c. Italie [GC], no 33202/96, § 106, CEDH 2000-I”.

primero garantiza, en sustancia, el derecho de propiedad, del que tratan alrededor de 11.438 sentencias, de las que 2.414 habían declarado la vulneración del artículo primero del Protocolo Adicional citado hasta el año 2010, siendo Turquía, Rumanía, Rusia, Italia y Ucrania, los países que acumulan un mayor número de sentencias en contra.

Destaca Barcelona Llop<sup>1124</sup> que la primera norma del artículo 1 de este Protocolo Adicional tiene un contenido sustantivo, aparentemente oculto bajo su anodino tenor literal, señalando en la sentencia *Sporrong y Lönnroth* de 1982, que el respeto al principio de justo equilibrio como elemento estructural del art. 1, como ya había señalado en *James* y posteriormente aparecerá con profusión, entre las exigencias del interés general y los imperativos de la salvaguarda de los derechos fundamentales del individuo (párrafo 69) tendrá trascendencia en el otorgamiento de una indemnización, de manera que la realidad acredita que el justo equilibrio entre el interés general y la protección de los derechos individuales ha sido quebrado por motivos exclusivamente relacionados con el aspecto indemnizatorio y por otra parte, si no existiera un principio análogo, la protección del derecho de propiedad, por el artículo primero, sería por completo ilusoria e ineficaz, de tal manera que la indemnización se convierte en un elemento central del régimen europeo de privación del derecho de propiedad.

Partiendo de *Sporrong y Lönnroth* de 1982<sup>1125</sup>, la Gran Sala, en el caso *Scordino contra Italia* de 29 de marzo de 2006, en el número 256, dice que la Corte reitera que en los numerosos casos de expropiación lícita, como puede ser el caso de la privación de un terreno para la construcción de una carretera o por otros fines de utilidad pública, solo una indemnización integral puede ser considerada como razonable en atención al valor del bien, tal y como tiene señalado en el caso *ex-rey de Grecia* y otros en el número 78, a salvo que objetivos de utilidad pública que persigan medidas de reforma económica o de justicia social puedan establecer o justificar un reembolso inferior al pleno valor de mercado.

En el apartado 257 señala que en este caso, la Corte constata que este justo equilibrio no ha sido respetado a la vista de que indemnización concedida por el Estado es muy inferior al valor de mercado del bien, en ausencia de motivos de utilidad pública que permitiese derogar la regla enunciada en el apartado 95 según la que, la concurrencia de dichos motivos podría justificar la falta de una indemnización adecuada entre el valor del bien, como se razona en los números 99 a 104, de manera que la indemnización adecuada debe ser la del pleno valor de mercado del bien, considerando en el caso *Yiltas Yildiz Turistik Tesisleri A.S contra Turquía* (2003), que aunque el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no puede sustituir a los nacionales en la determinación de los criterios de valoración ni en el señalamiento de la cuantía indemnizatoria, sí que puede determinar si la cuantía otorgada es proporcionada al valor de la propiedad (38), considerando que se produce una

---

<sup>1124</sup> Javier Barcelona Llop, *Propiedad, privación de la propiedad y expropiación forzosa en el sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, 2013, pp. 165 y sgts.

<sup>1125</sup> En el caso *Gigli costruzioni SRL contra Italia* de 1 de julio de 2008 ( Sección Décima) en el número 81 se reiteran los criterios generales expuestos en *Scordino contra Italia* de 2006, *Stornaiuolo contra Italia* de 8 de agosto de 2006 y *Mason y otros contra Italia* de 2007 respecto de la indemnización que corresponde abonar en los supuestos de legales expropiaciones a consecuencia de privaciones de terrenos para realizar carreteras u otras obras públicas, salvo los supuestos criterios de utilidad pública que pudieran justificar un reembolso inferior al pleno valor de mercado, solo una indemnización integral puede considerarse como razonable en atención al pleno valor del bien en el mercado.

vulneración de tal derecho fundamental como en *Luigi Serino contra Italia* (2010), cuando tal diferencia excede del 50%.

Hayek trae a colación a la relación entre la propiedad y la legislación por causa de la libertad sobre la base de lo que menciona Estrabón<sup>1126</sup> que cita a un autor que vivió 400 años antes que él y cuya problemática considero tiene plena actualidad y así señala que :

“Por lo que se refiere la constitución de Creta que Eforo nos describe, bastará mencionar sus disposiciones más importantes. El legislador, dice, parece dar por supuesto que la libertad es el bien más importante del estado, y solo por esta razón decreta que la propiedad pertenece específicamente a quienes la han adquirido, mientras que en una situación de esclavitud todo pertenece a los gobernantes y nada a los gobernados”.

En este sentido señala que la propiedad, en el sentido en que se usa para incluir no solo las cosas materiales sino también y de acuerdo con la definición de Locke: la vida, la libertad y las pertenencias de todo individuo, es la única solución hasta ahora descubierta para resolver los problemas de conciliar la libertad individual con la ausencia de conflictos.

Derecho, libertad y propiedad constituyen una trinidad inseparable, ya que no puede haber ley alguna en el sentido de regla universal de conducta, que no fije los límites de las áreas de acción, posibilitando así, que todos puedan verificar hasta dónde se es libre de obrar y esto así se ha entendido sin necesidad de mayores pruebas durante mucho tiempo, desde los antiguos griegos a los fundadores del pensamiento político Medieval.

Considera, sin embargo, que esta concepción ha sido cuestionada en tiempos relativamente recientes por el planteamiento constructivista del socialismo y bajo la influencia de la errónea idea de que la propiedad se inventó en tiempos ya muy avanzados, existiendo con anterioridad una situación de comunismo primitivo, mito que ha sido totalmente refutado por las investigaciones antropológicas.

Señala que el concepto de propiedad no es ciertamente algo que nos ha venido del cielo ya perfectamente definido ni tampoco se ha conseguido en parte alguna delimitar el dominio individual, de tal modo que el propietario se ve constreñido en su decisiones a tener en cuenta, exclusivamente, aquellos efectos que el propietario quisiera<sup>1127</sup>.

Decía Marx que :

“cada nueva clase que pasa ocupar el puesto de la que dominó antes que ella se ve obligada, para poder sacar adelante los fines que persigue, a presentar su propio interés como el interés común de todos los miembros de la sociedad, es decir a imprimir a sus ideas la forma de lo general y a presentar estas ideas como las únicas racionales y dotadas de vigencia absoluta”.

Señalaba en el *Manifiesto Comunista*, junto a Friedrich Engels, que:

“vuestras ideas burguesas de libertad, cultura, Derecho, etcétera son otros tantos productos del régimen burgués de propiedad y de producción del mismo modo que vuestro Derecho no es

---

<sup>1126</sup> Estrabón, *Geografía*, 10, 4, 16.

<sup>1127</sup> Friedrich A. Hayek, *Derecho, legislación y libertad. Una nueva formulación de los principios liberales de la justicia y de la economía política*, 2ª edición, Unión Editorial, 2014, p. 123 y 138-143.

más que la voluntad de vuestra clase elevada a ley : una voluntad que tiene su contenido y encarnación en las condiciones materiales de vida de vuestra clase”.

Consideraba que se debía utilizar como método de trabajo más adecuado el empirismo o constatación en la realidad señalando también en esta obra que:

“Los enunciados teóricos de los comunistas no descansan, ni mucho menos en las ideas, descubiertas o principios descubiertos por ningún redentor de la humanidad sino que son, más bien, expresiones generales de las relaciones efectivas de una lucha de clases ya existente, de un movimiento histórico que se va desarrollando ante nuestros ojos”<sup>1128</sup>.

## - LA DOCTRINA DE LA IGLESIA

Existe en la actualidad, un consenso bastante generalizado<sup>1129</sup> sobre la calificación del tratamiento al que los seres humanos estamos sometiendo a nuestro planeta: a las plantas, los animales, los recursos minerales incluso a nuestros semejantes, y la convicción de que de seguir en esta dinámica, entregaremos a las generaciones futuras demasiadas escombreras, desiertos e hipotecas que quizás, no puedan pagar.

La herencia recibida durante milenios puede dilapidarse con rapidez. Frente a los cambios serenos y tranquilos de la naturaleza, en los últimos dos siglos se han impuesto un modelo de vida de cambios trepidantes, que se aceleran en progresión geométrica.

Siempre ha existido una intervención humana en la naturaleza y así ha sucedido durante muchísimo tiempo, con la característica de acompañar, plegándose a las posibilidades que ofrecen los recursos, recibiendo lo que la naturaleza de suyo ofrece y tendiendo una mano, amigablemente.

Esta situación se ha transformado radicalmente en la Modernidad sobre la base de sistemas económicos o de vida que son defendidos por la mayor parte de los economistas, financieros o tecnólogos, que de forma entusiasta se basan en lo que hoy ya se entiende como la falacia comúnmente admitida del crecimiento infinito o de la disponibilidad ilimitada de bienes en el Planeta que, realmente, tiende a su destrucción .

Por ello se siente su protección como un desafío urgente, procurando un desarrollo sostenible e

---

<sup>1128</sup> Karl Marx, *La ideología alemana*, 1846, Erich Fromm, *Marx y su concepto del hombre*, trad. de J. Campos, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1984, p. 206, y Karl Marx y Friedrich Engels, *Manifiesto Comunista*, 1848, Alba, Madrid, 1987, pp. 73, 68 y 69. Cit. Francisco José Contreras, *La Filosofía del Derecho en la Historia*, Tecnos, 2016, pp. 269, 265 y 271.

<sup>1129</sup> Peter Sloterdijk, tan radical y diferente en tantos ámbitos a la doctrina cristiana, para quien la naturaleza ha sido destruida por el propio ser humano, siendo la ecología la religión más necesaria como religión de paz.

Considera que la superabundancia, el derroche y el lujo han ganado derecho de ciudadanía y los seres humanos de las naciones ricas consideren el bienestar y sus premisas técnicas como conquistas y así, paso a paso, la Tierra va camino de su agotamiento, siendo necesario establecer límites sobre el permanente impulso de su superación, considerando que la civilización solo se ha desarrollado a medias, ya que no inculcó el respeto a la naturaleza y a las otras culturas.

La civilización del ser humano sigue incompleta porque, a menudo, las culturas concretas no se colocan bajo un techo común sino que constituyen entornos mutuamente extraños y no pocas veces enemigos, siendo un ejemplo paradigmático la guerra religiosa. El budismo, el cristianismo o filosofías como el estoicismo situaron al ser humano como ciudadano del universo y no simplemente como perteneciente a su común etnia originaria, de manera que se debe respetar el panteísmo porque sin naturaleza tampoco habrá ser humano. Peter Sloterdijk, *¿Qué sucedió en el siglo XX?*, edit. Siruela, 2018.

integral, ya que es la única forma de proteger el legado que debemos a nuestros hijos.

Cada año desaparecen miles de especies vegetales o animales, que ya no podremos volver a ver con nuestros ojos. La pérdida de selvas y bosques implica la pérdida de especies, que podrían significar, en el futuro, recursos humanos importantes, y no sólo para la alimentación de las futuras generaciones sino para la curación de enfermedades: diversas especies contienen genes o sustancias que pueden constituir recursos claves para resolver en el futuro alguna necesidad humana o algún problema ambiental.

La política y la economía tienden a culpabilizarse mutuamente de la pobreza y de la degradación del medio ambiente, por la necesidad que se atribuye en el desempeño del poder en las sociedades democráticas (política), que a la vez otorgan una función especialmente determinante a la economía; y estas agobiantes necesidades de satisfacción y dación de cuentas sobre la base del mercado y las exigencias políticas, financieras y de mercado abocan a una explotación incontrolada de los recursos del planeta y a un grave deterioro ambiental, que se vuelve en contra del desarrollo humano integral, ya que produce una actividad económica especulativa y una riqueza ficticia dando, en realidad, un valor a los productos que no es el real, en el que se tengan presentes todos los costes económicos y sociales, que se derivan del uso de los recursos ambientales comunes, Toda intervención en un área del ecosistema debe considerar, además, sus consecuencias en otras áreas.

Nuestra relación con la naturaleza y los demás no puede ser la de dominador, consumidor y meramente explotador de los recursos naturales, con incapacidad de poner freno a los intereses inmediatos, ya que desemboca también en inmensas desigualdades, injusticias y violencia, ya que los recursos no pueden ser para el primero que llegue o tenga más poder.

La encíclica del Papa Francisco *Laudato si, Alabado seas. Sobre el cuidado de la casa común* destaca que su nombre papal fue tomado de San Francisco de Asís, cuyo ejemplo constituye la excelencia por el cuidado de lo que es débil, de una ecología integral, y de una vida con alegría y autenticidad, vivida con simplicidad y con una maravillosa armonía con Dios, con nosotros, con la naturaleza y consigo mismo, entrando en comunicación con todo lo creado, ya que cualquier criatura era su hermana y decía que le unían lazos de cariño, como una forma de cuidarnos a nosotros mismos; entendiendo que la naturaleza constituye el espléndido libro por el que Dios nos habla y refleja su hermosura y su bondad, ya que a través de su obra se conoce al autor.

El ideal de armonía, fraternidad y paz que propone Jesús se encuentra en las antípodas de este modelo, ya que la naturaleza es creación de Dios y los seres humanos hemos sido creados a la imagen y semejanza de Dios.

En la citada Encíclica reconoce el Papa, que el lenguaje del *Génesis* respecto de la creación es simbólico (66) y en él se pone de manifiesto el plan de Dios en la creación de la Humanidad y viéndolo señaló que era bueno, destacando la palabra de Juan Pablo II, que recordaba el amor especial que el Creador tiene por cada ser humano, que le confiere así una dignidad infinita, destacándose la relación existente con Dios, el prójimo y la tierra, constituyendo pecado tal ruptura.

Precisamente por su dignidad única e inteligencia, el ser humano está llamado a respetar lo creado con sus leyes internas, al haber sido creadas por el mismo Padre.

Los costes humanos son siempre también costes económicos y las disfunciones económicas comportan igualmente costes humanos. Para que siga siendo posible dar empleo es imperioso

promover una economía que favorezca la diversidad productiva y la creatividad empresarial.

Hay una gran variedad de sistemas alimenticios y de pequeña escala, que con una pequeña proporción de territorio y agua producen menos residuos en sus pequeñas parcelas agrícolas o huertas pero la economía de escala termina forzando a los pequeños agricultores a vender sus tierras o a abandonar sus cultivos tradicionales porque la infraestructura de venta y de transporte está al servicio de las grandes empresas y para que haya una libertad económica de la que todos se beneficien puede ser necesario poner límites a quienes tienen mayores recursos y poderes financieros.

Ha de permitirse una vida digna a través del trabajo pero la orientación de la economía ha propiciado un tipo de avance tecnológico para reducir costos de producción en razón de la disminución de los puestos de trabajo, que se reemplazan por máquinas, constituyendo un ejemplo de cómo el ser humano puede volverse en contra de sí mismo.

La disminución de los puestos de trabajo también tiene un impacto negativo en el plano económico por el progresivo desgaste del capital social, es decir, del conjunto de relaciones de confianza, fiabilidad y respeto a nosotros mismos.



### XIII. EL GOBIERNO DE LOS QUE ADMINISTRAN JUSTICIA Y SU TRASCENDENCIA EN LA INDEPENDENCIA JUDICIAL

La cuestión de que nos vamos a ocupar a continuación tiene verdadera trascendencia en el ámbito civilizatorio en el que, sin duda, lo acontecido durante los últimos siglos en la Europa continental no constituye sino una etapa de cierta homogeneidad derivada de la autoridad de la ley en la resolución de las controversias.

Para los ingleses, el sistema del *common law*, se considera no solo un sistema jurídico sino político mientras que los países de Derecho Continental entienden que el sistema político debe condicionar al jurídico, lo que determina la diferente posición que debe ostentar el juez en uno y otro sistema jurídico-político o político-jurídico, quizás más arcaico en el primero y más elaborado y condicionado en el segundo, a través del número de disciplinas que afectan a la política.

Sobre su contenido civilizatorio y al margen de las cuestiones doctrinales, valga la experiencia histórica de uno y otro sistema.

Un elemento trascendente en esta materia lo constituye la forma del gobierno de quienes imparten la justicia y la mayor o menor implicación que deben tener los gobernantes políticos en los órganos de gobierno de los jueces.

Ya se ha hecho referencia a las ideas de Hayek y su concepto de democracia con poderes ilimitados, la diferencia conceptual que defiende entre las normas de gobierno, las relativas a la recta conducta y la trascendencia de defender un orden social espontáneo.

Señala que el juez es la institución del orden espontáneo y para apreciar el significado de esta afirmación es preciso liberarse, completamente, de la errónea concepción, que considera que puede darse una sociedad que primero existe y luego se da unas leyes, concepción que constituye la base del Racionalismo constructivista, desde Descartes a Hobbes, Rousseau y Bentham hasta el Positivismo jurídico Contemporáneo, que ha impedido a los estudiosos comprender la verdadera relación que existe entre Derecho y Gobierno.

El carácter erróneo de esta postura se pone de manifiesto en la idea de que la intención humana es dirigirse a establecer normas para un número desconocido de casos futuros, que supone una abstracción de la que los pueblos primitivos, difícilmente, podrían ser capaces.

Acaso se acercaría más a la verdad, invertir la plausible y difundida idea de que el Derecho deriva de la autoridad y pensar, más bien, que toda autoridad derivada del Derecho y que no todo Derecho puede ser producto de la legislación sino que, más bien, el poder de legislar supone el reconocimiento de ciertas reglas comunes y estas reglas, que constituyen la base de ese poder también son capaces de limitarlo.

El carácter del Derecho formado por evolución se comprende mejor si consideramos la condición de aquellos grupos que tienen concepciones comunes sobre la justicia, aunque no tengan un gobierno

común y no existe duda alguna de que han existido grupos unidos por reglas comunes aunque carentes de un organismo para sancionar esas reglas.

Debemos llamar Derecho solo a este tipo de reglas, que en estos grupos pueden haber sido efectivamente sancionadas mediante la opinión y la exclusión del grupo de quienes las infringen, es decir, considera normas jurídicas, solamente, a las reglas que son observadas en la práctica y no solo las sancionadas por una organización creada a tal fin.

La actitud característica del debido proceder del juez surge del hecho de que no se ocupa de lo que una autoridad quiere que se haga en un determinado caso sino de que las personas privadas tienen una razón legítima, un tipo de expectativa, en la que generalmente se basan sus acciones en esa sociedad.

El juez no debe fijarse en si las órdenes se han cumplido, ya que su deber no consiste en sancionar la voluntad de esta autoridad sino en resolver los conflictos que perturban el orden existente y ocuparse de acontecimientos de los que la autoridad carece de conocimiento y de las acciones de individuos, que no tienen conocimiento alguno de ninguna orden particular de la autoridad respecto de lo que ellos deban hacer.

Las normas que el juez descubre y aplica sirven para mantener un orden de acciones ya existente y acredita la distinción entre tales normas y el orden que de ellas resulta.

Parfraseando al juez Holmes, señala Hayek, que la evolución del Derecho no se ha basado en la lógica sino en la experiencia, en necesidades de las épocas, las teorías morales y políticas dominantes, las instituciones políticas, expresas o tácitas e incluso los prejuicios que los jueces comparten con los ciudadanos desempeñan un papel muy superior al de los silogismos en la determinación de las normas por las que los hombres se gobiernan.

El Derecho encarna la historia del desarrollo de una nación a través de los siglos y no puede ser enfocado como si solo contuviera axiomas y corolarios, más propios de un tratado de matemáticas.

Tras criticar la capacidad de resolver del juez sobre la base de reglas ya formuladas en actos legislativos con fuerza de ley considera que las decisiones jurisprudenciales pueden, de hecho, ser mayormente predecibles cuando el juez se basa en concepciones difusas en torno a lo que es justo aunque no estén sufragadas por la letra de la ley, que cuando debe limitar sus propias decisiones a aquellas creencias aceptadas en respuestas dadas en la ley escrita, lo que le conduce, continuamente, a resultados para los que debe devanarse los sesos.

Por todo ello considera que el juez no puede ocuparse de las necesidades de las personas o grupos particulares o de la razón de Estado, de la voluntad del Gobierno o de algún objetivo particular, a cuyo servicio alguien puede pensar que está el orden vigente.

La función del juez en una organización no debe ser juzgada a la luz de la utilidad para alcanzar cuestión distinta de un objetivo particular, lo que no sucede en un orden como el del socialismo, en el que las normas que regulan las acciones individuales no son independientes de los resultados específicos a los que aspira.

Desde esta perspectiva, las normas jurídicas no pueden confiarse a un proceso judicial, ya que tienen que sopesar los intereses particulares que están en juego, de acuerdo con su respectiva importancia, que nada tiene que ver con la justicia en su vertiente particular.

Considera este autor, que el socialismo constituye una rebelión contra la justicia imparcial, que solo considera la conformidad de las acciones individuales con unas normas independientes de un fin particular y que prescinde de su aplicación a los casos particulares, de ahí que el juez socialista sea, en realidad, una contradicción en los términos, puesto que sus condiciones le impedirán la aplicación de los principios generales, que subyacen espontáneos de la actividad humana y, en cambio, le inducirán a tomar en consideración, circunstancias que nada tienen que ver con la justicia, en su aplicación a la conducta individual.

Destaca que la contradicción se disimula mucho con el recurso a la idea de que en lugar de actuar basándose en los principios de conducta individual, su acción podría obedecer a considerarse justicia social, como expresión que describe, precisamente, esa tendencia a obtener resultados particulares para personas o grupos específicos y que no cabe, en absoluto, dentro de un orden espontáneo, destacando, especialmente, los ataques socialistas al derecho de propiedad<sup>1130</sup>.

## **1. EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE SEPARACIÓN DE PODERES Y SU CONEXIÓN CON LA INDEPENDENCIA Y RESERVA DE LA JURISDICCIÓN DEL PODER JUDICIAL**

Nuestro Tribunal Constitucional ha destacado que el Poder Judicial constituye una pieza esencial de nuestro ordenamiento para alcanzar la configuración como Estado de Derecho, y la misma Constitución lo pone gráficamente de relieve al mencionar expresamente del “poder judicial”, mientras que tal calificativo no aparece al tratar de los demás poderes tradicionales del Estado, como son el Legislativo y el Ejecutivo.

El Poder Judicial consiste en la potestad de ejercer la jurisdicción, y su independencia se predica de todos y cada uno de los jueces en cuanto ejercen tal función, quienes precisamente integran el Poder judicial o son miembros de él porque son los encargados de ejercerla. Así resulta claramente del artículo 117.1 de la Constitución, con que se abre el Título VI de la misma dedicado al “Poder Judicial” (STC 108/1986, FJ 6).

La Constitución define con precisión en qué consiste la función o potestad jurisdiccional que reserva a los jueces y tribunales integrantes del poder judicial en su art. 117, a los que garantiza el ejercicio independiente de esa función<sup>1131</sup>.

El art. 117.3 CE dispone que la potestad jurisdiccional se ejerce en todo tipo de procesos que, por axioma, deben cumplir las garantías que les son propias (y que la Constitución protege como derecho fundamental en el art. 24.2).

---

<sup>1130</sup> Friedrich A. Hayek, *Derecho, legislación y libertad. Una nueva formulación de los principios liberales de la justicia y de la economía política*, 2ª edición, Unión Editorial, 2014, pp. 124-154.

<sup>1131</sup> La separación de poderes es un principio esencial de nuestro Constitucionalismo. La idea de que el poder público debe estar dividido en varias funciones, confiadas a autoridades distintas y separadas unas de otras, se encuentra en la raíz del constitucionalismo moderno y en el origen de nuestra tradición Constitucional.

La separación tripartita de los poderes del Estado, legislativo, ejecutivo y judicial, quedó consagrada en la Constitución de Cádiz, promulgada el 19 de marzo de 1812, en términos que resuenan en nuestra Constitución vigente, como nuestro Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de recordar (STC 37/2012, de 19 de marzo, FFJJ 4 y 5).

Dicha potestad consiste en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, reflejando la fórmula acuñada por la Constitución de Cádiz (arts. 242 y 245) y preservada hasta el ordenamiento Constitucional actual por la Ley provisional de la organización judicial de 15 de septiembre de 1870 (vigente hasta su derogación por la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985).

El principio de división y separación de poderes es consustancial al Estado social y democrático de Derecho que hemos adoptado los españoles mediante la Constitución de 1978 (art. 1.1 CE), pues se trata de un principio político y jurídico que impregna la estructura de todos los Estados democráticos.

En efecto, aunque la Constitución de 1978 no enuncia expresamente el principio de separación de poderes, sí dispone que “Las Cortes Generales ejercen la potestad legislativa del Estado” (art. 66.2 CE); que el Gobierno “Ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes” (art. 97 CE); y que “El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes” (art. 117.3 CE); a lo que se añade que “los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de esta a los fines que la justifican” (art. 106.1 CE)<sup>1132</sup>.

De este modo, debe tenerse en cuenta que si bien «la evolución histórica del sistema Constitucional de división de poderes ha conducido a una flexibilización que permite hoy hablar, salvo en reservas materiales de ley y en actividades de pura ejecución, de una cierta fungibilidad entre el contenido de las decisiones propias de cada una de dichas funciones», legislativa y ejecutiva, «a pesar de ello, no puede desconocerse que la Constitución encomienda la potestad legislativa del Estado a las Cortes Generales —art. 66.2— y la ejecución al Gobierno —art. 97— y, por tanto, esta separación deber ser normalmente respetada a fin de evitar el desequilibrio institucional que conlleva la intromisión de uno de dichos poderes en la función propia del otro» (STC 166/1986, FJ 11).

Por otra parte también nuestro Tribunal Constitucional ha recordado que nuestro sistema Constitucional, aparte de la regla de atribución de la potestad reglamentaria en el art. 97 CE, no contiene una “reserva de reglamento”, lo cual no impide, cierto es, que una determinada materia, por su carácter marcadamente técnico, resulte más propio que sea objeto de una regulación por una norma reglamentaria que por una con rango legal (SSTC 18/1982, de 4 de mayo, FJ 3; 76/1983, de 5 de agosto, FJ 24; 77/1985, de 27 de junio, FJ 16, y 104/2000, de 13 de abril, FJ 9). Por lo demás, conforme a lo previsto en el art. 106.1 CE, “el control de legalidad de las normas reglamentarias es también competencia propia de los órganos del poder judicial que pueden, en consecuencia, sea anularlas, sea inaplicarlas, cuando las consideren contrarias a la ley” (STC 209/1987, de 22 de diciembre, FJ 3).

---

<sup>1132</sup> Nuestro Tribunal Constitucional se ha referido reiteradamente al principio de división y separación de poderes (SSTC 108/1986, de 29 de julio, FJ 6; 166/1986, de 19 de diciembre, FJ 11; 123/2001, de 4 de junio, FJ 11; 38/2003, de 27 de febrero, FJ 8; 231/2015, de 5 de noviembre, FJ 4; 33/2019, de 14 de marzo, FJ 3; 149/2020, de 22 de octubre, FJ 4; y 34/2021, de 17 de febrero, FJ 3, por todas), resaltando que se trata de un principio esencial del Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE), como han recordado las SSTC 48/2001, de 26 de febrero, FJ 4, y 124/2018, de 14 de noviembre, FJ 6, que se encuentra estrechamente vinculado a las previsiones del art. 66.2 CE (las Cortes Generales ejercen la potestad legislativa del Estado), del art. 97 CE (el Gobierno dirige la Administración civil y militar y ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria) y del art. 117.1, 3 y 4 CE (independencia de los jueces y tribunales integrantes del poder judicial, que ejercen en exclusiva la potestad jurisdiccional juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, sin perjuicio de las funciones que les puedan ser atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho).

El principio de separación de poderes se completa por la Constitución de 1978 con diversos mecanismos de frenos y contrapesos, así como mediante la distribución territorial del poder y la creación de nuevos órganos constitucionales, en particular el Tribunal Constitucional, al que corresponde, como intérprete supremo de la Constitución (art. 1.1 LOTC), entre otras funciones relevantes, el control de constitucionalidad de las leyes y la resolución de los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas y de los conflictos entre órganos Constitucionales del Estado<sup>1133</sup>.

Este mandato de exclusividad del art. 117.3 CE impide que ningún otro poder del Estado ejerza la potestad jurisdiccional. Y también impide, en sentido inverso, que los jueces y tribunales integrantes del poder judicial ejerzan potestades públicas ajenas a la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

Dicho de otro modo, el principio de exclusividad jurisdiccional es el reverso del principio de reserva de jurisdicción y es corolario de la independencia judicial (arts. 117.1, 124.1 y 127.2 CE). En efecto, el principal rasgo que define a la función jurisdiccional y que la distingue de otras funciones públicas es que ha de ejercerse con independencia y sometimiento exclusivo al imperio de la ley. La independencia es atributo esencial del ejercicio de la jurisdicción, que en exclusiva corresponde a los jueces y tribunales integrantes del poder judicial, y se erige en pieza esencial de nuestro ordenamiento constitucional. Como este tribunal ha señalado, «en un Estado democrático de Derecho, [...] la separación de poderes y el sometimiento de los jueces al imperio de la ley constituye uno de sus pilares básicos» (STC 48/2001, FJ 4)<sup>1134</sup>.

---

<sup>1133</sup> Así, en su STC 124/2018, FJ 6, siendo la forma política de nuestro Estado la monarquía parlamentaria (art. 1.3 CE), las Cortes Generales, que ejercen la potestad legislativa estatal, «tienen, por definición, una posición preeminente sobre el Poder Ejecutivo», si bien ello «ha de conciliarse, como es propio al Estado constitucional y democrático de Derecho (art. 1.1 CE), con el respeto a la posición institucional de otros órganos constitucionales [STC 191/2016, FJ 6 C) c)]. La Constitución establece un sistema de relaciones entre órganos constitucionales dotados de competencias propias (SSTC 45/1986, FJ 4, y 234/2000, FJ 4), un sistema de distribución de poderes que evita su concentración y hace posible la aplicación de las técnicas de relación y control entre quienes lo ejercen legítimamente (ATC 60/1981, de 17 de junio, FJ 4). En definitiva, un entramado institucional y normativo, de cuyo concreto funcionamiento resulta un sistema de poderes, derechos y equilibrios sobre el que toma cuerpo una variable del modelo democrático que es la que propiamente la Constitución asume al constituir a España en un Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE; STC 48/2003, de 12 de marzo, FJ 7). Esta distribución o equilibrio de poderes que, como hemos adelantado, responde a la forma parlamentaria de Gobierno (art. 1.3 CE), y más específicamente, a lo que se ha dado en denominar ‘parlamentarismo racionalizado’ (STC 223/2006, de 6 de julio, FJ 6), la realiza la Constitución en sus títulos III, ‘De las Cortes Generales’, y IV, ‘Del Gobierno’, definiendo, a su vez, el título V, las relaciones entre el Gobierno y las Cortes Generales, que vienen a establecer el sistema de frenos y contrapesos en que consiste la democracia (STC 176/1995, de 11 de diciembre, FJ 2)».

<sup>1134</sup> No otra es la posición adoptada sobre la función jurisdiccional por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que ha venido recordando el papel esencial que juega en toda sociedad democrática el Poder Judicial, como garante de la justicia y del Estado de Derecho. Por ello resulta capital salvaguardar la independencia judicial respecto a los otros poderes del Estado. Advierte así la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo que «[e]l carácter complejo de la relación entre los jueces y el Estado exige que el Poder Judicial esté lo suficientemente alejado de otros poderes del Estado en el ejercicio de sus funciones para que los jueces puedan tomar decisiones basadas *a fortiori* en las exigencias del Derecho y la justicia, sin temer represalias ni esperar favores. Sería ilusorio creer que los jueces pueden defender el imperio de la ley y hacer efectivo el principio del Estado de Derecho si la legislación interna les priva de la protección de la Convención sobre cuestiones que afectan directamente a su independencia e imparcialidad» (SSTEDH de 9 de marzo de 2021, asunto Bilgen c. Turquía, § 79; de 29 de junio de 2021, asunto Broda y Bojara c. Polonia, § 120, y de 15 de marzo de 2022, asunto Grzęda c. Polonia, § 264).

La Constitución de 1978 ha matizado el alcance absoluto del principio de exclusividad jurisdiccional en el art. 117.4 CE, que dispone que «Los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior y las que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho». Esa participación en funciones de garantía de derechos la llevan a cabo los jueces o magistrados en su condición de tales, pero al margen del ejercicio de la potestad jurisdiccional como titulares de un órgano judicial.

La jurisprudencia Constitucional ha declarado que corresponde al legislador Estatal (art. 149.1.5 CE) atribuir a los jueces o magistrados “funciones distintas de la jurisdiccional”, pero “sin que por tal motivo la exclusividad y la independencia de la función jurisdiccional queden menoscabadas” (STC 150/1998, de 2 de julio, FJ 2).

Del mismo modo que la encomienda de esas funciones al Poder Judicial no debe menoscabar las atribuidas constitucionalmente a otros poderes del Estado. Pues, como también se dijo en la citada STC 108/1986, FJ 6, la independencia del Poder Judicial y de sus integrantes que establece la Constitución «tiene como contrapeso la responsabilidad y el estricto acantonamiento de los jueces y magistrados en su función jurisdiccional y las demás que expresamente les sean atribuidas por ley en defensa de cualquier derecho (art. 117.4), disposición esta última que tiende a garantizar la separación de poderes».

Por tanto, no puede olvidarse que la previsión contenida en el art. 117.4 CE, aunque matiza el principio de reserva jurisdiccional (art. 117.3 CE), tiende asimismo a asegurar el principio de separación de poderes, lo que excluye una interpretación extensiva de aquel precepto constitucional que conlleve una desnaturalización del Poder judicial, lo que sin duda acaecería si se entendiese que el legislador puede atribuir a los Jueces y Tribunales, en garantía de cualquier derecho, cualquier tipo de función no jurisdiccional, desbordando los cometidos propios del Poder Judicial. Un entendimiento semejante de lo dispuesto en el art. 117.4 CE debe ser descartado, a fin de evitar el desequilibrio institucional que conllevaría la intromisión del Poder Judicial en las tareas Constitucionalmente reservadas a otro poder del Estado, con la consiguiente quiebra del principio constitucional de separación de poderes, consustancial al Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE), como ya se ha señalado.

Conviene asimismo tener en cuenta la necesidad de acotar las funciones de los distintos poderes del Estado, a fin de evitar fórmulas de actuación que, al involucrar a un poder en las funciones propias de otro, puedan impedir o dificultar la exigencia de las responsabilidades, políticas o jurídicas, que a cada cual correspondan, comprometiendo con ello el principio de responsabilidad de los poderes públicos, proclamado por el art. 9.3 CE y estrechamente vinculado con el principio de división o separación de poderes.

En suma, resulta obligado interpretar estrictamente el art. 117.4 CE, excluyendo, en consecuencia, aquellas interpretaciones extensivas que pudieran conducir a una desnaturalización de la configuración Constitucional resultante del principio de separación de poderes (arts. 66.2, 97, 106.1 y 117 CE y concordantes)<sup>1135</sup>.

---

<sup>1135</sup> Lo expuesto determinó que la STC 70/22 de 22 de junio declarara la inconstitucionalidad y nulidad de los artículos 10.8 y 11.1 i) y del inciso «10.8 y 11.1 i)» del art. 122 *quater* de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, en la redacción dada por la disposición final segunda de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al Covid-19 en el ámbito de la administración de justicia sobre la

## 2. LA INDEPENDENCIA JUDICIAL Y LOS COMPROMISOS INTERNACIONALES

Una de las premisas para garantizar la existencia de un Estado jurídicamente equilibrado es la efectiva separación de poderes, que constituye un principio garantista de proyección funcional, en orden a preservar la imparcialidad del juez en el curso de su actuación jurisdiccional.

De ello debe deducirse que no es un atributo o garantía que se le conceda en consideración a su persona ni para la defensa de su posición funcional sino un requisito inherente a su función, como garante de los derechos e intereses legítimos de las personas que se someten a su jurisdicción como custodio del control de la legalidad de la actuación de los gobernantes.

El principio de la independencia judicial aparece proclamado en declaraciones solemnes del s. XVIII y así lo establecía el art. 5 de la Constitución de Virginia que dice:

“Los poderes legislativo y ejecutivo del Estado deben estar separados y ser distintos del poder judicial”<sup>1136</sup>.

El art. 16 de la Declaración francesa de 1789 reza así:

“Toda sociedad en la que la garantía de los derechos no esté asegurada ni la separación de poderes establecida, no tiene Constitución”<sup>1137</sup>.

Así lo reconocen los diversos textos internacionales como el art. 10 de la Declaración Universal de los derechos humanos de 1948 dice que:

“toda persona tiene derecho en plenitud de igualdad a que su causa sea escuchada equitativa y públicamente por un tribunal independiente e imparcial”.

Prescripción que se repite en el, y en el 6 del Convenio Europeo de los Derechos del Hombre.

Otro texto de referencia es la Recomendación nº (94) 12 del Comité de Ministros de los Estados miembros del Consejo de Europa sobre la independencia, la eficacia y el papel de los jueces,

---

base de quebrantar la separación de poderes y la reserva que la Constitución y los respectivos Estatutos de Autonomía atribuyen al Poder Ejecutivo sin condicionarla al complemento o autorización de los Jueces o Tribunales para entrar para entrar en vigor y desplegar eficacia, bastando para ello la publicación en el correspondiente Diario Oficial, ya que la potestad reglamentaria se residencia en el Ejecutivo de forma exclusiva, excluyente y no compartida y no corresponde a los Jueces y Tribunales integrantes del Poder Judicial inmiscuirse en las tareas Constitucionalmente reservadas a otro poder del Estado, teniendo presente que las medidas generales aprobadas por el Poder Ejecutivo competente constituyen reglamentos urgentes de necesidad que se configuran como válidos pero no son eficaces y por tanto aplicables hasta que no reciben la autorización judicial.

Se destaca, asimismo, que las resoluciones de los Tribunales de Justicia no era objeto de publicación en los diarios oficiales a lo que se añadía que el control judicial preventivo no era exhaustivo de la legalidad de la actuación ni por supuesto cercenaba el derecho a la tutela judicial efectiva, ya que cualquier persona que ostentase un interés legítimo podía impugnar las medias oficialmente ratificadas, estableciendo una especie de control jurisdiccional *ex ante* y abstracto que no encuentra acomodo en el artículo 117. 4 la CE.

<sup>1136</sup> Alexander Hamilton en el documento nº 78 de *El Federalista* subraya que: “no hay libertad si el poder de la justicia no está separado de los poderes legislativo y ejecutivo. La libertad no tendrá nada que temer de la judicatura sola pero sí se tendrá que temer de la unión de esta con cualquiera de los otros departamentos”.

<sup>1137</sup> Aunque se ha visto que, realmente, en Francia lo garantizado realmente es la no separación del poder Ejecutivo y el Judicial.

recogiendo los principios fundamentales aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el mes de noviembre de 1985, relativos a la independencia de la magistratura.

Importante es también la Carta Europea sobre el Estatuto de los Jueces, aprobada en Estrasburgo en 8-7-1998, que deberá ser completada por los trabajos del Consejo Consultivo de Jueces Europeos, organismo compuesto por jueces designados por los Estados miembros del Consejo de Europa y creado en el año 2000 a su iniciativa.

La Unión Europea no ha estado tampoco ausente del debate con la adopción en Niza en el año 2000, de una Carta de Derechos Fundamentales, llamando claramente a la consagración efectiva de la independencia de la justicia.

La Declaración de El Cairo sobre independencia Judicial, redactada durante la Segunda Conferencia Árabe sobre Justicia<sup>1138</sup>, celebrada del 21 al 24 de febrero de 2003, convino:

“Que la judicatura independiente es el pilar más firme que sostiene las libertades civiles, los derechos humanos, los procesos generales de desarrollo, las reformas en los regímenes de comercio e inversión, la cooperación económica regional e internacional y la creación de las instituciones democráticas”.

Esta Declaración de El Cairo reconoce que la causa principal de la falta de independencia judicial es la ausencia de un enfoque institucional en el Poder Judicial, destacando que el nombramiento y la promoción de los jueces ha de basarse en criterios claramente definidos y objetivos, teniendo en cuenta, exclusivamente, su cualificación, integridad, competencia y eficacia, que para ser garantizada es necesario que se lleve a cabo por una autoridad independiente.

Y la Cumbre Judicial Iberoamericana, en la ciudad de San Francisco de Quito, República de Ecuador en 2018 declaró:

---

<sup>1138</sup> Como señala Sandra Day O’Connor casi todas las Constituciones del mundo árabe garantizan la independencia judicial: por ejemplo la Constitución del Reino de Bahrein dispone en el art. 104 que: “el honor de la judicatura, y la integridad e imparcialidad de sus jueces es la base del gobierno y la garantía de los derechos y libertades. Ninguna autoridad podrá prevalecer sobre un fallo pronunciado por un juez y en ninguna circunstancia se podrá interferir con la causa de la justicia. La ley garantiza la independencia de la rama judicial...”. El art. 65 de la Constitución de la República Árabe de Egipto, dentro del T. IV dedicado a la soberanía de la ley, estipula que: “El Estado está sometido a la ley. La independencia e inmunidad de la judicatura son dos garantías fundamentales para salvaguardar los derechos y las libertades”. La Constitución del Reino Hachemita de Jordania dedica al Poder Judicial su cap. Seis, y proclama en el art. 97 que: “Los jueces son independientes y en el ejercicio de sus funciones judiciales no están sujetos a ninguna otra autoridad que no sea la de la ley”. La Constitución de la República Tunecina, que dedica el cap. IV al Poder Judicial, señala en su art. 65 que “La autoridad judicial es independiente; los magistrados no están sometidos en el ejercicio de sus funciones más que a la autoridad de la ley». En los art. 66 y 67 se prevé que los magistrados son nombrados por decreto del Presidente de la República a propuesta del Consejo Superior de la Magistratura... que vela por el mantenimiento de las garantías establecida respecto a los magistrados sobre nombramiento, ascenso, traslado y disciplina. La Constitución del Reino de Marruecos denomina su T. VII «De la Justicia», y prescribe en su art. 82 que “La autoridad judicial es independiente del poder legislativo y del poder ejecutivo”. En el 84, que “Los magistrados son nombrados por dahir a propuesta del Consejo Superior de la Magistratura”. Y en el 85, se señala que “Los magistrados serán inamovibles”. Concluyendo en el art. 87 que “El Consejo Superior de la Magistratura vela por la aplicación de las garantías concedidas a los magistrados en cuanto a su ascenso y disciplina”. Sandra Day O’Connor, Juez del Tribunal Supremo de los EEUU desde el 25-9-81, propuesta por el presidente Reagan. «La importancia de la Independencia Judicial». Cit. Francisco Monterde Ferrer, “La independencia del poder judicial”, *Diario la ley*, número 9816, Sección Justicia y Sociedad de 23 de marzo de 2021.

“Que las presidentas y los presidentes de las Cortes y Tribunales Supremos y Nacionales, y de los Consejos de la Magistratura que conforman la Cumbre Judicial Iberoamericana, proclaman los siguientes:

I. POSTULADOS GENERALES. Como presupuestos de un Estado de Derecho y de una sociedad democrática es preciso que se reconozcan, declaren, promuevan y respeten los derechos fundamentales; Afirmando que la delimitación de competencias y funciones entre las diferentes autoridades al interior de los Estados, con efectivos controles internos y recíprocos, reconociendo una plena participación democrática de la ciudadanía, alternancia en el poder de las autoridades políticas y un ejercicio de las funciones públicas de manera responsable, ajustada a la legalidad, con transparencia, rendición de cuentas y probidad, junto a una administración de justicia objetivamente independiente, subjetivamente imparcial, funcionalmente autónoma y éticamente proba, entre otros presupuestos, es indispensable para reconocer la vigencia efectiva de un Estado de Derecho.

II. INDEPENDENCIA JUDICIAL. Insistimos, las veces que sea necesario, que el interés del juzgador debe estar centrado y determinado por el respeto al ordenamiento jurídico; no es posible pueda obtener beneficio personal o institucional alguno; de estar presente una sombra de duda sobre su imparcialidad, debe inhabilitarse. Compartimos que «la imparcialidad exige que el juez que interviene en una contienda particular se aproxime a los hechos de la causa careciendo, de manera subjetiva, de todo prejuicio y, asimismo, ofreciendo garantías suficientes de índole objetiva que permitan desterrar toda duda que el justiciable o la comunidad puedan albergar respecto de la ausencia de imparcialidad». El juez debe aparecer «actuando sin estar sujeto a influencia, aliciente, presión, amenaza o intromisión, directa o indirecta, sino única y exclusivamente conforme a —y movido por— el Derecho» (Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela. Sentencia 05.08.2008, párrafo 56 y Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Barreto Leiva vs. Venezuela, Sentencia de 17.11.2009<sup>1139</sup>).

Como se acaba de ver, antes de 1950 ya existían declaraciones y tratados internacionales que afectaban a los derechos humanos pero tras la desastrosa experiencia de la II Guerra Mundial resultó manifiesta la estrecha relación entre el Estado democrático de Derecho y el respeto de los derechos humanos, entre el reconocimiento y protección de esos derechos y la estabilidad interna de un país, considerándose que la situación de los derechos humanos no era, exclusivamente, un problema interno como desde el S.XIX se venía creyendo sino que afectaba directamente a las relaciones

---

<sup>1139</sup> III. ADHESION A LAS DECLARACIONES DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE INDEPENDENCIA JUDICIAL. Reconocemos, en procura de esta tranquilidad de quienes imparten justicia, pero igualmente de quienes colaboran y realizan otras funciones de relevancia en vinculación a ella, que es indispensable destacar, robustecer y desarrollar en el ámbito de la Cumbre Judicial Iberoamericana la Declaración de Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura, adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, y confirmados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32 de 29 de noviembre de 1985 y 40/146 de 13 de diciembre de 1985; Adherimos a la expresión de motivos de tal declaración, en cuanto expresa: Independencia de la judicatura 1. La independencia de la judicatura será garantizada por el Estado y proclamada por la Constitución o la legislación del país. Todas las instituciones gubernamentales y de otra índole respetarán y acatarán la independencia de la judicatura. 2. Los jueces resolverán los asuntos que conozcan con imparcialidad”.

internacionales y a la postre, a la paz mundial.

Por la acreditada falta de mecanismos para hacer eficaz el respeto los derechos humanos en el ámbito interno por parte de los Estados se firmó el Convenio Europeo de Derechos Humanos pero no como hasta entonces, con meros efectos programáticos o declarativos sino con plenos efectos jurídicos.

El Convenio Europeo de Derechos Humanos supone la garantía internacional de protección de determinados derechos fundamentales, mediante la asunción por los Estados Partes en el tratado internacional, de unas obligaciones que pueden ser exigidas no solo por los Estados contratantes particulares sino con la garantía complementaria y no sustitutiva de la obligación de protección, que incumbe a todos los Estados de Derecho, condición *sine qua non* la del respeto de los derechos humanos, precisa para ser admitido como miembro del Consejo de Europa.

España, firmó y ratificó, a finales de la década de los 70 del siglo pasado, las disposiciones del Convenio que son autoejecutivas y cualquier persona puede invocarlas ante los Tribunales y Autoridades administrativas directamente para reclamar su cumplimiento, ya que forman parte del ordenamiento interno, según se deduce del artículo 96.1 de la Constitución Española.

Fue a causa de la insuficiencia del sistema doméstico de protección interna de los derechos fundamentales, de donde surgió la necesidad de complementar por medios supranacionales de control, que obligaran a los Estados a respetar, realmente, los derechos humanos, motivo por el que se otorgó eficacia jurídica a este Convenio y a sus órganos<sup>1140</sup>.

El artículo 10 de nuestra Constitución Española de 1978 señala que la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y de los derechos de los demás son el fundamento del orden político y de la paz social. Las normas relativas a los derechos fundamentales y las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

Se quiere destacar el paso de gigante, que no se puede ignorar por parte de los jueces ni de las autoridades españolas, que supuso el efecto jurídico de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, y que no se pueden ignorar por la autoridades y funcionarios responsables o su efecto equivalente de no aplicación o ignorancia.

No debemos olvidar que el mundo de los juristas es el del deber ser, motivo por el cual, los jueces se pronuncian a través de sentencias declarativas, de conformidad o disconformidad a Derecho, constitutivas o de condena, ya que para lo que la sociedad los creó fue para constatar determinada realidad, tras pasarla por el tamiz del ordenamiento jurídico.

Ya el Código Civil tuvo que señalar que la ignorancia de las leyes no exime de su cumplimiento, lo que en aquella época iba destinado a la ciudadanía, pero en el caso de tratados internacionales, con efectos jurídicos vinculantes, también debe predicarse de los Estados contratantes y, por ello, los Estados contratantes deben amoldar su conducta a los mismos.

De lo expuesto podría deducirse que vivimos en un Estado de Derecho, en el que parece que no

---

<sup>1140</sup> José María Morenilla Rodríguez, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos: ámbito, órganos y procedimiento*, Ministerio de Justicia, 1985, pp. 19- 22.

se hace lo que prescriben las normas jurídicas, cuya claridad e interpretación es explícita.

Destacan los ingleses que de poco vale tener una Constitución y los derechos fundamentales claramente plasmados por escrito en un libro muy bien encuadernado, previamente votado si, posteriormente, esta mentalidad no se siente y practica por la ciudadanía y los poderes públicos, motivos que considero constituyen la razón, por la que entiendo que se trata de un ejemplo a seguir dentro del Constitucionalismo y del respeto de los derechos humanos.

Debemos ir haciendo los cálculos de las exigencias que establecen los tratados internacionales que resultan obligatorios para España, la actuación de nuestro Estado en el campo de los derechos humanos y la función que debe desempeñar el Poder Judicial dentro del Estado de Derecho para poder ser calificado como tal. Y conexo con lo anterior, preocuparnos por el estatuto de los jueces, que afecta a estos elementos de consideración política.

En el informe de GRECO del Consejo de Europa de 2018 se pide a España una reforma del modo de designación de los miembros del C.G.P.J. basado en un consenso Parlamentario, de forma que los doce miembros de procedencia judicial sean directamente elegidos por los Jueces, con un refuerzo de las condiciones de la Carrera judicial, mejorando los procesos de nombramiento y promoción, y reconsiderando la relación entre política y justicia, con supresión de los nombramientos de jueces por los Parlamentos regionales.

Una de las modificaciones claves consiste en que los doce miembros del Consejo de procedencia judicial sean elegidos directamente por sus pares y la necesidad de que las autoridades políticas no intervengan en ninguna fase del proceso de selección de los miembros de la judicatura.

Es necesario, no solo para remediar las críticas vertidas actualmente en el mismo seno de la Carrera judicial sino también para fortalecer la confianza de los ciudadanos en el sistema judicial en su conjunto, constatándose que nada se ha avanzado en la Recomendación VI relativa a la regulación de los nombramientos de altos cargos judiciales, que no ha sido cumplida, al no haberse incluido en la regulación legal, los criterios objetivos que habían de implantarse.

Las sentencias a que se va a hacer referencia van más allá, y de meros consejos o recomendaciones, los transforman en razones jurídicas de decisión en el campo de los derechos humanos y de esencia propia del Estado de Derecho, por la importancia que desempeña la independencia judicial en su concepción de Estado de tal carácter.

Como expuso en su día el maestro García de Enterría<sup>1141</sup>, la primera gran cuestión que hemos de tener clara las personas que vivimos al amparo organizativo del Estado Social de Derecho, es que no cabe contraponer el principio democrático con el de legalidad. Ninguna autoridad puede invocar su origen democrático para infringir la ley, toda vez que la primera aplicación del principio democrático es ser gobernado por las leyes y no por los hombres, como recoge el Preámbulo de nuestra Constitución de 1978.

*Iustitia est fundamentum Regnorum* se ha dicho siempre y con toda razón, puesto que si no funciona la Justicia, nada puede funcionar correctamente en un país .

No debería, por tanto, existir ninguna razón para que un país civilizado, económica y culturalmente avanzado como es España, ocupe números cercanos al 60 en el ranking mundial de

---

<sup>1141</sup> Cit. José Bermejo Vera (Director), *Derecho Administrativo. Parte Especial*, Madrid, 1993, preámbulo.

independencia judicial, detrás de países de tan larga tradición jurídica como Namibia, Zambia o Nigeria, y el 30 en el de corrupción.

Se dice que se quiere situar a España dentro del Mundo pero las instituciones europeas han dictado distintas resoluciones en el ámbito de la Justicia, que deliberada y pertinazmente no se cumplen.

Se señala en los textos legales y en la jurisprudencia que se ha señalado, que la independencia externa de los Jueces no constituye una prerrogativa o un privilegio establecido en su interés personal sino en favor del Estado de Derecho y del de toda persona que demanda una Justicia imparcial.

Este apartado se ha ocupado de señalar, que no solo por los acuerdos alcanzados en el seno el Consejo de Europa sino porque tales se utilizan para resolver con relación a posible vulneración de los derechos humanos, el órgano de gobierno de los jueces debe estar mayoritariamente formado por jueces elegidos por los propios jueces, señalando nuestro Tribunal Constitucional que los Vocales que nombran las Cámaras parlamentarias, es decir los 8 restantes, no pueden llevarse a cabo de acuerdo la proporción existente en tales Cámaras sino en la sociedad, sin que sea admisible, Constitucionalmente, que se conozca el nombre del Presidente del CGPJ antes de que se conozca el nombre de los Vocales y sin que se puedan aplicar a fijar directrices o cualquier otro tipo de indicación o recomendación por parte de los partidos políticos o cualquier fuerza política o social, con o sin representación Parlamentaria.

Pero es más, de acuerdo con los principios de *natural justice* o de simple lógica, si el órgano de gobierno de las Cortes Generales se encuentra en la Mesa de cada una de sus Cámaras, que ha sido nombrada por la propia Cámara, y el órgano de gobierno del propio Gobierno, en sus cuestiones domésticas, lo lleva a cabo el propio Gobierno, y siendo un principio democrático que los gobernantes sean elegidos por los gobernados, si el Poder Judicial recae, exclusivamente, en los jueces ( manifestar otra cosa sería contraria al Estado de Derecho) , podría considerarse, de acuerdo principios expuestos, que todos los miembros del órgano de gobierno de los jueces deben ser elegidos por los jueces o plantearse, igualmente, órganos de composición mixta para el resto de poderes del Estado Democrático de Derecho.

#### **A. LA ELECCIÓN DE LOS MIEMBROS DEL ÓRGANO DE GOBIERNO DE LOS JUECES SEGÚN EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS:SU INCIDENCIA EN EL ESTATUTO DE LOS JUECES, EN EL ESTADO DE DERECHO Y EN LAS SENTENCIAS QUE ESTOS DICTAN**

La sentencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 6 de noviembre de 2018, en el caso *Nunes de Carvalho e Sá c. Portugal*, ratifica la previa de la Sección Cuarta de este Tribunal, y considera que se vulnera el derecho al proceso debido cuando lo decidido por el órgano de gobierno de los jueces no puede ser sometido a la plena jurisdicción de los hechos y del Derecho ante un órgano judicial, ante el que el juez sancionado debe tener la posibilidad de defenderse de las imputaciones en una audiencia pública, proponiendo las pruebas oportunas.

La sentencia de la Sección Cuarta, sobre la que se resuelve el recurso, razonaba ampliamente, también, sobre la necesidad de que el órgano de gobierno de los jueces debía formarse,

mayoritariamente, por jueces elegidos por los propios jueces, de acuerdo con las Recomendaciones y normativa que sobre tal cuestión se había acordado en el seno del Consejo de Europa<sup>1142</sup>, lo que determinaba, junto con las anteriores exigencias, la vulneración de los derechos fundamentales contenidos en el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>1143</sup>.

La sentencia de la Gran Sala, aunque formalmente dice que no puede entrar en el debate referido a la composición del órgano de gobierno de los jueces de Portugal, al considerar que la demandante

---

<sup>1142</sup> Por la importancia que tiene en el tema que tratamos, lo transcribimos en la lengua oficial francesa:

“75. La Cour a déjà dit que la présence parmi les membres d'un tribunal de magistrats occupant au moins la moitié des sièges, dont celui de président avec voix prépondérante, donne un gage certain d'impartialité (Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique, 23 juin 1981, § 58, série A no 43, et Oleksandr Volkov, précité, § 109). Il y a lieu de noter qu'en ce qui concerne les procédures disciplinaires dirigées contre des juges, la nécessité qu'un nombre important des membres de l'organe disciplinaire soient eux-mêmes juges est reconnue par la Charte européenne sur le statut des juges (paragraphe 42 ci-dessus) aussi bien que par les avis de la Commission de Venise (paragraphe 43 ci-dessus). La Cour note que la Recommandation CM/Rec(2010)12 du Comité des Ministres aux États membres du Conseil de l'Europe sur les juges, adoptée par le Comité des Ministres le 17 novembre 2010, recommande que l'autorité compétente en matière de sélection et de carrière des juges soit indépendante des pouvoirs exécutif et législatif. Pour garantir son indépendance, au moins la moitié des membres de l'autorité devraient être des juges choisis par leurs pairs (paragraphe 38 ci-dessus). Elle note de surcroît la recommandation no 6 du rapport d'évaluation du Portugal du Groupe d'États contre la corruption (GRECO), adoptée le 4 décembre 2015, d'inscrire dans la loi qu'au moins la moitié des membres du CSM doivent être des juges choisis par leurs pairs (paragraphe 48 ci-dessus). Le Conseil consultatif de juges européens a adopté, lors de sa 11e réunion plénière (17-19 novembre 2010), une Magna Carta des juges, qui dispose notamment que le Conseil doit être composé soit exclusivement de juges, soit au moins d'une majorité substantielle de juges élus par leurs pairs (paragraphe 49 ci-dessus).76. Pour les besoins des présentes requêtes, la Cour examinera les griefs de la requérante portant sur l'indépendance et l'impartialité du Conseil supérieur de la magistrature à la lumière des principes susmentionnés. 77. La Cour note que, en vertu de l'article 218 § 1 de la Constitution, le Conseil supérieur de la magistrature est composé de dix-sept membres nommés par différents organes. Il faut souligner ici que deux de ces membres sont nommés directement par le Président de la République, sept autres par l'Assemblée de la République, et sept autres élus par les juges parmi leurs pairs. Comme l'observe le Gouvernement, le CSM dans sa composition normale est constitué de huit juges (dont le président qui dispose d'une voix prépondérante) et de neuf membres non-juges (paragraphe 37 ci-dessus). Aux yeux de la Cour, il s'ensuit que l'effet des principes régissant la composition de ce conseil a été qu'il peut être constitué en majorité de membres non judiciaires nommés directement par les autorités exécutives et législatives.78. L'analyse du procès-verbal des délibérations du Conseil supérieur de la magistrature du 10 janvier 2012 amène la Cour à constater que, parmi les quinze membres du Conseil supérieur de la magistrature qui ont tranché l'affaire de la requérante (portant sur la requête n° 57728/13), six seulement étaient des juges (paragraphe 15 ci-dessus). La Cour remarque en outre que la délibération du 11 octobre 2011 a été prise avec la présence de douze des dix-sept membres du CSM, dont sept étaient des juges, y compris le président du CSM, et cinq étaient des non-juges (paragraphe 24 ci-dessus) et que celle du 10 avril 2012 a été prise elle aussi avec une majorité de membres juges du fait de l'absence d'un nombre important des membres non-juges du CSM (paragraphe 31 ci-dessus)[2]. La décision du 30 septembre 2014 fut prise avec la présence de douze des dix-sept membres du CSM dont sept étaient des juges, y compris le président du CSM, et cinq étaient des non-juges, la majorité de juges étant due à l'absence de quatre membres non-juges (paragraphe 36 ci-dessus).79. La Cour conclut que si, dans la plupart des cas, les juges formaient une majorité des membres de la formation qui a examiné l'affaire de la requérante, lors des délibérations du 10 janvier 2012 ils en ont pourtant été minoritaires. La Cour estime que cette situation, au sein du Conseil supérieur de la magistrature portugais, est problématique au regard de l'article 6 § 1 de la Convention (voir, mutatis mutandis, Oleksandr Volkov, précité, § 111)[3]. Elle note par ailleurs avec appréhension que, dans le système juridique portugais, la loi ne formule aucune exigence particulière portant sur la qualification des membres non-juges du CSM.80. Au vu de ce qui précède, la Cour considère que l'indépendance et l'impartialité du Conseil supérieur de la magistrature peuvent être sujettes à caution”.

<sup>1143</sup> Ese mismo día dictó otra sentencia la Sección Cuarta del TEDH, igualmente estimatoria, en los procedimientos 9023 y 78077/13, en que las recurrentes eran igualmente dos juezas portuguesas, que habían sido sancionadas disciplinariamente por el Consejo Superior de la Magistratura señalando, igualmente, que la Corte Suprema de Justicia de Portugal no era competente para revisar hechos fijados por parte del Consejo Superior de la Magistratura sino exclusivamente para enjuiciar su tipicidad y proporcionalidad, revisión limitada por la que se produjo una violación del Artículo 6 § 1 de la Convención, debido a un control insuficiente por parte de la Corte de Portugal.

formuló la queja relativa a la falta de independencia e imparcialidad de forma extemporánea; de lo razonado por el juez portugués en el voto particular concurrente y de lo expuesto por los 6 jueces en su voto particular, en parte disidente<sup>1144</sup>, se puede deducir, que tal exigencia de los órganos de gobierno de los jueces es insoslayable en el ámbito del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

La STS de 21 de enero de 2010, rec. 4265/2004 señala, de acuerdo con constante jurisprudencia, que los argumentos jurídicos no integran la pretensión ni constituyen en rigor cuestiones sino el discurrir lógico jurídico de las partes, de forma que los argumentos jurídicos no plantean problemas de desviación procesal, ya que el objeto del recurso es la pretensión que se puede basar en argumentos jurídicos que no plantean problemas de desviación procesal<sup>1145</sup>.

---

<sup>1144</sup> 9. “Or en réalité, la Grande Chambre a estimé dans la présente affaire qu’elle ne pouvait plus examiner la présence éventuelle de telles défaillances en raison de l’application de la règle des six mois (paragraphe 107). Elle n’a donc pas validé de manière générale la structure et le fonctionnement du CSM, elle a laissé la porte ouverte à de futurs griefs quant à de possibles « défaillances structurelles » de cet organe”.

<sup>1145</sup> Señala la referida sentencia que: “la demandante no invocaba en su demanda, ni tampoco en su escrito de conclusiones, que los incrementos de los recargos fueran superiores al límite máximo que para los precios de las matrículas estableció el Consejo de Universidades» (pág. 7); que «la *ratio decidendi* de la sentencia se fundamenta en la vulneración» de «dicho límite máximo que», a juicio de la Sala de instancia, «impone el art. 54.3.b)» de la L.R.U. (pág. 7); que «la actora no alegó, como motivo de impugnación, la vulneración del art. 54.3. b)», por lo que la Sala de instancia, para fundar su decisión en el mismo, «debía de haber utilizado la potestad que le confiere» el art. 33.2 de la LJCA (pág. 7); y, en fin, que el principio *iura novit curia* «no puede prevalecer sobre el de tutela judicial efectiva» (pág. 11).

Para fundar la existencia de la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva, la recurrente cita la jurisprudencia contenida en la STC 113/1999 en torno a la incongruencia *extra petitum*, que es la que considera que ha tenido lugar en el presente supuesto. No obstante, más recientemente, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre «la denominada incongruencia por exceso o *extra petitum*, que se produce cuando el órgano judicial concede algo no pedido o se pronuncia sobre una pretensión que no fue oportunamente deducida por los litigantes, e implica un desajuste o inadecuación entre el fallo o la parte dispositiva de la resolución judicial y los términos en que las partes formularon sus pretensiones», haciendo las siguientes precisiones de interés para la resolución del presente motivo: «En este sentido ha de recordarse que el principio *iura novit curia* permite al Juez fundar el fallo en los preceptos legales o normas jurídicas que sean de pertinente aplicación al caso, aunque los litigantes no las hubieren invocado, y que el juzgador sólo está vinculado por la esencia y sustancia de lo pedido y discutido en el pleito, no por la literalidad de las concretas pretensiones ejercitadas, tal y como hayan sido formuladas por los litigantes, de forma que no existirá incongruencia *extra petitum* cuando el Juez o Tribunal decida o se pronuncie sobre una de ellas que, aun cuando no fuera formal y expresamente ejercitada, estuviera implícita o fuera consecuencia inescindible o necesaria de los pedimentos articulados o de la cuestión principal debatida en el proceso. Más concretamente, desde la perspectiva constitucional, este Tribunal ha venido declarando reiteradamente que, para que la incongruencia por exceso adquiera relevancia constitucional y pueda ser constitutiva de una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), se requiere que la desviación o desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes hayan formulado sus pretensiones, por conceder más de lo pedido (*ultra petitum*) o algo distinto de lo pedido (*extra petitum*), suponga una modificación sustancial del objeto procesal, con la consiguiente indefensión y sustracción a las partes del verdadero debate contradictorio, produciéndose un fallo extraño a las respectivas pretensiones de las partes, de forma que la decisión judicial se haya pronunciado sobre temas o materias no debatidas oportunamente en el proceso y respecto de las cuales, por consiguiente, las partes no tuvieron la oportunidad de ejercitar adecuadamente su derecho de defensa, formulando o exponiendo las alegaciones que tuvieran por conveniente en apoyo de sus respectivas posiciones procesales» [STC 44/2008, de 10 de marzo, FJ 2 b); en el mismo sentido, SSTC 278/2006, de 25 de septiembre, FJ 3 d); y 116/2006, de 24 de abril, FJ 8; y ATC 310/2006, de 25 de septiembre, FJ 3 ].

La STSJ de Extremadura 244/2010 de 29 de junio, recogiendo esta jurisprudencia señala que respecto de las alegaciones que de desviación procesal se vierten en la apelación ha de decirse que las mismas han de desestimarse, con base en lo razonado en la STC 85/2006 de 27 de marzo (recurso 2938/2001), que es además una doctrina muy repetida en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativo, que el derecho a la tutela judicial efectiva garantizado por el art. 24.1 de la CE tiene como uno de sus contenidos esenciales el acceso a la jurisdicción, sin limitación de garantías ni impedimento para alegar y demostrar en el proceso lo que se estime oportuno (por todas STC 30/1984, y así lo hemos reiterado al

La sentencia de la Sección Cuarta, tanto en la mención del Derecho que se entendía relevante para decidir, como el que se utiliza efectivamente y como también se menciona en el voto particular concurrente del juez Pinto de Alburquerque de la Gran Sala, apelan a los propios documentos y acuerdos adoptados en el seno del Consejo de Europa, más en concreto a la Comisión Europea para la Democracia y el Derecho, Comisión de Viena de 2007, al Comité de Ministros del Consejo de Europa y al Consejo Consultivo de Jueces europeos, estos últimos del año 2010.

Tales Acuerdos establecen que debe existir un órgano de gobierno del Poder Judicial distinto de los poderes Legislativos y Ejecutivos, formados mayoritariamente por jueces elegidos por los propios jueces y cuya ausencia puede provocar, cuando menos, poniendo esta cuestión en relación con otras circunstancias, que se considere una vulneración del derecho al proceso debido contenido en el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Se razona, en el caso, que no solo se tiene en cuenta el derecho fundamental en cuestión sino que al tratarse del estatuto judicial, las consideraciones afectan al propio Estado de Derecho, dado que consideran, que lo que está en juego es la confianza pública en el funcionamiento e independencia del poder judicial, que en un Estado democrático garantiza la existencia misma del Estado de Derecho<sup>1146</sup>.

Se dice también que no es una cuestión allende al tema que nos ocupa, si el estatuto judicial afecta a la independencia judicial y esta al Estado de Derecho, por los efectos que puede tener la conformación del órgano de gobierno de los jueces en la resoluciones que dictan los jueces, que es una cuestión sobre la que también se razona en las sentencias.

---

pronunciarnos en relación a la naturaleza revisora de la jurisdicción contenciosa- administrativa (STC 98/92 y 160/2001), lo que aparecía en el art. en el art. 69 de la Ley del 56 y hoy en el art. 56.1 de la LJCA, que establece que en los escritos de demanda se consignarán las pretensiones que se deduzcan, en justificación de los cuales podrán alegarse cuantos motivos procedan, aunque no se hubiesen expuesto en el previo recurso de reposición o con anterioridad a este.

<sup>1146</sup> Señala la sentencia de la Gran Sala a que vamos a hacer mención, en el apartado 196, que observa que las decisiones del CSM (Consejo Superior de la Magistratura Portuguesa) fueron impugnadas ante la sección de litigios del Tribunal Supremo. Primero, considera que la revisión de una decisión que impone una sanción disciplinaria difiere del control de una decisión administrativa que no incluye tal aspecto punitivo. En segundo lugar, señala que el procedimiento disciplinario en cuestión se refería a un juez. Al respecto, enfatiza que incluso si no se encuentran dentro del alcance de la ley penal del Artículo 6, las sanciones disciplinarias pueden tener graves consecuencias para la vida y la Carrera de los jueces. Es probable que los hechos alegados contra la demandante terminen en su despido o suspensión, es decir, en sanciones muy graves de carácter infame (véase, *mutatis mutandis*, Grande Stevens y otros v. Italia, núm. / 10 y 4 otros, § 122, 4 de marzo de 2014). De conformidad con los principios generales establecidos anteriormente y teniendo en cuenta los objetivos de la política perseguida por la legislación aplicable en este ámbito (véase el párrafo 180 anterior), el Tribunal considera que la revisión judicial ejercida debe ser apropiada para el objeto de la controversia. Es decir, en el presente caso la naturaleza disciplinaria de las decisiones administrativas en cuestión.

Esta consideración es aún más válida para los procedimientos disciplinarios contra jueces, quienes deben gozar del respeto necesario para el desempeño de sus funciones. Cuando un Estado miembro inicia tales procedimientos disciplinarios, lo que está en juego es la confianza pública en el funcionamiento y la independencia del poder judicial, que en un Estado democrático garantiza la existencia misma del Estado de Derecho. Además, el Tribunal destacó la creciente importancia de la separación de poderes y la necesidad de preservar la independencia del poder judicial (Prager y Oberschlick v. Austria, 26 de abril de 1995, § 34, Serie A no 313, Kudechkina v. Rusia, No. 29492/05, § 86, 26 de febrero de 2009, y el mencionado Stafford, § 78, Kleyn, § 193, y Baka, §165).

Las sentencias se refieren, exclusivamente, al ámbito disciplinario judicial pero dadas las consecuencias que de las mismas se extraen, por afectar al estatuto de los jueces, tienen consecuencias en la propia esencia del Estado de Derecho, en función de la necesaria independencia judicial.

Lo expuesto considero que nos obliga a pensar, que los mencionados razonamientos se deben hacer extensibles al resto de elementos que configuran el estatuto judicial, especialmente, a la propia dinámica de la Carrera judicial: a los nombramientos que realiza el Consejo General del Poder Judicial en España y al propio ascenso a la categoría de magistrado del Tribunal Supremo.

Mayormente porque en España, a diferencia de Portugal, el ingreso en la categoría de Magistrado del Tribunal Supremo no se verifica a través de un órgano técnico, extremo más que sospechoso de los efectos que esa falta de independencia e imparcialidad puede producir, tanto en el ámbito de los derechos humanos de los jueces ( art. 23 del CE, en relación con el art. 10 citado) como a la esencia, estructura y calificación de nuestro Estado de Derecho, ya que el ingreso y promoción de la misma, en otras escalas de la Carrera, sí que se confía a órganos técnicos.

La sentencia de la Gran Sala del Tribunal de Unión Europea de 24 de junio de 2019 decidió que la República de Polonia había incumplido con las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 19 del Tratado, apartado 1º, párrafo segundo de la UE al prever, por un lado, la jubilación de los jueces del Tribunal Supremo a los jueces de ese tribunal en ejercicio nombrados con anterioridad al 3 de abril de 2018 y otorgando al Presidente de la República, la facultad discrecional para prorrogar la función jurisdiccional en activo de los jueces, una vez alcanzada la nueva edad de jubilación.

Este resultado se alcanza sobre la base de considerar que la necesaria independencia judicial constituye una de las exigencias del Estado de Derecho, que asumen los Estados miembros al integrarse en la Unión Europea, siendo además los jueces nacionales también del Derecho Comunitario, destacando las obligaciones internacionales existentes sobre la materia y las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva<sup>1147</sup>.

---

<sup>1147</sup> El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha considerado en su sentencia de 6 de noviembre de 2021 (asunto C-748/2019), al resolver una cuestión prejudicial respecto de Polonia, que no puede permitirse, en contra de los principios del Derecho de la Unión (art. 19 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y Directiva 2016 / 342 del Parlamento y del Consejo de 9 marzo), que el Ministro de Justicia pueda disponer, en cualquier momento y sin tener que motivar su decisión, la revocación de una comisión de servicios en un tribunal superior de lo Penal, con independencia de que se hubiese concedido por tiempo determinado o indefinido por exigencias de la debida independencia judicial, que obliga a que las normas relativas a la adscripción de los jueces en comisión de servicios cuenten con las garantías necesarias de imparcialidad, para evitar que la comisión de servicios se utilice como medio para controlar políticamente el contenido de las resoluciones judiciales. El 16 de febrero de 2022, el TJUE falló los asuntos C-156/21, Hungría/Parlamento y Consejo, y C-157/21, Polonia/Parlamento y Consejo.

El 16 de diciembre de 2020, el Parlamento y el Consejo adoptaron un Reglamento que establece un régimen general de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión en caso de vulneración de los principios del Estado de Derecho en un Estado miembro. Para lograr este objetivo, el Reglamento permite al Consejo, a propuesta de la Comisión, adoptar medidas de protección como la suspensión de los pagos a cargo del presupuesto de la Unión o la suspensión de la aprobación de uno o más programas a cargo de dicho presupuesto. Hungría y Polonia interpusieron sendos recursos ante el Tribunal de Justicia solicitando la anulación de este Reglamento y fundamentaban sus recursos respectivos, entre otros argumentos, en la falta de una base jurídica adecuada en los Tratados UE y FUE; en la elusión del procedimiento previsto en el artículo 7 TUE, en el hecho de que la Unión se excedió en sus competencias, y en la vulneración del principio de seguridad jurídica. El Tribunal de Justicia recuerda que el respeto por parte de los Estados miembros de los valores comunes en los que se fundamenta la Unión, que han sido identificados y son compartidos por esos Estados y que definen la identidad misma de la Unión como ordenamiento jurídico común a tales Estados, entre ellos el Estado de Derecho y la solidaridad, justifican la confianza mutua entre dichos Estados. Así, dado que el respeto de tales valores constituye un

Para la adopción de dicha resolución se consideró relevante que 15 de los miembros de ese Consejo Nacional del Poder Judicial, previsto por el art 187 de su Constitución que deben ser electos entre jueces, de los 27 que lo integran, ya no eran elegidos por sus homólogos sino por la Dieta<sup>1148</sup>, destacando también que, en cualquier caso, sus dictámenes deben ser lo suficientemente transparentes, objetivos y verificables.

El 8 de abril de 2020, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ordenó suspender las respectivas disposiciones legales nacionales sobre las competencias de la Sala Disciplinaria del Tribunal Supremo de Polonia, al considerar que no era independiente.

La “Plataforma Cívica” para la independencia judicial española considera que el sistema de contrapesos del Estado de Derecho no funciona ni en Polonia ni en España, ya que mientras que en aquella, no todos los miembros son dependientes del Legislativo, sí lo son en España y sobre la prueba e importancia de lo que se dice, destaca el *whatsapp* del senador del PP, Ignacio Coixidó en noviembre de 2018, en que señalaba, con toda claridad, que tal elección Parlamentaria supondría una dependencia de los partidos políticos<sup>1149</sup>.

El acceso a la Carrera Judicial en España carece, por su multiplicidad, de parangón con el resto de profesiones jurídicas pública.

Para ser letrado de las Administraciones Públicas, Notario, Registrador de la Propiedad o funcionario público existe, solamente como formas de acceso, la oposición o el concurso oposición.

Sin embargo, puede ser Juez, quien antes ha ejercido cualquier otra profesión jurídica, sin realizar ninguna oposición, y, a diferencia del resto de poderes del Estado, sus miembros no se fijan sus propias retribuciones, ya que no tienen capacidad ni para comprar un solo bolígrafo que necesiten para el ejercicio de su función, puesto que necesitan pedírselo al Gobierno para que se lo compre; y la dinámica de su actuación consiste en que sus decisiones sean examinadas y corregidas, en su caso, por órganos judiciales superiores en grado, incluidas instancias supranacionales.

El Barómetro Interno de Opinión de la Abogacía española 2013 realizado por Metroscopia, en una muestra de la que se destaca el «alto grado de acuerdo» de los encuestados, ya que, pese a las diferencias de edad, años de experiencia o zona geográfica han alzado una «única y común voz», que ha rozado la unanimidad en la mayoría de las cuestiones planteadas, puede condensarse, según su

---

requisito para disfrutar de todos los derechos derivados de la aplicación de los Tratados a un Estado miembro, la Unión debe estar en condiciones, dentro de los límites de sus atribuciones, de defender los valores indicados.

No obstante, debe tenerse presente que en junio de 2021 Bruselas expedientó a Alemania por la sentencia del Tribunal Constitucional contra el Banco Central Europeo. La Comisión Europea inició un procedimiento de infracción contra Alemania, debido a que una sentencia de su Tribunal Constitucional del año 2000 cuestionaba la política de compra de deuda del Banco Central Europeo e iba en contra de una sentencia previa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, vulnerado de esta manera los principios fundamentales del Derecho de la Unión y, más en concreto, los principios de autonomía, primacía, eficiencia y aplicación uniforme del Derecho de la Unión y las competencias propias del Tribunal de Justicia. El Tribunal Constitucional germano consideró que TJUE se estaría extralimitando en sus funciones, ya que había dictado en 2018, que este programa era legal y conforme al Derecho Comunitario y de esta manera se privó a la sentencia del Tribunal de Justicia de sus efectos legales en Alemania, infringiendo así el principio de primacía del Derecho de la Unión.

<sup>1148</sup> Esta reforma de la justicia en Polonia se parece mucho a la que en su día estableció la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 respecto a la elección de los vocales del Consejo General del Poder Judicial entre jueces y no por los propios jueces y la jubilación de los jueces anticipándola a los 65 años.

<sup>1149</sup> En su publicación de 14-12-2019.

presidente Toharia, en la rúbrica « Buenos jueces, mala Justicia», ya que señala que dos de cada tres letrados se muestran confiados en la independencia y honestidad con la que los Jueces desempeñan su función, y ello, a pesar de que el 92 por ciento de los abogados españoles piensa que los Gobiernos, sean del signo que sean, muestran un mayor interés por tratar de controlar e influir en la Justicia, que en modernizarla y hacerla plenamente eficiente<sup>1150</sup>.

No es solo doctrina muy autorizada<sup>1151</sup> sino que se deduce de la abundante jurisprudencia, que nos exime de su cita, la que señala que, desgraciadamente, la experiencia de nombramientos del Consejo General del Poder Judicial no ha sido edificante, desconociéndose, en múltiples ocasiones, los criterios más elementales.

No solo se desconocen los méritos objetivos sino que se incumplen las reglas jurídicas básicas de los acuerdos colegiados, doctrina que pone también al descubierto fallas estructurales del sistema, ya que el trabajo profesional y las aportaciones doctrinales (bases del principio Constitucional de mérito y capacidad, insoslayable) puede ser desconocido porque el Consejo General del Poder Judicial se decante a favor de quienes, con menos méritos pero con más apoyos políticos o corporativos consiguen el consenso en torno a su persona.

En este mismo sentido y contra la politización de los nombramientos, téngase presente la postura de quien ha sido el padre de nuestros procesalistas actuales, Víctor Fairén Guillén<sup>1152</sup>.

Una cuestión que no es allende a la materia que nos ocupa son las consecuencias que se derivarían en cualquier asunto que se resuelva por los jueces, especialmente aquellas que tenga sustancia política o despierten especial interés al partido político en el poder, dado que podría afectar a la independencia judicial y con ello al Estado de Derecho.

En las sentencias estudiadas se tiene presente para determinar la independencia del Tribunal judicial, su estatuto frente al Consejo Superior de la Magistratura y los poderes que ostenta el presidente de ambos órganos, de ahí que puede también derivar que la ilegal configuración del órgano de gobierno jueces y la elección de los vocales y del presidente, si vulnera su estatuto debido según el TEDH y su debida configuración Constitucional, en términos expresos (STC 108/1986) podrían derivar consecuencias en la independencia judicial, en el Estado de Derecho y en la validez de lo resuelto por los jueces.

---

<sup>1150</sup> Los abogados consideran que la Administración de Justicia española representa la garantía última de defensa de la democracia y de las libertades. “Buenos jueces, mala Justicia”: esta fórmula podría condensar el segundo —y asimismo prácticamente unánime— diagnóstico de situación que expresan los abogados (y que, por cierto, coincide plenamente con el que, sondeo tras sondeo, viene expresando desde hace años la ciudadanía. Un masivo 91% opinaba en 2015 que los Gobiernos, del signo que sean, tienden a mostrar más interés en tratar de controlar a la Justicia de que emprender una mejora de la misma que la modernice y la haga plenamente eficiente y un 92% piensa eso mismo respecto del Consejo General del Poder Judicial.

<sup>1151</sup> Miguel Ángel García Herrera y Alberto López Basaguren, “Constitución y Poder Judicial: la incompleta realización del Poder Judicial”, *Poder Judicial y unidad jurisdiccional en el Estado autonómico*, Cuadernos de Derecho judicial, Consejo General del Poder Judicial, 2006, pp. 192 y 193,

<sup>1152</sup> Víctor Fairén Guillén “Independencia constitucional y desarrollos de dependencia de los jueces españoles” en *L’indipendenza della giustizia oggi. Judicial independence, today. Liber amicorum in onore di Giovanni Longo*, Giuffrè, Milan, 1999, pp. 126 y sigts.

En un sentido metafórico, como señala Alejandro Nieto, del árbol de raíces malditas solo pueden salir frutos envenenados, no siendo suficiente consuelo que se despachen con menos retrasos los interdictos de recobrar la posesión y las separaciones matrimoniales.

Si el vuelo de la justicia fuera tan corto, no necesitaría de la amplias alas de la independencia ni valdría la pena hablar del Poder Judicial, ya que cualquier funcionario bien formado podría hacerlo igual de bien (o de mal).

El Gobierno ya no tiene necesidad de intervenir en la actividad judicial, influyendo sobre los jueces caso por caso, manchándose así las manos una y otra vez.

Lo único que tiene que hacer hoy es ocupar el CGPJ con personas de su total confianza política y luego dejar que estas realicen por sí mismas todo el trabajo sucio.

El CGPJ realiza el nombramiento de los cargos decisivos de la alta magistratura, que naturalmente recaen en personas de confianza del partido político que ha nombrado a los Vocales del Consejo.

Hecho esto, el CGPJ se abstiene virtuosamente de influir en las decisiones jurisdiccionales que afectan al Gobierno porque sabe, de sobra, que los magistrados que han designado conocen lo que han de hacer sin que nadie se lo diga.

Cumplidos sus objetivos, los partidos y el CGPJ se retiran solemnemente de la vida política y se convierten en espectadores neutrales que respetan escrupulosamente la independencia judicial...

Estas son las reglas del juego que algunos se atreven a calificar sacrílegamente de democrático; este es el secreto del arlequín que todos conocen y nadie se atreve a hablar, este es el bulto deforme que se tapa con las estéticas sonoridades constitucionales del poder judicial y de la independencia judicial; éste es, en fin, el verdadero guión del Gran Teatro de la Administración de justicia<sup>1153</sup>.

Mouzinho da Silveira, configurador de la estructura del ministerio público portugués y creador del Supremo Tribunal Administrativo, dice en su Decreto de creación de 1832, que: “el más bello y útil descubrimiento moral del siglo pasado, fue, sin duda, la diferencia entre administrar y juzgar”.

Hoy vemos, sin embargo algunos con sonrojo, que a los Jueces en España, ignorando incluso los mandatos del Tribunal Constitucional, como se verá, se les está intentando convertir en una especie de funcionarios dependientes de un órgano manipulado y controlado por los políticos en el poder, en situación muy análoga a la que para la Administración establece el art. 97 CE.

Es decir, se pretende dar la vuelta a la frase que tanto costó en conquistar al Estado democrático de Derecho, y ahora la labor de juzgar, parece ser administrar<sup>1154</sup>.

---

<sup>1153</sup> Alejandro Nieto, *El Desgobierno Judicial*, Trotta, Madrid, 2004, pp. 298 y 166-167.

<sup>1154</sup> A Azaña le irritaba sobremanera, que se llamara Poder Judicial a lo que para él era, simplemente, Administración de Justicia, juego de denominaciones en el que, según su criterio, iba todo un mundo en el concepto de Estado. destaca el autor, que al político republicano le preocupaba la fidelidad personal de los jueces a las ideas básicas conforme a las cuales trató de organizar la convivencia española en el período 1931- 1936. Cit. Santiago Muñoz Machado, *La reserva de jurisdicción*, la Ley, Madrid, 1989, pp. 17 y 18.

Ahora bien, también debemos preguntarnos si los jueces en España quieren ser independientes, dado que la intervención en la justicia por parte de los partidos políticos se ha llevado a cabo con la colaboración de una parte de la Judicatura, ya que se trata de un fenómeno bien conocido<sup>1155</sup>.

Existen jueces muy interesados en impartir justicia y en desarrollar esta función profesional a los que no les gusta desarrollar labores gubernativas o representativas pero, sin duda, existen otros encantados de aparentar realmente lo que no son ni deben ser.

Estas conductas junto con la falta de actividad en no impugnar los Acuerdos ni defender la independencia, que es su obligación esencial, puede considerarse que son conductas reprobables, especialmente a la vista de los hechos más recientes<sup>1156</sup>.

---

<sup>1155</sup> En este sentido la “Asociación Judicial Independiente” emitió un comunicado el 1 de julio de 2021 en que se decía que:

“El pasado 20 de abril el Comisario de Justicia de la UE, Didier Reynders, tras celebrar la retirada de la reforma de la LOPJ que preveía rebajar la mayoría necesaria para la designación de los Vocales del CGPJ, manifestó que dicha noticia no era suficiente ya que urgían reformas estructurales para que al menos el 50% de los miembros de dicho órgano fueran elegidos por los jueces. En el día de ayer, y en rueda de prensa, nuevamente, el Sr. Reynders insistió en la necesidad de reformar el sistema de elección, que es la postura que ha mantenido esta asociación desde hace años. Sería deseable que los 51 candidatos jueces que aspiran a ser designados por los políticos Sres. Campo (PSOE) y López (PP) Vocales del CGPJ, retiren sus candidaturas de manera que quienes acostumbran a repartirse los jueces del CGPJ no tengan más remedio que acometer las reformas estructurales, que cada vez con mayor vehemencia e insistencia nos piden desde Europa. Ayer, la última vez. La Justicia ni se ha detenido estos dos años y medio, ni se detendrá en lo sucesivo. La empresa bien merece una respuesta a la altura del desafío. La ejemplaridad, excelencia y compromiso con el Estado de Derecho y la independencia judicial, debería empezar por la Carrera Judicial en su conjunto. Estamos seguros de que es lo que la sociedad espera de nosotros. Unos días más tarde la Asociación “Jueces para la Democracia” emitía el siguiente:

“La pretensión de una reforma previa del sistema de elección no puede ser obstáculo para la renovación. Hemos reclamado por ello que el Presidente del CGPJ se dirija de nuevo a las Cortes para proceder a la inmediata renovación del mismo. Y que las presidencias del Congreso y Senado inicien ya tal proceso, sea cual fuera su resultado. Si hay que hacer cambios en las normas, que se propongan, pero ya tenemos una regulación vigente y aplicable desde hace décadas: la que había el 4 de noviembre de 2018, fecha en la que debería haberse renovado la composición del CGPJ, y que hoy aún está en vigor. No es posible seguir tolerando el incumplimiento de la Constitución, de los deberes institucionales y de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Es lo que debemos exigir como Jueces y Juezas, el cumplimiento de la ley, a riesgo de perder nuestra credibilidad. La situación actual supone además un grave deterioro de la institución, una interinidad que está perjudicando de forma notable a la planificación y ejecución de los proyectos del CGPJ y a su funcionamiento cotidiano, y de ello derivado, un daño irreparable para la Carrera Judicial y el servicio público de la justicia en general”.

Como puede verse, el peor de los daños lo producen algunos jueces con su conducta al participar en un sistema que no solo vulnera sus derechos fundamentales sino que atacan nuestra legítima convivencia a través de la vulneración del estado de Derecho, al que paradójicamente dicen ser tan sensibles.

<sup>1156</sup> En abril de 2021 tres de las cuatro asociaciones de la carrera judicial se dirigieron por escrito a la Comisión Europea para denunciar la situación de “riesgo claro de violación grave del Estado de derecho en España”. La Asociación Profesional de la Magistratura (APM), la Asociación Judicial Francisco de Vitoria (AJFV) y el Foro Judicial Independiente (FJI), estiman que dicho peligro existe tras las recientes reformas impulsadas por el Gobierno, singularmente la que limita las atribuciones del Consejo General del Poder Judicial, para que mientras permanezca en funciones no pueda efectuar nombramientos. Los destinatarios de la carta son la vicepresidenta de la UE para Valores y Transparencia, Vera Jourová, y el comisario europeo de Justicia, Didier Reynders. La carta expone a ambos que en España se está produciendo una “intromisión política en el Poder Judicial” en términos que comprometen su independencia e imparcialidad. Las citadas asociaciones, que cubren el espectro ideológico del centro-derecha en la carrera judicial y representan a más de 2.500 jueces, exponen en su carta que “a pesar de que la Comisión ha expresado ya su preocupación por la posible limitación de garantías a la independencia judicial en España, se siguen ignorando las recomendaciones que se han ido proponiendo y, desafortunadamente, se continúa en la línea de ir horadando paulatinamente la independencia judicial”. La misiva añade que “en lugar de acometer una reforma que de una vez por todas establezca un sistema de nombramiento de los vocales del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) que se adecue a los estándares existentes en la mayor parte de los países de la UE —es

La STS 608/22 de 24 de mayo, recaída en el recurso 272/2022, podría significar el fin de estas prácticas. La sentencia se dicta tras el allanamiento de la Abogacía del Estado sin que el Ministerio Fiscal se oponga tal allanamiento sobre la base del recurso interpuesto contra el acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de febrero de 2022, por el que se comunicaba al Congreso de los Diputados, la propuesta de candidatos a ocupar la presidencia y la adjuntía de la Agencia Española de Protección de Datos. Ya en vía cautelar se había procedido a la suspensión sobre la base de que como hecho notorio, un mes y cuatro días antes de convocarse procedimiento selectivo se pactó, luego de hecho se designó y eligió a quién ocuparía la Presidencia y la Adjuntía de la Agencia Española de Protección de Datos, lo que nos recuerda a los anteriores nombramientos que se produjeron en el Consejo General del Poder Judicial que, como ya se ha dicho, los Vocales eligen al Presidente y sin haberse elegido a los Vocales, el Presidente del Gobierno y el del primer Partido de la oposición, ya anunciaban el nombre del Presidente del futuro CGPJ.

En el Fundamento de Derecho cuarto de la misma se dice:

“En el citado auto añadimos que «[l] a consecuencia es que al apartarse del procedimiento, alterándolo de raíz hasta el punto de transformar la fase de ratificación parlamentaria por otra de elección, se ha actuado como si no existiese la vigente normativa y que, además, se ha procedido de modo que podría prestarse a dar cobertura formal a una designación ya hecha al hacerse la convocatoria...»<sup>1157</sup>.

## **B. RASGOS GENERALES DE LA ORGANIZACIÓN JUDICIAL PORTUGUESA**

En España existe un solo Tribunal Supremo y un Consejo General del Poder Judicial.

La organización judicial portuguesa, al igual que la francesa y alemana tiene dos Tribunales Supremos y dos órganos de gobierno para los dos órdenes jurisdiccionales diferenciados: la

---

decir, por elección de los propios jueces entre sus iguales—, se camina en la dirección opuesta”. La carta subraya especialmente que la reforma destinada a limitar los nombramientos del CGPJ cuando esté en funciones —norma que ya ha entrado en vigor—, determina un “apagón” del órgano de gobierno de los jueces, por cuanto le deja “sin funciones de designación de cargos judiciales” hasta que “sean renovados” los propios miembros de la cúpula judicial.

A juicio de las citadas Asociaciones se ha puesto en marcha, por tanto, una estrategia de “desapoderamiento del Consejo General del Poder Judicial y su colonización por los partidos políticos”. Todo ello —prosigue la comunicación remitida a la Comisión Europea— no solo compromete la labor de designación de los altos cargos de la organización judicial, sino que además afecta a toda la actividad gubernativa sobre jueces, en los ámbitos disciplinario, actividades de formación, etcétera, poniendo por esta vía en cuestión su imparcialidad e independencia. La misiva advierte asimismo de que existe una segunda reforma prevista del Poder Judicial que “implica una rebaja de las mayorías exigidas en las Cámaras legislativas para la designación de los vocales judiciales, de manera que los partidos de Gobierno por sí solos puedan decidir la íntegra composición del Consejo General del Poder Judicial”. Por todo ello, las citadas asociaciones se dirigen a la Comisión Europea para solicitar “una actuación de garantía del Estado de derecho en España, como valor fundamental de la Unión Europea”.

<sup>1157</sup> Estos razonamientos pueden considerarse adecuados y desde luego antitéticos a los utilizados en la STS de 16 de diciembre de 2014, en el recurso 71/2014, en el que se analizaba la circunstancia de ser conocido en nombre del presidente del Consejo General del Poder Judicial cuando no se habían reunido los miembros del Consejo General del Poder Judicial que lo tenían que nombrar. En la anterior elección, el nombre del presidente del Consejo era dado a conocer por el Presidente del Gobierno y el Jefe de la oposición antes de dar a conocer el de los Vocales.

jurisdicción administrativa y fiscal con competencia en estas materias, y de otro lado, la jurisdicción común, que entiende de las materias Civil, Penal, Laboral, Comercial, etc...

Existen, por tanto, dos Tribunales Supremos que culminan judicialmente cada una de estas jurisdicciones y dos Consejos como órganos de gobierno<sup>1158</sup>.

Se deben destacar tres aspectos de la organización judicial portuguesa: 1) Los miembros de los órganos de gobierno de la carrera judicial de procedencia judicial son elegidos directamente por los propios jueces. 2) Los presidentes de los distintos órganos judiciales son elegidos, en la inmensa mayoría de los casos, por los jueces, que en tales órganos prestan sus servicios. 3) Los magistrados de los Supremos Tribunales se eligen por una comisión técnica.

El Consejo Superior de la Magistratura está formado por el Presidente del Tribunal Supremo de Justicia (que ha sido elegido por sus pares de este Tribunal, no sucede como en España, que del Consejo pasa al Tribunal), que lo preside y por dos vocales designados por el Presidente de la República, siete elegidos por la Asamblea de la República, y siete jueces elegidos por sus pares, en armonía con el principio de representación proporcional<sup>1159</sup>.

El Consejo Superior de los Tribunales Administrativos y Fiscales está presidido por el Presidente del Supremo Tribunal Administrativo y compuesto por dos vocales designados por el Presidente de la República, cuatro elegidos por la Asamblea de la República, y cuatro elegidos por los propios jueces de los órdenes contencioso-administrativo y fiscal<sup>1160</sup>. Sus miembros no tienen dedicación exclusiva y dado el escaso número de cuestiones que atiende no existe una comisión permanente<sup>1161</sup>.

El Presidente del Supremo Tribunal de Justicia es elegido por los propios jueces que componen ese Supremo Tribunal de Justicia y tiene tres Secciones: de lo Civil, de lo Penal, y de lo Social<sup>1162</sup>. Colaboran con el Presidente del Supremo Tribunal de Justicia dos Vicepresidentes, también elegidos por los jueces de este Tribunal Supremo. Los Presidentes de las citadas Secciones Civil, Penal y Social también son elegidos por sus compañeros, así como los Presidentes de las Subsecciones correspondientes<sup>1163</sup>.

Lo expuesto, es aplicable al Supremo Tribunal Administrativo, con la peculiaridad de que tiene dos Secciones: una de lo Contencioso-administrativo y otra de lo Tributario, y tres vicepresidentes: dos elegidos por la Sección de lo Contencioso-administrativo y una de lo Tributario<sup>1164</sup>.

---

<sup>1158</sup> Arts. 209 y sgts. de la Constitución de la República Portuguesa de 1976.

<sup>1159</sup> Arts. 218 de la Constitución de la República Portuguesa de 1976 y 137 del Estatuto de los Magistrados Judiciales de 1985.

<sup>1160</sup> Art.75 del Estatuto de los Tribunales Administrativos y Fiscales de 2009.

<sup>1161</sup> Arts.76 y sgts. del Estatuto de los Tribunales Administrativos y Fiscales de 2009.

<sup>1162</sup> Arts. 210.2 de la Constitución de la República Portuguesa de 1976 y 49 de la Ley de Organización y Funcionamiento de los Tribunales Judiciales de 2008.

<sup>1163</sup> Arts. 53 y 55 de la ley de Organización y Funcionamiento de los Tribunales Judiciales de 2008.

<sup>1164</sup> Arts. 212.2 de la Constitución de la República Portuguesa de 1976 y 12 y sgts. del Estatuto de los Tribunales administrativos y Fiscales de 2009.

Los Presidentes de los Tribunales de Relação y Centrales Administrativos también son elegidos por sus pares, al igual que sus vicepresidentes<sup>1165</sup> .

El ingreso en la categoría de Magistrados del Tribunal Supremo se produce por un acuerdo del Consejo Superior de la Magistratura o del Consejo Superior de los Tribunales Administrativos y Fiscales sobre la base de lo que acuerda un jurado u órgano técnico de selección. Solamente puede alterarse el acuerdo de esta comisión técnica por el órgano de gobierno del orden jurisdiccional, motivándolo adecuadamente.

El jurado o comisión técnica está formado por el Presidente del Supremo Tribunal y por los siguientes vocales: el Magistrado del Supremo Tribunal más antiguo que sea miembro del Consejo Superior de la Magistratura, un miembro del Consejo Superior del Ministerio Público, un miembro del Consejo Superior de la Magistratura no perteneciente a la carrera judicial, un profesor catedrático de Derecho de la disciplina y un abogado<sup>1166</sup>.

Pueden concurrir los *juízes desembargadores* que se encuentren entre el 25% de los más antiguos y no hayan renunciado al ascenso, a los que les corresponderán tres de cada cinco plazas, y podrán concurrir voluntariamente, los procuradores generales adjuntos del Ministerio Público a los que corresponderá una de cada cinco plazas, pudiendo también concurrir juristas de reconocido prestigio con más de 20 años de ejercicio en la abogacía o docencia universitaria, a los que corresponderá, también, una de cada cinco plazas<sup>1167</sup>.

Para el Supremo Tribunal Administrativo existe la variación respecto de la antigüedad exigida, que es de 10 años para profesores y abogados.

En el concurso se valoran la experiencia profesional, el currículum universitario, los trabajos científicos realizados y la actividad forense, la enseñanza docente así como cualesquiera otros, que acrediten la solvencia y madurez jurídica<sup>1168</sup> .

### **3. EL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL COMO ÓRGANO DE GOBIERNO DE LOS JUECES EN ESPAÑA. EL PROCEDIMIENTO DE ELECCIÓN DE LOS VOCALES Y DEL PRESIDENTE DEL TRIBUNAL SUPREMO Y DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL**

Señala el art. 122 de la CE de 1978 que el Consejo General del Poder Judicial es el órgano de gobierno del mismo. La ley orgánica establecerá su estatuto y el régimen de incompatibilidades de sus miembros y sus funciones, en particular en materia de nombramientos, ascensos, inspección y régimen disciplinario y estará integrado por el Presidente del Tribunal Supremo, que lo presidirá, y por veinte miembros nombrados por el Rey por un período de cinco años.

De estos, doce entre Jueces y Magistrados de todas las categorías judiciales, en los términos que

---

<sup>1165</sup> Arts. 68 y 70 de la ley de Organización y Funcionamiento de los Tribunales Judiciales de 2008.

<sup>1166</sup> Art. 52 del Estatuto de los Magistrados Judiciales de 2008.

<sup>1167</sup> Art. 51 del Estatuto de los Magistrados Judiciales de 2008.

<sup>1168</sup> Arts 65, 66 y 67 del Estatuto de los Tribunales Administrativos y Fiscales de 2009.

establezca la ley orgánica; cuatro a propuesta del Congreso de los Diputados, y cuatro a propuesta del Senado, elegidos en ambos casos por mayoría de tres quintos de sus miembros, entre abogados y otros juristas, todos ellos de reconocida competencia y con más de quince años de ejercicio en su profesión.

Existen zonas de fricción que pueden afectar a la independencia del juez.

Respecto del Legislativo debe tenerse presente que una cosa es la sumisión al producto normativo emanado de las Cámaras (art. 117.1 CE) y otra el sometimiento a cualquier otro acto de dicho poder al margen del procedimiento legislativo<sup>1169</sup>.

Frente al Ejecutivo y a pesar de las solemnes declaraciones Constitucionales es evidente que la condición de empleado público del juez, permite al Gobierno un efectivo control de aquel en menoscabo de su independencia y es por ello que para contrarrestar esta influencia aparece necesario garantizar, de la forma más objetiva, el estatuto del Juez.

En cuanto a medios personales, los miembros de la Carrera Judicial, del Ministerio Fiscal y de los Letrados de la Administración de Justicia dependen directamente del Ministerio de Justicia que paga sus sueldos, cuando están en activo y sus pensiones de jubilación y de viudedad, en su caso y todo el personal auxiliar, funcionarios de los Cuerpos de Gestión y Tramitación procesal<sup>1170</sup> o bien dependen del Ministerio de Justicia en aquéllas partes del territorio nacional donde no ha habido transferencias o bien lo hacen de la correspondiente Comunidad Autónoma, donde las mismas se han asumido.

En cuanto a los medios materiales, en órganos centrales, como la Audiencia Nacional o el mismo Tribunal Supremo, los recursos necesarios los determina y proporciona el mismo Ministerio de Justicia.

Frente a la sociedad es preciso que el juez no esté en una relación que determine una vinculación extrasistema con fuerzas o intereses de carácter económico, político, religioso o social que puedan determinar un deterioro de la obligada imparcialidad. Las incompatibilidades y prohibiciones legales (LOPJ) tratan de evitarlo, previendo sistemas igualmente legales de abstención y de recusación<sup>1171</sup>.

## - EL PROCEDIMIENTO DE ELECCIÓN DE LOS VOCALES

Los arts. 566 y 567 de la LOPJ dicen que el Consejo General del Poder Judicial estará integrado por el Presidente del Tribunal Supremo, que lo presidirá, y por veinte Vocales, que serán designados por las Cortes Generales del modo establecido en la Constitución y en la presente Ley Orgánica

---

<sup>1169</sup> Por ello el art. 76 de la CE establece que «las conclusiones de las Comisiones de investigación que pueda crear el Congreso o el Senado no serán vinculantes para los Tribunales, ni afectarán a las resoluciones judiciales, sin perjuicio de que el resultado de la investigación sea comunicado al Ministerio Fiscal para el ejercicio, cuando proceda, de las acciones oportunas». La única injerencia que se considera subsistente es la necesidad de autorización para proceder contra Diputados o Senadores (art.71.2 de la CE), así como la reserva del Congreso de la iniciativa planteada (art. 102.2 CE por la cuarta parte de sus miembros y la aprobación por mayoría absoluta para acusar al presidente del Gobierno y a los demás miembros de este, por delito de traición o cualquier otro contra la seguridad del Estado).

<sup>1170</sup> Antiguos oficiales, auxiliares y agentes.

<sup>1171</sup> Francisco Monterde Ferrer, “La independencia del poder judicial”, *Diario la ley*, número 9816, Sección Justicia y Sociedad de 23 de marzo de 2021.

(mayoría de 3/5 de cada Cámara), de los cuales doce serán Jueces o Magistrados en servicio activo en la Carrera judicial y ocho juristas de reconocida competencia.

Tales preceptos deben interpretarse de acuerdo con la doctrina que se expuso en la sentencia del Tribunal Constitucional, Pleno 108/1986 de 29 jul. 1986, rec. 839/1985, que en su fundamento jurídico décimo señala, respecto de la debida formación del CGPJ, que:

“se ha señalado antes que la verdadera garantía de que el consejo cumpla el papel que le ha sido asignado por la CE en defensa de la independencia judicial no consiste en que sea el órgano de autogobierno de los jueces, sino en que ocupe una posición autónoma y no subordinada a los demás poderes públicos. Los recurrentes entienden que nada se ganaría independizando del Gobierno las funciones que asume el Consejo si éstas terminasen desempeñándose por personas ligadas a otro poder, concretamente al legislativo.... En efecto, para que la argumentación de los recurrentes tuviese un peso decisivo sería necesario que la propuesta por las Cámaras de los 20 vocales del Consejo convirtiese a éstos en delegados o comisionados del Congreso y del Senado, con toda la carga política que esta situación comportaría”.

El decimotercero añade que:

“La finalidad de la norma sería así, cabría afirmar de manera resumida, la de asegurar que la composición del Consejo refleje el pluralismo existente en el seno de la sociedad y, muy en especial, en el seno del poder judicial.... Ciertamente, se corre el riesgo de frustrar la finalidad señalada de la norma Constitucional si las Cámaras, a la hora de efectuar sus propuesta olvidan el objetivo 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 de partidos 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. La existencia y aun la probabilidad de ese riesgo, creado por un precepto que hace posible, aunque no necesaria, una actuación contraria al espíritu de la norma Constitucional, parece aconsejar su sustitución pero no es fundamento bastante para declarar su invalidez, ya que es doctrina constante de este TC que la validez de la ley ha de ser preservada cuando su texto no impide una interpretación adecuada a la CE. Ocurriendo así en el presente caso, pues el precepto impugnado es susceptible de una interpretación conforme a la CE y no impone necesariamente actuaciones contrarias a ella, procede declarar que ese precepto no es contrario a la CE”.

Es tradicional en nuestro sistema Parlamentario, que la Constitución encargue a las Cortes Generales, la elección de los miembros de otros órganos del Estado pero, desgraciadamente, se produce un reparto de cuotas entre los partidos políticos que integran la Cámara parlamentaria sin que el corporativismo<sup>1172</sup> se haya abierto camino.

Tampoco la creación de comisiones *ad hoc* que valoren criterios de méritos, capacidad e idoneidad

---

<sup>1172</sup> Entendido como la incorporación a la vida política en un sentido más amplio del pluralismo, que no solo se expresa a través de los partidos políticos sino por la amplia red existente en la sociedad civil: asociaciones, instituciones o entidades que reflejan intereses privados, que la sociedad considera adecuadas formas de representación y, que de esta forma se transforman en públicos y que actúan de forma democrática.

de los candidatos, con plena objetividad y contando con el asesoramiento de expertos que pudieran opinar, informar y valorar.

Esta formas de actuación, que nuestra Constitución no impide, se encuentran totalmente fuera de la práctica Parlamentaria y de los partidos políticos.

No se ha de olvidar que la democracia representativa tiene unos protagonistas muy concretos, llamados partidos políticos, que tienen carta de naturaleza y respaldo Constitucional y que los órganos políticos del Estado son ocupados por un conjunto de personas que, a su vez, se encuentran integradas en otras organizaciones, y a cuyos criterios y disciplinas se encuentran sometidas, produciéndose, de este modo, la transustanciación de los partidos políticos en voluntad de Estado.

Con relación al Parlamento, se puede decir que ha perdido la esencial función de ser el lugar en el que mediante la discusión de los distintos Grupos parlamentarios se alcanza, lo que podríamos llamar, la mejor decisión o la mejor ley a aprobar, puesto que cuando empieza el debate Parlamentario, todo o casi todo está ya decidido por la previa postura adoptada en el propio seno de los partidos políticos.

Se utiliza a la Cámara legislativa para la exposición de lo que se considera más conveniente, que muchas veces poco tiene que ver con lo que realmente se está discutiendo, que ya se ha decidido en el seno de los Grupos parlamentarios y antes en el seno de los partidos políticos, produciéndose en el Parlamento una sucesión de monólogos ya sabidos y poco más, con evidente relativización de la verdad política que, tradicionalmente, era concebida como el bien común y sin olvidar tampoco el claro predominio del Ejecutivo en los siglos XX y XXI, frente a la teórica hegemonía de la Asamblea, que caracterizó al siglo XIX y a la conformación de nuestro sistema político.

Es en el seno de estos partidos políticos donde en realidad se toman las decisiones, se nombra a los portavoces, se fijan las líneas concretas de actuación del Grupo parlamentario en el hemiciclo, etc...

De ahí la fuerte dependencia del Parlamentarismo al partido político, de manera que aunque el Diputado representa a la nación entera, depositaria de la soberanía, la realidad es bien distinta porque el partido político es el que lo ha llevado al Parlamento mediante su libérrima inclusión en las listas electorales y ha sufragado los gastos de la campaña electoral y le ha dotado de medios, instalaciones, etcétera... y son los reglamentos de los Grupos, los que suelen establecer el castigo o penalización por incumplir la disciplina del voto<sup>1173</sup>.

## **- LA ELECCIÓN DEL PRESIDENTE DEL TRIBUNAL SUPREMO Y DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL**

Para ser elegido Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial será necesario ser miembro de la Carrera Judicial con la categoría de Magistrado del Tribunal Supremo y reunir las condiciones exigidas para ser Presidente de Sala del mismo, o bien ser un jurista de reconocida competencia con más de veinticinco años de antigüedad en el ejercicio de su profesión.

En la sesión constitutiva del Consejo General del Poder Judicial, que será presidida por el Vocal

---

<sup>1173</sup> Ramírez Jiménez, Manuel, "Democracia representativa, Parlamento y Poder judicial", *Parlamento y Poder Judicial*, 106, Estudios de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, pp. 49-58.

de más edad, deberán presentarse y hacerse públicas las diferentes candidaturas, sin que cada Vocal pueda proponer más de un nombre.

La STS de 16 de diciembre de 2014, recaída en el recurso 71/2014, señala que la Sala, tras valorar el expediente administrativo, considera que no hay nada en él que le pueda llevar al convencimiento de que los Vocales del CGPJ que votaron al Presidente efectivamente nombrado, lo hicieran acatando órdenes imperativas o cumpliendo condiciones y, por tanto, con voluntad torcida y viciada, lo que daría lugar a la anulación de dicho nombramiento.

Para la Sala, la voluntad libre de los Vocales no puede ponerse en duda por la existencia de tratos o convenios políticos previos, a la vista de las razones circunstanciadas, que todos ellos expusieron como justificación de su voto, y que llevan a la Sala a considerar que obraron con el ánimo de nombrar para el cargo a un Magistrado del TS que consideraban prestigioso y experimentado<sup>1174</sup>.

Posiblemente en España existan más de 40.000 juristas que reúnan los requisitos para ser nombrados presidente del Consejo General del Poder Judicial, de ellos, más de 100, ya son Magistrados del Tribunal Supremo, por lo que, con una ingenuidad desmesurada, deben considerarse sorprendentes, las dotes adivinatorias de los representantes de los partidos políticos en esta materia.

En la renovación del actual Consejo de 2013, igualmente, antes de conocerse a los Vocales y por supuesto de reunirse, los representantes de los partidos políticos dieron a conocer el nombre del futuro presidente del Consejo.

Como señala el TEDH en numerosísimas sentencias, entre la que se encuentra la que comentamos del caso Nunes de Carvalho (apartado 149), las apariencias pueden ser importantes o, como recoge el dicho en inglés *"justice must not only be done, it must also be seen to be done"* (es necesario no solo que se haga justicia, sino que así sea a vista de todos) (De Cubber v. Bélgica, 26 de octubre de 1984, § 26, Serie A), por la confianza que los Tribunales de una sociedad democrática deben inspirar a los ciudadanos.

Quiero señalar que en muchas ocasiones, los jueces utilizan lo que el artículo 6 del Código Civil establece con relación al fraude de ley (no en vano se hace figurar en el Título Preliminar), es decir, supuestos en los que formalmente aparece una determinada cuestión que aparenta ser conforme a Derecho pero que, en atención a su espíritu y circunstancias de fondo, lo contravienen realmente.

Así sucede normalmente en materia Tributaria y de Seguridad Social, por ejemplo, cuando se utilizan sociedades mercantiles que actúan de manera correlativa como empresarias en el ejercicio de una misma actividad empresarial, con el mismo domicilio, socios, asesores, etc... de manera que, a pesar de que, formalmente, se trata de personalidades jurídicas diferentes, de las responsabilidades Tributarias y de Seguridad Social de las primeras responden también las sucesivas, ocurriendo,

---

<sup>1174</sup> Es decir, que para nuestro Tribunal Supremo cuando los Vocales del CGPJ siguen al pie de la letra los consejos que les dan los partidos políticos que han propuesto su nombramiento no existe nada extraño o anormal. El art. 3.1 del Código de conducta de los miembros y antiguos miembros del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 2016 establece, respecto de su debida independencia, integridad y dignidad, que los miembros ejercerán sus funciones con total independencia e integridad, sin tomar en consideración ningún interés personal o nacional. No solicitarán ni seguirán instrucción alguna de las instituciones, órganos u organismos de la Unión, de los Gobiernos de los Estados miembros o de organismos públicos o privados, lo que se reitera, literalmente, en el de 2021.

frecuentemente, supuestos Tributarios con sociedades pantalla para la obtención de beneficios fiscales propios del ejercicio de una actividad, cuando lo son de mera tenencia de bienes.

Un sinfín de supuestos en los que se utiliza el expediente del fraude de ley en que, aparentemente, se cumple la ley pero en el fondo las consecuencias no son las que el Derecho exige.

Nótese que la Sala del Tribunal Supremo realizó un especial esfuerzo en señalar que uno de los Vocales que originariamente votó a una determinada candidatura, posteriormente lo hizo a la otra pero no tiene presente el elemento esencial más evidente y llamativo discutido, cual es que precisamente se había votado por los Vocales al candidato que habían indicado los representantes de los partidos políticos<sup>1175</sup> y, en esas circunstancias, lo relevante no es tanto el carácter imperativo de tal decisión sino que *de facto* se siguiera esta indicación, que contraviene el espíritu de la STC 108/86 citada:

“se ha señalado antes que la verdadera garantía de que el Consejo cumpla el papel que le ha sido asignado por la CE en defensa de la independencia judicial no consiste en que sea el órgano de autogobierno de los jueces, sino en que ocupe una posición autónoma y no subordinada a los demás poderes públicos”<sup>1176</sup>

Decía el Rey Juan Carlos en su discurso de entrega de despachos a la LXIV Promoción de Jueces en Barcelona el 21-5-2014 que: “la Corona apoya a aquellos que respeten la Constitución”, por lo que entendemos de extrema gravedad, que antes de conocerse los nombres de los Vocales que van a conformar el CGPJ se sepa por boca de los representantes de los partidos políticos, quien va a desempeñar el cargo de Presidente, cuando legalmente son los Vocales quienes los deben elegir libremente y sin sujeción a mandato imperativo, lo que vulnera nuestra Constitución, como se desprende claramente de la STC 108/86 citada, al igual que si el nombramiento de los Vocales obedece a la sensibilidad política de las Cámaras Parlamentarias, y se han nombrado de forma proporcional a estas mayorías parlamentarias.

Además, si la STC citada dispone: “Que esta finalidad se alcanza más fácilmente atribuyendo a los propios Jueces y Magistrados la facultad de elegir a 12 de los miembros del CGPJ es cosa que ofrece poca duda” (f. jdco 13º) debemos preguntarnos los motivos por los que habiendo advertido el TC de los riesgos y peligro, sin embargo, no se han adoptado las cautelas necesarias para no incurrir en tales vicios de inconstitucionalidad.

---

<sup>1175</sup> El PP y PSOE dijeron el 11-10-2011 (*ABC*, p. 26, Nati Villanueva ) que no pactarían quien sería el Presidente del CGPJ hasta negociar los Vocales , lo cierto es que agotado el mandato del anterior Consejo el 24 de Septiembre, el nombre de Lesmes ya aparece como posible Presidente el 2-10-2013 (*ABC*, p. 28 , Nati Villanueva ). La prensa publicó el 11-11-2013 (*El Mundo*, p. 15 , María Peral ), que el nombre del Presidente del CGPJ sería tratado por Rajoy y Rubalcaba, señalando este periódico, el día 20-11-2013 (p. 3), que ya se habían puesto de acuerdo ambos en el nombre del futuro Presidente del CGPJ , y *La Razón*, al día siguiente 21 (p. 10, F. Velasco ), señaló que Lesmes ocuparía tal cargo. De ahí que el día de su elección, el 9-12-2013, *La Razón* diese como noticia, el hecho cierto de que Lesmes sería nombrado Presidente (p. 18, F. Velasco ),seguridad que ya daba *El País* el 5-12-2013 (p. 12, F. Garea y José A. Hernández ). En este sentido, los dos periódicos de mayor difusión (*ABC* y *El País* ), el día 10-12-2013 (pp. 17 y 20 ) señalaban que el nombramiento de Lesmes. Es decir, no sólo es que antes de reunirse los Vocales fuese conocido el nombre del Presidente, como aconteció con el anterior CGPJ, sino que en éste, antes de nombrarse a los Vocales era conocido el Presidente al que estos tenían que nombrar. Así lo acredita inexorablemente el hecho de que antes de reunirse los Vocales elegidos por el Congreso y el Senado para la elección de su presidente, el nombre de este ya fuese facilitado a los medios de comunicación por el Presidente del Gobierno, Rodríguez Zapatero, con el beneplácito del Jefe de la Oposición Parlamentaria Rajoy Brey.

<sup>1176</sup> F.JDCO Décimo señalado y que constituye Derecho aplicable al caso.

## XIV. LA JURISPRUDENCIA

Como se ha señalado, es diferente el concepto e importancia que tiene la jurisprudencia en los países del *common law* y del *civil law*.

No obstante, incluso dentro de estos últimos, la jurisprudencia es ensalzada, como sucede en Italia, en atención al origen e importancia que se le dio en la etapa originaria de nuestro Derecho<sup>1177</sup>, otorgando tal denominación a los centros de estudio y conocimiento del Derecho (Facultades de Giurisprudenza)<sup>1178</sup>.

Aunque en ambos sistemas jurídicos, la ley es la primera fuente del Derecho<sup>1179</sup>, en los primeros y al modo romano, la jurisprudencia es fuente del Derecho y los jueces actúan de manera inductiva y con gran concreción mientras que los jueces del *civil law*, al no ser la jurisprudencia fuente del Derecho, deciden de forma deductiva sobre la base directa de las normas jurídicas (leyes), si bien en estos, la jurisprudencia<sup>1180</sup> además de la función monofiláctica de aplicación igualitaria de las normas jurídicas desempeña, también, una cierta labor creadora del Derecho.

En cualquier caso, la jurisprudencia es un concepto distinto de doctrina legal, que es la propia del Consejo de Estado o de los órganos consultivos y que, sin duda, al igual que la jurisprudencia, pueden inspirar al legislador para realizar los cambios normativos que entienda convenientes<sup>1181</sup>.

En Derecho español, el concepto de Jurisprudencia viene establecido en el artículo 1.6 del Código Civil, que establece que: “La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado y constante, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho”, habiéndose establecido por el Tribunal Supremo, que tal doctrina es la que se establezca como *ratio decidendi* en dos o más casos en que exista identidad de razón.

---

<sup>1177</sup> En consonancia con la definición de jurisprudencia de Ulpiano como “conocimiento de las cosas humanas y divinas, la ciencia de lo justo y lo injusto” (*Digesto*, I.I.10.2) y a la labor de los *iuris prudentes* o concedores del Derecho

<sup>1178</sup> Angela Aparisi Miralles, “Notas sobre la jurisprudencia como fuente del Derecho”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, IX, 1992, p. 250.

<sup>1179</sup> El artículo 6.2 de la Constitución de Estados Unidos señala que :

“Esta Constitución y las leyes de los Estados Unidos que se expidan con arreglo a ella, y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos serán la suprema ley del país y los jueces de cada Estado estarán obligados a observarlas, a pesar de cualquier cosa en contrario que se encuentre en la Constitución o en las leyes de cualquier Estado”.

<sup>1180</sup> Juan Antonio Xiol Ríos destaca lo dispuesto en los arts.13,40.2 y 99.2 de la LOTC, que se refieren a doctrina constitucional e igualmente la palabra jurisprudencia es rehuída por el artículo 5 de la LOPJ, si bien el Pleno del Tribunal Constitucional acordó denominar a su publicación con el título de jurisprudencia constitucional. Igualmente debe tenerse en cuenta que el art 161.1.a) de la CE viene a distinguir entre la jurisprudencia que pudiésemos denominar ordinaria y constitucional. Juan Antonio Xiol Ríos, “El valor vinculante de la jurisprudencia”, *Jurisprudencia civil 2005-2007: análisis crítico*, Estudios de Derecho Judicial, 133, CGPJ, 2007, pp. 1-32. De una manera un tanto inequívoca el art. 447 de la LEC de 2000 se refiere a la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales.

<sup>1181</sup> Enrique Álvarez Conde y Rosario Tur Ausina, *Revista General del Derecho Público Comparado*, 3, 2008, pp. 6 y 7. El art. 1691 de la LEC de 1881 se refería para la casación a la infracción de ley o de doctrina legal como equivalente a jurisprudencia.

Sin embargo, tanto en materia Contencioso-administrativa como Civil, derivada de la implantación del nuevo recurso de casación al que se va a hacer referencia más adelante, este precepto presenta matizaciones, dando lugar a argumentos que, en mi opinión, además de determinar su inconstitucionalidad por infracción de las normas que regulan y establecen los poderes del Estado, se olvida de nuestra tradición jurídica y de las funciones que el Tribunal Supremo debe desempeñar en un Estado Democrático, transmutando un órgano judicial o jurisdiccional, en otro de naturaleza política.

## 1. LA JURISPRUDENCIA COMO LA JUSTICIA DEL CASO CONCRETO APLICADA POR JURISTAS EXPERTOS

El constitucionalismo político de funcionalidad normativa en el seno del movimiento codificador-racionalista del s. XVIII está fundado en la idea del Derecho como sistema de normas jurídicas que no sobrevive sin ellas<sup>1182</sup>.

La identidad absoluta entre ley y Derecho impone la concretización del Estado de Derecho y la defensa de la persona frente al Estado, ya que se debe distinguir entre la legitimidad del político y la del jurisprudente, que obedece a diferentes criterios: la legitimidad política para registrar *potestas* asentada en el voto, por un lado, y la legitimidad jurisprudencial y su autoridad, que se asientan en la sapiencia de encontrar la recta opinión que interpreta las reglas jurídicas para conseguir una solución justa, con objeto de obtener la paz entre las partes en un litigio.

Fieles a sus orígenes Racionalistas, los activistas de los Códigos mantienen, como principal objetivo, una planificación global de la sociedad a través de una reorganización sistemática e innovadora de la materia jurídica, practicándose una ciencia de la legislación en la que los códigos unen y universalizan un mundo completo y cerrado de normas.

Si la Constitución tiene que garantizar la unidad política en una sociedad jerarquizada en el Estado, los Códigos persisten en acabar con la diversidad propia del Derecho, con el pretexto de su unificación normativa y en la que el Código permite el perfeccionamiento técnico de construcción de normas jurídicas, de manera que la voluntad política se ha convertido en el totalitarismo legista del Estado.

No podemos volver a un Derecho Medieval con la actual configuración del Estado como forma de poder pero tenemos que luchar por un Derecho que no se reduzca a su producción legislativa de este y cuyo contenido normativo se limite a la acción de los consensos interparlamentarios efímeros y a los intereses de los grupos más fuertes.

Esta forma de concebir el Derecho a través de la ley, que le otorga su verdadero sentido jurídico, se alía al formalismo kantiano y al cientismo que otorga la Universidad, realizando una función estructurante con los principios generales y con las categorías dogmáticas sobre la base del romanismo bizantino y también codificador de la Pandectística alemana, que aparentemente lo sumergen en una

---

<sup>1182</sup> La creencia en la razón y la confianza moral de la certeza de su contenido por parte del Constitucionalismo Codificador pudiera pensarse que crea una nueva religión, con una Biblia profana, que es la Constitución, con una liturgia que son las formalidades legislativas y judiciales, un clero jerarquizado, los constitucionalistas y los codificadores, y su propio Santo Oficio, el Tribunal Constitucional y los órganos judiciales superiores.

neutralidad y objetividad destinadas a esconder la aceptación del Positivismo estatalista, en el que la ley es el punto de partida y en la que la creación jurisprudencial del Derecho constituye, ahora, la aplicación de reglas jurídicas legales.

Los juristas se basan en la *potestas* del Estado, que no en su tradicional e inherente *auctoritas*, aunque en el fondo no desarrollen sino una función netamente política, en vez de la jurídica, a que están llamados a desarrollar.

Todos estos sistemas jurídicos de Derecho europeo continental constituyen procesos comunes, el Medieval de base romano que alumbrará el Derecho común de la Edad Media y el movimiento Codificador ochocentista, ya que parten de los mismos presupuestos.

La Pandectística junto al Formalismo y al Positivismo trajeron la larga noche keynesiana, tan pura como errada con sus presupuestos verticales y autorreferenciales<sup>1183</sup>.

Finalmente el sistema quedó establecido con las siguientes características de las que puede ser un exponente perfecto nuestro Código Civil, que sigue al Código civil francés en esta materia:

1) Se establece que las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho. La costumbre solo regirá en defecto de ley aplicable siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada. Los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico. 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.

2) Los jueces y tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido.

3) Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas.

4) Procederá la aplicación analógica de las normas cuando estas no contemplen un supuesto específico pero regulen otro semejante en los que se aprecie identidad de razón, salvo que se trate de leyes penales, excepcionales o de ámbito temporal, que no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ella. Las disposiciones del Código Civil se aplicarán como supletorias en las materias regidas por otras leyes. 5) La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas y las resoluciones de los tribunales solo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita<sup>1184</sup>.

Elías de Tejada considera que la jurisprudencia no debe ser la virtud técnica de la determinación de la voluntad del Estado establecida por la ley sino la razón jurídica.

Entiende que los jueces no son un poder del Estado que deba buscar el bien común sino que deben proporcionar la justicia particular en cada caso concreto, de ahí, que todos los pueblos tengan una

---

<sup>1183</sup> Eduardo Vera-Cruz Pinto, "Jurisprudencia" versus "ciência do directo": o fim da constituzonalização/codificação do direito é condição de sobrevivência do jurídico", *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, V. 54, 1-2, 2013, pp. 24-40.

<sup>1184</sup> Arts. 1 a 4 del Código Civil.

organización judicial, que debe estar integrada por hombres prudentes, expertos y conocedores del Derecho, denunciando la reducción de la jurisprudencia a doctrina legal, consistente en una serie de sentencias dictadas por los Tribunales Supremos, sin el saber filosófico, que además suplanta al científico, entendiendo que se produce una bárbara invasión de los saberes jurídicos, al convertir a los jueces en simples técnicos, que han venido a arrogarse el discernimiento de lo que es ciencia de lo que no lo es<sup>1185</sup>.

Nuestra jurisprudencia, por tanto, no es fuente del Derecho sino que sirve para complementar el ordenamiento jurídico en el sentido de que las leyes, las costumbres y los principios generales del derecho solamente existen, en el sentido en que son interpretadas y aplicadas por los tribunales y, por lo tanto, con un cierto valor de precedente.

En el Derecho Continental, cuando la solución no está expresamente prevista en la ley se busca la solución en los principios generales o en la norma aplicable a casos análogos mientras que el juez inglés aplica, en primer lugar, la ley, con un sentido restrictivo y concreto con relación a los hechos ( por ello el Parlamento procura formular leyes muy precisas) y en su interpretación no se tienen presentes ni los antecedentes legislativos ni las motivaciones del legislador.

Posteriormente, en ausencia de ley que regule directamente el caso, el juez inglés acudirá al precedente, por lo que adquiere gran importancia la técnica conocida como *distinguishing*<sup>1186</sup>, que sirve para distinguir unos casos de otros y para establecer la diferencia entre un supuesto concreto y otro, aspecto en el que resulta relevante la interpretación de las leyes, que dependerá de la semejanza de los hechos relevantes en el supuesto previsto legalmente y el que se presenta para resolver judicialmente, siendo preciso averiguar, a estos efectos, las diferencias entre los hechos de los casos, si son trascendentes o irrelevantes.

Dentro de la metodología del precedente debe distinguirse, si lo expuesto en el caso previo se trata de una *ratio decidendi* o de un *obiter dicta* para aplicar los razonamientos, o no, al nuevo caso o para formular una excepción a una regla jurisprudencial, que no fue anteriormente considerada, sobre la base de las circunstancias concurrentes.

Aunque pueda parecer extraño, la vinculación absoluta al precedente solo fue proclamada definitivamente en 1898, en el caso *London Street tramwayss Ltd. v. London Country Council*, donde, precisamente, la Cámara de los Lores se consideró obligada a atenerse a sus propias decisiones anteriores, obligación extendida autorizadamente a los tribunales inferiores.

De otro lado, en 1966, en una de las revoluciones de la historia judicial inglesa, en el caso *Practice Statementse*, establecía la Cámara de los Lores para el futuro, que ostentaba la facultad de apartarse de sus propias decisiones cuando pareciera justo, aclarando que se trataba de una facultad de separarse del precedente pero no de anularlo.

Es exigible, por tanto, que para que el precedente sea válido, que no existan diferencias relevantes ni en los hechos ni en el Derecho para que se pueda someter a ambos a las mismas consecuencias

---

<sup>1185</sup> Francisco Elías de Tejada, *Tratado de Filosofía del Derecho*, T. II, Sevilla, 1977, pp. 111 y 129.

<sup>1186</sup> Un pormenorizado examen de esta técnica jurídica por parte de los Tribunales ingleses y los casos más llamativos pueden verse en Natalia del Barrio, *La jurisprudencia en el common law ( desde la perspectiva del jurista continental)*, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, pp. 64-70.

jurídicas y que el precedente provenga de un órgano judicial superior.

Además de la *ratio decidendi* y de los *obiter dicta* son importantes las *opinions*, de manera que una teoría no acogida en una *ratio* pero expuesta en una *opinion* puede estar dotada de una fuerza incalculable en manos hábiles.

Las *opinions* uniformes pueden dar vida a una única *ratio* pero también *opinions* concordes en una parte dispositiva diferentes en la motivación, siendo compatibles, ofrecen a los futuros intérpretes una gama de posiciones igualmente autorizadas para futuras *ratios*. Por ello, las *opinions* dan un vigoroso desarrollo al Derecho y responsabilizan particularmente a los jueces<sup>1187</sup>.

Los juristas Continentales ven en el Derecho, un conjunto de principios que deben trasladarse al orden social, en el que se plantea el litigio mientras que ingleses son, simplemente, herederos de las prácticas, en las que naturalmente desempeña una función importante, la tradición.

Los ingleses hablan de *legal rule*, del Derecho jurisprudencial, que se basa en la *ratio decidendi* de las decisiones adoptadas en un caso anteriormente resuelto por las cortes judiciales superiores de Inglaterra, que no de los *obiter dicta*, que como se acaba de decir, no constituyen reglas de Derecho aplicables como precedentes.

El Derecho inglés se concibe como un instrumento de resolución de litigios, casuístico y basado en las decisiones adoptadas por los Tribunales en un momento anterior, que prefiere crear el Derecho, a medida que surgen los problemas y son traídos a los Tribunales a propósito de casos concretos, con desconfianza de los principios generales.

Gracias al principio *stare decisis*, la jurisprudencia ha adquirido una enorme importancia en Inglaterra, ya que prima una visión del Derecho dominada por los precedentes y la analogía o más bien identidad de los casos, que es el método de enseñanza que se utiliza en los *inns of course*.

Aunque es más conocido en Estados Unidos que en Inglaterra, el presidente del Tribunal inglés, Coke, dijo en 1610, que el poder judicial puede declarar sin efectos una ley del Parlamento si es contraria a la razón, que es lo que ocurre en Estados Unidos, en donde las leyes son sometidas a un control difuso de Constitucionalidad.

El Parlamento británico no tiene su soberanía limitada por un ningún texto o práctica, de manera que no existe ninguna posibilidad de recurso contra una ley del Parlamento, fundada en un exceso de poder o en cualquier otra circunstancia basada en el Derecho Constitucional, correspondiendo a los jueces aplicar las leyes en los litigios que le someten las partes, y de interpretar la ley pero nunca pueden considerar la validez o no de una ley, según la teoría clásica del *common law*, que existe y se basa en costumbres inmemoriales, intangibles e inmutables salvo por ley.

Al referirnos al Estado de Derecho que emana de la Revolución Francesa se ha hecho mención del método legalista, que se apropió de todos los resortes del poder del Estado a través de la ley, que constituye formalmente la *ratio scripta* de la mano de la voluntad general, eliminando el problema de la justicia, que ya viene definida por la propia ley, eliminando de esta manera, la tradicional función de los juristas<sup>1188</sup>.

---

<sup>1187</sup> Francesca Moretti, *Atlas de Derecho Privado Comparado*, Coordinador Francesco Galgano, Fundación Cultural del Notariado, 2000, pp. 30-41.

<sup>1188</sup> Como señala A. Daniel Oliver-Lalana cuesta tomarse en serio una democracia Constitucional si en el Parlamento no

Pero todo ello, además, se encuentra con el inconveniente que señala Gallego García, que destaca que sin jueces no hay Derecho pudiendo haber leyes o conjunto de leyes pero al fallar el elemento práctico y concreto que constituye su razón natural de existir falta la propia existencia del Derecho sin cuya realidad práctica no puede ser tal<sup>1189</sup>.

### - LAS FUENTES DEL DERECHO DIFERENTES DE LA LEY: LA COSTUMBRE Y LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO. LA CUESTIÓN DE LAS LAGUNAS DEL DERECHO

Como se ha dicho, el sistema del *common law* no es propiamente un sistema jurídico sino político y tanto en el sistema inglés como en el europeo continental se mantienen que el Derecho debe controlar al poder político aunque en este último, realmente, sea el poder político el que controle al Derecho, tratándose de una cuestión que afecta al sistema de fuentes del Derecho.

La debida separación de poderes por parte los Revolucionarios franceses exigía a los jueces, en los casos en que la ley no determinaba una solución expresa para el caso, el planteamiento de un *referé legislatif*, que ante su falta de operatividad se restringió más tarde para los órganos de casación<sup>1190</sup>.

Más adelante, al tratar del nuevo recurso de casación contencioso-administrativo se abordará la cuestión de la interpretación a que en parte ya se ha hecho alusión a través del *referé legislatif*, si es una cuestión de aplicación de las normas o resevada al legislador; si es una supuesta búsqueda de la *voluntas legislatoris* o algo objetivo (*voluntas legis*) o si la facultad interpretadora de los tribunales puede alcanzar límites reglamentarios o suplantar al legislador<sup>1191</sup>.

---

se argumenta sobre las leyes, si las personas a quienes elegimos para ello no se molestan en dar razones públicas donde tienen que darlas, preguntándose porqué ha de respetarse lo que votan y algo parecido debería valer en el control Constitucional, ya que para un Tribunal no puede ser indiferente ante una legislación no justificada y este marco también debe encontrar enfoque en la jurisprudencia para determinar la existencia de una legislación racional (razonable y razonada). Angel Daniel Oliver-Lalana, "¿Le importa a alguien que los legisladores razonen? Sobre el análisis y el control del debate parlamentario de las leyes, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 2016, 2, pp. 5-37.

<sup>1189</sup> Puntualizando esta afirmación, dice el autor, que no obsta que el Juez deba atenerse a lo prescrito por la ley, por supuesto que sí, pero que lo que se quiere afirmar es que la última palabra sobre lo justo en concreto corresponde a los jueces y no al legislador. Elio A. Gallego García, *Fundamentos para una teoría del derecho*, Dykinson, 2015, p. 161.

<sup>1190</sup> Eduardo García Enterría, "La aplicación del derecho en los sistemas continentales", *La crisis del derecho y sus alternativas*, Consejo General del Poder Judicial, 1996, pp. 29 y 30. Ley 16 de 24 de agosto de 1790, art. 12 del título 2º. Esta cuestión ya se ha abordado al tratar el sistema que se implantó con la Revolución Francesa.

<sup>1191</sup> ¿Interpretar la ley es solo interpretar normas jurídicas? ¿por el mero hecho de desaparecer o derogar una norma desaparece su mandato normativo?. De acuerdo con el dogmatismo jurídico, la hermenéutica jurídica es simplemente una práctica deductiva- subjuntiva pero realmente como señala Streck (Lenio Luiz Streck, "Diferença ( ontológica) entre texto e norma: afastando o fantasma do relativismo", *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, V. 46,1, 2005, pp. 55-86) no es simplemente una cuestión de método sino que forma parte de la filosofía, pudiéndose decir que el texto de una norma adquiere un cuerpo diferente de su propia literalidad, por lo que las interpretaciones creadoras del derecho o la escuela libre o alternativa del derecho plantean problemas con relación a la seguridad jurídica. ¿Comprendemos para interpretar o interpretamos para comprender?, es decir, ¿la hermenéutica jurídica debe basarse simplemente en los elementos que establece el artículo del 3 del Código Civil?, ¿cómo afecta a la labor interpretativa la realidad sujetadora el Estado Contemporáneo de Kant, Hegel, Nietzsche o Heidegger?. Sin duda, Dario Moura Vicente ( Dário Moura Vicente, "O contributo da Lei da boa Razão para o Direito comparado e o seu ensino: breve relance", *Revista da Faculdade de Direito*

## - LA COSTUMBRE

Como se sabe, la costumbre constituye una fuente del Derecho pero llama la atención que tenga una importancia tan reducida en los Estados Modernos, especialmente en el Derecho Público, lo que sin duda se debe a las doctrinas de Hobbes, contrarias a la tradición y a la ideología de la Revolución Francesa, en favor de la ley, fruto de la voluntad popular, que ha dejado muy mermadas a otras fuentes del Derecho.

En este sentido quiero traer a colación la tesis de Coke, para quien razón, ley natural y costumbre son las tres cosas que mejor definen una filosofía del derecho y que son requeridas para la existencia de un buen Derecho<sup>1192</sup>.

El jurista inglés consideraba, como Bartolo de Sassoferrato, que la característica esencial de la costumbre no es su carácter no escrito y no solo porque la costumbre pueda encontrarse redactada por escrito sino que, al igual que Santo Tomás, su característica esencial radica en su aceptación popular.

Entendía que la costumbre había sido establecida por el largo uso y el consentimiento de nuestros antepasados y ha sido y es diariamente practicada, por lo que toma su origen directamente del pueblo o de la sociedad, naciendo de abajo a arriba y no de arriba a abajo, en un orden natural y espontáneo, lo que la convierte en superior y preferible a la ley positiva, ya que la costumbre es el lugar más originario y propio de donde nace el derecho, como explicaba John Davies en 1674, quien consideraba que:

“el derecho consuetudinario (*customary law*) es el más perfecto y más excelente, y sin comparación lo mejor para hacer y preservar la comunidad. Porque las leyes escritas hechas por los príncipes o los parlamentos son impuestas sobre los súbditos antes de serles hecha cualquier prueba de si son ajustadas o acordes a la naturaleza y disposición del pueblo, o si generan algún inconveniente o no. La costumbre, en cambio, nunca se convierte en ley vinculante hasta que no ha sido probada y aprobada inmemorialmente porque si no ha permanecido mucho tiempo y su uso ha sido interrumpido consecuentemente ha perdido su virtud y fuerza de ley”.

La superioridad de la costumbre jurídica sobre la ley se explica, en efecto, por su propia forma de creación de la costumbre, ya que como señalara Coke:

“nosotros no somos sino de ayer (y por tanto necesitamos la sabiduría de aquellos que fueron antes que nosotros) y somos ignorantes si no recibimos la luz y reconocimiento en nuestros antepasados y nuestros días sobre la tierra son una sombra en comparación a los antiguos días y tiempos del pasado, cuando las leyes fueron puestas por la sabiduría de los más excelentes

---

*da Universidade de Lisboa*, V. 51,2, 2019-2, pp. 61-72) nos trae de la mano un argumento, cual es la aplicación en Portugal en la Ley de la buena razón de 1769, que obligaba a la aplicación de los buenos principios que contiene las verdades intrínsecas y naturales en que coincidían la ética de los romanos, de acuerdo con el derecho divino y natural, que unánimemente estableció el Derecho de Gentes en la dirección del gobierno de las naciones civilizadas, de acuerdo con lo que tienen promulgado como manifestaciones de utilidad, sosiego público, y del establecimiento y riqueza de los pueblos a través de leyes sabias y provechosas y que servía para una interpretación integradora y de Derecho comparado en Portugal.

<sup>1192</sup> A Coke se le debe alejar tanto del historicismo como del racionalismo, ya que la solidez y el fundamento de la costumbre, lo fija en la solidez de la razón y no tanto en su pertenencia en el tiempo.

hombres, en una innumerable sucesión de tiempo, por una larga y continuada experiencia (que es la prueba del derecho y la verdad) cribada y purificada no por un hombre (siendo de tan corta vida) aunque haya tenido la sabiduría de todos los hombres del mundo en su cabeza, que en ninguna época podría haberlo alcanzado u obtenido”.

Para Bártolo de Sassoferrato, al igual que la ley posterior deroga a la anterior, también la costumbre deroga a la ley y Santo Tomás entendía que tampoco planteaban problemas las leyes contrarias a las costumbres, por cuanto que si una comunidad es libre puede establecer una norma jurídica, por sí misma.

Consideraba también Santo Tomás, que la mayor manifestación del consentimiento de toda la multitud se obtiene mediante la costumbre, más que mediante la autoridad del príncipe, que no tiene poder para escribir la ley sino en cuanto representa la persona moral de la comunidad, de ahí que si una persona particular no tiene potestad para constituir una ley, sin embargo, todo el pueblo unido sí la tiene y lo mismo sucede cuando se trata de un pueblo no libre, en cuyo caso hay que presumir, que tal costumbre existe porque el gobernante la ha consentido de un modo tácito<sup>1193</sup>.

En el Estado Moderno la ley no solo es totalitaria sino que, además, es el instrumento del poder público o del partido político que lo controla para imponer sus mandatos, eliminando cualquier resistencia voluntaria que pueda provenir de elementos incontrolados como es la costumbre, puesto que es el Derecho el que debe regir la conducta, como siempre pero ahora reducida a la ley.

De esta manera se reduce la sede del Derecho al Parlamento y en este sentido debe tenerse en cuenta que en Francia, el Derecho consuetudinario era mayoritario en las regiones del norte y la ley en el sur, pasando a ser único el Código Civil napoleónico<sup>1194</sup>.

## - LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

Los principios generales del Derecho, normalmente, se extraen o deducen de lo que establecen las leyes, y constituyen el soporte del ordenamiento jurídico, ya que sirven, en gran medida, para interpretarlas.

Los principios generales del derecho, además de ser una fuente del mismo, constituyen criterios de interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico.

Normalmente es la jurisprudencia la que establece los principios en este ámbito pero también la doctrina que, con su magisterio puede crearlos, pudiendo ser discutible hasta qué punto no constituyen principios generales del derecho las costumbres o los usos sociales, que no sean meramente interpretativos de la voluntad, en tanto que contienen lo que podemos denominar una razón práctica en la aplicación, que se pone de manifiesto por su uso, tales como el de proporcionalidad, legalidad, igualdad, *factum proprium* o el de interpretación de las normas más favorables para la efectividad de los derechos o el respeto de los derechos humanos.

---

<sup>1193</sup> *Suma Teológica*, I-III, c., 97, a. 3. Cit. Elio A. Gallego García, *Common Law. El pensamiento político y jurídico de Sir Edward Coke*, ediciones Encuentro, 2011, pp. 63-68.

<sup>1194</sup> Emile Chénon, *Le droit coutumier et l'unité législative en France*, Lyon, Briday, 1880.

En este sentido Parada<sup>1195</sup>, recogiendo la opinión de Rivero, señala que ha sido en la segunda mitad del siglo XX cuando el Consejo de Estado francés se ha atrevido a establecer principios generales del derecho por su propia autoridad y a establecer principios generales del derecho al margen de la ley, ya que los turbulentos años vividos por Francia entre 1940 y la entrada en vigor de la Constitución de 1946, con sucesión de regímenes inspirados por ideología muy diferentes, provocaron una gran inestabilidad en el Derecho escrito y como no había seguridad jurídica para los particulares fuera de la continuidad del Derecho, el Consejo de Estado, consciente del valor de esta continuidad, ha tenido que ir a buscarla fuera de la ley, para mantenerla pese a los cambios políticos y a sus repercusiones legislativas.

De esta manera y afirmando, enérgicamente, la estabilidad de los principios pudo limitar y corregir la inestabilidad de las leyes, solución tanto más necesaria cuanto que cientos de estas fueron dictadas en función de circunstancias económicas, internacionales o por opresión del ocupante nazi o por la pasión política que implicaba graves atentados al respeto de la persona y de las libertades humanas.

Estos principios generales se decía que tenían su razón de ser en el fundamento tradicional del Derecho Público francés, y apoyándose en estos principios generales del derecho, el Consejo de Estado pudo minimizar el alcance de estas leyes e interpretarlas de la manera más restrictiva posible y salvaguardar así, al máximo, las libertades esenciales, si bien el recurso a los principios generales nacidos de circunstancias excepcionales ha sobrevivido a la desaparición de tales circunstancias.

Hayek, apoyándose en Workin y coincidiendo con Roscoe Pound, señala que la parte vital y duradera del Derecho está en los principios y no en las leyes, ya que estos se mantienen relativamente estables y evolucionan según pautas constantes mientras que las normas tienen una vida relativamente breve, no se desarrollan y son derogadas y sustituidas por otras normas.

Considera que es más adecuado utilizar el término “sistema” para designar un conjunto de normas relacionadas entre sí y dotadas de cierto orden jerárquico, incluyendo en tal concepto, no solo las normas articuladas sino también aquellas que todavía no lo han sido pero que se encuentran ya implícitas en el sistema, así como las que deben ser todavía descubiertas para asegurar la íntima coherencia del mismo<sup>1196</sup>.

## - LAS LAGUNAS DEL DERECHO

Para Luis A. Warat<sup>1197</sup> el conflicto de sistemas normativos jurídicos y metajurídicos puede ser descrito, indistintamente, por el abuso de derecho y la laguna de la ley, y el uso de una u otra expresión dependerá de la perspectiva en que nos ubiquemos en el análisis del conflicto, de manera que si acentuamos el elemento metajurídico deberemos hablar de abuso de derecho pero si en nuestro enfoque solo entra la normatividad respaldada por la fuerza oficial, utilizaremos la expresión lagunas

---

<sup>1195</sup> Ramón Parada Vázquez, *Derecho administrativo, Parte General*, Décima edición, Madrid, 1998, pp. 80 y 81.

<sup>1196</sup> En este punto se encontraría de acuerdo con Working según su terminología de normas articuladas y no articuladas. Friedrich A. Hayek, *Derecho, legislación y libertad. Una nueva formulación de los principios liberales de la justicia y de la economía política*, 2ª edición, Unión Editorial, 2014, pp. 25 y sgts.

<sup>1197</sup> Luis A. Warat, *Abuso del Derecho y Lagunas de la Ley*, ediciones olejnik, Argentina, 2019, pp. 70-72.

de la ley, lo que nos indica que la existencia de la diferencia entre ambos conceptos se encuentra, exclusivamente, en el valor emotivo de ambas expresiones.

El abuso del derecho nos brindará, sin duda, una imagen de autosuficiencia normativa y potencia legislativa mucho más fuerte y la laguna nos dejará, en cambio, entrever ligeramente y bajo una apariencia externa, la necesidad de una facultad creadora del juez.

Tanto el abuso como la laguna, las considera dos maneras de llamar a una misma falacia normativa y para establecer esta identidad considera que con el término laguna no se identifica la ausencia de solución por falta de una norma sino tan solo que la solución posible dentro del Derecho positivo es vivida como injusta o inadecuada por el órgano encargado de administrar justicia.

Considera que esta regla de uso no es sino una divergencia entre la normatividad jurídica y metajurídica, considerada mejor o más justa, y su campo denotativo no influiría en los casos derivados de la determinación propia del carácter genérico o flexible de la ley.

En el lenguaje ordinario por laguna se entiende algún tipo de ausencia en la significación jurídica pero este autor considera, por el contrario, que se aplicará a una presencia, no tratándose de un caso de inexistencia de normas, pues hay una conducta deontológicamente permitida pero que resulta ser, sin embargo, inapropiada para la regulación de las actuales formas de convivencia social.

Por ello, la noción de laguna no reflejaría una insuficiencia normativa sino una inadecuación normativa, lo que constituye el sentido contraintuitivo de laguna que Kelsen<sup>1198</sup> rescata para su teoría, señalando que donde se pretende ver una laguna se entiende, en rigor, otra cosa, que no es sino una divergencia entre el Derecho positivo y otro Derecho considerado mejor o más justo.

Solo la comparación de estos Derechos hace aparecer una insuficiencia del Derecho positivo, tratándose de una ficción a la cual se recurre, sobre todo, cuando es difícil o imposible obtener la modificación de una norma general por la vía legislativa o cuando se trata de una norma consuetudinaria, que por definición no puede ser modificada siguiendo un procedimiento racional, a la que se atribuye un origen sagrado o divino o cuando por otras razones no parece posible u oportuno poner en movimiento el aparato legislativo<sup>1199</sup>.

Puede considerarse, especialmente desde la perspectiva anglosajona, que el Normativismo provoca un sistema de jueces muy conservadores, ya que se les impide la búsqueda de respuestas jurídicas, más allá de la ley, la costumbre y los principios generales del derecho, cuando realmente deben ser más creativos en la búsqueda de la solución<sup>1200</sup>.

La plenitud del ordenamiento jurídico no es sino un dogma derivado de la existencia de un sistema erróneo de separación de poderes, que determina que la jurisprudencia, en tanto que no forma parte del poder legislativo, no puede ser una fuente del Derecho, considerándose al sistema pleno, sin

---

<sup>1198</sup> Hans Kelsen, *Teoría pura del Derecho*, Eudeba, Buenos Aires, 1987, pp. 173 y 174. Cit. Luis A. Warat, *Abuso del Derecho y Lagunas de la Ley*, ediciones Olejnik, Argentina, 2019, p. 71.

<sup>1199</sup> Luis A. Warat, *Abuso del Derecho y Lagunas de la Ley*, ediciones olejnik, Argentina, 2019, pp. 70-72.

<sup>1200</sup> Ronald Dworkin, "Positivism y derecho", *La crisis del derecho y sus alternativas*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, p. 95.

lagunas, cuando es evidente que las mismas sí que existen<sup>1201</sup> y prueba de ello son las expresas previsiones del legislador (arts. 3 y 4 del Código Civil español).

Sin duda a ello obedece el apremio del *non liquet* (art. 1.7 del citado texto legal), ya que siguiendo otra postura no sería necesaria su previsión.

A pesar de los planteamientos dogmáticos, la doctrina científica admite que el ordenamiento jurídico contiene lagunas, por lo que es necesaria una creación judicial por vía interpretativa, dada la obligación legal de resolver, que se lleva a cabo por vía del precedente en los países del *common law* y por vía de los principios generales del derecho en los Continentales, considerándose que existe una mayor creatividad judicial cuanto mayor sea el número de leyes y la descodificación, llamando la atención de la máxima ilustrada de pocas leyes y claras, lo que a la postre pone de manifiesto la necesaria actividad creativa de la función judicial, labor creativa connatural que no puede negarse al Tribunal Constitucional<sup>1202</sup>.

Una postura interesante dentro de la lógica del sistema es la de considerar alterado el mecanismo de la separación entre legislación y jurisdicción por la emisión generalizada de leyes formales, con una reserva de jurisdicción, que minusvalora la interpretación auténtica o del legislador de sus propias leyes, a la vez que se reconoce la puesta de manifiesto en la aplicación judicial por vía interpretativa de la explicitación de normas implícitas<sup>1203</sup>.

El gran problema de la doctrina científica de los sistemas Continentales es la discrecionalidad judicial, vista desde la perspectiva de la total y absoluta sumisión a la ley, desde el principio de subsunción y de los desajustes entre la legislación positiva y la respuesta judicial pero tales preocupaciones no constituyen, desde mi punto de vista, un tratamiento real de los problemas jurídicos.

Entiendo que constituye una ideología absolutamente irreal, ya que no se puede considerar que el legislador haya analizado, con carácter previo, todos los problemas jurídicos que se puedan suscitar entre los particulares para obtener la solución adecuada, y de la misma manera, la actuación del legislador basado en la voluntad general sobre la obra de la razón (dos imponderables realmente intangibles) no otorga una solución *ex novo*, sin tener presente experiencias pasadas<sup>1204</sup>.

El legislador, en el ámbito del Derecho Privado, debería realizar, más bien, una función arbitral respecto de cómo deben amoldar los ciudadanos sus relaciones entre sí, y en el ámbito del Derecho Público es donde la voluntad del legislador se encauza más bien a través de un principio de legalidad más estricto, estableciendo qué conductas han de observar los ciudadanos con el poder público y el poder público con los ciudadanos<sup>1205</sup>.

---

<sup>1201</sup> Ricardo Guastini, Legislación y jurisdicción en la teoría del derecho, *La crisis del derecho y sus alternativas*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, p. 277.

<sup>1202</sup> Alfonso Ruiz Miguel, "Sobre la creación judicial del derecho", *Poder judicial*, nº 16, 1985, pp. 47 y 52 y sgts.

<sup>1203</sup> Ricardo Guastini, "Legislación y jurisdicción en la teoría del derecho", *La crisis del derecho y sus alternativas*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, pp. 301 y sgts.

<sup>1204</sup> Destaca Alejandro Nieto, *Crítica de la razón jurídica*, edit. Trotta, Madrid, 2007, p. 176, que lo que más sorprende del arbitrio judicial es que, siendo indiscutible tanto su práctica cotidiana como su aceptación legal, todavía haya un amplio sector de la doctrina, empeñado en negar su existencia y, sobre todo, su legalidad.

<sup>1205</sup> Por ello dice el artículo 103.1 de nuestra Constitución Española de 1978, que la Administración pública sirve con

Resulta un fenómeno muy frecuente que, en muchas ocasiones, es el propio legislador, incluso en el ámbito del Derecho Público<sup>1206</sup>, el que utiliza conceptos jurídicos indeterminados, por ejemplo: la diligencia del buen padre de familia, la buena fe, las cláusulas abusivas y, muy específicamente, en el ámbito del Derecho Administrativo y Tributario, entre otros, la oferta más ventajosa, el justo precio, los principios de mérito y capacidad o la capacidad económica, que el juez debe determinar si concurren o no dentro de un cierto margen concedido por el legislador, que no ha querido concretar más, y que la doctrina y los Tribunales llevan a cabo estableciendo zonas de certeza positiva o negativa, es decir, de si abiertamente se ha acomodado o no la conducta del operador jurídico a esta circunstancia<sup>1207</sup>.

El legislador también permite a la Administración, un margen de libertad en su actuación a través de la discrecionalidad administrativa, que le permite elegir entre alternativas igualmente justas pero que por mandato del art. 106.1 de nuestra Constitución, también sujeta al control de los Tribunales<sup>1208</sup> y en el que adquieren especial trascendencia el control de los elementos reglados, como la competencia del órgano que dicta el acto, el procedimiento para elaborarlo y aprobarlo, los hechos determinantes en que se funda la actuación administrativa y el fin concretado en el interés público a satisfacer, de ahí la necesaria motivación, sin cuya acreditación, en el expediente administrativo, de acuerdo con la carga y compensación que supone al principio de autotutela administrativa, debe poner de manifiesto la Administración.

Otro de los efectos llamativos de nuestro ordenamiento jurídico y del Comunitario es la posibilidad que se estableció en la sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de febrero de 1981, con relación al efecto derogatorio de las normas preconstitucionales que se opusieron a los principio recogidos por la Constitución, para las que no era preciso plantear cuestión de inconstitucionalidad por parte de los Tribunales de Justicia ante el Tribunal Constitucional.

En el ámbito del Derecho Comunitario sucede a través del principio de desplazamiento, sin necesidad de plantear la cuestión prejudicial Comunitaria cuando se considere que, claramente, el Derecho nacional es contrario al Comunitario (caso *Cilfit*) y por lo tanto puede desplazar al Derecho nacional ( STJCE de 9 de marzo de 1978, caso *Simmenthal*).

Puede entenderse que se trata de dos aspectos en los que, al igual que hace el anglosajón habitualmente, se encuentra el Continental habilitado para emularlo.

Este sistema de construcción lógica del Derecho, partiendo de unas premisas generales que se aplican al caso concreto, se pone en tela de juicio desde un punto de vista de su propia lógica interna por el Particularismo<sup>1209</sup>, que ataca la visión estándar del razonamiento práctico de inspiración

---

objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y con plena sujeción a la ley y al Derecho.

<sup>1206</sup> En los que el legislador actúa de una forma que parece contravenir los principios de la Revolución Francesa, de sometimiento estricto a los mandatos concretos del legislador.

<sup>1207</sup> Planteándose el problema en la zona de incertidumbre, en donde no está claro pero se debe decidir, y en donde también los Tribunales consideran que debe anularse la conducta administrativa si la Administración no ha seguido el dictamen técnico o no obró razonablemente.

<sup>1208</sup> Ya que encarga a estos controlar la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de esta a los fines que la justifican.

<sup>1209</sup> Concepción filosófica que afirma que en el dominio práctico de las grandes construcciones teóricas individuales y

kantiana, en beneficio de una visión que permita acomodar, en nuestra noción de razonamiento, la intuición, que en muchos casos permite aplicar la regla universal a un caso particular y que produciría resultados inaceptables o sustancialmente incorrecto o falsos y modificarlos por otros correctos, lo que ocurriría tanto en la moral como en el Derecho.

Según el Particularismo, la respuesta correcta en el caso particular en estos ámbitos depende de un juicio holístico, esto es, un balance de todas las razones históricas y contextuales a favor y en contra de esa respuesta y el Derecho debe ser particularista porque los jueces deben resolver el caso concreto y tomar sus propias decisiones sobre la base de un examen de la composición particular y las argumentaciones de las partes.

El juez sabio no se conformará con la emisión de un juicio que, simplemente, contenga las consecuencias que las reglas relacionadas con el caso genérico dan al concreto sometido a enjuiciamiento, ya que el ideal de este juez es determinar lo justo en el caso concreto.

El Derecho debe conformarse, evidentemente, con nuestras razones racionales y morales, ya que no se puede actuar de modo irracional, arbitrario o inmoral y, por ello, el particularismo se identifica con un modelo de ponderación de todos nuestros saberes y personalidad que componen el razonamiento práctico, que se considera está formado por varios niveles, uno más superficial, habitado por las directivas de conducta que establecen como se debe actuar en cierto tipos de casos y otro, más profundo, del que depende, en cada caso individual, la respuesta a la pregunta sobre cómo se debe actuar<sup>1210</sup>.

Las reglas se fundan en la simplificación de la decisión, de manera que el que decide sobre la base de una regla parece que se encuentra exento de la tarea de tomar en consideración y de sopesar, caso por caso, todas las razones que existen a favor y en contra de cierta decisión, lo que permite economizar en recursos decisorios.

Las razones para preferir la decisión basada en reglas pueden fundarse en circunstancias económicas pero también en que la complejidad de las decisiones a tomar son demasiado complejas para

---

abstractas son falibles porque, en realidad, todo o casi todo depende de las circunstancias concretas del caso particular, poniendo en entredicho la verdadera función que desarrollan las reglas en el razonamiento práctico, ya que no serían las reglas generales, las que nos ofrecería la respuesta correcta a nuestros casos, ya que el razonamiento práctico dependería, en realidad, de las circunstancias del caso particular, puesto que la noción estándar no se puede capturar de forma exhaustiva *ex ante*.

<sup>1210</sup> Por la finalidad esencialmente práctica y realista de la cuestión que nos ocupa se pretende aclarar con el siguiente ejemplo, para determinar la conducta de un vigilante de seguridad ante un cartel que regula la entrada de animales en un restaurante y el que aparece la mención: “prohibida la entrada de perros” sobre la base de la experiencia previa de los problemas que han causado estos animales con anterioridad. Un guardia de seguridad que decide sobre la base de la regla, la pregunta que se hace es la de si es o no un perro mientras que un guardia de seguridad Particularista se pregunta si hay que dejarlo o no entrar, de manera que un guardia legalista, paradójicamente, dejará fuera del local perros de salón bien educados, perros policía o lazarillos y permitirá la entrada de osos y pitones.

Una regla se basa en una generalización: las más de las veces, en la inmensa mayoría de casos, la presencia de perros en el local provocará confusión, molestar a los clientes y esto constituirá una buena razón para dejarlos fuera, que constituye la generalización por la que se justifica la prohibición de la entrada de perros pero justamente porque está basada en una generalización, ya que una regla exige que se deje fuera del local también a aquellos perros que no molestarían: perros de salón bien educados, perros lazarillos para ciegos o perros policías y no incluiría, habitualmente los numerosos caso que se podrían presentar como inadecuados, tales como la entrada de osos o de pitones que, muy probablemente, generarían desorden y caos entre los clientes.

nuestras capacidades, ya que las reglas, como se acaba de decir, son instrumentos de simplificación de la tarea decisoria y las capacidades cognoscitivas son limitadas, así como la racionalidad humana, de manera que las razones por las cuales puede suceder que la decisión basada en reglas, aun siendo un procedimiento decisión subóptima, pueda presentar ventajas respecto de la decisión particularista.

En un pasaje de *Político*<sup>1211</sup>, Platón compara el gobernante ideal con el capitán de una nave, que estando en el puente somete a monitorización constante todas las variables relevantes para guiar la nave y emite cada minuto, órdenes particulares referidas a la situación concreta.

Platón pretende equiparar la regla con un hombre poco perspicaz y prepotente, que repite siempre las mismas cosas sin tener en cuenta que las circunstancias varían, lo que nos podría conducir al falso dilema del gobierno de los hombres o de las leyes.

Un gobierno de leyes puras, no humanas, impersonales y anónimas, es un mito y si se quiere ser realista se debe renunciar a ese mito; y si dejamos a un lado el mito surge el punto central, que un gobierno de las leyes no puede ser sino un gobierno de seres humanos que producen y aplican leyes, quedando abierta la cuestión entonces a si este particular modo de gobernar es preferible respecto de otros.

Una justificación o vía para recurrir a la decisión basada en reglas es la desconfianza respecto de ciertas decisiones o ciertas clases de decisores o respecto a las decisiones de algún tipo en que se cometerían, en su conjunto, un número de errores menor respecto que aquellos que cometen, si se les diera libertad para aplicar, directamente, las decisiones que consideren más convenientes, que es, en definitiva, un instrumento de subdivisión del poder decisorio y la decisión basada en reglas puede justificarse en estos parámetros<sup>1212</sup>.

## - LA BATALLA POR LA INTERPRETACIÓN DE LAS LEYES EN EL DERECHO EUROPEO CONTINENTAL

Durante la Edad Media y a través de la figura del rey se va produciendo en todos los países que hemos clasificado como de Derecho europeo continental, la concentración del poder político en su persona, que adquirirá los tintes de absolutos en la Modernidad. En el rey se irán concentrando, además y de modo progresivo, las facultades normativas y de ejecución, tanto en lo que se denominará Ejecutivo como Judicial.

Ya se ha examinado en el apartado correspondiente a la Edad Media, que durante el Antiguo Régimen francés existía un órgano dependiente del rey, de naturaleza ejecutiva (*Conseil des Parties*), que anulaba las resoluciones de los *parlements* que infringiesen el Derecho, a la vez que existía una lucha entre los *parlements* y el rey, por la convalidación o no de las Ordenanzas Reales.

A pesar de que la propaganda oficial pondera muy favorablemente la obra de los Revolucionarios franceses, estos, en el fondo, como verdaderos Absolutistas, eliminaron lo que pudiésemos denominar cierto control de Constitucionalidad de las normas, que ostentaban los jueces de los *parlements*, a la

---

<sup>1211</sup> 296e-297b.

<sup>1212</sup> Pau Luque, *Particularismo, ensayos de filosofía del Derecho y Filosofía moral*, Marcial Pons, 2015, pp. 151-174.

vez que incrementaron el poder de los políticos (ellos mismos<sup>1213</sup>), a través de la decisión interpretadora y aplicadora del Derecho, ahora reducida a la ley.

Bajo la excusa de la separación de poderes en la Constitución francesa de 1791 se creó el recurso de casación que debía resolver el Tribunal de Casación, con objeto de impedir que los Tribunales de Justicia, al interpretar o aplicar las leyes, se apartasen de la voluntad del Legislador.

Los Revolucionarios franceses descartaron que los jueces pudiesen interpretar las leyes, ya que de esta manera consideraban que, realmente, podían legislar.

Entendían que la causa y razón de interpretar la ley no forma parte de la función jurisdiccional sino de la legislativa, ya que mediante la interpretación se aclara o precisa el sentido de la ley, y en esa medida también se crea Derecho y en las Constituciones de los primeros años del s. XIX, esta tarea se reserva exclusivamente al legislador<sup>1214</sup>.

Como señala Ibon Hualde, el Tribunal de Casación debe su origen a la necesidad de establecer un órgano de vigilancia efectiva sobre el Poder Judicial, a los efectos de impedir que este invadiese el ámbito del Poder Legislativo.

No se trataba de evitar invasiones recíprocas entre los tres Poderes (Ejecutivo, Legislativo y Judicial) sino que aquel órgano se limitaba a controlar que el Poder Judicial no asumiese atribuciones propias del Poder Legislativo<sup>1215</sup>.

---

<sup>1213</sup> De ahí la tesis, primero Revolucionaria (como consta en el Preámbulo de la legislación sobre la separación de poderes de 1789) y luego Napoleónica (uno de los mayores Dictadores de la historia si no el mayor, militar de Carrera, que se impuso por las armas) de no ser necesarios los jueces independientes cuando exista una asamblea democrática, que fue la tesis que fue extendiéndose por el continente europeo a pesar de la caída de este Dictador, que pudiésemos denominar de los tintes más absolutos y no solo por su intervención en el sistema judicial sino en la sociedad a través de lo que Hayek denomina reglas de recta conducta, como se ha visto. Los países del continente europeo, en vez de seguir la tesis del vencedor, como padre del constitucionalismo que se reconocía por todos, siguió al Dictador vencido, lo que resulta del todo inverosímil salvo que se analice desde el punto de vista de los beneficiarios del botín de esta nueva ideología, fenómeno que como se ha visto se repetirá tras la caída del Muro de Berlín, si bien ahora como un intercambio de cromos para seguir manteniendo el poderío económico y las prerrogativas personales que de ello se deducen de esta situación. De otro lado, la obra Revolucionaria o Napoleónica no hizo sino dar satisfacción a los monarcas más Absolutos, de ahí que su obra se mantuviese tras el Congreso de Viena de 1815.

<sup>1214</sup> Sobre la base de considerar que la función jurisdiccional es una tarea de aplicación de las leyes, que no de creación del Derecho, decía Bergasse, el 17 de agosto de 1790, que se percibe sin esfuerzo, que si la ley puede ser interpretada o aumentada, o lo que es lo mismo aplicada a la misma voluntad particular, el hombre no estará bajo la salvaguarda de la ley sino bajo el poder de quien la interpreta o aumenta. En este sentido señalaba Robespierre, que la palabra jurisprudencia debía ser borrada de la lengua, en un Estado que tenga Constitución y legislación, ya que la jurisprudencia de los Tribunales no es otra que la ley. Cit. Santiago Muñoz Machado, *La reserva de jurisdicción, la ley*, 1989, pp. 66 y 67. No obstante esta cuestión de la interpretación de las leyes nuevamente vuelve a tener antecedentes autocráticos (*interpretatio y relatio ad Principem*), ya que tiene base en el Derecho Justiniano (Código, Libro I, Título XVIII, “De vetere jure enucleando”, 2 C, 21) e incluso en el primitivo romano con la obligación de remitir al emperador la cuestión en caso de duda interpretativa, que también era un criterio utilizado en el Derecho Canónico, ya que Pío IV en la bula *Benedictus Deus* de 1567 considera que el juez no puede interpretar, en caso de duda sino que debe remitir la cuestión al legislador (Papa) y Luis XIV hace lo mismo en la Ordenanza Civil de 1667. Paolo Alvazzi del Frate, “*Aux origines du référé législatif: interprétation et jurisprudence dans les cahiers de doléances de 1789*”, *Revue historique de droit français et étranger*, V. 86, n° 2, avril-juin 2008, pp. 253-262 y Jean-Pierre Nandrin, *Le référé législatif en 1832. La difficile séparation des pouvoirs*, Presses de l’Université Saint-Louis, 2009.

<sup>1215</sup> Ya que tal control no tenía carácter bilateral, es decir, no se prestaba atención a la posibilidad de que el Poder Legislativo se inmiscuyese en el ejercicio del Poder Judicial. La Ley de 27 de noviembre- 1 de diciembre de 1790, que pasó al art. 21

Los Revolucionarios franceses, partiendo de la experiencia histórica de luchas de poder entre los antiguos *parlements* y la monarquía<sup>1216</sup> se cuidaron, únicamente, de que los órganos jurisdiccionales no pudieran volver a cometer usurpaciones sobre el Poder Legislativo.

En mi opinión, no deja de ser curioso porque tal y como se ha expuesto, las intromisiones del rey lo eran esencialmente en la función judicial y los tribunales de justicia (*parlements*), a través del control de las Ordenanzas Reales y después del Derecho todo, lo que pretendían era, en palabras democráticas, lo que después se conocerá como control Constitucional.

Lo que se expone tuvo su reflejo tanto en la Constitución de 3 de septiembre de 1791 como en otras disposiciones legales; disposiciones prohibitivas cuyo objeto era, por ende, prevenir que las resoluciones judiciales pudiesen convertirse en normas de carácter general.

Se constata, por todo ello, una tendencia a reducir el ámbito del Poder Judicial, en contraposición a una paralela ampliación del correspondiente al Poder Legislativo.

El juez debía limitarse a aplicar, literalmente, en el caso concreto la ley emanada del legislador, de suerte que cualquier actividad interpretativa que excediese de la función de extraer, mecánicamente, de la ley sus consecuencias particulares suponía una violación del principio de separación de poderes. La interpretación de las leyes competía al Poder Legislativo, no al Judicial.

Para mantener al Poder Judicial dentro del estricto ámbito que se le reservaba, los Revolucionarios franceses se sirvieron de dos medios, uno preventivo y otro represivo.

---

de la Constitución de 1791 y atribuyó al legislador el derecho de aplicar las leyes constituyó, realmente, una excepción al principio de separación de poderes, que no se hizo efectiva hasta que no se suprimió el *referé legislatif* mediante ley de 1 de abril de 1937, que aunque no elimina la labor creativa de interpretación del legislador, no se niega a los jueces a que, en lo sucesivo, puedan intentarla, ocupándose el tribunal de casación, en última instancia, de esta labor pero, como se dice, el legislador no quedaba apartado de la tarea de interpretar y en los años sucesivos, el legislador realizará funciones jurisdiccionales a través de las leyes interpretativas, unas veces directamente como tales y otras, indirectamente, condicionando la labor del juez. Santiago Muñoz Machado, *La reserva de jurisdicción*, la ley, 1989, pp. 65, 66 y 67.

Tras señalar el capítulo V de la Constitución francesa en 1790, que llevaba por rúbrica “Del Poder Judicial”, en su artículo 3, que los tribunales no pueden inmiscuirse en el ejercicio del poder legislativo y suspender la ejecución de las leyes ni encargarse de funciones administrativas ni citar ante ellos a los administradores por razón de sus funciones, y los artículos 5 y 6 de este capítulo, que el derecho de los ciudadanos a resolver sus controversias por la vía del arbitraje no puede verse perjudicado por los actos del poder legislativo y que los tribunales ordinarios no pueden aceptar ninguna acción por la vía civil, si no se justifica, que las partes han comparecido o que el demandante ha citado a la otra parte ante los mediadores para lograr una conciliación, señalaban los artículos 20, 21 y 22, que el Tribunal de Casación nunca podrá conocer del fondo del asunto pero después de haber anulado el fallo que hubiera adoptado, siguiendo un procedimiento donde se vulneraron las formas o que contraviniese expresamente a la ley, reenviará el fondo del proceso al Tribunal que deba conocer de ello y que cuando después de dos casaciones, el juez del tercer Tribunal sea atacado por la misma vía que los dos primeros, la cuestión no podrá ser discutida ante el Tribunal de Casación sin haber sido sometida al cuerpo legislativo, que hará un decreto aclaratorio de la ley, al que el Tribunal de Casación estará obligado a conformarse y cada año, el Tribunal de Casación estará obligado a enviar al cuerpo legislativo una diputación de 8 de sus miembros que le presentarán el estado de los fallos y al lado de cada uno, un resumen del asunto y el texto de la ley que ha determinado la decisión, estableciendo el artículo 27 de este mismo capítulo, que el Ministro de Justicia denunciará al Tribunal de Casación, por la vía del comisario del Rey y sin perjuicio del derecho de las partes interesadas, los actos en que los jueces excedieron los límites de su poder, el tribunal los anulará y si dan lugar a prevaricación, el hecho se denunciará al cuerpo legislativo, que dictará un decreto de acusación y enviara a los acusados ante la Corte Nacional. Ibon Hualde López, *La admisión del recurso de casación Civil: su situación actual y reforma*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 20121, pp. 26-44.

<sup>1216</sup> De la que ya se ha hecho una exposición pormenorizada el apartado III de esta obra.

El primero, denominado *référé facultatif*, que tenía carácter discrecional y permitía a los jueces dirigirse al Poder Legislativo, con el objeto de solicitar aclaraciones cuando aquellos no pudiesen localizar una norma positiva, susceptible de ser aplicada al caso concreto que tenían que resolver.

Se trataba de evitar que los jueces realizaran cualquier actividad interpretativa o de ampliación del Derecho vigente, lo que traía consigo la plena sujeción del Poder Judicial a la ley, sin posibilidad de desarrollar una jurisprudencia y, en última instancia, la conversión en legislador de un órgano juzgador, al poder interpretar el Derecho positivo ante un litigio concreto.

No obstante, partiendo de la necesidad de que los jueces se pronunciasen sobre los asuntos atribuidos a su conocimiento, la práctica llevó a que, en la primera época de la Revolución Francesa, los jueces suspendiesen el proceso cada vez que tenían que abordar una cuestión jurídica compleja, con el objeto de dirigirse a los órganos legislativos para obtener una ley interpretativa.

Esta situación provocó una gran sobrecarga en el Poder Legislativo, que le llevó al rechazo sistemático de los *référés* por considerar innecesaria una interpretación «auténtica», es decir, la emitida por dicho Poder Legislativo.

El segundo medio consistía en la posibilidad de anulación, en interés del Legislador, de las resoluciones judiciales que se entendía pudiesen suponer, indirectamente, la emanación de normas generales dictadas incurriendo en infracción de ley o fundamentadas en interpretaciones arbitrarias de la misma.

Para el ejercicio de tal posibilidad de anulación reconocida al Estado, tuvo lugar, como ya se ha expuesto, la creación, a través del Decreto de 27 de noviembre- 1º de diciembre de 1790, de un órgano específico, *le Tribunal de Cassation*, que inició su andadura el 27 de abril de 1791.

Pero este órgano no se pronunciaba sobre el fondo del asunto sino que su actuación se limitaba a anular toda sentencia que contuviese una contravención expresa del texto de la ley, a los efectos de que el Tribunal Judicial ordinario correspondiente la sustituyese por otra respetuosa con la misma.

No obstante, el Tribunal Judicial al que el órgano de casación debía remitir la causa para resolver sobre el fondo, a la vista de los hechos, no estaba vinculado por la circunstancia de que se hubiese producido una primera casación sino que tenía plena libertad de enjuiciamiento.

Por esta razón, si el Tribunal de reenvío mantenía el mismo criterio contenido en la sentencia anulada, el Tribunal de casación aun podía volver a anular (casar) la nueva sentencia. Y, si el tercer tribunal al que se sometía el mismo asunto resolvía reticentemente de conformidad con las dos sentencias previamente anuladas, el órgano casacional tenía que someterlo a la consideración del Poder Legislativo, lo que se conocía como *référé obligatoire au législateur* y así, al Poder Legislativo le correspondía decidir sobre la procedencia de una tercera casación, emitiendo una ley interpretativa a la que el cuarto tribunal de reenvío quedaba sujeto<sup>1217</sup>.

---

<sup>1217</sup> El sistema descrito fue modificado por la Constitución francesa del 5 fructidor del año III (22 de agosto de 1795), que estableció ese *référé* de carácter obligatorio cuando, tras una primera casación, la segunda sentencia recogiese la misma doctrina de la anterior sentencia anulada. La función del Tribunal de casación tenía carácter negativo, limitada a verificar la existencia de una violación legal y a anular la sentencia que adoleciese de tal vicio, sin poder rectificarla o sustituirla por un nuevo pronunciamiento positivo. La cuestión de fondo, una vez casada la sentencia, quedaba imprejuzgada. Era entonces necesario el reenvío de la causa a los Tribunales ordinarios, sin que en su posterior decisión pudiera influir el Tribunal de Casación en modo alguno.

El Tribunal de Casación francés solamente tenía funciones interpretativas de las leyes pero no resolvía el fondo del asunto, que en los casos señalados pasaba al Legislativo e invadiendo de esta manera, la separación de poderes y aunque el Tribunal de Casación estaba formado por jueces, su función fundamental era, más bien, Constitucional, según se decía, para llevar a cabo la debida separación de los poderes del Estado y, por ello, con una gran afinidad entre las facultades que tenía el rey en el ámbito del Antiguo Régimen, respecto de las funciones de los *parlements*, en contravención de las Ordenanzas Reales y más tarde de todo el Derecho.

La experiencia del *référé facultative* tuvo un giro de 180 grados por la obligación de fallar que estableció el artículo 4 del Código de Napoleón de 1804<sup>1218</sup> y el Tribunal de Casación pasó del control interpretativo de la ley, a centrarse en los errores aplicativos de la misma, lo que conlleva también un cierto control sobre los hechos realizada por el juez ordinario.

En 1837 se eliminó también el *référé obligatoire*, ya que, acordada la segunda anulación, el juez de reenvío debía atenerse a lo resuelto por el Tribunal de Casación pero esa fuerza obligatoria lo era solo para el reenvío, careciendo de la fuerza general que pudiera surgir en el futuro ante otros Tribunales ordinarios<sup>1219</sup>, al tiempo que el Poder Legislativo conservaba su derecho a dictar leyes interpretativas cuando lo considerase procedente.

En resumen, puede decirse que el Consejo de Estado francés resuelve de manera diferente si se trata de un recurso de casación o no.

En el segundo caso juzga plenamente sobre los hechos y el Derecho y, realmente, solo de forma completa sobre este en los primeros<sup>1220</sup>, remitiendo el asunto, en su caso, a la jurisdicción competente o al órgano contencioso-administrativo competente para resolver sobre el fondo salvo que sea la segunda casación en el mismo asunto o teniendo todos los elementos necesarios de enjuiciamiento, así lo justifique el interés de una buena administración de justicia<sup>1221</sup>.

En el modelo germánico también existe un Tribunal Supremo pero constituye una instancia más del proceso (segunda o tercera, dependiendo).

A través de su revisión, este órgano situado en la cúspide de la organización judicial desarrolla una función de control sobre la aplicación e interpretación de la ley, que han llevado a cabo los jueces de grado inferior en el caso concreto y desde este punto de vista se trata de un modelo que pretende más la protección del derecho de los litigantes (*ius litigatoris*) que la defensa de la norma jurídica (*ius constitutionis*), que en principio parece ser más propio de la casación pero no debemos olvidar que, de esta manera, también se consigue (creo que la verdadera) la unificación en la interpretación judicial del ordenamiento jurídico<sup>1222</sup>.

---

<sup>1218</sup> «le juge qui refusera de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice».

<sup>1219</sup> Por ello aunque los Tribunales ordinarios mantenían plena libertad a la hora de juzgar, el Tribunal de Casación ejerció sobre ellos una indudable influencia derivada de su capacidad de convicción más que de su autoridad, es decir, que la decisión no tenía alcance general.

<sup>1220</sup> En una jurisprudencia constante desde una sentencia de 2 de febrero de 1808.

<sup>1221</sup> Julien Laferrière, "La jurisdicción administrativa en Francia" en *Modelos europeos de Justicia contencioso-administrativa*, Santiago Rosado Pacheco (coordinador), Dykinson, Madrid, 2007, pp. 216-219.

<sup>1222</sup> Ibon Hualde López, "Algunas consideraciones sobre el Tribunal y el recurso de Casación Civil francés, *Cuadernos de*

En Alemania, Constitucionalmente, los Tribunales inferiores no están vinculados por el fallo de los superiores aunque, de hecho, raramente se aparten del criterio de los superiores, por el riesgo de que sus decisiones sean revocadas en la resolución del recurso ante la instancia superior<sup>1223</sup>.

Un autor de la talla de Duguit expuso que las leyes interpretativas, realmente, tienen por objeto privar a los Tribunales del conocimiento de las cuestiones que, válidamente, se habían sometido a su conocimiento, resultando inadmisibles porque estas situaciones estaban ya particularizadas y generaban derechos adquiridos, y en otras ocasiones se trata de desconocer la fuerza de la cosa juzgada, al establecer interpretaciones distintas a las señaladas por el juzgador.

No obstante, en Francia, además del caso *Dreyfus*, por Ley de 1957, en el caso *epoux Deltel*, el Legislativo corrigió al Consejo de Estado, que había señalado el año anterior, la naturaleza Administrativa de unas Comisiones que se habían creado para repartir las indemnizaciones acordadas con Hungría, Polonia, Checoslovaquia y Yugoslavia a las víctimas francesas de las nacionalizaciones y señaló, por contra, que tenían naturaleza jurisdiccional y el Consejo de Estado tuvo que acatar tal criterio.

La doctrina Constitucional italiana considera que las leyes interpretativas no tienen por qué minorar, necesariamente, el derecho a la tutela judicial efectiva, de manera que no suponen una invasión por el Legislador del ámbito propio de la función jurisdiccional.

Nuestro Tribunal Supremo, en sentencias de la década de los 60 del siglo pasado, entendía que no existe problema en admitir la validez y eficacia de las normas interpretativas, si bien no con efectos retroactivos, admitiéndose tal categoría en la sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de junio de 1983, si bien la STC de 5 de agosto de 1983, en el asunto LOAPA, consideró que las leyes que no tienen otro fundamento, fin y contenido que la interpretación de la Constitución eran inconstitucionales y Muñoz Machado considera que las leyes interpretativas son ilegítimas cuando traspasando la barrera de la función legislativa entran en el campo de la jurisdicción<sup>1224</sup>.

Como ya se ha señalado, en realidad, el sistema es común para los Revolucionarios franceses y los Pandectistas alemanes, ya que ambos consideraban que la función de interpretar la ley consistía en la búsqueda de la voluntad del legislador, y así lo entienden Savigny, Windscheid o Regelsberger pero sobre la base de que la ley puede ser muy antigua y cuando el intérprete deja de ser servidor del legislador absoluto, en virtud del principio de separación de poderes, se pasa de la *voluntas legislatoris* a la *voluntas legis* en un sentido objetivo y se considera que en un Estado de Derecho, el autor de la ley está también sometido a ella y debe dejarla actuar incluso contra sí mismo<sup>1225</sup>.

Más adelante, al tratar del nuevo recurso de casación contencioso-administrativo se abordará la cuestión de la interpretación a que en parte ya se ha hecho alusión a través del *referé legislatif*, si es una cuestión de aplicación de las normas o resevada al Legislador; si es una supuesta búsqueda de la

---

*Derecho Transnacional*, marzo, 2017, V. 9,1, pp. 176-185.

<sup>1223</sup> Arnd Uhle y Marc Lehr, “La protección jurídico-administrativa en la República Federal de Alemania” en *Modelos europeos de Justicia contencioso-administrativa*, Santiago Rosado Pacheco (coordinador), Dykinson, Madrid, 2007, p. 95.

<sup>1224</sup> Santiago Muñoz Machado, *La reserva de jurisdicción*, la ley, 1989, pp. 65-73.

<sup>1225</sup> Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón Ballesteros, *Sistema de Derecho Civil*, V. I, Tecnos, cuarta edición, primera reimpresión, 1982, pp. 190-197.

*voluntas legislatoris* o algo objetivo (*voluntas legis*) o si la facultad interpretadora de los Tribunales puede alcanzar límites reglamentarios o suplantar al Legislador.

Pero además de lo expuesto ¿interpretar la ley es solo interpretar normas jurídicas? ¿por el mero hecho de desaparecer o derogar una norma desaparece su mandato normativo?

De acuerdo con el dogmatismo jurídico, la hermenéutica jurídica es simplemente una práctica deductiva- subjuntiva pero, realmente, como señala Streck no es simplemente una cuestión de método sino que forma parte de la filosofía.

Puede decirse que el texto de una norma adquiere un cuerpo diferente de su propia literalidad, por lo que las interpretaciones creadoras del Derecho o la Escuela Libre o Alternativa del Derecho plantean problemas con relación a la seguridad jurídica. ¿Comprendemos para interpretar o interpretamos para comprender?, es decir, ¿la hermenéutica jurídica debe basarse simplemente en los elementos que establece el artículo del 3 del Código Civil? ¿cómo afecta la realidad concreta a la labor interpretativa en el Estado Contemporáneo de Kant, Hegel, Nietzsche o Heidegger?<sup>1226</sup>.

Los Administrativistas, en general<sup>1227</sup>, a pesar de reconocer la importancia que la organización judicial tiene tanto en la propia consideración del propio Estado de Derecho como en la tutela de los legítimos derechos de los ciudadanos, no la tratan en la Declaración de Derechos de 1789 sino en la Ley de Organización del Poder Judicial de 16-24 de agosto de 1790, en que se decía que las funciones judiciales son y permanecerán siempre separadas de las funciones administrativas y que los jueces no podrán, bajo pena de prevaricación, perturbar de la manera que sea, las operaciones de los cuerpos administrativos ni citar ante ellos a los administradores por razón de sus funciones, y que el Consejo Constitucional francés, en fecha de 23 de diciembre de 1987, ha considerado como integrante de los principios fundamentales de la República Francesa<sup>1228</sup>.

De otro, no extienden sus estudios más allá de un examen formal de la distribución de poderes que se hacen en esta Ley francesa de 1790 y en la Constitución de 1791, con la aceptación y consideración del juez como la palabra muda que pronuncia las palabras de la ley, la preminencia de las leyes y en la actualidad, la importancia de la Constitución o del Derecho Comunitario y de las funciones que dentro de este paradigmático listado de derechos fundamentales, como organización de poder público, se otorga a los Tribunales de Justicia.

---

<sup>1226</sup> Lenio Luiz Streck, “Diferença (ontológica) entre texto e norma: afastando o fantasma do relativismo”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, V. 46,1, 2005, pp. 55-86. Sin duda, Dário Moura Vicente (Dário Moura Vicente, “O contributo da Lei da boa Razão para o Direito comparado e o seu ensino: breve relance”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, V. 51,2, 2019-2, pp. 61-72) nos aporta un argumento, cual es la aplicación en Portugal en la Ley de la buena razón de 1769, que obligaba a la aplicación de los buenos principios que contienen las verdades intrínsecas y naturales en que coincidían la ética de los romanos, de acuerdo con el Derecho divino y natural, que unánimemente estableció el Derecho de Gentes en la dirección del gobierno de las naciones civilizadas, de acuerdo con lo que tienen promulgado como manifestaciones de utilidad, sosiego público, y del establecimiento y riqueza de los pueblos a través de leyes sabias y provechosas, y que servía para una interpretación integradora y de Derecho comparado en Portugal.

<sup>1227</sup> Puede ser una muestra de ellos, Juan Francisco Mestre Delgado, “Sobre el valor de la jurisprudencia en Derecho español”, *Revista General de Derecho Público Comparado*, 3, 2008.

<sup>1228</sup> Eduardo García de Enterría, *Las transformaciones de la justicia administrativa: De excepción singular a la plenitud jurisdiccional. ¿Un cambio de paradigma?*, Thomson-Civitas, Madrid, 2007, pp. 31-34.

Pero si la cuestión era grave, en general, respecto del resto jurisdicciones sobre la base de que se privaba a los jueces de la interpretación de las normas y se permitía al Legislativo, sin embargo, su aplicación directa en los casos en los que se iba a la segunda o tercera casación, según la fecha, en la materia contencioso-administrativa, origen de nuestro actual sistema, el desastre era total por la incapacidad de los jueces de resolver cualquier asunto de la Administración, puesto que entendían que juzgar a la Administración era administrar y con este déficit de jurisdicción, incrementado respecto de la Edad Media, es al que nuestros juristas, en una interpretación formal, dedican sus loas<sup>1229</sup> mientras que con la Edad Media tienen una postura valorativa y enormemente crítica y despectiva. Lo que, como se puede deducir con claridad, constituye una verdadera injusticia.

## **2. EL RECURSO DE CASACIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE LA LEY ORGÁNICA 7/2015 DE 21 DE JULIO: LAS CRÍTICAS A ESTE MODELO DESDE EL PUNTO DE VISTA SISTEMÁTICO Y DE CONGRUENCIA PROCESAL Y DESDE LA PERSPECTIVA DE LA DIVISIÓN DE PODERES DEL ESTADO.LA TENDENCIA A LA GENERALIZACIÓN CON ABSTRACCIÓN DEL OBJETO DEL PROCESO**

Ley Orgánica 7/ 2015 de 21 de julio dio una nueva redacción al recurso de casación contencioso-administrativo<sup>1230</sup> respecto de la redacción originaria de la Ley 29/98, que establecía, al igual que en el sistema precedente de la Ley de 1956, tres recursos de casación: el primero, que pudiésemos denominar ordinario (aunque, como sabemos el recurso de casación es un recurso extraordinario) que se regulaba en los artículos 86 y siguientes de la LJCA para materias cuya cuantía excediera de 150.000 euros salvo que tuviese por objeto la defensa de los derechos fundamentales de la persona, con independencia del proceso especial o general seguido para su sustanciación; las dictadas en materia electoral y en materia de personal, cuando afectasen al nacimiento o a la extinción de la relación de servicio de funcionarios de carrera así como cuando la sentencia de la Audiencia Nacional o de los Tribunales Superiores de Justicia declararan nula o conforme a Derecho, una disposición de carácter general y siempre que en tales casos, la norma en que se basase el recurrente en la casación para denunciar la infracción fuesen normas de Derecho Estatal o Comunitario europeo, que hubiesen sido invocados oportunamente en el proceso o considerados por la Sala sentenciadora.

Es decir, que se preveía un recurso de casación en atención a la importancia de la materia o de la cuantía pero, esencialmente, desde un punto de vista subjetivo.

Podía inadmitirse a trámite, además de los casos de incumplimientos formales, cuando se hubiesen desestimado en el fondo otros recursos sustancialmente iguales o careciera manifiestamente de fundamento, dictándose igualmente esta resolución formal, en los supuestos que contemplaba el apartado e) del art. 93.2 de esta LJCA, respecto de asuntos de cuantía indeterminada, que no se

---

<sup>1229</sup> En este sentido véase a Eduardo García de Enterría y Martínez-Carande, *La lengua de los Derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, Real Academia Española, Madrid, 1994.

<sup>1230</sup> Además del recurso de casación ya implantado en materia Civil y siguiendo este modelo de 2015 se prepara una modificación legal para atribuir la Instrucción penal al Fiscal y establecer un nuevo modelo de casación penal en los términos Civiles y Contencioso-administrativo. Más pormenorizadamente puede analizarse el nuevo modelo que se quiere implantar desde la perspectiva de un Anteproyecto de 2020 en Fernando Pinto Palacios y Javier Ruiz Pérez, “Los recursos de apelación y casación en el Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento criminal de 2020”, *La Ley*, 15 de marzo de 2022.

refirieran, de manera directa o indirecta a una disposición general, si el recurso estuviese fundado en una infracción de normativa o jurisprudencia pero se apreciase que el asunto carecía de interés casacional, por no afectar a un gran número de situaciones o no poseer el suficiente contenido de generalidad, señalando el artículo 95 que, en su caso, la Sala del Tribunal Supremo resolvería lo que correspondiese dentro de los términos en que apareciera planteado el debate.

Existía también un recurso de casación para unificación de doctrina en el artículo 96 de la LJCA contra las sentencias del propio Tribunal Supremo, la Audiencia Nacional y los Tribunales Superiores de Justicia cuando respecto a los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación y en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales se hubiera llegado a pronunciamientos distintos, siendo admisible también, cuando en la sentencia de la Audiencia Nacional o del Tribunal Superior de Justicia concudiesen las mismas circunstancias, con relación a otra sentencia dictada por el Tribunal Supremo y, en todos los casos, debía de tratarse de materias que no siendo susceptibles del recurso de casación ordinario, tuviesen una cuantía litigiosa de más de 30.000 euros.

El artículo 99 del citado texto legal también preveía la posibilidad de interponer un recurso de casación para la unificación de doctrina respecto de Salas o Secciones de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, en las que existiesen y en cuyas sentencias aparecieran las mismas circunstancias que las señaladas para este recurso de casación en unificación de doctrina pero con relación a las normas emanadas de la Comunidad Autónoma, exigiéndose, igualmente, una cuantía litigiosa mínima de 30.000 euros.

Por último, existía un recurso de casación en interés de ley, regulado en los arts. 100 y 101 de la LJCA, respecto de sentencias dictadas en única instancia por las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional, que no siendo susceptibles de recurso de casación, según las normas establecidas para los recursos de casación anteriores, se considerase por la Administración Pública territorial que tuviese interés legítimo en el asunto, por las entidades o corporaciones que ostentasen la representación y defensa de intereses de carácter general o corporativo y que igualmente tuvieran interés legítimo en el asunto, el Ministerio Fiscal o la Administración General del Estado, que tal sentencia era gravemente dañosa para el interés general y errónea.

Se podía enjuiciar, únicamente, a través de este recurso, la correcta interpretación y aplicación de normas emanadas del Estado que hubiesen sido determinantes del fallo recurrido.

También había un recurso de esta naturaleza y del que conocía la Sala del TSJ y en la que tenían legitimación la Administración de la Comunidad Autónoma en vez del Estado, respecto de sentencias dictadas en única instancia por los jueces de lo Contencioso-Administrativo en las mismas circunstancias pero respecto de normas de carácter Autonómico.

En este recurso se preveía un plazo para su interposición de tres meses en vez de los anteriores de 10 y 30 días.

Sobre el valor de la jurisprudencia como fuente del Derecho debemos decir que a través del fallo en este recurso de casación en interés de ley, el Tribunal Supremo fijaba doctrina legal, que vinculaba a todos los jueces y tribunales de grado inferior del orden judicial contencioso-administrativo, de manera que tal precepto venía a puntualizar lo dispuesto en el artículo 1.6 del Código Civil, ya que de acuerdo con lo previsto en el citado artículo 100, la jurisprudencia, en estos casos, tendría carácter de fuente del Derecho y sobre su carácter vinculante ha de decirse que se ha utilizado para fundar la

responsabilidad por error judicial en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 18 de enero de 2005<sup>1231</sup>, debiéndose tener presente, como ya se ha dicho, que si fuese admisible el recurso de casación por la cuantía o por existir un pronunciamiento judicial previo con carácter contradictorio a través del recurso de casación para la unificación de doctrina, la cuestión no daría lugar a una sentencia con las consecuencias de que estamos hablando y que la STS de 20 de enero de 2007 extiende a “que el órgano judicial prescindiera totalmente de la jurisprudencia complementaria de las normas del ordenamiento jurídico aplicables, esto es, de la doctrina que, de modo reiterado ( claro está sin contradicción significativa alguna) establezca el tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho (art. 6.1 del Código Civil) “.

---

<sup>1231</sup> Se señala en la referida sentencia, en sus FFJDCOS primero y cuarto que:

“PRIMERO.- A tenor de la jurisprudencia sentada, de un modo reiterado, en relación con la materia que examinamos, por la Sala Especial del artículo 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y por este Tribunal Supremo, hemos de puntualizar que, (a), “sólo un error craso, evidente e injustificado puede dar lugar a la declaración de error judicial, pues este procedimiento no es, en modo alguno, una nueva instancia en la que el recurrente pueda insistir, ante otro Tribunal, una vez más, en el criterio y posición que ya le fue desestimado y rechazado anteriormente”; (b), “el error judicial, considerado en el artículo 293 de la Ley Orgánica del Poder Judicial como consecuencia del mandato contenido en el artículo 121 de la Constitución, no se configura como una tercera instancia ni como un claudicante recurso de casación, por lo que sólo cabe su apreciación cuando el correspondiente Tribunal de Justicia haya actuado abiertamente fuera de los cauces legales”, no pudiendo ampararse en el mismo “el ataque a conclusiones que no resulten ilógicas o irracionales”; (c), “el error judicial es la equivocación manifiesta y palmaria en la fijación de los hechos o en la interpretación o aplicación de la Ley”; (d), “el error judicial es el que deriva de la aplicación del derecho basada en normas inexistentes o entendidas fuera de todo sentido” y “ha de dimanar de una resolución injusta o equivocada, viciada de un error craso, patente, indubitado e incontestable, que haya provocado conclusiones fácticas o jurídicas ilógicas, irracionales, esperpénticas o absurdas, que rompan la armonía del orden jurídico”; (e), “no existe error judicial cuando el Tribunal mantiene un criterio racional y explicable dentro de las normas de la hermenéutica jurídica”, “ni cuando se trate de interpretaciones de la norma que, acertada o equivocadamente, obedezcan a un proceso lógico”; (f), “no toda posible equivocación es susceptible de calificarse como error judicial, sino que esta calificación ha de reservarse a supuestos especiales cualificados en los que se advierta una desatención del juzgador, por contradecir lo evidente o por incurrir en una aplicación del derecho fundada en normas inexistentes, pues el error judicial ha de ser, en definitiva, patente, indubitado e incontestable e, incluso, flagrante”; y, (g), “no es el desacierto lo que trata de corregir la declaración de error judicial, sino la desatención, la desidia o la falta de interés jurídico, conceptos introductores de un factor de desorden, originador del deber, a cargo del Estado, de indemnizar los daños causados directamente, sin necesidad de declarar la culpabilidad del juzgador”.

CUARTO.- El carácter vinculante de la doctrina legal para los Jueces y Tribunales inferiores en grado de este orden jurisdiccional es, desde luego, incuestionable a tenor del artículo 100.7, in fine, de la Ley de la Jurisdicción y de la propia finalidad del recurso de casación en interés de Ley que atiende a la preservación del principio de seguridad jurídica ( art. 9 CE ). Por consiguiente, era obligado para el Juzgador de instancia seguir la interpretación realizada por la sentencia de esta Sala de 12 de noviembre de 2001 del artículo 20.3 del Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones del orden social .El error necesario para la responsabilidad derivada de la previsión del artículo 293 LOPJ, no coincide, es cierto, con cualquier interpretación equivocada de la norma. Es preciso que concurren las notas que, según la expresada doctrina, cualifican el error; pero en el presente caso han de entenderse presentes tales circunstancias, si se toma en consideración que la propia parte recurrente, en su escrito de conclusiones, alude de manera expresa a la doctrina legal contenida en la reiterada sentencia de esta Sala de 12 de noviembre de 2001 que resulta ignorada en la resolución del Juzgado a la que se imputa el error. Dicho en otros términos, no se trata de una interpretación alternativa que se asiente en un criterio literal de la norma, ni de una mera inadvertencia de la doctrina legal, sino de una clara contradicción con la tesis que, sobre el cómputo del plazo de caducidad del expediente sancionador, estaba claramente expuesta en una sentencia de este Tribunal dictada en recurso de casación en interés de la ley a la que estaba vinculado el Juez y que fue explícitamente sometida a su consideración por la demandante”.

Y ello en la materia de caducidad, en que el propio Tribunal Supremo ha dicho tantas y tan diferentes doctrinas.

Esta Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio<sup>1232</sup>, establece dos aspectos que considero si no inconstitucionales sí que irregulares por contribuir, notablemente, a la deconstrucción y abstracción del mundo a través del sistema de que habla Muñoz de Baena en el Libro que ya se ha mencionado sobre *La Abstracción del Mundo. Sobre el mal autoinmune de la Modernidad*, al situar a la jurisdicción dentro de la abstracción y fuera del mundo concreto que siempre ocupó.

Eduardo Vera-Cruz reprocha al sistema legista, la exaltación que hace la ley de un aspecto de la realidad para fijarse, exclusivamente, en ella, destacando la diferencia que existe entre la descripción que hace la norma jurídica legal positiva frente al examen que lleva a cabo la jurisprudencia clásica.

Además de la función de cualificación/ordenación se presenta la faceta de relación/comportamiento, que es más exacta y enriquecedora, además de más completa y realista de la cuestión que se debe resolver como Derecho<sup>1233</sup>, lo que definitivamente entiendo que se volatiliza, en mayor motivo con el nuevo recurso de casación, que incide en la sublimación de un aspecto de la plural experiencia que se enjuicia<sup>1234</sup>.

---

<sup>1232</sup> Por la que se modificó la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y en la que a través de su Disposición final tercera se cambió la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, que dio nueva redacción a la sección 3.ª del capítulo III del título IV, integrada por los artículos 86 a 93, quedando redactada en la forma que se va a señalar, suprimiendo los artículos 94 y 95. Esta reforma se aplicaría a los autos o sentencias susceptibles de casación a partir del día 22 de julio de 2016. La Disposición final quinta de esta Ley orgánica, referida a las Disposiciones con carácter de ley ordinaria y título competencial señala en su apartado 1, que tienen carácter de ley ordinaria, las disposiciones adicionales segunda y quinta, y las disposiciones finales primera, tercera y cuarta. En este sentido se debe tener presente la STC 128/2018 de 29 de noviembre, que considera que con el carácter de ley ordinaria por la que se modificaba el régimen de casación no se vulneraba el art. 122.1 de la CE, al establecer la LOPJ los criterios general de atribución y estas leyes ordinarias concretar esos criterios en cada ámbito específico, destacando también la herencia del diseño.

<sup>1233</sup> Eduardo Vera-Cruz Pinto, *Introdução ao estudo do Direito Romano. As questões fundamentais*, AAFDL, Lisboa, 2021, pp. 56 y 57.

<sup>1234</sup> La STS 1376/21 de 25 de noviembre, Sala III, relativa a la revisión por un tribunal superior de las sentencias sobre sanciones administrativas graves, destaca que este modelo procesal respeta la jurisprudencia del TEDH, que exige el derecho al reexamen como manifestación del derecho a un proceso con todas las garantías de quien ha sido declarado culpable de una infracción penal, dado que las sentencias dictadas por los Tribunales territoriales en única instancia pueden ser recurridas en casación.

Destaca que en el actual modelo casacional, ninguna resolución sancionadora está excluida de que la sentencia que la confirme pueda acceder al recurso de casación. Ahora bien, pese a ser esta la regla general, ahora el Supremo matiza que la exigencia de revisión por un tribunal superior de la sentencia confirmatoria de una resolución administrativa por la que se impone una sanción de naturaleza penal, a la que se refiere el art. 2 del Protocolo 7 del CEDH, en la interpretación dada por la sentencia del TEDH, de 30 de junio de 2020, en el asunto *Saqueti c. España*, puede hacerse efectiva mediante la interposición de recurso de casación, pero para su admisión, debe necesariamente valorarse si en el escrito de preparación se justifica la naturaleza penal de la infracción que ha sido objeto de sanción en los términos establecidos por el TEDH y el fundamento de las infracciones imputadas a la sentencia recurrida al confirmar la resolución administrativa sancionadora.

La jurisprudencia del TEDH exige el derecho al reexamen, como manifestación del derecho a un proceso con todas las garantías, de quien ha sido declarado culpable de una infracción de naturaleza penal, y si el recurso de casación conforme a nuestra LJCA cumple con esta exigencia, existe ya un principio en favor de dicha garantía que permite vincular el interés casacional objetivo en favor de la parte recurrente pero siempre que la finalidad del reexamen esté justificada en una pretendida y razonada vulneración de las normas y jurisprudencia aplicables al caso y que hayan sido vulneradas en la sentencia que vaya a ser objeto del recurso.

La aseguradora sancionada imploraba su derecho a la doble instancia con la finalidad de conocer si el Tribunal de

Entiendo que en este sistema de casación, tanto el Tribunal Supremo como los Superiores de Justicia (al aplicar el Derecho dentro de la casación Autonómica) se exceden de las competencias que nuestra Constitución les otorga, de acuerdo con la función tradicional y propia de los Tribunales de Justicia, al llevar a cabo una interpretación reglamentista para la que carecen de potestad.

El artículo 93 de la LJCA señala que la sentencia fijará la interpretación de aquellas normas estatales o de la que se tenga por establecida o clara de las de la Unión Europea sobre las que, en el auto de admisión a trámite, se consideró necesario el pronunciamiento del Tribunal Supremo.

Se señala también en este precepto que, con arreglo a ellas y a las restantes normas que fueran aplicables resolverá las cuestiones y pretensiones deducidas en el proceso, anulando la sentencia o auto recurridos, en todo o en parte, o confirmándolos. Podrá así mismo cuando justifique su necesidad, ordenar la retroacción de actuaciones a un momento determinado del procedimiento de instancia, para que siga el curso ordenado por la ley hasta su culminación.

Se dice, igualmente, que en la resolución de la concreta controversia jurídica objeto del proceso, el Tribunal Supremo podrá integrar en los hechos admitidos como probados por la Sala de instancia, aquellos que habiendo sido omitidos por esta, estén suficientemente justificados según las actuaciones y cuya toma en consideración resulte necesaria para apreciar la infracción alegada de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia incluso la desviación de poder<sup>1235</sup>.

El artículo 86 de la LJCA recoge ahora que pueden ser recurridas en casación, en el único recurso que ahora se establece, las sentencias dictadas en instancia o apelación por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional e incluso las dictadas en única instancia por los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, si bien, en este caso se exige que contengan una doctrina que se reputa gravemente dañosa para los intereses generales y sean susceptibles de extensión de efectos, exigencia que no es precisa en los casos sobre el derecho fundamental de reunión y contencioso-electoral.

Se exige también que la infracción sea del Derecho estatal o de la Unión Europea y que tenga carácter trascendente y determinante del fallo, que puede ser tanto procesal como sustantiva o de la jurisprudencia pero siendo lo relevante, que concurra un interés casacional objetivo para la formación

---

instancia puede desestimar el recurso tomando en consideración actuaciones que no estaban en el previo procedimiento administrativo, y al amparo de esta finalidad entiende el Supremo que sí debe darse el acceso que se pretende a la revisión casacional porque en el escrito de preparación se justifica la naturaleza penal de la infracción que ha sido objeto de sanción y el fundamento de las infracciones imputadas a la sentencia recurrida al confirmar la resolución administrativa sancionadora.

Aunque el Tribunal Supremo admitió el recurso, lo desestima al entender que no se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia, pues la actividad probatoria llevada a cabo en el proceso contencioso-administrativo responde al ejercicio del derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa de sus derechos y no deja lugar a duda alguna de que el causante del vertido fue el buque asegurado en la entidad sancionada.

Discrepa del fallo el Magistrado Luis María Díez-Picazo Giménez para quien no existe una diferencia ontológica entre la sanción penal y la sanción administrativa, de modo que el nuevo recurso de casación no es el medio adecuado para lograr que todas las sentencias que confirman una sanción administrativa grave sean reexaminadas por un órgano jurisdiccional superior. Ver STC 71/22 de 13 de junio.

<sup>1235</sup> Esta misma facultad se encontraba atribuida en artículo 88.3 de la redacción originaria de la Ley 29/1998 pero en aquel caso, al tener un carácter más concreto y fundado en motivos, podría considerarse, que se alejaba de una tercera instancia, tan ajena a la casación francesa y al carácter restrictivo de este recurso de casación de origen francés y exclusivamente allí referido a la interpretación normativa.

de la jurisprudencia, debiéndose motivar, expresamente este interés casacional objetivo en el auto de admisión, pudiéndose apreciar que existe en los 7 supuestos que prevé el art. 88.2<sup>1236</sup> y presumiéndose siempre en los 5 que se recogen en el apartado 3 de ese precepto<sup>1237</sup>, si bien en los casos previstos en las letras a), d) y e) podrá inadmitirse de manera motivada su inadmisión cuando el Tribunal aprecie que el asunto carece manifiestamente de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia<sup>1238</sup>.

---

<sup>1236</sup> Dice este precepto que el Tribunal de casación podrá apreciar que existe interés casacional objetivo, motivándolo expresamente en el auto de admisión, cuando, entre otras circunstancias, la resolución que se impugna: a) Fije, ante cuestiones sustancialmente iguales, una interpretación de las normas de Derecho estatal o de la Unión Europea en las que se fundamenta el fallo contradictoria con la que otros órganos jurisdiccionales hayan establecido. b) Siente una doctrina sobre dichas normas que pueda ser gravemente dañosa para los intereses generales. c) Afecte a un gran número de situaciones, bien en sí misma o por trascender del caso objeto del proceso. d) Resuelva un debate que haya versado sobre la validez constitucional de una norma con rango de ley, sin que la improcedencia de plantear la pertinente cuestión de inconstitucionalidad aparezca suficientemente esclarecida. e) Interprete y aplique aparentemente con error y como fundamento de su decisión una doctrina constitucional. f) Interprete y aplique el Derecho de la Unión Europea en contradicción aparente con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia o en supuestos en que aun pueda ser exigible la intervención de éste a título prejudicial. g) Resuelva un proceso en que se impugnó, directa o indirectamente, una disposición de carácter general. h) Resuelva un proceso en que lo impugnado fue un convenio celebrado entre Administraciones públicas. i) Haya sido dictada en el procedimiento especial de protección de derechos fundamentales.

<sup>1237</sup> Señala expresamente que se presumirá que existe interés casacional objetivo: a) Cuando en la resolución impugnada se hayan aplicado normas en las que se sustente la razón de decidir sobre las que no exista jurisprudencia. b) Cuando dicha resolución se aparte deliberadamente de la jurisprudencia existente al considerarla errónea. c) Cuando la sentencia recurrida declare nula una disposición de carácter general, salvo que esta, con toda evidencia, carezca de trascendencia suficiente. d) Cuando resuelva recursos contra actos o disposiciones de los organismos reguladores o de supervisión o agencias estatales cuyo enjuiciamiento corresponde a la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional. e) Cuando resuelva recursos contra actos o disposiciones de los Gobiernos o Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas.

No obstante, en los supuestos referidos en las letras a), d) y e) el recurso podrá inadmitirse por auto motivado cuando el Tribunal aprecie que el asunto carece manifiestamente de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia.

<sup>1238</sup> Sin duda este recurso de casación creado por la citada Ley Orgánica 7/2015 puede considerarse aquel en que el legislador ha seguido más al pie de la letra los deseos de nuestro Tribunal Supremo, sin duda de la mano del acercamiento entre los políticos y los jueces en la elaboración de un *memorandum* que posteriormente cristalizó, prácticamente, en esta ley, que tuvo su momento más álgido en el Pleno no jurisdiccional que la Sala del Tribunal Supremo celebrada el 5 de mayo de 2014 y cuyo parecer quedó plasmado en un informe en el que se propuso un modelo que casi en su totalidad, artículo tras artículo, coincidía con lo que en un año más tarde estableció la disposición final tercera de la citada Ley Orgánica 7/2015 de 21 de julio, ya que en dicho informe se afirmaba, también, sin que sea ocioso señalarlo, que era un criterio prácticamente unánime de los entonces componentes de la Sala Tercera, que la regulación del recurso de casación en el orden jurisdiccional Contencioso-Administrativo hasta entonces vigente no cumplía la labor de esclarecimiento del ordenamiento jurídico, con los efectos, casi inevitables, de impedir la formación de la jurisprudencia en numerosas materias necesitadas de ella y de la dificultad en otras para la elaboración de una de la que quepa predicar las notas de ser pronta, precisa y no contradictoria para cumplir adecuadamente la función que le encomienda el artículo 1.6 del Código Civil civil y por derivación, la de acrecentar la seguridad jurídica y así surgió la propuesta que firmaron el 31 de octubre de 2006, 21 de los magistrados de aquella Sala o las conclusiones publicadas en 2013, que alcanzó la Sección especial creada en el seno de la Comisión General de Codificación por Orden Ministerial de 11 de julio de 2012, integrada por dos magistrados del Tribunal Supremo, una magistrada del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, dos magistrados titulares de sendos Juzgados de lo Contencioso-administrativo, 3 catedráticos de Derecho Administrativo, tres Abogados del Estado y un miembro el Cuerpo Superior de Administradores Civiles del Estado, de el documento de trabajo aprobado por esta Sala Tercera, tras la aprobación de la Ley, que aunque se considera una mera reflexión preliminar carente de cualquier valor vinculante, señala que aprobada por el legislador una regulación del recurso de casación en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, que coincide con aquella que el Pleno de la Sala Tercera considero más adecuada, parece especialmente obligada, no ya una actitud de observancia de cumplimiento con lo dispuesto en la Ley, como siempre hacemos sino más bien una conducta activa o de impulso, dirigido a lograr en todo lo que nos sea posible el mejor funcionamiento

Dispone también el artículo 86.3, en su párrafo segundo, que cuando el recurso se fundase en infracción de normas emanadas de la Comunidad Autónoma será competente una Sección de la Sala de lo Contencioso-Administrativo en que tenga su sede el Tribunal Superior de Justicia, que el presidente de dicha Sala presidirá junto con los presidentes de las Secciones y por los magistrados de la referida Sala que fueren necesarios para completar un total de 5 miembros<sup>1239</sup>.

En este sentido debemos tener presente la STC 128/2018 de 29 de noviembre, que considera que tal Sección del Tribunal Superior de Justicia tiene naturaleza funcional, aspecto en el que son discrepantes ( que la consideran orgánica y por tanto inconstitucional por precisar ley orgánica) los votos particulares de Juan Antonio Xiol y Ricardo Enríquez Sancho, destacándose en esta STC que por ATC 41/2018 se reconoció la razonabilidad de la interpretación acogida por el TSJ de Extremadura ante la imposibilidad de constituir Sala de recursos en aquellos Tribunales Superiores, en los que la Sala de lo Contencioso-Administrativo solo disponía de una Sección pero resolviendo la cuestión de inconstitucionalidad de manera formal, al disponer que en la Sala que planteó tal cuestión ( Castilla-La Mancha) no concurría esta circunstancia y considerando que tampoco se vulneraba el principio de igualdad sobre la base de ir referido a la interpretación que realiza cada uno de los jueces.

Sin embargo en las sentencias 99 y 106/20 otorga amparo a los recurrentes por supuesta vulneración del derecho de acceso a los recursos en la aplicación de la ley, sobre la base de que el TSJ de Extremadura había dictado auto de inadmisión del recurso de casación frente a la legislación Autonómica porque ni en la LOPJ ni en la LJCA existía norma que atribuyese tal competencia a las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia para enjuiciar recursos de casación por infracción de norma Autonómica.

Considera el TC que aunque esta interpretación no es irrazonable, el órgano judicial, al inadmitir el recurso de casación en virtud de interpretación literal del artículo 86. 3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, ha llegado a un resultado materialmente contrario al derecho de acceso al recurso, que consagra el artículo 24 1 de la Constitución.

Se considera en esta STC, que el artículo 86. 3, al regular el recurso de casación Autonómico, contiene una remisión implícita para el recurso de casación Autonómico, respecto de las resoluciones de los Juzgados de lo Contencioso-administrativo en los supuestos en los que de acuerdo con lo previsto en el artículo 86. 1, apartado segundo serían susceptibles de casación e inadmitiendo este recurso “sin que exista una causa legal en la que se prevea esta consecuencia”<sup>1240</sup>.

---

del nuevo recurso de casación, que a su vez ha tenido presente las conclusiones alcanzadas en el encuentro de la Sala Tercera con los Presidentes de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia celebrado en La Coruña los días 5, 6 y 7 octubre de 2014, así como la reunión de los Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia de 18 a 21 de ese mes y que ha dado lugar por decisión de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial a la constitución en el seno de este del organismo Constitucional, que se reunió por primera vez el 30 de noviembre y que se marcó como objetivo prioritario, la elaboración de propuesta que se mandó al Ministerio.

<sup>1239</sup> No obstante debe tenerse presente el art. 99.3 de la redacción originaria establecía idéntica composición para la resolución de los recursos de casación para unificación de doctrina respecto de Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, existiendo varias de estas Salas o Secciones cuando respecto de los mismos litigantes o otros diferentes en idéntica situación y en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales se hubiese llegado a pronunciamientos distintos, respecto de normas emanadas de la Comunidad Autónoma pero en este caso, solamente, se podría plantear el problema cuando las mismas existieran y por lo tanto era factible su formación.

<sup>1240</sup> Efectivamente, el Tribunal Constitucional en sentencias 21/1990 72/1992 ó 374/1993, en doctrina muy reiterada, ha

## - LAS CRÍTICAS A ESTE MODELO DESDE EL PUNTO DE VISTA SISTEMÁTICO Y DE CONGRUENCIA PROCESAL

Los arts. 2 y 3 de la LOPJ señalan que corresponde el ejercicio de la potestad jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado a los Juzgados y Tribunales, que no ejercerán otras funciones salvo las referidas al Registro Civil y las demás que, expresamente, les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho; que la jurisdicción es única y se ejerce por los Juzgados y Tribunales previstos en esta Ley, sin perjuicio de las potestades jurisdiccionales reconocidas por la Constitución a otros órganos.

Respecto de la interpretación señala el art. 5 de este texto legal, que la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios Constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional, en todo tipo de procesos.

El art. 9.1.4 de este mismo texto legal señala que los Juzgados y Tribunales ejercerán su jurisdicción, exclusivamente, en aquellos casos en que les venga atribuida por esta u otra Ley.

Los órganos judiciales del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al Derecho Administrativo, con las disposiciones generales de rango inferior a Ley y con los Reales Decretos-Legislativos en los términos previstos en el artículo 82.6 de la Constitución, de conformidad con lo que establezca la Ley de esa jurisdicción. También conocerán de los recursos contra la inactividad de la Administración y contra sus actuaciones materiales que constituyan vía de hecho<sup>1241</sup>.

---

señalado que el derecho de acceso a los recursos legalmente previstos forma parte del contenido a la tutela judicial efectiva siempre que se cumplan y respeten los presupuestos, requisitos y límites que la propia ley establezca, correspondiendo a los órganos judiciales decidir, en cada caso, sobre el cumplimiento o no de esas exigencias, de manera que el sistema de recursos es de configuración legal y pertenece al ámbito de libertad del legislador (STC 230/1993 y 37/1995); y es el legislador quien tiene libertad para configurar tal derecho salvo el del declarado culpable de un delito, cuyo fallo y pena deben ser (si así lo considera la parte) sometidos a un tribunal superior, de acuerdo con el derecho a los recursos establecidos en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 1966, que el Tribunal Constitucional ha considerado integrado en el artículo 24 de la Constitución Española (STC 42/1988, 33/1989 y 255/1994), de manera que el sistema de recursos se incorpora a la tutela judicial efectiva en la configuración que de cada una de sus leyes de enjuiciamiento reguladoras le dé cada uno de los diferentes órdenes jurisdiccionales y sin que exista un derecho Constitucional a disponer de tales medios de impugnación, siendo imaginable, posible y real, la eventualidad de que no exista salvo en lo Penal, ya que no existe ninguna norma o principio que imponga la necesidad de una doble instancia o de unos determinados recursos, siendo posible su inexistencia o su admisibilidad, vinculada al cumplimiento de determinados requisitos.

De todo lo expuesto considero que se debe deducir, que la existencia o no de un recurso debe interpretarse de modo excepcional y debe venir claramente establecido en la ley y ningún órgano jurisdiccional puede determinar su existencia, basándose en razones sistemáticas, interpretativas o de coherencia del sistema normativo que los determine.

<sup>1241</sup> Se dice, igualmente, que quedan excluidos de su conocimiento los recursos directos o indirectos que se interpongan contra las Normas Forales fiscales de las Juntas Generales de los Territorios Históricos de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya, que corresponderán, en exclusiva, al Tribunal Constitucional, en los términos establecidos por la disposición adicional quinta

Los arts. 31, 32 y 33 de la LJCA, referidos a las pretensiones de las partes, señalan que el demandante podrá pretender la declaración de no ser conformes a Derecho y, en su caso, la anulación de los actos y disposiciones susceptibles de impugnación según el capítulo precedente.

También podrá pretender el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma, entre ellas la indemnización de los daños y perjuicios, cuando proceda.

Cuando el recurso se dirija contra la inactividad de la Administración pública, conforme a lo dispuesto en el artículo 29, el demandante podrá pretender del órgano jurisdiccional que condene a la Administración, al cumplimiento de sus obligaciones en los concretos términos en que estén establecidas.

Si el recurso tiene por objeto una actuación material constitutiva de vía de hecho, el demandante podrá pretender que se declare contraria a Derecho, que se ordene el cese de dicha actuación y que se adopten, en su caso, las demás medidas previstas en el artículo 31.2.

Como se ha dicho, el art. 33.1 señala que los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo juzgarán dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes y de los motivos que fundamenten el recurso y la oposición.

Si el Juez o Tribunal, al dictar sentencia, estimare que la cuestión sometida a su conocimiento pudiera no haber sido apreciada debidamente por las partes, por existir en apariencia otros motivos susceptibles de fundar el recurso o la oposición, lo someterá a aquellas mediante providencia en que, advirtiendo que no se prejuzga el fallo definitivo, los expondrá y concederá a los interesados un plazo común de diez días para que formulen las alegaciones que estimen oportunas, con suspensión del plazo para pronunciar el fallo. Contra la expresada providencia no cabrá recurso alguno<sup>1242</sup>.

---

de su Ley Orgánica. Conocerán, asimismo, de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive. Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional. Igualmente conocerán de las reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado accione directamente contra la aseguradora de la Administración, junto a la Administración respectiva. También será competente este orden jurisdiccional si las demandas de responsabilidad patrimonial se dirigen, además, contra las personas o entidades públicas o privadas indirectamente responsables de aquéllas. La jurisdicción es improrrogable.

<sup>1242</sup> En este sentido, la STSJ de Extremadura ( apelación 30/21, rollo 3/21) establece en su FJDCO CUARTO que:

“La incongruencia es causa de vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva por indefensión ( art. 24.1 CE). Y aunque, como ha señalado reiteradamente el TC, el vicio de incongruencia exige confrontar la parte dispositiva de la Sentencia y el objeto del proceso, delimitado por referencia a sus elementos subjetivos -partes- y objetivos -causa de pedir y *petitum*-, y en relación a estos últimos elementos viene afirmándose que la adecuación debe extenderse tanto al resultado que el litigante pretende obtener, como a los hechos y fundamentos jurídicos que sustentan la pretensión, doctrina que no impide que el órgano judicial pueda fundamentar su decisión en argumentos jurídicos distintos de los alegados por las partes, pues, como expresa el viejo aforismo *iura novit curia* los Jueces y Tribunales no están obligados al motivar sus sentencias a ajustarse estrictamente a las alegaciones de carácter jurídico aducidas por las partes, tal y como también de forma reiterada ha señalado este Tribunal (por todas, STC 136/1998 )”, la obligación de congruencia que imponía el art. 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , actual artículo 218 de la Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil , debe valorarse siempre “en términos de comparación entre la pretensión procesal de las partes -lo que hace referencia a sus elementos integrantes de pedir, causa de pedir y hechos constitutivos- y la respuesta o Fallo judicial que debe guardar la debida correlación con la petición y causa de pedir del actor y con la “resistencia” del demandado. Como reiteradamente ha afirmado el Tribunal Constitucional (entre otras muchas, S.T.C. 32/1992, de 18 de marzo y 136/1998 de 29

Esto mismo se observará si, impugnados directamente determinados preceptos de una disposición general, el Tribunal entendiera necesario extender el enjuiciamiento a otros de la misma disposición por razones de conexión o consecuencia con los preceptos recurridos.

---

de junio) al perfilar el alcance y contenido de la tutela efectiva judicial consagrada en el artículo 24 C.E., el principio de congruencia obliga a los órganos judiciales a decidir conforme a lo alegado, sin que les sea permitido otorgar más de lo pedido, ni menos de lo resistido por el demandado, así como tampoco cosa distinta de lo solicitado por las partes. Este segundo deber prohíbe a los Jueces y Tribunales modificar y alterar los términos del debate procesal, y, consecuentemente, asumir la iniciativa para pronunciarse sobre pretensión sobre las que la demandada no opuso resistencia. Y es que, en definitiva, el instituto de la congruencia viene a definirse como la concordancia necesaria entre las pretensiones que constituyen el objeto de la contienda y la sentencia, a saber entre las acciones y medios de defensa o excepciones introducidas y opuestas en tiempo hábil por las partes, y los pronunciamientos del fallo o parte dispositiva de la sentencia, de forma que el Juez no puede introducir en el proceso cuestiones diferentes a las planteadas por los litigantes, bajo la sanción de incurrir en el vicio de incongruencia por abuso, exceso o desviación en el ejercicio de la jurisdicción.

En el presente caso, como decimos, el Juez ha introducido indebidamente cuestiones para las que no se encuentra habilitado, no solo en atención de la postura de las partes y sus pretensiones sino en atención a su naturaleza y resultados, lo que nos conduce a la anulación de la sentencia de instancia con retroacción de actuaciones”.

Se había señalado en el TERCERO que:

“Considera la Sala que aunque la jurisprudencia ha ido evolucionando en el sentido de permitir que con ocasión de la impugnación el acto administrativo en que no se declara a determinada persona apta para ingresar en la función pública se impugnen las bases de la convocatoria (en principio firmes) sobre la base de una nulidad cualificada, en cuanto se encuentra en juego el derecho fundamental de acceso a las funciones públicas de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad consagrados en los arts. 23.2 y 103. 2 en la Constitución Española y el artículo 33.2 de la LJCA permite al juez someter a la consideración de las partes, si la cuestión sometida pudiera no haber sido apreciada debidamente por las partes, por existir en apariencia otros motivos susceptibles de fundar el recurso o la oposición, ello ha de ponderarse en cada caso, dado que el artículo 33.1 de la LJCA señala que el proceso administrativo se juzgará dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes y de los motivos que fundamente en el recurso y la oposición, y constante doctrina del Tribunal Constitucional exige la congruencia de las resoluciones judiciales”.

Realmente la cuestión se planteaba en el SEGUNDO, donde se decía que:

“Frente a tal sentencia se presenta recurso de apelación por parte del Ayuntamiento de Cáceres considerando que se han vulnerado los artículos 33.1 y 2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa por incongruencia *extra* y *ultra petita partium*, ya que mediante providencia de 28 de septiembre de 2020 se sometió a las partes, la cuestión relativa a la posible ilegalidad del requisito establecido en la base segunda c), en cuanto podía contravenir lo dispuesto en el artículo 55. 3 de la Ley 7/2017 de 1 de agosto de Coordinación de las policías locales de Extremadura, en relación a la falta de desarrollo reglamentario de dicho requisito, considerando que en el suplico de la demanda se concretó la declaración de nulidad de la Resolución de la Alcaldía del Ayuntamiento de Cáceres 23 de septiembre de 2019, frente al anuncio publicado en el Ayuntamiento de 16 de julio de 2019, por el que se hacía público el resultado de la prueba psicotécnica y a ser declarada apta en la prueba psicotécnica y su derecho a continuar con el resto de procedimiento selectivo(prueba médica) o a ser declarada aprobada en el supuesto de superar esa última prueba y, en consecuencia, a ser nombrada funcionaria de carrera de la Policía Local del Ayuntamiento, con los derechos inherentes a ese nombramiento, por lo que no era pretensión de la recurrente cuestionar la legalidad de ninguna de las bases de la convocatoria, es más, no impugnó dichas bases en vía administrativa ni planteó en el recurso contencioso-administrativo la posibilidad de impugnación alguna de las bases, no recurridas en su momento, ya que la actora no ha pretendido debatir la ilegalidad de las bases de la convocatoria como se acredita en el suplico de la demanda y el hecho de que en su escrito de demanda ponga de manifiesto, en varias ocasiones (folios 8, 16, 37 y 44), que en ningún momento se considera que las bases no se ajusten a Derecho y ni en vía administrativa ni judicial pide la declaración de nulidad de las bases de la convocatoria y no plantea, si quiera, la declaración relativa a la ilegalidad de alguna de las bases o de los requisitos contemplados en ellas, considerando que el juez de instancia ha ido más allá de lo que le permite el art. 33.2 de la LJCA, que le atribuye la facultad de someter a las partes, la posibilidad de alegar otros motivos susceptibles de fundar el recurso o la oposición e introduciendo una nueva pretensión y destacando que, en el fundamento de derecho segundo se señala que el hecho de que las bases no hayan sido impugnadas no implica que se deba estar y pasar necesariamente por su legalidad, permitiéndose en la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 2009, la impugnación de las bases con objeto de impugnar el resultado del proceso selectivo, cuando nos encontremos ante un acto nulo de pleno derecho, teniendo en cuenta que tratamos del derecho fundamental de acceso a la

El art. 63.2 de este mismo texto legal señala que en el acto de la vista se dará la palabra a las partes por su orden para que de forma sucinta expongan sus alegaciones. El Juez o el Presidente de la Sala, por sí o a través del Magistrado ponente, podrá invitar a los defensores de las partes, antes o después de los informes orales, a que concreten los hechos y puntualicen, aclaren o rectifiquen cuanto sea preciso para delimitar el objeto de debate.

El art. 65.1 y 2 dispone que en el acto de la vista o en el escrito de conclusiones no podrán plantearse cuestiones que no hayan sido suscitadas en los escritos de demanda y contestación, y que cuando el Juez o Tribunal juzgue oportuno que en el acto de la vista o en las conclusiones se traten motivos relevantes para el fallo y distintos de los alegados, lo pondrá en conocimiento de las partes mediante providencia, dándoles plazo de diez días para ser oídas sobre ello. Contra esta providencia no cabrá recurso alguno.

Es decir, se defiende aquí una cuestión admitida y consolidada, ya que tal y como señala Carlos Ruiz Miguel aunque la Constitución se refiere a la idea procesal de jurisdicción en los artículos 53. 3, 117. 3 y 5, 123, 136, 152.c y 161.1 no la define, pues asume la idea desarrollada mucho antes de aprobarse la Constitución y al igual que la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 no aluden a un concepto que se da supuesto.

Concluye que la jurisdicción es *iuris dictio* o resolución de controversias, como se señaló en la STS (Sección 7ª de la Sala 3ª) de 31 de marzo de 2011 (recurso 123/2010)<sup>1243</sup>, definición que encaja con lo ya expresado en la Constitución de Estados Unidos de América en 1789, cuyo artículo III. 2 afirma que el Poder Judicial se extenderá al conocimiento de una serie de casos y controversias que se enumeran en el precepto<sup>1244</sup>.

---

función pública en condiciones de igualdad, mérito y capacidad, entendiéndose que, en cualquier caso, las bases de la convocatoria no infringen el art. 55. 3 de Coordinación de las policías locales de Extremadura.

Clemente y otros, también apelan la sentencia considerando que ordena no tener por hecha para todos los aspirantes la prueba pero destaca que las bases nunca fueron recurridas ni en su momento ni posteriormente y no se recurrió tampoco la resolución final en la que se decidió el proceso selectivo y se propuso el nombramiento de quienes ahora impugnan el recurso de apelación, vulnerando los principios de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad, considerando que el artículo 55 de la Ley de 2017 citada permite la realización de prueba psicotécnica en los procesos selectivos de movilidad y por ello considera que, en cuanto al fondo, la sentencia no es conforme a Derecho”.

<sup>1243</sup> La Sala analiza la regulación básica del régimen de autorización de compatibilidades en la Carrera judicial, concluyendo que el Consejo debe guiar su decisión por el criterio de asegurar que la posible compatibilidad no incida negativamente en el buen funcionamiento de la Administración de Justicia y puntualizando que su finalidad sustancial es la de preservar su independencia. Tras ello y a pesar de que no existe una definición concreta del concepto de jurisdicción en la Constitución se rechaza la interpretación de dicho concepto postulada por el recurrente -limitada a la que es de carácter estatal y ejercida por órganos del Estado-, por ser en exceso restrictiva e incoherente. Dicho lo anterior, la Sala, atendido lo dispuesto en la Ley del Deporte y normativa de desarrollo, resalta que la función desarrollada por el Comité de Apelación citado se inserta en un ámbito jurídico-público y no jurídico-privado siendo un órgano que resuelve controversias aplicando normas jurídicas, confirmando la calificación hecha por el Consejo.

<sup>1244</sup> «The judicial Power shall extend to all Cases, in Law and Equity, arising under this Constitution, the Laws of the United States, and Treaties made, or which shall be made, under their Authority;--to all Cases affecting Ambassadors, other public Ministers and Consuls;--to all Cases of admiralty and maritime Jurisdiction;--to Controversies to which the United States shall be a Party;--to Controversies between two or more States;-- between a State and Citizens of another State;--between Citizens of different States;--between Citizens of the same State claiming Lands under Grants of different States, and between a State, or the Citizens thereof, and foreign States, Citizens or Subjects». «El Poder judicial se extenderá a todos los Casos, en Derecho y Equidad, que surjan en virtud de esta Constitución, las Leyes de los Estados Unidos y los Tratados celebrados, o que se celebren, bajo su Autoridad; - a todos los Casos que afecten a Embajadores, otros Ministros y Cónsules públicos; - a todos

Naturalmente la idea de controversia implica, necesariamente, una contradicción entre dos partes que debe ser resuelta por un tercero imparcial, el juez y, precisamente por ello, el Tribunal Supremo Norteamericano consideró inconstitucional atribuir a los Tribunales una competencia que no consistiese en la resolución de una controversia y una importante sentencia de 1911 dejó zanjada la cuestión: un tribunal solo puede ocuparse de *cases and controversies*, siendo rechazada, de plano, la posibilidad de que un Tribunal emitiese dictámenes consultivos<sup>1245</sup>.

A pesar de lo expuesto, el artículo 88.2 de la LJCA señala que lo relevante para la admisión del recurso de casación no lo es tanto la infracción de la ley sustantiva, procesal o de la jurisprudencia sino que el recurso presente interés casacional objetivo, que determinará, realmente, el objeto del proceso y ello al margen, propiamente, de las pretensiones de las partes y de lo que constituía el objeto del proceso tradicional e ininterrumpidamente hasta ahora, que en ningún caso hacía mención a la declaración interpretativa de norma alguna, según el esquema procesal hasta entonces vigente.

Según se desprende de lo dispuesto en el art. 93 de este mismo texto legal, en primer lugar, la sentencia fijará la interpretación de las normas estatales o la que tenga establecida o clara la Unión Europea sobre las que el auto de admisión a trámite consideró necesario el pronunciamiento del Tribunal Supremo.

Y sobre la base de ellas y de las restantes normas que fuesen aplicables resolverá las cuestiones y pretensiones deducidas en el proceso, anulando la sentencia o auto recurrido, en todo o en parte o confirmándolos o en su caso ordenando la retroacción de actuaciones a un momento determinado del procedimiento de instancia para que siga el curso ordenado por la ley hasta su culminación.

Para ello, el Tribunal Supremo podrá integrar en los hechos admitidos como probados de la Sala de instancia con aquellos que habiendo sido omitidos por la sentencia estén suficientemente justificados según las actuaciones y cuya toma en consideración resulte necesaria para apreciar la infracción alegada de las normas del ordenamiento jurídico e incluso la desviación de poder.

Es decir, se ha pasado, propiamente, de lo que es jurisprudencia, cual es la aplicación de las normas jurídicas a un caso concreto, a una especie de Reales Decretos-Sentencia<sup>1246</sup> o a la determinación general (norma jurídica) de cómo se interpreta una norma estatal o autonómica de carácter general a través de una sentencia, merced a un supuesto concreto y en el que concurren diversas circunstancias e interpretación conjunta de varios preceptos que se condicionan o de principios generales que inciden de una manera determinante (es decir con sus propias peculiaridades, no merced a un supuesto de

---

los casos de jurisdicción marítima y de almirantazgo; - a Controversias en las que los Estados Unidos serán parte; - a Controversias entre dos o más Estados; - entre un Estado y ciudadanos de otro Estado; - entre Ciudadanos de diferentes Estados; - entre Ciudadanos de un mismo Estado que reclamen Tierras bajo Donaciones de diferentes Estados, y entre un Estado, o los Ciudadanos del mismo, y Estados, Ciudadanos o Sujetos extranjeros».

<sup>1245</sup> Carlos Ruiz Miguel, “El fallido control judicial de las normas generales autonómicas restrictivas de derechos fundamentales”, *La Ley*, 27 de julio de 2021.

<sup>1246</sup> Por la confusión de poderes y potestades que por analogía se establecía en nuestro modelo de lo Contencioso-Administrativo de 1845.

hecho tipo, que carece de las peculiaridades del concreto<sup>1247</sup>), e incluso, de facto, con un poder de imposición mayor, que si lo hubiese hecho el propio legislador<sup>1248</sup>.

Ya se ha hecho mención de la trascendencia que en el Derecho inglés tiene la interpretación para la determinación de la *ratio decidendi* y la aplicación de la jurisprudencia al nuevo caso, que no se aprecia sino genéricamente, en este nuevo sistema de casación español.

El Poder Judicial del Estado transmite como potestad a los jueces y tribunales (que no pueden sustraerse ni incrementar la misma), la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, que nunca ni ahora tampoco ha consistido en interpretar las normas al margen de casos concretos y reales sujetos a su jurisdicción, presente y actual, que no como supuestos de hecho tipo, que realmente no lo son, ya que por mucho que lleve por rúbrica interés casacional objetivo no es sino el caso concreto judicial y subjetivo que se plantea y es el que realmente se debería resolver y no solo de los aspectos que se destacan sino de todos ellos.

El apartado noveno de la exposición de motivos de la Ley Orgánica 6/85 de 1 de julio del Poder Judicial establece que el ciudadano es el destinatario de la Administración de Justicia y de lo que en el apartado dice, se deduce que lo es respecto de un ciudadano concreto que actúa ante los Tribunales y el art. 12.2 de este mismo texto legal señala que no podrán los jueces y tribunales corregir la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico hecha por sus inferiores en el orden jerárquico judicial sino cuando administren justicia en virtud de los recursos que las leyes establezcan<sup>1249</sup>.

Entiendo que, lógicamente, se refiere a un ciudadano concreto y, efectivamente, el nuevo recurso no enerva que el Tribunal Supremo se vuelva de nuevo a pronunciar sobre un precepto sobre el que ya ha expuesto su criterio interpretativo (¡objetivo!), creando unas expectativas entonces realmente falsas por lo que, simplemente, la interpretación antes realizada se ha producido para crear confusión

---

<sup>1247</sup> Por ello, en la sentencia del Tribunal Supremo 380/2019 de 20 de marzo, rec. 3209/2017 aunque la cuestión que presentaba interés casacional objetivo era determinar si con ocasión de la impugnación de liquidaciones del Impuesto sobre Bienes Inmuebles y para obtener su anulación, el sujeto pasivo puede discutir la calificación y consiguiente valoración catastral de su inmueble, cuando no lo hizo o haciéndolo dejó que alcanzara firmeza o no pudo hacerlo al tiempo en que le fue notificado individualmente el valor catastral del bien inmueble sujeto a tributación por dicho impuesto resuelve que la sentencia de la Sala de instancia es correcta ya que:

“Ante situaciones excepcionales para salvar las quiebras que hemos referido, el sistema general que distribuye las competencias entre gestión catastral y gestión tributaria debe interpretarse y pulir su rigidez para que en sede de gestión tributaria y en su impugnación judicial quepa entrar a examinar la conformidad jurídica de dicho valor catastral en su consideración de base imponible del gravamen, en relación con la situación jurídica novedosa que afecta al inmueble al que se refiere la valoración catastral y a esta misma que no fue impugnada en su momento” y ello sobre la base de los deberes que impone a la Administración el principio de buena administración que le impone una conducta lo suficientemente diligente como para evitar definitivamente las posibles disfunciones derivadas de su actuación “sin que baste la mera observancia estricta de los procedimientos y trámites sino que más allá reclama la plena efectividad de garantías y derechos reconocidos legal y constitucionalmente al contribuyente”.

<sup>1248</sup> Se produciría así lo que señaló Álvaro d’Ors, que la división de poderes supone la confusión propia del Estado entre potestad política y autoridad, de manera que absorbida la autoridad por la potestad, el equilibrio o la armonía que debería producirse por la independencia y la autoridad frente a la potestad se busca por una división interna de la misma potestad. Álvaro d’Ors, *Una introducción al estudio del Derecho*, Madrid, 1989, pp.143 y sgts.

<sup>1249</sup> En este sentido señala Francisco Monterde Ferrer (magistrado jubilado del Tribunal Supremo), “La independencia del poder judicial ayer y hoy”, *La Ley, sección de Justicia y Sociedad*, 23 de marzo de 2021, que el art. 12 de la LOPJ prohíbe dictar instrucciones de carácter general o particular, dirigidas a los inferiores sobre la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico, que lleven a cabo en el ejercicio de su función jurisdiccional.

porque estas dos apelaciones citadas se refieren al enjuiciamiento de un supuesto concreto, que no a supuestos tipos genéricos que, en cualquier caso, serán competencia del legislador e incluso de forma muy limitada como ya se ha expuesto.

En este sentido señala Puig Brutau que en el sistema Continental, el centro de gravedad de la decisión jurídica radica en la decisión concreta y no en la reglamentación genérica, es decir, que lo relevante es la resolución del caso concreto planteado y por ello, considera también Xiol, que los criterios sentados en la aplicación de la ley, aun cuando tengan un valor para la unificación de la aplicación del ordenamiento jurídico, tienen como soporte decisiones jurisdiccionales.

Es decir, resoluciones mediante las que se pone fin a un conflicto entre partes y esta realidad impone que la decisión jurisprudencial, aun cuando se produce como *ius constitutionis* exige como presupuesto la necesidad de dar satisfacción al *ius litigatoris* y se expresa adecuadamente con el principio inglés *cases or controversies*, según el cual, el proceso judicial solo puede versar sobre un caso o controversia verdadera e inmediata, y en nuestro Derecho esta concepción se encuentra presente dentro de lo que se entiende por jurisdicción como potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado que recoge el artículo 117.3 de la Constitución, que no conoce excepción alguna respecto del Tribunal Supremo como órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes según el artículo 123.1 de la Constitución Española<sup>1250</sup>.

Tal y como reconoce Pedro M. Garcíandía González, precisamente el que la decisión sobre la admisión del recurso vaya más allá de las concretas pretensiones que las partes ejercitan en el proceso y se vincule con la conexión que pueda existir entre la infracción invocada y el interés del ordenamiento jurídico en la interpretación de los elementos normativos (ley) que resultan de aplicación, es lo que permite afirmar que el llamado *ius litigatoris* ha pasado a un segundo plano en este nuevo modelo.

Ello es así, ya que el interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia tiene una virtualidad expansiva y pretende resolver problemas generales relacionados con la seguridad jurídica en la aplicación de la justicia y no tanto pretensiones particulares, por más que sean legítimas de los justiciables, *ius litigatoris*, tal y como se puede ver en los AATS de 8 de enero de 2019, 7 de junio de 2019, 1 de octubre de 2019, 29 de noviembre de 2019 ó 7 de febrero de 2020.

Señalan también que la función monofiláctica del recurso de casación impide atender a situaciones concretas, particulares o patológicas debiéndose, por el contrario, considerar situaciones generales y aplicables a un gran número de sujetos, tal y como se reconoce en los AATS de 8 de enero de 2019, 31 de octubre de 2019, 29 de noviembre de 2019, 5 de diciembre de 2019 ó 30 de abril de 2020<sup>1251</sup>.

Se puede decir, también, que en los nuevos escenarios rituales, el interés propio del recurrente es un mero vehículo para alcanzar la relevancia Constitucional o el interés objetivo, de manera que por

---

<sup>1250</sup> Juan Antonio Xiol Ríos, “El valor vinculante de la jurisprudencia”, *Jurisprudencia civil 2005-2007: análisis crítico*, Estudios de Derecho Judicial, 133, CGPJ, 2007, pp. 8 y 9. La opinión de Puig Brutau se encuentra en este texto.

<sup>1251</sup> Pedro M Garcíandía González, “La casación contencioso- administrativa tras la reforma de 2015: configuración general y acceso al recurso”, en *Estudios sobre el recurso de Casación Civil: fase de admisión*, dirección Ibon Hualde López, Thomson Aranzadi, 2020, p. 308.

muy apreciable que pueda ser el litigio de la parte o muy aberrante la injusticia procesal, la admisión solo procederá si el actor acredita la concurrencia de esos sintagmas facilitadores.

Se dice que, además, a mayor gloria de los valores de seguridad jurídica, igualdad y paradjicamente para la protección de los derechos de los ciudadanos, que se dicen fueron los principios que alumbraron estas reformas procesales y en los que, realmente, se sacrifican los derechos individuales de gran parte de los ciudadanos, que acuden a ellos en el área de un difuso interés de la comunidad jurídica, cuestión además alejada de lo que es realmente un proceso judicial según Tocqueville<sup>1252</sup>.

Todo ello con el beneplácito de Estrasburgo (casos *Arribas Antón contra España* y más recientemente *Fraile Iturralde contra España*), que ha convalidado estas reformas sostenidas en la discrecionalidad, la objetivación y la magra fundamentación de sus decisiones<sup>1253</sup> y todo ello en el ámbito de que, precisamente, la admisión de un recurso de casación se hace por auto, sin duda, para justificar la transubstanciación de la naturaleza jurídica del recurso, de jurisdiccional a político.

Destaca Cancio Fernández, Letrado del área de lo Contencioso-Administrativo del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo que, con carácter general, las admisiones a la casación se acuerdan por auto siempre motivado, mientras que las inadmisiones se adoptan, normalmente, por providencia<sup>1254</sup>,

---

<sup>1252</sup> “Es de esencia del Poder Judicial ocuparse de intereses particulares y dirigir complacientemente sus miradas sobre los pequeños objetos que se presentan a su vista; es también de la esencia de ese poder, si no acudir por sí mismo en auxilio de aquellos que son oprimidos, estar sin desmayo a la disposición del más humilde de ellos. Por débil que se le suponga a este, puede siempre forzar al juez a escuchar su reclamación y a responder a ella.

Tal poder es por ello especialmente aplicable a las necesidades de la libertad en un tiempo en que el ojo y la mano del soberano se introducen sin cesar en los más pequeños detalles de las acciones humanas, y donde los particulares, demasiado débiles para protegerse por sí mismos están también demasiado aislados para poder contar con la ayuda de sus semejantes; la fuerza de los tribunales ha sido, en todo los tiempos, la mayor garantía que se puede ofrecer a la independencia individual, pero esto es, sobre todo verdadero en los siglos democráticos; los derechos y los intereses particulares estarían siempre en peligro si el Poder Judicial no creciese y no se extendiese conforme las condiciones se igualan”. Alexis de Tocqueville, *La démocratie en Amérique*, editorial Gallimard, París 1951, II, p. 331.

<sup>1253</sup> Raúl C. Cancio Fernández, “Requisitos de admisión del recurso, en especial el interes casacional objetivo” en *Estudios sobre el recurso de Casación Civil: fase de admisión*, dirección Ibon Hualde López, Thomson Aranzadi, 2020, p. 357 y 358.

<sup>1254</sup> Francisco Marín Castán tras alabar la inadmisión mediante providencia según se permite en el artículo 90.3 de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa y posteriormente la inadmisión también mediante providencia de la casación penal (artículo 889 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) destaca que en vía civil, la exigencia legal de inadmitir el recurso mediante auto, previa audiencia de las partes, provoca que se malgaste mucho tiempo y energía en esta tarea, que podría llevarse a cabo mediante una providencia sucintamente motivada, en tanto que la resolución en forma de auto se dedicaría a justificar la admisión del recurso por concurrir el interés casacional, como ya se hace en los recurso de casación contencioso-administrativo y penal. Destaca también el Acuerdo de la Sala Tercera de 2018, con relación a la extensión máxima del escrito de interposición del recurso sobre la base de que la práctica está demostrando escritos de interposición con transcripciones de sentencias del Tribunal Supremo y de Audiencias Provinciales que dificultaban enormemente averiguar cuál era el verdadero fundamento del recurso, en otras palabras, puede decirse que parece entenderse que fuera el Tribunal de casación el que tuviera que hallar la infracción determinante de la estimación del recurso entre la multitud de alegaciones y citas normativas y jurisprudenciales frecuentemente difusas, desorientadas e inconexas, un mal que ya venía padeciendo los Juzgados de Primera Instancia desde los propios escritos iniciales de demanda y de contestación y en las apelaciones a las Audiencias Provinciales con los escritos de interposición que, frecuentemente, superaban las 150 ó 200 páginas para cuestiones jurídicas no especialmente complejas (Francisco Marín Castán, “Claves para una reforma urgente de la Casación Civil”, *Estudios sobre el recurso de Casación Civil: fase de admisión*, dirección Ibon Hualde López, Thomson Aranzadi, 2020, p. 268-271) por lo que considero que de ser esta idea oportuna debía generalizarse en todas las instancias

reservándose la forma de auto para los supuestos tasados de los artículos 78.3 y 89.5 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, sin que la mera invocación de la presunción enerve que se pueda dictar un auto de inadmisión, pudiendo en estos casos rechazarse también por providencia.

Destaca que tal y como se ha recogido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los asuntos *Zubac contra Croacia* 40160/2012 y *Arribas Antón contra España* 16563/11, en el caso de recursos planteados ante los tribunales superiores, como el Supremo o Constitucional basta con remitirse a las disposiciones legales que regulan dicho procedimiento, de manera en el asunto *Fraille Iturralde contra España* 66498/17 de 28 de mayo de 2019, con amplio soporte jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Se concluye en ambos casos que no puede afirmarse que la providencia del Tribunal Constitucional haya supuesto un obstáculo desproporcionado al derecho a la tutela judicial efectiva del demandante en virtud del artículo 6.1 del Convenio, lo cual y por ósmosis es un reforzamiento tanto del modelo de resolución como el contenido de la providencia contemplada en la Ley Jurisdiccional para inadmitir el recurso de casación contencioso-administrativa<sup>1255</sup>.

El propio TEDH, tras la reforma de su procedimiento en 2016 y que entró en vigor en 2018, realiza la inadmisión de los recursos ante el Tribunal con el soporte realmente inmotivado de la mera mención de determinado precepto.

A pesar de lo expuesto, lo diga Agamenón o su porquero (Antonio Machado), que resultando mucho más lesiva la inadmisión debía acordarse por un auto muy bien motivado, más que la admisión, con lo que el concepto jurídico indeterminado de interés casacional objetivo no puede ser objeto de control alguno, transmutándose en una discrecionalidad o arbitrariedad y no hay manera de determinar a cuál de las dos nos referimos<sup>1256</sup>.

Al asumir el Estado el monopolio de la jurisdicción, que nunca fue cosa distinta de aplicar el Derecho, ahora travestido en ley, al caso concreto y específico, que como se sabe y es una experiencia

---

e incluso para las sentencias, ya que muchas de ellas parecen una reiteración de jurisprudencia en donde no se sabe exactamente el hecho sucedido ni cuál es realmente la *ratio decidendi*. Recuerdo una STS en materia tributaria sobre aportación de bienes privativos a la comunidad de gananciales que no había manera de entender lo que decía ni por mí ni por mis colegas de Sala ni por otras personas a las que se pidió ayuda, siendo evidente que para un abogado es más difícil presentar un recurso cuando no se sabe bien lo que la sentencia dice a lo que se une y ya hemos señalado destaca Muñoz Machado, que es muy difícil saber cuál es el Derecho vigente y que fue el Tribunal Constitucional el que comenzó a hablar doctrinariamente en sus sentencias inclusive a través de una compilación de sus doctrinas sobre la materia y el resto de Tribunales empezaron a emularlos con un lenguaje académico propio de sus ocupaciones previas y del estilo de los Letrados colaboradores como señala Pablo Salvador Coderch (*El País*, 12 julio 2012 p. 32) y como se defiende, en este afán interpretativo general propio de la casación, propio de nuestros directores, que se emula en todos los ámbitos y es por ello que parece que en la sentencia importen poco los hechos, a lo que se une, además, el uso de la informática como advertía José María Álvarez Cienfuegos (“Comentario a la sentencia 48/1999 de 22 de marzo del Tribunal Constitucional, *La ley*, sección doctrina 1999, Ref. D- 219, T. 5, *La ley* 11029/ 2001. Cit. Mercenario Villalba Lava, “Estrutura e conteúdo das decisoes judiciais em Espahha. O uso da informática judicial e a sua influência na devida congruência, clareza e precisao das sentenças, *A estrutura e o conteúdo das decisões judiciais*, Centro de Estudos Judiciários de Portugal, Junio de 2020, pp. 70-72.

<sup>1255</sup> Raúl C. Cancio Fernández, “Requisitos de admisión del recurso, en especial el interés casacional objetivo” en *Estudios sobre el recurso de Casación Civil: fase de admisión*, dirección Ibon Hualde López, Thomson Aranzadi, 2020 p. 345-347.

<sup>1256</sup> Señala el artículo 95. 4 de la LJCA que contra las providencias o autos de admisión o inadmisión no cabrá recurso alguno.

unánime está muy condicionado por las concreta circunstancias concurrentes<sup>1257</sup>, de ahí la necesaria existencia del juez o del árbitro heterocompositivo como función primaria para la vida en sociedad.

La práctica está demostrando que este nuevo recurso de casación no otorga la rapidez que se pretendió con esta reforma y la demora será mayor, si tenemos en cuenta la difícil labor que se ha encargado al Tribunal Supremo<sup>1258</sup>, tan apartada de sus naturales funciones y es por este fenómeno, el constante replanteamiento de su postura, como lo acredita la admisión de nuevos recursos de casación sobre la base de un interés casacional objetivo en materias en donde ya existía una clara jurisprudencia y que se la vuelve a replantear, una y otra vez<sup>1259</sup>, sin duda, a la vista de las alegaciones de las partes.

En cualquier caso, resulta mucho más interesante para la extensión universal de la jurisprudencia, el recurso de casación en interés de ley establecido en la Ley de 1998 u otro que se estableciera por analogía con el ordinario de alzada para la unificación de criterio, que se regula en el artículo 242 en la Ley General Tributaria para el TEAC<sup>1260</sup>, teniendo presente que en todos estos procesos existe una Administración pública, sujeta al Derecho Administrativo y al principio de legalidad.

Con la misma finalidad que se ha implantado el recurso de casación objetivo quizás pudiera establecerse, para obtener unos resultados más eficaces en favor de todos los jueces, un mecanismo ya conocido como lo es una cuestión prejudicial interpretativa o de validez previa, ya prevista en el Derecho Comunitario y, puestos a apartarnos del Derecho, otorgarse estos mecanismos directamente a la Administración para que deba resolver de acuerdo con tales normas y desde el primer momento pueda conocer el alcance de la norma jurídica que debe aplicar, especialmente, en los casos tipo de procedimientos en masa.

Igualmente respetuoso con los jueces de grados inferiores dentro del Tribunal de Casación en Francia existe la Sala de Dictámenes (*Chambre des Avis*) formada por 9 magistrados y creada por Ley de 15 de mayo de 1991 con funciones puramente consultivas, que tiene por objeto la emisión de un

---

<sup>1257</sup> Como ya se ha dicho, la interpretación conjunta de estas circunstancias que necesitan de varios preceptos y principios generales para su adecuado enjuiciamiento del caso, preceptos y principios que se condicionan recíprocamente y determinan que no pueda interpretarse aisladamente un precepto, ya que daría un resultado aplicativo al caso incorrecto. En este sentido traemos a colación, una reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, utilizada en numerosísimas sentencias por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, de la que puede ser muestra la 348/2020 de 18 de diciembre, recaída en el rec. 339/2020 sobre la manera en que los principios de eficacia, eficiencia y proscripción de la indefensión condicionan la aplicación de los preceptos literales, que deben amoldarse a las circunstancias y en donde decimos que:

“En el caso que nos ocupa debe tenerse presente que el concepto de indefensión ha sido entendido según una reiterada jurisprudencia desde su vertiente material, es decir que será relevante cuando al sujeto se le impida alegar y probar los elementos propios de los hechos de que se deriva la reclamación y ha articulado las alegaciones concernientes a la defensa de sus intereses, de ahí que no haya sufrido indefensión, ( STS de 12-11-90 (Aranzadi 9169) ó 17-6-91 (Aranzadi 6450). Los requisitos formales o la defensa no constituyen una ritualidad curialesca y carece de sentido decretar nulidades para retrotraer actuaciones que conducirían con un resultado conocido. El ahora recurrente conoce las causas por las que se le exigen las cantidades y ha desplegado su defensa adecuadamente, de ahí que carezca de sentido retrotraer actuaciones, aún en el supuesto caso de que concurriesen determinadas irregularidades formales”.

<sup>1258</sup> *Éxodo* 18,17-18, el suegro de Moisés le replicó: “no está bien lo que haces. Pronto os cansaréis tú y la gente que os rodea porque la tarea es demasiado pesada para ti solo”.

<sup>1259</sup> Como sucede, por ejemplo, respecto de la tasa del canon de regulación y tarifa del agua y su necesaria aprobación antes del ejercicio a que se refiere.

<sup>1260</sup> Con los perentorios plazos que allí se señalan.

dictamen, en el plazo de 3 meses desde la recepción de la solicitud, dirigido a los Tribunales de fondo solicitantes de la consulta sobre una nueva cuestión de Derecho que presente serias dificultades y en numerosos litigios. El dictamen carece de fuerza vinculante para el Tribunal solicitante de la consulta y para otros Tribunales que puedan plantear con posterioridad las mismas cuestiones<sup>1261</sup>.

## - DESDE LA PERSPECTIVA DE LA DIVISIÓN DE PODERES DEL ESTADO

Ya se ha hecho referencia a la importancia que el método jurisdicente y la función que debe desempeñar la inteligencia de la justicia en la correcta resolución del caso concreto.

Los Estados legistas Absolutos transfieren a la ley el carácter totalizador del Derecho, en el que los jueces constituyen la boca muda de la ley, si bien su limitación existente respecto de la interpretación desapareció, entendiéndose ahora que constituye una prerrogativa de su aplicación, de acuerdo con la Constitución y los principios generales del Derecho, admitiéndose la existencia de leyes interpretativas, siempre y cuando no sean retroactivas, carácter que atribuía Duguit a aquellas ya sujetas al enjuiciamiento de los Tribunales.

Santiago Muñoz Machado señala que M. Troper ha puesto en cuestión, recientemente, que el sistema judicial de 1790 estuviera basado en una prohibición absoluta de que los jueces interpretasen las leyes, ya que se consideraba que los jueces interpretan normalmente y lo que prohibía la ley es que los jueces hicieran interpretaciones reglamentarias, es decir, que determinaran el sentido que hubiera de darse a las leyes fuera de los casos concretos que se estuvieran examinando<sup>1262</sup>.

Lo que ahora debemos plantearnos es si con este nuevo recurso de casación, que no constituye jurisprudencia obligatoria, como expresamente se señalaba en el recurso de casación en interés de ley, es si el Tribunal Supremo o los Tribunales Superiores de Justicia no va más allá del poder que les otorga el Estado en la Constitución cuando determinan la interpretación que debe darse a las normas estatales o de la Comunidad Autónoma, con objeto de resolver un caso concreto.

Todo ello a la luz de la teoría de separación de poderes, con relación a las potestades de interpretación de esta naturaleza general y abstracta pero derivada de un caso concreto e ignorando la esencia de la función jurisdiccional y sin la debida distinción de las funciones atribuidas en los casos generales y abstractos y concretos, propios de la jurisdicción y de la debida labor que le es exigible a los jueces, y ello en el marco de que la *voluntas legislatoris* no es determinante de ninguna de las maneras<sup>1263</sup>.

---

<sup>1261</sup> Ibon Hualde López, "Algunas consideraciones sobre el Tribunal y el recurso de Casación Civil francés, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo, 2017, V. 9,1, pp. 164 y 165.

<sup>1262</sup> Cit. Santiago Muñoz Machado, *La reserva de jurisdicción*, la ley, 1989, p. 67.

<sup>1263</sup> Desde un punto de vista meramente descriptivo, José Manuel Serrano Alberca señala que esta opción legislativa en España supone un giro copernicano en relación con el sistema anterior, que establecía una admisión reglada del recurso. El objetivo fundamental que parece deducirse de la nueva ley es considerar a este recurso de casación, no con la finalidad de satisfacer las pretensiones de los particulares sino, más bien, un medio de impugnación extraordinario destinado, en exclusiva, a la unificación de la doctrina jurisprudencial. Considera que el nuevo sistema está influido por la reforma del recurso de amparo basada en la idea de especial trascendencia constitucional que, igualmente, persigue el establecimiento

Ya se ha expuesto que, desde un punto de vista sistemático, las funciones que se ha atribuido a la Sala Tercera del Tribunal Supremo para la resolución de este recurso de casación son exorbitantes y carece de potestad derivada del poder que el Estado le ha atribuido por mano del Constituyente pero es que, además, se trata de una potestad que desde el punto de vista Constitucional e incluso desde la teoría de los poderes implícitos no le es permitida para reforzar su *ius constitutionis* sino porque no solo se ha vulnerado su tradicional carácter de *ius litigatoris* sino porque vulnera la función que siempre han desempeñado los jueces, que como principio de Derecho natural exige un respeto del mayor rango.

Se ha vulnerado el *ius litigatoris* y la congruencia procesal sobre la base de que el auto de admisión del recurso delimita las funciones de la Sala sentenciadora, en vez de la congruencia derivada de las pretensiones de las partes, todo ello aderezado con una verdadera vulneración del debido principio de legalidad por falta de control en los hechos probados que entienda la Sala Tercera, concorde con una tradición constante de todos los recursos de casación, no solo del nuestro sino incluso del francés, que si no se le considera incapaz, al menos, muy limitado en cuanto a los hechos<sup>1264</sup>.

También considero que se vulnera el *ius constitutionis* y no solo sobre la base de lo que establece nuestro artículo 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial sino en coherencia, también, con lo que se establece en el artículo 5 el Código civil francés.

Por la propia naturaleza de la técnica de casación francesa, que consiste en verificar, en cada caso, la aplicación correcta de la ley a la decisión judicial impugnada, la jurisprudencia se forma

---

de doctrina constitucional, en torno a los preceptos que reconocen estos derechos. De la misma manera, el interés casacional potencia la formación y uniformidad de la jurisprudencia, de suerte que los derechos e intereses de las partes litigantes ocupan un plano secundario. Prima el *ius constitutionis* frente al *ius litigatoris*. José Manuel Serrano Alberca, “Acierto o error de la reforma del recurso de casación contencioso-administrativo”, *Legal Today*, 31-7-2017.

Igualmente entiendo que el asunto afecta al *ius constitutionis*, que como en tantas ocasiones sobre la base de la igualdad preconizada por los Revolucionarios franceses se olvida del ser humano, que, sin duda, debe constituir el elemento ineludible del orden establecido y olvida la función que desde siempre han desarrollado los Tribunales de Justicia. Desde esta miopía igualitaria señala la exposición de motivos de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, que con la finalidad de que la casación no se convierta en una tercera instancia (ya hemos visto la ligereza con que se pueden cambiar o adicionar nuevos hechos probados) sino para que cumpla estrictamente su función nomofiláctica se diseña un mecanismo de admisión de los recursos de casación, basado en la descripción de los supuestos en los que un asunto podrá acceder al Tribunal Supremo por concurrir un interés casacional. Así, la Sala de casación podrá apreciar que, en determinados casos, existe interés casacional objetivo, motivándolo expresamente en el auto de admisión. El recurso deberá ser admitido en determinados supuestos, en los que existe la presunción de que existe interés casacional objetivo.

<sup>1264</sup> Como ya se ha visto, el Tribunal de Casación francés no constituye, después de los Tribunales y los Tribunales de Apelación, una tercera instancia en la jurisdicción. Su función no es resolver el fondo del litigio, sino decir si, en función de los hechos que han sido apreciados soberanamente en las decisiones que le han sido sometidas, las normas de Derecho se han aplicado correctamente. Esto explica que el Tribunal de Casación no se pronuncie sobre los litigios que han dado lugar a las decisiones que se le someten sino sobre las decisiones mismas. En realidad, el Tribunal de Casación es el juez de las decisiones de los jueces : su labor es considerar si estos han aplicado correctamente la ley, en relación a la información de los hechos, determinada por los jueces del fondo, del caso que les ha sido encomendado y a las preguntas que les han sido planteadas. Del mismo modo, cada recurso tiene como objetivo impugnar una sentencia sobre la que el Tribunal de Casación debe estimar si se han aplicado correctamente o no las normas de Derecho. Esta función explica la especialización del Tribunal, que nunca juzga los hechos. De este modo, es llamado, exclusivamente, a interpretar la norma de Derecho, ya sea esta de fondo o de procedimiento, ya sea antigua o nueva, lo que le concede tanto interés a sus decisiones. Esta interpretación se desprende de las respuestas que da en sus sentencias a los motivos que le son presentados y, más en particular, a los motivos que invocan una violación de la ley. La jurisprudencia que así se constituye exige observaciones sobre su formación, evolución y difusión.

progresivamente, en función de los recursos y de los motivos invocados y, en cualquier caso, la práctica de las sentencias de reglamento está prohibida para el Tribunal de Casación, así como a cualquier otra jurisdicción francesa, por el artículo 5 del Código Civil francés<sup>1265</sup>, según el que:

“está prohibido que los jueces se pronuncien por vía de disposición general y reglamentaria sobre las causas que les son sometidas”.

Por ello, la jurisprudencia solo puede desarrollarse a medida que se van planteando los problemas por los motivos alegados<sup>1266</sup>.

La flexibilidad que se deriva deja el campo libre a una posible relectura en el tiempo, del sentido que se le deba dar a la ley, en función de los cambios de la sociedad y de la forma en la que estos se perciben.

Particularmente, permite llenar las lagunas existentes en el Derecho positivo, ya que, como se ha visto, el artículo 4 del Código Civil francés prohíbe al juez negarse a juzgar alegando el silencio, la oscuridad o la insuficiencia de la ley.

Su Tribunal de Casación tiene una función esencial en este aspecto, ya que ante el silencio de la ley, este debe utilizar, esencialmente, dos técnicas: la primera es la aplicación de textos a situaciones que el legislador no había previsto -como puede ser, por ejemplo, el caso de la aplicación de los textos sobre la responsabilidad delictiva, que se desprenden sobre todo del Código Civil de 1804, a la circulación automovilística-. La segunda es la referencia a principios generales (como es particularmente la regla de *fraus omnia corrumpit*, la teoría del enriquecimiento injusto, la de los problemas anormales del vecindario o el principio de los derechos de defensa), siempre que no se enfrente a un texto del Derecho positivo.

No obstante, estas técnicas tienen sus límites, ya que en ocasiones, los propios términos de la ley, aunque se hayan vuelto discutibles por las diversas evoluciones, no permiten modificar su interpretación, que son los supuestos que el Tribunal evoca en su informe anual proponiendo modificaciones legislativas.

Mientras que en la Corte de Casación francesa fue siempre preferente el *ius constitutionis* a través del *référé facultative* en el que permanecía, a pesar de la opinión de la Corte, el criterio del juez de reenvío, tanto en los hechos como en la ley, hasta el supuesto del tercer enjuiciamiento en el que el criterio era coincidente y diferente del Tribunal de Casación, que era entonces cuando lo pasaba al Poder Legislativo para decidir.

Solo entonces su criterio era obligatorio como *référé* obligatorio.

En el recurso de casación español fue siempre preferente el *ius litigationis*<sup>1267</sup> y en él, las partes

---

<sup>1265</sup> En este mismo sentido, el art. 5 del Código Civil belga establece que “los jueces tienen prohibido pronunciarse por disposición general y reglamentaria sobre los casos que se les sometan” y el artículo 6 del Código Judicial utiliza más o menos los mismos términos.

<sup>1266</sup> De esta forma, permaneciendo a la escucha de la sociedad francesa -y ahora, europea-, el Tribunal interpreta el Derecho, adaptándolo a las evoluciones de la misma, ya sean políticas, sociales, económicas, internacionales, técnicas o incluso tecnológicas: la variedad de cuestiones que le son sometidas le lleva a dar una respuesta de manera equilibrada y coherente a la mayoría de las dificultades que puede plantear la interpretación del Derecho.

<sup>1267</sup> Ibon Hualde López, “Algunas consideraciones sobre el Tribunal y el recurso de Casación Civil francés”, *Cuadernos de*

tenían todo el poder (propio de la jurisdicción), a través del concreto asunto sujeto a debate ante el Tribunal Supremo, que se pronunciaba tanto sobre los hechos ( su modificación fáctica solo podía llevarse a cabo con base en poderosos elementos de prueba) como en la interpretación y aplicación de la ley.

Tal y como pone de manifiesto Ibon Hualde se está planteando en Francia admitir, exclusivamente algunos recursos que pudiera ser más interesantes para la formación de la jurisprudencia, si bien, ya desde el año 2001, existe un especial procedimiento de no admisión de asuntos que se entiende que carecen de fundamento, inadmisión que se produce de forma no especialmente motivada por una Sala formada por 3 magistrados.

Esta idea ha sido muy criticada, ya que, realmente, se viene a pretender el reconocimiento de un rol normativo por la capacidad de establecer normas de alcance general y de pronunciarse sobre los hechos, rectificando las valoraciones de los jueces de fondo y destacando que la Constitución francesa no atribuye a los jueces ningún poder normativo sino que, al contrario, el artículo 5º del Código Civil les prohíbe resolver por vía de disposición general y reglamentaria las causas que le son sometidas, entendiendo que decir el Derecho siempre ha significado enunciar la solución particular que aportan las normas jurídicas y precisamente la Revolución Francesa reaccionó contra la tentación legislativa de la que estuvieron apoderados los *parlement* del Antiguo Régimen y destacando que el proceso judicial lo es con relación al justiciable<sup>1268</sup>.

Sin embargo, el actual recurso de casación implantado por Ley de 2015 en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo español, a pesar de las apariencias, además de olvidarse de nuestro tradicional recurso de casación, recoge lo peor del Tribunal de Casación Revolucionario, cuyos límites rebasa, dictando obligatoriamente el sentido de la interpretación y aplicación de la ley sobre la base de un supuesto de hecho concreto y singular, que no abstracto y general, como ficticiamente señala, suplantando al Legislativo.

La falta de respeto a su debida función jurisdiccional afecta a la esfera de los particulares con el apoderamiento que sobre la materia otorga esta Ley al auto de admisión y a la determinación del interés casacional (supuestamente objetivo).

Por ello puede decirse que se llega a plantear la cuestión al margen de las partes, con absoluto poder libérrimo sobre los hechos y con ello también de los jueces de los grados inferiores, cuyas resoluciones se han dictado sobre la base de las pretensiones y en un examen conjunto de la normativa e incluso de los principios de eficacia y eficiencia, teniendo también en cuenta los principios antiformalistas, que a veces tanto condicionan, más que de estricta legalidad, de un precepto, cuya aislada interpretación no tiene presente este cúmulo de circunstancias, al responder la sentencia del Tribunal Supremo (en estos recursos de casación), al auto de admisión, que no totalmente a las pretensiones de las partes.

Que sea la propia Sala la que se ponga sus deberes carece de la más elemental lógica dentro lo que

---

*Derecho Transnacional*, marzo, 2017, V. 9, 1, pp. 176- 187 y Vicente Gimeno Sendra y otros, *Derecho Procesal Administrativo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1993, pp. 571 y 572.

<sup>1268</sup> Ibon Hualde López, “Algunas consideraciones sobre el Tribunal y el recurso de Casación Civil francés, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo, 2017, V. 9,1, pp. 191 y sgts. Del mismo autor *La admisión del recurso de casación Civil: su situación actual y reforma*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 20121, pp. 270-327.

es un proceso judicial.

No tiene ningún sentido que dentro de un proceso judicial sea, propiamente, el Tribunal el que determine, libérrimamente, las cuestiones que entienda interesantes<sup>1269</sup>.

En este punto quiero reiterar las críticas que Vera-Cruz señala sobre el déficit que en la determinación del mandato normativo incurre la ley al sublimar uno de los aspectos de la realidad frente al plural que constituye la realidad y se contemplan en el método jurisdiccional, y que se debe elevar potencialmente de categoría en el actual modelo de casación a que se hace referencia en este punto, ajena a lo que es y debe ser un proceso judicial<sup>1270</sup>.

Esta situación entiendo que vulneraría lo que los ingleses denominan *natural justice*, ya que el proceso judicial no existe para que los jueces disipen sus dudas, se las planten o den lecciones interpretativas al resto de jueces inferiores en grado jurisdiccional (por otra parte absurdas, ya que no existe la obligación de seguirlas) sino que lo está, exclusivamente, para resolver las diferencias entre las partes basadas en apoyos jurídicos.

Debe tenerse también en cuenta que la Administración conoce todos los recursos en masa que tiene planteados, perspectiva que no es la que tiene el particular en su asunto concreto.

Esta circunstancia considero que contribuye a acrecentar el carácter político de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, a pesar de encontrarse inserto en la organización judicial y no solo porque al abandonar el método jurisdiccional y su sujeción al sistema de interpretación normativa (tradicional función del Legislador, yendo más allá de lo que a que se atrevía el propio rey Absoluto o los Revolucionarios franceses) sino porque estas premisas se llevan a sus máximas consecuencias del caso, de manera escasamente técnica (a través de un caso concreto) sino porque también debemos de tener presente lo expuesto respecto del CGPJ y que todos los Magistrados del Tribunal Supremo español, a diferencia del resto de miembros de la Carrera judicial, no son nombrados por un órgano técnico sino político<sup>1271</sup> y también nombra el CGPJ, con carácter periódico, a los presidentes de Salas.

---

<sup>1269</sup> Por ejemplo, en el caso de la urbanización de Valdecañas se plantea la cuestión sobre un tema medioambiental cuando lo relevante es una cuestión urbanística.

<sup>1270</sup> Eduardo Vera Cruz Pinto, *Introdução ao estudo do Direito Romano. As questões fundamentais*, AAFDL, Lisboa, 2021, pp. 56 y 57. Las críticas que ahora se hacen a este sistema de casación sobre la base de las tradicionales funciones del juez y del Tribunal Supremo se agravarán por la propuesta se ha llevado a cabo en el mes de enero 2022 por parte de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, que ha aprobado la propuesta del Presidente en la Sala de lo Contencioso-Administrativo, en que se propone modificar el artículo 64 de la Ley 29/98 con objeto de que los Juzgados y Tribunales puedan suspender las causas que presenten identidad jurídica sustancial con los recursos pendientes de casación ante el Tribunal Supremo hasta que este se pronuncie, según se dice para evitar que se puedan dictar sentencias contrarias a esta decisión, en aras de una mayor seguridad jurídica así la mayor como si la real seguridad jurídica no fuese el juez independiente e imparcial, que no es funcionario público sujeto a instrucciones de los superiores jerárquicos.

En este mismo sentido también se propone modificar el artículo 94 el mismo texto legal, que permite que cuando se detecte la existencia de un gran número de recursos sobre una cuestión jurídica sustancialmente igual a otra podrá acordarse la admisión de uno o varios de ellos, hasta sentencia de los primeros, que sería un mecanismo similar a la tramitación de los denominados procedimientos testigos, lo que entienden que permitirá dar una respuesta más ágil sobre una misma cuestión y que de hecho evite que la admisión tramitación y resolución de estos recursos colapse al Tribunal Supremo.

<sup>1271</sup> Tal y como ponen de manifiesto Miguel Ángel García Herrera y Alberto López Basaguren, "Constitución y Poder Judicial: la incompleta realización del Poder Judicial", *Poder Judicial y unidad jurisdiccional en el Estado autonómico, Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, 2006, pp. 192 y 193, desgraciadamente, la experiencia de

Sobre la naturaleza de la elección de estos Magistrados del Tribunal Supremo puede resultar bien ilustrativa, la polémica política creada recientemente, que se ha saldado con la aprobación de la Ley Orgánica 4/2021, de 29 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para el establecimiento del régimen jurídico aplicable al Consejo General del Poder Judicial en funciones, que introduce dos nuevos artículos, el 570 bis y el 598 bis, con el confesado motivo que aparece en la exposición de motivos de limitar las decisiones adoptadas por un Consejo saliente, cuyos miembros han excedido el periodo Constitucional de mandato.

Facultades como la de proponer el nombramiento del Presidente del Tribunal Supremo, de los Presidentes de las Audiencias, de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional, de los Presidentes de Sala y de los Magistrados del Tribunal Supremo o de los Magistrados del Tribunal Constitucional deben quedar excluidas del ámbito competencial del Consejo cuando este se encuentra en funciones, limitaciones que se consideran lógicas, derivadas del carácter excepcional de la no renovación en plazo, que también deben establecerse en relación con el nombramiento de los Directores de la Escuela Judicial y del Centro de Documentación Judicial, así como del Vicepresidente del Tribunal Supremo, el Promotor de la Acción Disciplinaria, el Director del Gabinete Técnico del Consejo General del Poder Judicial y el Jefe de la Inspección de Tribunales<sup>1272</sup>.

Como manifestación de la eficacia de la política en este ámbito, mediante Ley Orgánica 8/22 de 7 de julio se ha echado marcha atrás en parte para permitir que el CGPJ nombre de los magistrados del Tribunal Constitucional, sin los que tampoco el Gobierno podía nombrar a los que la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional les atribuye competencia, al necesitar renovarse por terceras partes.

#### **- LA TENDENCIA A LA GENERALIZACIÓN CON ABSTRACCIÓN DEL OBJETO DEL PROCESO. EL REALISMO DEL SUPREMO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO PORTUGUÉS EN MATERIA DE RECURSOS**

Este apartado nos conduciría a un examen muy amplio de la jurisprudencia pero como las conclusiones las consideramos connaturales a la cuestión que tratamos, simplemente, nos vamos a referir a dos casos concretos que entendemos significativos:

Si el recurso casacional objetivo es al que se recoge en la sentencia 380/2019 de 19 de marzo (rec. 3209/2017), que reitera la de 19-2- 2019, recaída en el recurso 196/2019, en donde dice que:

---

nombramientos del Consejo General del Poder Judicial no ha sido edificante. En la selección se han desconocido, en múltiples ocasiones, los criterios más elementales. No solo se desconocen los méritos objetivos sino que se incumplen las reglas jurídicas básicas de los acuerdos colegiados. En el primer sentido, el reconocimiento alcanzado sobre la base del trabajo profesional y las aportaciones doctrinales puede ser desconocido porque el Consejo General del Poder Judicial se decante a favor de quienes, con menos méritos pero con más apoyos políticos o corporativos consiguen el consenso en torno a su persona y en este mismo sentido y contra la politización de los nombramientos, téngase presente a Víctor Fairén Guillén, “Independencia constitucional y desarrollos de dependencia de los jueces españoles” en *L'indipendenza della giustizia oggi. Judicial independence, today, Liber amicorum in onore di Giovanni Longo*, Giuffrè, Milan, 1999, pp. 126 y sigts.

<sup>1272</sup> Como se dice, parece mucho más que evidente la afirmación de Raúl Cancio, que señala que la independencia de los magistrados, tanto en su apariencia como en su realidad, depende mucho de quién los designa. Raúl C. Cancio Fernández, “Requisitos de admisión del recurso, en especial el interes casacional objetivo”, *Estudios sobre el recurso de Casación Civil: fase de admisión*, dirección Ibon Hualde López, Thomson-Aranzadi, 2020, p. 328.

“Ya se ha transcrito anteriormente los términos en los que se formula en el auto de admisión la cuestión que presenta interés casacional objetivo; cierto es que con este recurso de casación se pretende la formación de jurisprudencia allí donde el ordenamiento jurídicos lo precise por descubrirse la concurrencia de interés casacional objetivo pero no ha de hacerse en abstracto, como un cauce establecido para plantear cuestiones interpretativas del ordenamiento en abstracto sino que la formación de jurisprudencia ha hacerse en relación a la resolución de las cuestiones suscitadas en el pleito que fueron objeto de pronunciamiento en la sentencia o debieron de haberlo sido. La cuestión que presenta interés casacional en el presente recurso en los términos en los que viene formulada, por su amplitud, puede acoger diversos y variados supuestos en los que no en todos cabe la misma respuesta”.

Entiendo que la cuestión debe acotarse al concreto caso, partiendo de los presupuestos tomados como base en la sentencia de instancia y a la luz de la cuestión que ante la juzgadora se planteó y conforme al sentido en que fue resuelta por esta.

Sin embargo, con el nuevo recurso de casación, antes de entrar a resolver se deben sentar los presupuestos que han de constituir la base sobre la que debe hacerse el análisis de cada supuesto en concreto pero en relación con la cuestión que presenta interés casacional objetivo.

A ello se refiere el recurso de casación 4290/2017, que se resolvió mediante sentencia 32/20 de 17 de enero “la cuestión interpretativa” planteada por el auto de admisión que señalaba, según su antecedente de hecho cuarto:

“Precisar que la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en determinar si, estando pendiente de fijarse el justiprecio por el Jurado Provincial de Valoraciones, al no existir acuerdo en las hojas de aprecio de la expropiante y expropiada, y reclamada por esta la cantidad concordante, la falta de respuesta del expropiante-beneficiario a esa solicitud de pago es subsumible o no en artículo 29.1 LJCA a fin de posibilitar su impugnación en sede jurisdiccional por esta vía”.

Con ánimo, sin duda, de seguir al mejor propósito de la nueva casación “cuestión interpretativa”, la sentencia dictada es incongruente y quizás incurso en causa de responsabilidad disciplinaria, por las razones que se pasan a exponer.

Es incongruente porque la parte, en la contestación a la demanda, admite la debida aplicabilidad del artículo 29.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa pero considera que no debe abonarse la cantidad sobre la base de no haberse agotado el plazo de 3 meses, aspecto sobre el que razonaba la Sala de Extremadura.

La STS da respuesta en el FJDCO TERCERO a tal “cuestión interpretativa” en los siguientes términos:

“Sobre la base de cuanto ha quedado expuesto y, con interpretación de los arts. 48.1 y 50.2 LEF en relación con el art. 29.1 LJCA hemos de concluir que la falta de respuesta de la Administración expropiante y beneficiaria a la petición de pago de la cantidad concurrente de las hojas de aprecio, cuando todavía no se haya determinado el justiprecio de la expropiación por la Junta de Valoraciones, no integra el supuesto de inactividad previsto en el artículo 29.1 (ni tampoco el de su apartado 2), a efectos de su impugnación jurisdiccional por esta

privilegiada vía, constituyendo una mera denegación presunta de la petición, jurisdiccionalmente recurrible por el procedimiento ordinario”.

En el antecedente de hecho octavo de esta STS, referida a la oposición se destaca que la Administración manifestaba en la contestación a la demanda :

“dado el carácter de ejecutable de la cuantía mínima de la hoja de aprecio como parte integrante del justiprecio transcurridos seis meses desde que se dicta la misma, en los términos de lo establecido en el art. 48 y 50.2, su falta de pago es perfectamente exigible por el cauce procesal del artículo 29.1 de la LJCA”<sup>1273</sup>.

En el escrito de oposición a la demanda (FJDCO segundo al final ) dice literalmente:

“Pero es cierto y hay que reconocerlo que la actora tiene derecho a solicitar el abono del precio concurrente, tal y como señala el artículo 50.2 de la Ley de Protección forzosa y el artículo 51.4 que lo desarrolla, de tal forma que una vez solicitado, el Ayuntamiento tiene obligación de abonarlo como veremos posteriormente. Pero en este supuesto no estaríamos ante la inactividad expresada en el art. 29.2 de la Ley de la Jurisdicción sino en el apartado 1 del mismo artículo”.

También consta que:

“En el supuesto en que nos encontramos resulta que en virtud de un acto, en concreto, la formulación de la Hoja de Aprecio Municipal, el Ayuntamiento estaría obligado al abono del precio concurrente una vez solicitado por el recurrente y en este supuesto, **transcurridos tres meses** desde la fecha de la reclamación podría deducirse por el mismo por el mismo recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración. Si consideramos que la petición del abono del precio concurrente es de fecha 22 de septiembre de 2016 y poco más de un mes después se interpone el presente recurso contencioso-administrativo, no han transcurrido más de tres meses que señala la norma para su interposición, por lo que se interpone el recurso contencioso-administrativo antes de tiempo y por ello contra un acto no impugnado en el momento de la interposición del mismo... ya que la especialidad del Procedimiento Abreviado del art. 78 de la Ley Jurisdiccional nos remite el ( sic) apartado 2 del art. 29, que se refiere a actos firmes no ejecutados pero no el (sic) apartado 1 que en nuestra opinión sería en todo caso el aplicable al actor, si transcurridos tres meses no se hubiera procedido al abono correspondiente. No habiéndose superado el plazo de tres meses desde la petición de la actora hasta la interposición del recurso contencioso-administrativo procedería inadmitir el recurso contencioso interpuesto, por concurrir la causa de inadmisión del artículo 69. c) de la Ley de la Jurisdicción”.

De lo hasta ahora expuesto debe, inexorablemente concluirse, que la STS que se comenta es incongruente, ya que razona en contra de lo que admite la parte y resuelve un litigio que no existía por ese motivo.

Sobre la base de la congruencia y de unos principios generales ya asentados de economía procesal, ampliamente respaldados por una jurisprudencia unánime, la jurisprudencia recaída por la prematura presentación del recurso judicial antes de transcurrir el plazo en que se entendía desestimado el

---

<sup>1273</sup> Las negritas son mías.

recurso de reposición pero rebasado en exceso al momento de dictar la sentencia con silencio negativo, de acuerdo con lo que se establecía expresamente en la LJCA de 1956, la Sala de Extremadura, tras declarar no aplicable el artículo 29. 2 citado, considera que como el plazo de tres meses había transcurrido el 22 de diciembre y la Administración consciente de que debía abonar el principal (en contra del criterio de la STS que comentamos, para la que el plazo se iniciaría después de fijado el justiprecio, en contra de toda la jurisprudencia sobre la cuestión, lo que hace innecesaria la cita y el más elemental sentido común y racionalidad) abona, como entendía, el principal, el 17 de enero).

Como la Administración no puede beneficiarse de su propia torpeza y por lo tanto no podía resultar beneficiada, reconoce la STSJ de Extremadura, la inactividad denunciada con el abono de los intereses pendientes y condena en costas a la Administración.

El fundamento jurídico cuarto de la STS señala en su apartado 1:

“Con arreglo a esta interpretación y sin perjuicio de recordar a la Sala de Cáceres que no cabe mutar, sin haber hecho uso de la facultad que otorga el artículo 33.2 LJCA, el fundamento de la pretensión de la actora y apelada, es claro, que en el supuesto examinado, la Administración pagó el 27 de enero de 2017 la cantidad concurrente reclamada, sin justificación legal, antes de que se hubiera determinado el justiprecio el 20 de junio de 2017, fecha del acuerdo de la Junta de Valoraciones luego ese pago no genera intereses, lo que unido a no existir obligación de pago, nunca podrá hablarse de inactividad en los términos establecidos en el artículo 29 LJCA”.

Es evidente que la art. 33.2 debe utilizarlo el juez para que se debatan cuestiones que no lo han sido oportunamente pero en este caso, ya estaba debatida la cuestión.

El art. 418.4 de la LOPJ considera faltas graves corregir la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico hecha por los inferiores en el orden jurisdiccional salvo cuando actúen en el ejercicio de la jurisdicción y el art. 419.2 considera falta leve, la desconsideración con iguales o inferiores en el orden jerárquico, con los ciudadanos, los miembros del Ministerio Fiscal, médicos forenses, abogados y procuradores, graduados sociales, con los secretarios o demás personal que preste servicios en la Oficina judicial, o con los funcionarios de la Policía Judicial.

El recordatorio que realiza el Tribunal Supremo al Superior ni era correcto por lo expuesto, ni necesario para resolver el caso y desde luego se sabe que los miembros de la Sala de Extremadura conocen, sobradamente, el precepto y en caso de ser preciso para resolver, lo debió aplicar el TS, llanamente, sin el desdoro que produce tal expresión recordatoria, que no se refiere, de esta manera, a este caso sino a los sucesivos, para los que no tiene potestad ese Tribunal Supremo y con ello va más allá de lo permitido a esa Sala.

Y puestos a dar lecciones de Derecho y más en concreto sobre la congruencia, en vez de resolver el caso, que es para lo que tenía potestad, no está de más destacar que mientras la parte alegó y la instancia estimó correcta la excepción para considerar la concurrencia de la inadmisibilidad sobre la base de lo dispuesto en el apartado c) del art. 69 de la LJCA, el TS la estima por el e), que desde luego no viene al caso.

Es decir, que de *ius litigatoris* nada o muy poco, lo importante es explicarnos a los jueces la interpretación de las normas, aunque sea en los términos expuestos, a la vez que se pone de manifiesto la dificultad de explicar el alcance de un precepto aislado en un caso concreto en el que, a menudo,

será necesario tener presentes principios generales que condicionan la solución, como resultaba en el caso.

A continuación se va a hacer mención de otra, en la que son los propios compañeros de Sala los que se podría decir, que vienen a denunciar este extremo.

Se trata de la STS 499/20 de 20 de mayo, en la que al igual que en la 320/20, la determinación el objeto de los recursos de casación, de acuerdo con el auto de admisión, consistía en determinar si la interpretación virtualmente universal que lleva a cabo la Sala sentenciadora acerca del concepto de ajuar doméstico del artículo 15 de la Ley 39/97 de 18 de diciembre del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones es correcta o si por el contrario, tal concepto remite a determinar a ciertas categorías de bienes y su funcionalidad en la vida del causante susceptibles de diferenciación.

Esto es, qué debemos entender por ajuar doméstico, qué elementos o bienes deben ser incluidos en él y cuáles han de reputarse claramente excluidos, señalándose en los fundamentos jurídicos tercero y cuarto la debida interpretación del art. 15 de la LISD aplicada a este asunto e igualmente que este recurso de casación sirve al principio de seguridad jurídica y por intermediación, al de igualdad en la aplicación de la ley, de acuerdo con los artículos 9.4 y 14 de la Constitución Española<sup>1274</sup>.

Se señala también, que se admite el recurso de casación porque la mencionada cuestión afecta notoriamente a un gran número de situaciones (olvidándose que, normalmente, las normas jurídicas, por su propia naturaleza, se aplican con carácter general y por lo tanto a numerosísimos casos).

El apartado 3 del fundamento jurídico cuarto, al final, se concluye que las acciones y participaciones sociales, por no integrarse ni aun analógicamente, en el concepto de ajuar doméstico, por amplio que lo configuremos no pueden ser tomadas en cuenta a efectos de aplicar la presunción legal del 3%.

Los votos particulares realizan grandes críticas a la resolución adoptada, entre otras, que la doctrina del voto mayoritario, propiamente, no lo es respecto de la composición del ajuar doméstico sino de caudal relicto a efectos de la valoración del ajuar doméstico y más en concreto respecto a lo que aquí nos interesa que:

“Esto es lo que ha hecho la sentencia de instancia que ahora se confirma y que creemos es lo correcto, por lo que discrepamos del sentir de la sentencia mayoritaria cuando justifica la confirmación de la sentencia por un argumento, a nuestro modo de ver, no sólo es inadecuado, “no son susceptibles de inclusión en el ámbito del 3 por 100”, sino contradictorio con el *iter* argumental reconocible en la disputa sostenida en sedes económico administrativa y judicial, en las que no se cuestiona que la presunción valorativa del ajuar doméstico debe computarse respecto de la totalidad del caudal relicto; esto es, la sentencia de instancia no hace más que partir de la presunción legal de que el valor del ajuar doméstico es el 3% del caudal relicto, esto es del valor total de todos los bienes que lo componen, y concretados los bienes que conforman el ajuar doméstico y hecha prueba de su valor, fallar que el acreditado es su valor y desvirtúa la presunción referida que cede ante el valor probado. Lo que confirma, en definitiva, la tesis formulada en este voto particular”.

---

<sup>1274</sup> Es llamativo porque invocando estos principios ante el Tribunal Constitucional en un recurso de amparo, simplemente, no los admitiría de forma inmotivada y si por algún motivo entrase al fondo los desestimaría.

De lo expuesto se concluye que tal interpretación del precepto dependerá de la composición de la Sala.

Ignacio Diez-Picazo Giménez lo expone con toda claridad, la configuración del régimen de admisión de asuntos en casación por las diversas Salas del Tribunal Supremo es una cuestión de política jurídica, que se compone de fines y medios, de pros y contras, y se mueve en el terreno de las ventajas e inconvenientes de cada propuesta o de cada sistema, señalando que no existen límites Constitucionales relevantes, en la configuración legal del régimen de admisión de asuntos en el Tribunal Supremo.

Destaca que el debate sobre la admisión de asuntos en este Tribunal no es un debate jurídico Constitucional sino de conveniencia y oportunidad políticas, destacado que el artículo 123.1 de la CE establece que el Tribunal Supremo es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes salvo lo dispuesto en materia de garantías Constitucionales y este precepto Constitucional contiene, en su opinión, dos normas: una garantía institucional de existencia del Tribunal Supremo y un mandato al Legislador de asegurar esa superioridad o supremacía pero ninguna de las dos obliga a medios específicos y ni siquiera la casación está garantizada por la Constitución, con lo que, a fortiori, no lo está el sistema de admisión y el artículo 24.1 de la Constitución no garantiza un derecho a los recursos<sup>1275</sup>.

Ahora bien, como ya se ha expuesto, lo más importante que recoge este artículo 123 de la Constitución Española es que el Tribunal Supremo es un órgano jurisdiccional, y tal y como recoge Sonia Calaza Lopez, la función jurisdiccional positiva que de esta manera se atribuye al Tribunal Supremo es la que le corresponde, cuando a la vista de la errónea selección o interpretación de la norma aplicada por un órgano inferior en grado a un determinado conflicto, revierte la respuesta judicial y pasa de la absolución a la condena o a la inversa, generalmente, con una distinta valoración práctica.

Considera que no se puede pretender, que el Tribunal Supremo asuma una interpretación pura del Derecho y desconexa de una concreta realidad fáctica, que es precisamente la que dota de sentido y otorga, en su caso, de interés objetivo a la lógica casacional moderna.

La función monofiláctica habrá de conectarse, tanto con la función tuitiva como con la integradora, pues el Tribunal Supremo solo conocerá de la errónea selección e interpretación ante el conflicto planteado por los justiciables agraviados, cuando estos procuren revertir, precisamente mediante la casación, la respuesta otorgada por el Tribunal anterior, con base en un claro quebranto de la legalidad y sobre la base del interés prioritario e inmediato del litigante vencido en juicio y único legitimado.

Para instar la casación se centrará, de forma prioritaria en la restitución del derecho lesionado tras la elaboración de un nuevo juicio valorativo y tan solo de forma indirecta, remota o mediata, en un responsable y altruista deseo de protección del ordenamiento jurídico en su conjunto, de manera que el impulso casacional que corresponde a los justiciables perjudicados por la sentencia y que encuentra su motivación en la posible regresión del contenido perjudicial de esa sentencia mediante una revisión

---

<sup>1275</sup> Ignacio Diez-Picazo Giménez, “Sobre la admisión discrecional del recurso de casación” *Estudios sobre el recurso de Casación Civil: fase de admisión*, dirección Ibon Hualde López, Thomson Aranzadi, 2020, pp. 251 y 252.

fáctica acompañada de una nueva interpretación jurídica y no, desde luego, en una abstracta protección del ordenamiento jurídico.

Esta función monofiláctica de protección del ordenamiento jurídico se produce a través de este sistema particular, que tiene una proyección pública, general, colectiva y universal de salvaguarda de todos los sujetos ante una situación similar que precisen de una respuesta jurídica homogénea, igualitaria y segura.

No cabe pues la protección del ordenamiento jurídico en abstracto sino ante pretensiones concretas de justiciables precisados de tutela y no cabe la defensa subjetiva individual o aislada en la norma jurídica, que habrá de entenderse en sentido omnicompreensivo de todo el ordenamiento jurídico.

Tanto de los preceptos Constitucionales como a las distintas normas incorporadas en nuestras pirámide normativa e incluso a las restantes fuentes del ordenamiento jurídico como son la costumbre y los principios generales del derecho, resaltando que es muy improbable ( se podría decir que falso), que un justiciable se aventure a iniciar una casación con la sola y desinteresada motivación quijotesca de proteger la norma o crear jurisprudencia<sup>1276</sup>.

En este sentido se debemos destacar a José María Asencio Mellado y a Augusto Mario Morello, ya que el primero señala que la distinción entre los hechos y el Derecho es una falacia solo válida como operación de laboratorio, que tiene un origen meramente político y no técnico ni procesal<sup>1277</sup>.

El segundo autor considera que es tan imposible la fractura entre los hechos y el Derecho como legitimar una exacta y fiel actuación monofiláctica cuando se construye sobre una plataforma fáctica lastrada del absurdo o de la arbitrariedad en la determinación y alcance de los hechos probados, que produce una quiebra del razonamiento lógico que debe sustentar toda sentencia justa<sup>1278</sup>, sobre todo a la vista de que el recurso de casación siempre tuvo atribuida la función de naturaleza pública, en cuanto dirigida a conseguir la uniforme aplicación del Derecho, lo que ha compatibilizado con la tutela con carácter prioritario, del *ius litigatoris*<sup>1279</sup>.

En cualquier caso, considero que el mayor revés a este modelo de recurso de casación establecido en la Ley de 2015 ha venido de la mano del propio Legislador, cuando se ha enfrentado a la necesaria solución de problemas graves que le afectaban de forma muy directa, en donde considero que realiza por ello una valoración más realista de la función a que están llamados a desempeñar los Tribunales de Justicia.

---

<sup>1276</sup> Sonia Calaza Lopez, “El papel estelar del “interés casacional objetivo” en la inminente regulación de la casación civil”, *Estudios sobre el recurso de Casación Civil: fase de admisión*, dirección Ibon Hualde López, Thomson Aranzadi, 2020, pp. 208-211.

<sup>1277</sup> José María Asencio Mellado, “El recurso de casación. Una reflexión sobre sus funciones”, *Revista General de Derecho Procesal*, 37, Iustel, 2015, p. 4.

<sup>1278</sup> Augusto Mario Morello, “El mito de las cuestiones de hecho y de Derecho en la casación”, *El Tribunal Supremo. Su doctrina legal y el recurso de casación*, director Vicente Gimeno Sendra y coordinado por M. J. Cabezudo Bajo, 2007, p. 393.

<sup>1279</sup> Gonzalo Moliner Tamborero y Mariano Sampederro Corral, *El recurso de casación laboral. Casación ordinaria y casación para la unificación de doctrina*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2009, p. 20.

El artículo 15 del Real Decreto-ley 8/2021 de medidas extraordinarias en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo da nueva redacción al artículo 87 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, respecto de las nuevas resoluciones judiciales en forma de auto contra las que cabe recurso de casación y le otorga una tramitación específica a través de la inclusión de un nuevo apartado 1. bis y un nuevo artículo 87. ter.

Tras esta reforma, el nuevo recurso de casación contencioso-administrativo también resulta procedente contra los autos dictados en aplicación de los artículos 10.8 y 11.1.i) de la Ley reguladora lo Contencioso-Administrativo por los Tribunales Superiores de Justicia cuando conozcan de la autorización o ratificación judicial de las medidas adoptadas por las autoridades sanitarias, con arreglo a la legislación sanitaria en el ámbito distinto al estatal y se consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen una limitación o restricción de los derechos fundamentales, siempre que sus destinatarios no estén identificados individualmente, tal y como se recoge en el artículo 10.8 de la Ley 29/98.

Al margen de la cuestión referida a si el Real Decreto-Ley es una medida adecuada para la implantación de este régimen jurídico y de la posible inconstitucionalidad de situar al Tribunal Supremo en el control de la legalidad de la Administración Autonómica, cuya legalidad no podría, normalmente, ser enjuiciada por el Tribunal Supremo<sup>1280</sup>, debe tenerse en cuenta que este recurso no requiere de interposición previa, con diferenciación entre la fase de admisión del recurso y de juicio sino que se inicia mediante un escrito de interposición presentado directamente ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo y otro ante la Sala de instancia, que ponga en su conocimiento el hecho de la interposición.

En dicho escrito de interposición se debe hacer mención del cumplimiento de los requisitos de procedimiento, la cuestión del interés casacional sobre la que interesa que se fije doctrina y las pretensiones relativas a enjuiciamiento del auto recurrido.

Se suprime la fase de admisión y aunque haya de entenderse que debe contener los requisitos del artículo 89.2, por lo que, además del cumplimiento de los requisitos reglados en orden al plazo, legitimación y recurribilidad de la resolución impugnada, se ha de identificar con precisión la norma jurídica o la jurisprudencia que se consideren infringidas, pudiéndose dictar resolución de inadmisión por no cumplir con unos u otros requisitos<sup>1281</sup>.

Pilar González Granda considera que este nuevo recurso supone el paso de la doctrina al caso y es contrario al espíritu del interés casacional, ya que esta normativa tiene el mismo objetivo que la Ley 37/2020 de 18 de septiembre, llegándose a la desconfiguración del recurso de casación en los términos

---

<sup>1280</sup> Ya que de conformidad con el artículo 86 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa no sería posible acceder al citado recurso por tratarse de normativa Autonómica.

<sup>1281</sup> Debe tenerse en cuenta, de acuerdo con lo que se establece en el FJDCO 4º de la STS de 24 de mayo de 2021, rec. 3035/2021, que el fundamento del recurso y la función que cumple en este caso limitan el ámbito objetivo del interés casacional que no se identifica íntegramente con la LJCA a través de aquellos indicadores de su presencia previstos en su artículo 88, ya que como ha señalado el Tribunal Supremo no puede ajustarse a los mismos patrones observados a la hora de la admisión de recursos contra sentencias o contra los demás autos previstos en el artículo 87, ya que en ellos se dirimen o determinan el acceso a la tutela judicial efectiva o de la ejecución de sentencias mientras que aquí se trata de algo distinto, como se ha visto. Establece también en su FJDCO 5º que la omisión por el recurrente de la justificación de la concurrencia del interés casacional no determina la inadmisión del recurso si en su escrito de interposición explicó la razón por la que, a su entender, lo impugnado no respondía al control que la Sala de procedencia debía realizar.

que configuraban su espíritu en la legislación de 2015 y su extensión al Derecho Autonómico, convirtiendo al Tribunal Supremo, realmente, en un Tribunal de contiendas jurídicas<sup>1282</sup>.

Como ya se ha adelantado en nota, lo expuesto determinó que la STC 70/22 de 22 de junio declarara la inconstitucionalidad y nulidad de los artículos 10.8 y 11.1 i) y del inciso «10.8 y 11.1 i)» del art. 122 *quater* de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, en la redacción dada por la disposición final segunda de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al Covid-19 en el ámbito de la administración de justicia sobre la base de quebrantar la separación de poderes y la reserva que la Constitución y los respectivos Estatutos de Autonomía atribuyen al Poder Ejecutivo sin condicionarla al complemento o autorización de los Jueces o Tribunales para entrar para entrar en vigor y desplegar eficacia, bastando para ello la publicación en el correspondiente Diario Oficial.

Se entiende que la potestad reglamentaria se residencia en el Ejecutivo de forma exclusiva, excluyente y no compartida y no corresponde a los Jueces y Tribunales integrantes del Poder Judicial inmiscuirse en las tareas Constitucionalmente reservadas a otro poder del Estado, teniendo presente que las medidas generales aprobadas por el Poder Ejecutivo competente constituyen reglamentos urgentes de necesidad que se configuran como válidos pero no son eficaces y por tanto aplicables hasta que no reciben la autorización judicial.

Se destaca, asimismo, que las resoluciones de los Tribunales de Justicia no era objeto de publicación en los diarios oficiales a lo que se añadía que el control judicial preventivo no era exhaustivo de la legalidad de la actuación ni por supuesto cercenaba el derecho a la tutela judicial efectiva, ya que cualquier persona que ostentase un interés legítimo podía impugnar las medias oficialmente ratificadas, estableciendo una especie de control jurisdiccional *ex ante* y abstracto que no encuentra acomodo en el artículo 117. 4 la CE.

Este modelo de casación implantado por la Ley Orgánica 7/2015 incide en un sistema objetivo de control del poder, que constituyó el origen francés de lo Contencioso-Administrativo y del que todavía quedan secuelas en el ámbito de los poderes inquisitivos del juez dentro del proceso, especialmente apoderado, aunque con las limitaciones expuestas en materia de dirección del proceso en defensa de la legalidad y que dio paso al sistema subjetivo con mayor trascendencia del principio dispositivo dentro de la legalidad.

En suma, y al margen de lo ya expuesto, un retroceso histórico sobre la base de la preferencia del sistema objetivo, que ya se consideraba definitivamente abandonado.

Se viene a la mente la exposición de motivos de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1956, cuando señalaba que:

“la Jurisdicción Contencioso-Administrativa no debe entenderse ni desarrollarse como si estuviese instituida para establecer, sí, garantías de los derechos e intereses de los administrados

---

<sup>1282</sup> Pilar González Granda, “El nuevo recurso de casación contencioso-administrativo *ex* artículo 15 del RD. Ley 8/2021 de 4 mayo”, *La Ley*, nº 9865, Sección Doctrina de 7 de junio de 2021. En este mismo sentido Eduardo Hinojosa Martínez, “El recurso de casación contra los autos de autorización o ratificación de medidas sanitarias”, *La Ley*, sección tribuna, 2 de julio de 2021, que entiende que no existiendo este trámite de determinación del interés casacional objetivo, la sentencia se pronunciará, no sobre los aspectos de auto de admisión sino de acuerdo con las alegaciones del recurrente en el recurso de casación.

pero con menor grado de intensidad que cuando los derechos e intereses individuales son de naturaleza distinta y están bajo la tutela de otras jurisdicciones”

Un asidero importante para la defensa de este modelo de casación implantado en 2015 pudiera encontrarse en el Tribunal Supremo de Estados Unidos y ello aunque durante su primer siglo de existencia, las partes podían apelar, directamente, ante el mismo y esta jurisdicción era obligatoria cuando su carga de trabajo consistía solo en unos pocos cientos de casos.

A principios del s. XX se pasó de cientos a miles y costaba hasta 3 años decidir un caso, por lo que se comenzaron reformas tendentes a limitar la admisión de tales recursos, que culminó el 1988, quedando, sin embargo, unas pocas leyes que todavía prevén la apelación directa ante dicho órgano jurisdiccional pero el Tribunal Supremo ha logrado un control prácticamente absoluto sobre su propia agenda, denominándose tal técnica y modelo de acceso *certiorari*.

La decisión sobre la admisión se basa en unos criterios comunes y se accede a ella cuando la decisión presenta importantes cuestiones de Derecho Federal o sobre aquellas que se pronuncian sobre cuestiones Constitucionales, al considerar que una ley general no es válida o que la de un Estado es inconstitucional en virtud de la Constitución de los Estados Unidos así como cuando se trata de la decisión en que existe contradicción entre los Tribunales de Apelación o sobre un asunto de importante trascendencia social.

No obstante, debe tenerse en cuenta que Estados Unidos tiene un modelo federal, que cada Estado tiene un Tribunal Supremo, existe un control difuso de constitucionalidad, de manera que ni la mentalidad jurídica ni la historia ni la tradición jurídica son homologables.

Lo que se pretende en este trabajo es destacar nuestro sistema, ya que con una mentalidad jurídica y organizativa diferente, España, difícilmente, podrá competir con aquellas que sí obedecen a su propia personalidad, idiosincrasia y tradición<sup>1283</sup>.

En este punto se debe destacar el realismo del Supremo Tribunal Administrativo portugués.

El Código de los Tribunales Administrativos portugueses que recoge, de un lado, un recurso que pudiéramos denominar para la unificación de la jurisprudencia establecido en el art. 152, en el que las partes y el Ministerio Público pueden solicitar del Supremo Tribunal Administrativo, en el plazo de 30 días, la admisión de un recurso para la unificación de jurisprudencia cuando sobre la misma cuestión de Derecho exista contradicción entre la sentencia dictada y dos del Supremo Tribunal Administrativo y una de este y otra previa del Tribunal Central Administrativo ya dictada con la de autos, rigiéndose, en todo lo demás, la normativa de la jurisdicción civil.

Los artículos 150 y 151 de este mismo texto legal regulan los denominados recursos de revista, respecto de sentencias pronunciadas por el Tribunal Central Administrativo cuando se encuentre en controversia, la apreciación de una cuestión que por su relevancia jurídica o social revistan

---

<sup>1283</sup> Sobre esta materia puede consultarse a Thomas F. Metzloff, “Decidiendo a decidir: El poder de *certiorari* del Tribunal Supremo de los Estados Unidos”, *Estudios sobre el recurso de Casación Civil: fase de admisión*, dirección Ibon Hualde López, Thomson Aranzadi, 2020, pp. 361- 394 e Ibon Hualde López, *La admisión del recurso de casación Civil: su situación actual y reforma*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 20121, pp. 213-269. Si Brasil no hubiera desarrollado el fútbol propio de su carácter y personalidad (*ginga*) no solo no hubiera ganado el Mundial de Fútbol en 1958 en que se planteó abandonarla sino que no hubiera dado grandes momentos de felicidad a los amantes de este deporte. De ninguna de las maneras España podrá ser un Estado feliz si no se respeta su historia y personalidad de sus gentes, y que en la actualidad no es sino la francesa o alemana.

importancia fundamental para la mejor aplicación del Derecho, con base en cualquier violación de ley sustantiva o procesal, recurso en que el Supremo Tribunal Administrativo se encuentra obligado por los hechos declarados probados salvo señaladas excepciones y el artículo 151 permite a las partes instar del Tribunal de Círculo, el planteamiento de un recurso de revista *per saltum* para el Supremo Tribunal Administrativo, con relación a cuestiones de Derecho ( que sea la única que se discute en el proceso) cuya cuantía sea superior a medio millón de euros, de cuantía indeterminada o para declaración de ilegalidad de una norma salvo en los supuestos de materias de empleo público o formas públicas o privadas de protección social<sup>1284</sup>.

### 3. LA FUNCIÓN LLAMADA A DESEMPEÑAR POR LA JURISPRUDENCIA DENTRO DEL DEBIDO CONCEPTO DE DERECHO

Aunque se diese el carácter de fuente del Derecho a la jurisprudencia española o continental europea no nos encontraríamos tampoco en la situación del sistema inglés, por más que los jueces ordinarios puedan plantear cuestiones de ilegalidad, inconstitucionalidad o prejudiciales Comunitarias respecto a las leyes que consideran que no son conformes con el Derecho Comunitario o con la Constitución, norma jurídica que aplican directamente en los recursos contra la violación de los derechos fundamentales, tanto en el procedimiento ordinario como en el especial, sobre todo porque en su control e interpretación de la ley no cuenta con todos los elementos de que se dispone en el sistema del *common law*.

El juez español o continental europeo no puede servirse de la tradición, la razón directamente aplicada en la resolución del caso concreto, *la natural justice o l'equity*, ya que no se trata de principios extraídos de la propia ley, de manera que su jurisprudencia siempre daría lugar a productos restrictivos y cerrados, no creativos como sucede con la jurisprudencia anglosajona, que puede resolver con reglas aplicadas directamente al caso y extraídas de las más diversas fuentes del saber humano: sociología, filosofía, economía, política desde un punto de vista de razonabilidad en el caso (*legal rule*).

Entiende Vera-Cruz que es hora de proclamar el fin de la Modernidad jurídica pues la posmodernidad del Derecho nunca existió.

El jurisprudente dio paso al supuesto jurista, que acepta como único campo de trabajo, la crítica del comentario y la anotación a las leyes hechas por los políticos, que no son más que la concretización normativa de las ideologías del poder, ya que los efectos del monismo absolutista jurídico, que vinculan el Derecho al Estado y la creación de la norma jurídica al legislador está alcanzando el límite de lo soportable y llevarán al Derecho a la muerte.

Considera que este fracaso tiene como causa común considerar que solo es Derecho el creado por el Legislador y no las resoluciones de los jurisprudentes, con la *auctoritas* a través de la *opinio*, activada para encontrar soluciones justas en la aplicación de las reglas y con la consideración de las necesarias

---

<sup>1284</sup> La organización judicial portuguesa según el Estatuto de los Tribunales Administrativos y Fiscales es, *grosso modo*, parecida a la española, en el sentido de que al Supremo Tribunal Administrativo le corresponde el conocimiento en cuestiones en instancia con relación a las altas instituciones el Estado además de los recursos citados presentados contra las sentencias dictadas por los Tribunales Centrales Administrativos de Lisboa y Oporto, con objeto de los recursos contra las decisiones de los Tribunales Administrativos de Círculo y Tributarios, que conocen de los asuntos en primera instancia.

excepciones, otorgando paz a las sociedades y a las personas que la componen, encontrando soluciones justas para resolver los conflictos, como algo abierto a todo lo que es influenciado y circunda al hombre, sin que se pueda ignorar la historia ni reducir a filosofía la narrativa de lo pensado, dejando de lado tanto al ejercicio del poder político y al populismo, como a la Escuela del Derecho Libre o el Uso Alternativo del Derecho.

Tampoco considera admisible la recluta de jueces escogidos por los poderes públicos instituidos, al margen de la resolución de casos prácticos en justicia, que no en Códigos que, supuestamente, expresan una voluntad popular o que representen el sentido general de la justicia en la ley, del legalismo.

Entiende que el actual concepto de jurisprudencia no es el dominante en la función de los juristas prácticos, que no hacen jurisprudencia en sus sentencias y por lo tanto no pueden crear Derecho, ya que lo jurídico no viene del legislador ni de la Constitución y los juristas de hoy son el mero resultado de las reglas jurídicas impuestas por los Gobiernos así como su elección ; y no pueden basarse en el *imperium*, que no es jurídico, como no lo es lo impuesto por el Legislador y aplicado por el Juez, dentro de los parámetros de los escenarios de la codificación y obedientes a los designios del Legislador.

Sin duda de estas palabras se deduce una condena a la obra de la Revolución Francesa, al catapultar a lo político sobre lo jurídico a través de la violencia de la Revolución, que es madre de las que vendrán más tarde y tras ello de la amenaza de coacción del poder público que se encuentra implícita en la legislación.

En otros apartados de sus obras critica con su habitual rigor la función que desempeña el Derecho en la actualidad tanto como seguridad, tranquilidad y orden público pero no en la paz social o la armonía<sup>1285</sup>.

La jurisprudencia solo puede constituir una fuente del derecho cuando sea la razón jurídica la que se manifieste de esta forma y sea la que otorgue la égida de lo correcto y con ello su *auctoritas* a un sistema en el que esta idea determine su sistema político, lo que no sucede en los sistemas Continentales en que el *auctoritas* no descansa sobre un *corpus* formado por las resolución heterocompositiva de las concretas controversias sino en la elaboración, por quienes ostentan la autoridad política de un catálogo abstracto de soluciones.

Por todo ello y parafraseando a Ramiro de Maeztu<sup>1286</sup> considero que es ineludible ponernos a hacer lo que debemos, ya que este Derecho desviado, como ha demostrado la historia, será la causa de grandes desgracias.

Sobre la supuesta base de un *ius constitutionis* (que siempre ha existido) en la aplicación igualitaria de la ley, que se considera enlaza con la seguridad jurídica y los derechos de los ciudadanos, y a través de una pretendida interpretación aislada de las normas se crea un recurso de casación para la creación de jurisprudencia en los casos que presenten un interés casacional objetivo, lo que a mi modo de ver:

1) No es consecuente ni congruente con lo que se establece en los artículos 2,3 y 9 de la LOPJ ni con los artículos 31, 33, 63 y 65 de la Ley 29/98.

---

<sup>1285</sup> Eduardo Vera-Cruz Pinto, “Jurisprudencia” versus “ciência do directo”: o fim da constituzionalização/codificação do direito é condição de sobrevivência do jurídico”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, V. 54, 1-2, 2013, pp. 26 y 31-40 e *Introdução ao estudo do Direito Romano. As questões fundamentais*, AAFDL, Lisboa, 2021, pp. 51-66.

<sup>1286</sup> Ramiro de Maeztu, *Defensa de la Hispanidad*, Homolegens, contraportada.

2) Se aparta de la tradicional idea y concepto de lo que constituye un proceso judicial de partes, en que son ellas y no el juez quienes determinan el objeto del proceso, por lo que se vulnera el principio de la *natural justice*, al ser los propios jueces los que determinan la respuesta que, en justicia, merece la cuestión según el auto de admisión.

El proceso no se encuentra a disposición del juez, para que sea el que plantee la cuestión que se deba resolver, por entenderla útil a la causa general interpretativa de la ley, vulnerando de esta manera el concepto mismo de proceso judicial.

Mientras que la universidad es el campo del debate abstracto, el judicial lo es de los hechos concretos sobre los que el juez se debe pronunciar. No se puede separar y abstraer los hechos de las normas singulares aplicadas y al margen de las circunstancias y de los principios.

3) La nueva configuración que puede llevar a cabo de los hechos constituye una competencia exorbitante para la que no se encuentra habilitado ni su modelo de referencia, como lo es el Tribunal de Casación francés, al que, además, se le prohíbe dictar reglamentos interpretativos y sus intentos de modificación hacia el modelo aquí implantado han resultado infructuosos por las críticas basadas en la idea, ya apuntada, de que el proceso judicial está a disposición de las partes procesales y no del juez.

4) Estas funciones ahora encomendadas a este recurso de casación “objetivo” sobre la base de un caso concreto, junto con actual modelo de elección del Consejo General del Poder Judicial y la forma de elección de los miembros el Tribunal Supremo determina una configuración política<sup>1287</sup> de este órgano jurisdiccional, razón por la que entiendo que se vulnera la esencia propia del sistema heterocompositivo de resolución de conflictos, al dotar de contenido político los restos de un supuesto *ius litigatoris* y por ello, directamente, la Constitución (art. 123 CE).

5) Un recurso objetivo sobre la base de un caso singular o subjetivo<sup>1288</sup> además de una contradicción *in terminis* lo es *in sustancia*, ya que pronunciarse sobre un precepto o institución concreta, olvidándose de los principios generales en que se inserta el caso determina una resolución necesariamente errónea y parcial, frente a la rotundidad de lo que se pretende y constituye una manifestación más, de la abstracción propia de la Modernidad.

No obstante, lo que se quiere destacar en esta tesis es que estos elementos tan disonantes no son sino la consecuencia de las ideologías, que partiendo de Lutero y Calvino alumbraron la Ilustración, el Estado de Derecho alemán y las mayores Dictaduras conocidas (comunismo y nazismo), al llevar a cabo la mayor concentración del poder (al entregar el religioso al civil) en unas solas manos, que ha

---

<sup>1287</sup> Dicho en atención de la causa de su creación en el origen interpretativo de la ley como comisionado del parlamento, ha que se ha hecho referencia.

<sup>1288</sup> Como muy bien nos enseña Orwell en 1984, el lenguaje puede servir para camuflar la realidad y hablar de interés casacional objetivo en un caso singular y con unas circunstancias específicas es realmente un sarcasmo salvo que se quiere engañar a alguien o a sí mismo.

El Real Decreto Ley 5/2023 incide en el camino abierto en las reformas anteriores con relación al recurso de casación objetiva. En materia contencioso-administrativa regula expresamente el supuesto de admisión de la casación en caso de apartarse deliberadamente sobre la jurisprudencia, por considerarla errónea o no tratar sobre la misma, regula el pleito testigo en casación, que se refuerza en materia civil con el interés casacional notorio, admitiéndose siempre el recurso de casación en materia de derechos fundamentales. En materia penal establece la posibilidad de inadmitir por providencia sucintamente motivada en caso de que exista unanimidad y la denegación por la carencia de interés casacional, estableciéndose también la no admisión de la casación social mediante auto por falta de contenido casacional de la pretensión.

determinado, con la abstracción propia de las ideologías, que sobre la base de un supuesto pacto o contrato social (dada la maldad del hombre consecuencia del pecado original) entregue la soberanía a la colectividad (*sub-jectum*), que le devuelve los derechos correspondientes, incluso los fundamentales (persona o ciudadano).

En el postmarxismo sucede lo ya acontecido tras la Revolución Francesa, la retención del botín revolucionario por la burguesía con la concentración de los bienes en sus manos, ya sea a través de la gestión del dominio público, la venta forzosa y a precios irrisorios de los bienes público o de otras entidades o de normas que favorezcan sus formas de actuación (paraísos fiscales). Se mantienen sus prerrogativas económicas pero se permite la expansión del marxismo cultural como dominio ideológico hasta límites insospechados con dinero de las arcas públicas.

Esta simbiosis se escenifica de forma más que evidente en la circunstancia de que la conferencia inaugural del Foro de Davos de 28 de enero de 2022, donde se dan cita las principales corporaciones del mundo capitalista, se pronuncie por su invitado especial, el secretario general del Partido Comunista y Presidente de China, Xi Jinping

Por contra, el realismo español considera al ser humano en su integridad, titular inalienable de derechos, creado por Dios a su imagen y semejanza, soberbia dignificación que Francisco de Vitoria lanzó al mundo y cuya armadura moral y santificación de los seres humanos, sin duda, ha servido a los españoles para ser el primer pueblo que venció al comunismo (más tarde también la Católica Polonia) o ha reconquistado su territorio de la invasión de otro credo religioso (islam, 711-1492).

Solamente desde la captación de la mente por las ideologías se puede permanecer ciego e inmutable ante el enorme daño que el poder público puede infligir al ser humano, incluida la de no hacerle merecedor, al menos, de una respuesta seria y fundada sobre la base de principios de eficacia y eficiencia del sistema.

Exclusivamente desde esta perspectiva es desde la que se puede permanecer impávido ante estas trampas en el solitario e ignorando las graves consecuencias y el dolor que puede causar (y causará) este modelo de poder público a los ciudadanos (también en las personas y en los seres humanos), como muy bien nos ha enseñando la historia.

El Derecho nace del ser humano, no de la sociedad<sup>1289</sup> y protegiendo al ser humano se protege a la sociedad; los mayores Dictadores siempre han dicho defender a la sociedad.

---

<sup>1289</sup> Tal y como señala Rafael Domingo Oslé, el Derecho procede de la persona que no se otorga sino que se reconoce. Sin Estados hay Derecho, lo hubo durante siglos pero sin persona, en cambio, el Derecho no tiene posibilidad de existencia. A través de la dignidad humana, el Derecho entronca con la ética, la moral, la antropología y las demás ciencias del hombre y por la dignidad humana no se puede separar la vida humana (objeto) del ser humano (sujeto), ya que como señaló Hermogeniano (Digesto 1.5.2), “*cum igitur hominum causa omne ius constitutum sit...*”, y se señala también por Justiniano en sus *Instituciones*, 1.2.12, “*nam parum est ius si personae quarum causa statum est ignorentur*”, la persona es la causa del Derecho y poco se puede saber del Derecho si se ignora a la persona. Cit. Rafael Domingo Oslé, *¿Qué es el Derecho global?*, Premio Rafael Martínez Emperador, 2007, CGPJ, 2008, pp. 156-168. Es el cristianismo el que une ambos conceptos de ser humano y persona, que las Iglesias Reformadas sobre la base del Nominalismo y su deconstrucción comienzan a diluir. Como señala uno de los fundadores del Foro de Davos, Klaus Schaw, *La cuarta revolución industrial*, Debate, Barcelona, 2016, por primera vez podemos afirmar que la cuarta revolución industrial acarrea la transformación de la humanidad, debido a la convergencia de sistemas digitales, físicos y biológicos que la protagonizan. Esto puede significar la integración de las máquinas y el *homo sapiens*, de tal forma que la especie humana podría cambiar a otra forma de vida, sobre todo intelectual, lo que nos obliga a estar especialmente atentos y, sin duda, la perspectiva que se señala es la que permite al

A pesar de la aparente novedad, la cuestión es mucho más antigua de lo que pudiese parecer.

Destaca Hespanha que la historia jurídica de los últimos 2.000 años de Occidente es realmente un tanto repetitiva, ya que siempre nos planteamos las mismas cuestiones, constituyendo también el discurso jurídico una tradición de discutir, lo que viene a su vez a determinar cuáles son las cuestiones relevantes y hasta cierto punto la forma en que se deben responder, no siendo extraño que palabras y expresiones que perdieron su sentido original se utilicen más tarde de manera diferente, como meras fórmulas retóricas que los juristas transmiten de generación en generación, como argumentos aparentes cuyo valor subsiste porque nadie se acuerda de cuestionarlos<sup>1290</sup>.

Pedro Fernández Sánchez<sup>1291</sup> considera que la historia Occidental puede resumirse en que en los momentos de crisis nos preguntamos sobre las relaciones entre las manifestaciones legislativas y jurisdiccionales en el ejercicio del poder, entre *legislatio* y *jurisdictio*, que a su vez tiene como trasfondo las interrelaciones entre poder y personas.

El tratamiento que se debe otorgar a la persona humana individualmente considerada que se relaciona con el poder; es decir, entre los principios del Estado de Derecho y el principio democrático que se conjuga en la actualidad a través del Estado Social y Democrático de Derecho, con una congruencia basada en considerar a la dignidad personal como la base del fundamento democrático.

Ahora bien en cuanto al límite temporal va más allá que Hespanha, ya que entiende que lo que pudiéramos denominar las bases de nuestra historia Occidental surgen en Israel hace 3.500 años al entender que cada persona humana viva y concreta, que tiene una existencia empírica, constituye la imagen y semejanza de Dios<sup>1292</sup>, característica distintiva de los demás seres vivos.

Ya en el Antiguo Testamento se dividía el sistema organizatorio con una compartimentación rígida entre el poder religioso-normativo<sup>1293</sup> y el poder secular-ejecutivo<sup>1294</sup>, y de las doce tribus de Israel ninguna podía acumular las dos funciones, de donde puede deducirse la prohibición de acumulación en una misma persona o tribu de las funciones legislativas y ejecutivas- judiciales, y que dadas las características de esa persona humana existe una conexión entre la ley humana y la divina como medio de garantizarla.

---

oficial de justicia, Pablo, ( asesinado también por ellos más tarde, aunque por error) en *La pregunta de sus ojos* decir, en plena dictadura argentina, tras cometer un asesinato escuadrones de la muerte: “ son unos nazis tendrán que enfrentarse a la justicia” o a que el policía interpretado por Omar Sharif en *La noche de los Generales* se encuentre en plena invasión alemana de Francia en la búsqueda del macabro asesinato de una prostituta a manos de un alto oficial alemán, jefe de un escuadrón de tanques ( Peter O’Toole), que directamente lo mata tras pretender interrogarle pero cuyo trabajo sirve para imputarle, tras cumplir pena, por sus crímenes nazis. En ambos casos se manejan los reales conceptos de justicia y Derecho, en el sentido atemporal que tiene y que constituyen la gran esperanza de la Humanidad frente a las locuras colectivas que hemos padecido y que, sin duda y multiplicadas, se repetirán de no ponerles remedio a su debido tiempo.

<sup>1290</sup> António Manuel Hespanha, *Cultura Jurídica Europeia*, Almedina, 2018, p. 452.

<sup>1291</sup> Pedro Fernández Sánchez, *Lei e Sentença. Separação dos poderes Legislativo e Judicial na Constituição Portuguesa*, V. I, AAFDL, 2018, pp. 25-65.

<sup>1292</sup> *Génesis*, Cap. I, 26-27.

<sup>1293</sup> Que se confiaba exclusivamente a la tribu de Leví, *Números*, Cap. III, 6-10.

<sup>1294</sup> Que fue confiada primero a la tribu de Benjamín (*Samuel*, Cap. IX, 15-16 y Cap. X, 21 y 24 y después definitivamente a la tribu de Judá (*Génesis*, Cap. XLVIX, 8 e10, *Samuel*, Cap. XVI, 1 y *Mateo*, Cap. I, 3-6) con la dinastía que comenzó con los reyes David y Salomón (*Samuel*, Cap. XVI,1 y 13; Cap. XVIII, 12; *Reyes*, Cap. I, 32-40).

Como ya se ha dicho, Cristo sobre la base del ejemplo (que puede fundamentar el principio de amor racional y real que exige ser demostrado) da un mandamiento nuevo, “amaos los unos a los otros como yo os he amado”<sup>1295</sup>.

Jesús tenía presente que se encontraba ante el sistema legislativo resultante del Antiguo Testamento, que en su opinión había sido aprobado por Dios, es decir, que se trataba de un Dios omnisciente y bueno pero aun así consideraba que no debía aplicarse a determinados casos concretos, a la luz de su generalidad y por resultar ofensivo a la dignidad de la persona humana, que constituye la barrera para su operatividad.

No porque las normas no fueran dictadas por un Dios perfecto que pudiese promulgar leyes imperfectas sino simplemente porque una norma general y abstracta para todo tipo de situaciones y lugares puede ser, genéricamente buena pero dañosa para una situación específica, susceptible de producir lesiones intolerables en facetas antropológicas de la dignidad de la persona humana, imponiendo excepciones en casos concretos como la obligación de no trabajar en sábado<sup>1296</sup> o las reglas relativas de la cuarentena<sup>1297</sup>.

En este texto de gran valor para los creyentes y de gran enjundia filosófica para el resto y, en cualquier caso, el libro más leído del mundo, consta el supremo ejemplo de esas potencialidad lesiva de la ley aprobada según un principio mayoritario, que acredita la incapacidad de la mayoría para formar un criterio de verdad.

Precisamente esto se produce con ocasión del hecho más importante del *Nuevo Testamento*, como lo es la muerte de Jesús exigida por las autoridades religiosas y ratificada por el voto popular y la voluntad de la mayoría, cuya presión tornó inútiles los esfuerzos de Pilatos para salvarlo, que a su vez pone de manifiesto la impresionante facilidad para ser manipulada, como demuestra que cinco días antes fuese aclamado como rey, a su entrada en Jerusalem<sup>1298</sup>.

---

<sup>1295</sup> *Juan*, Cap. XII, 34-35.

<sup>1296</sup> *Éxodo*, Cap. XXXV, 1-3; *Mateo*, Cap. XII, 9-14, *Marcos*, Cap. II y III, 27 y 28 y 1-5; *Juan*, Cap. IX, 14-17.

<sup>1297</sup> *Lucas*, Cap. VIII, 42-48; *Levítico*, Cap. XV, 25-27.

<sup>1298</sup> *Mateo*, Cap. XXI y XXVII, 8-11 y 20-25; y *Marcos*, Cap. XI y XV, 7-10 y 11-15.

**CUARTA PARTE. ASPECTO SINTÉTICO DE MI TESIS  
RESPECTO DE LA NECESARIA REORGANIZACIÓN  
DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA PARA  
CONSEGUIR EL PLENO CONTROL JUDICIAL  
DEL PODER PÚBLICO Y DE LOS DERECHOS  
DE LOS CIUDADANOS**

Aunque en los apartados anteriores se ha ido plasmando mi postura a través de la crítica a los postulados generalmente admitidos, el que ahora nos va a ocupar puede ser más explícito y viene a constituir la síntesis de lo que se defiende y desde luego tiene trascendencia en el Derecho sustantivo, a que se ha hecho referencia.



## XV. UNIDAD O DUALIDAD DE ÓRDENES JURISDICCIONALES EN MATERIA CIVIL Y CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

La determinación de la unidad o separación de jurisdicciones ordinaria y contencioso-administrativa no puede venir determinada, exclusivamente, en términos de eficacia y eficiencia en la labor del control de la Administración<sup>1299</sup> sino que se deben tener presentes todos los elementos de valoración.

El sistema Administrativo francés, origen de lo que posteriormente se denominará Derecho Administrativo Continental, se basa en un concepto de separación de poderes que no se explica correctamente a la ciudadanía.

No se trata, como se suele entender, que los Tribunales de Justicia sean independientes del resto de poderes del Estado para obtener la independencia judicial y jueces independientes sino de todo lo contrario.

Los Revolucionarios franceses y el sistema en Francia considera que juzgar a la Administración es administrar, existiendo en ese sentido una Administración activa y una Administración *contentieuse*<sup>1300</sup>, de ahí que, incluso hoy, la captación de sus jueces se realice en la propia Administración y en la Escuela Nacional de la Administración Pública, e incluso el Consejo de Estado

---

<sup>1299</sup> Lo que simplemente pondría el acento del pecado original de su creación.

<sup>1300</sup> Así lo recoge sin ningún sobresalto ni reparo dogmático Juan Francisco Mestre Delgado, que junto con la doctrina generalizada considera que el principio de separación de poderes obedece a un modelo abierto y confesadamente positivista del reparto del poder entre los poderes públicos, heredero de la Declaración de Derechos de 1789, señalando que la Ley de Organización del Poder Judicial de 16-24 de agosto de 1790 declaró que:

“las funciones judiciales son y permanecerán siempre separadas de las funciones administrativas. Los jueces no podrán, bajo pena de prevaricación, perturbar de la manera que sea las operaciones de los cuerpos administrativos ni citar ante ellos a los administraciones en razón de sus funciones”.

Este precepto que ha sido declarado por el Consejo Constitucional Francés, con fecha 23 de diciembre 1987, como integrante de los principios fundamentales la República. Cit. Juan Francisco Mestre Delgado, “Sobre el valor de la jurisprudencia en Derecho español”, *Revista General de Derecho Público Comparado*, 3, 2008, pp. 1 y 2. Tal precepto carecía de base Constitucional en 1789 y el Cap. V, art. 1.3 de la Constitución de 1791 señalaba, ya a nivel Constitucional que:

“Los Tribunales no pueden inmiscuirse en el ejercicio del poder legislativo ni suspender la ejecución de las leyes, ni encargarse de funciones administrativas, ni citar ante ellos a los administradores por razón de sus funciones”.

francés se encuentra formado por funcionarios, incluso no juristas<sup>1301</sup>, que también aconsejan a la Administración en asuntos que luego el propio Consejo de Estado debe juzgar<sup>1302</sup>.

Lo expuesto determinaría la diferente postura que adoptaría un demócrata actual frente a un demócrata bien informado.

De lo expuesto se deduce que este sistema procesal contencioso-administrativo, de matriz francesa, implica una clara intervención del Poder Ejecutivo en el Judicial por la existencia de una Jurisdicción Contencioso-Administrativa, pero las intromisiones del resto de poderes del Estado en el judicial no se detienen ahí sino que afecta también al resto de jurisdicciones en España a través del nombramiento Parlamentario de los miembros del Consejo General del Poder Judicial, que es el órgano de gobierno de los jueces y lo que es más grave, al menos sin cumplir con las apariencias del método que debía seguirse, según se deduce de la citada sentencia del Tribunal Constitucional 108/86.

---

<sup>1301</sup> En la actualidad, el Consejo de Estado está formado por cerca de 300 miembros, unos contratados por concurso y otros por vía externa. En promedio, cinco cargos de auditor son propuestos cada año a los alumnos mejor clasificados al término de la Escuela Nacional de Administración (ENA). Al cabo de cuatro años en ese grado, los auditores son promovidos como relatores del Consejo de Estado y al término de doce años en ese cargo, ascienden a la posición de Consejeros de Estado. La promoción se produce, exclusivamente, por antigüedad, lo que constituye una importante garantía de independencia. Al reclutamiento por concurso se suma la vía externa: uno de cada cuatro relatores del Consejo de Estado y uno de cada tres Consejeros de Estado son elegidos por el Gobierno entre personalidades externas a la corporación. Una parte de las nominaciones por la vía externa está reservada a los miembros de los tribunales administrativos y de las cortes administrativas de apelación por proposición del Vice-presidente del Consejo de Estado. Además, el Consejo de Estado cuenta con consejeros de Estado en servicio extraordinario, nombrados por cuatro años y que son miembros de las secciones administrativas únicamente. Los miembros son nombrados simultánea o sucesivamente en la sección de lo contencioso (juez supremo del orden administrativo) y en una sección administrativa (Consejo del Gobierno). Ciertos colegas escogen trabajar fuera del Consejo de Estado, por ejemplo para trabajar al lado del Presidente de la República, del Primer ministro o de otros miembros del Gobierno. Pueden igualmente estar temporalmente en una comisión de servicios para ocupar cargos elevados en la Administración francesa.

<sup>1302</sup> El Consejo de Estado es el asesor del Gobierno para la preparación de los proyectos de ley, de las ordenanzas y de ciertos Decretos. Responde igualmente a las solicitudes de dictamen por parte del Gobierno sobre las cuestiones de Derecho y efectúa, por solicitud de este o por su propia iniciativa, estudios relativos a cualquier cuestión administrativa o a una política pública. El Consejo de Estado ejerce la función de asesor del Gobierno mediante cinco secciones especializadas: la sección del Interior, de Hacienda, Obras Públicas, Social así como la de la Administración que fue creada en 2008. Un ponente se encarga de reunir la información y de estudiar el expediente. Los representantes de los Ministros, que tienen el título de Comisarios del Gobierno, pueden instruir al Consejo de Estado sobre el alcance general de un texto, las condiciones de su elaboración y las razones que lo motivaron. El proyecto elaborado por el ponente es así sometido al examen de la sección para discusión y voto sobre las modificaciones aportadas. A esas secciones se suma la asamblea general, que reúne el conjunto de los consejeros de Estado bajo la presidencia del Vice-presidente, que de manera obligatoria debe conocer de la mayoría de los proyectos de ley y de ordenanza. Salvo raras excepciones, los dictámenes del Consejo de Estado no tienen carácter vinculante, aunque de hecho son ampliamente acogidos por el Gobierno. La delegación de Relaciones Internacionales que tiene por misión coordinar las acciones de cooperación iniciadas por el Consejo de Estado y la jurisdicción administrativa, sea dentro de un marco bilateral con numerosas jurisdicciones extranjeras, sea dentro del marco multilateral ofrecido por las asociaciones internacionales de jurisdicciones ( la asociación Internacional de altas jurisdicciones administrativas, la asociación de Consejos de Estado y de las jurisdicciones administrativas supremas de la Unión Europea). El Consejo de Estado es también el juez administrativo supremo: es el máximo juez de las actividades del Poder Ejecutivo, de las colectividades territoriales, de las autoridades independientes y de los establecimientos públicos administrativos o de los organismos que disponen de prerrogativas del poder público. Cada año se juzgan aproximadamente 170.000 juicios en los Tribunales Administrativos, 26.000 en las Cortes Administrativas de Apelación y 12.000 en el Consejo de Estado, con un aumento anual en los últimos años del 10%.

El Consejo de Estado es el administrador general de los Tribunales Administrativos y de las Cortes Administrativas de Apelación.

El sistema orgánico procesal francés considero que es bien indicativo, no de la separación de poderes que dice configurar sino de todo lo contrario, de una abierta intromisión del Poder Ejecutivo en el Judicial.

Como ya se ha señalado, otra inmisión del resto de poderes del Estado en el Judicial es el que se produce en España a través de la elección Parlamentaria de la mayoría de los miembros del Consejo General del Poder Judicial, con el agravante ya señalado de la función que, realmente, desempeñan los partidos políticos en nuestra democracia y con ello, en el Parlamento y en el Poder Ejecutivo.

Pero lo expuesto aun siendo grave no es lo peor, ya que lo es una cuestión que no es tan visible ni manifiesta, cual es el sistema ideológico del que brota este sistema procesal de Derecho Administrativo, del que puede ser buena muestra, nuestro actual sistema de casación contencioso-administrativo, al que se acaba de hacer referencia.

Como ya se ha visto, este sistema de Derecho Administrativo que surgió de la Revolución Francesa de 1789 tiene sus antecedentes, en cuanto Derecho, en el sistema jurídico que alumbró la Modernidad, que se infiltra ideológicamente con fuerza en el sistema de Derecho Continental de la mano de filósofos y políticos, y que el sistema inglés resiste, en mayor medida, sobre la base de la mayor autonomía concedida al Derecho, de la mano de los juristas prácticos.

Este modelo formal de Derecho Administrativo Continental que se va desarrollando de manera ideológica, social y política, con los sonoros aplausos de la doctrina científica Continental (la universidad ya no será la misma tras la Revolución Francesa como señala Clavero) y refleja Rivero<sup>1303</sup>.

Los juristas Continentales, en general, consideran que este sistema de Derecho Administrativo Continental no es un accidente histórico, toda vez que la mejor materialización y control aplicativo del Derecho Administrativo sustantivo se produce a través de órganos y jueces especializados, que incluso pueden no pertenecer a la Carrera judicial común sino formar un cuerpo separado y cuya bonanza entienden, se pone de manifiesto en la evolución que consideran que se ha producido en el mismo sentido en el seno de los países del *common law*.

No constituye ninguna novedad referirse a la crisis del Estado Social de Derecho, un concepto político que ha afectado a la naturaleza del Derecho, convirtiéndolo en un medio al servicio de un fin político, otorgando un enorme grado de discrecionalidad a la Administración, lo que ha provocado que su mal uso y ante la incapacidad manifiesta de los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo haya tenido que ser reparado en sede penal, como tiene sobradamente acreditado la reciente historia de España<sup>1304</sup>.

Lo que realmente se juega en esta partida, como se dice al final de esta introducción, es una cuestión de hondo calado estructural, y no tanto una cuestión técnica.

Es decir, si para abordar la creciente complejidad del Derecho Administrativo se requiere de unos jueces especializados, grandes conocedores del Derecho Público y de los problemas de la Administración; si debe existir una jurisdicción que resuelva todos los pleitos de la Administración, ya sean de Derecho Público o Privado; del difuso concepto de actividad Administrativa o de su

---

<sup>1303</sup> Cit. Sérulo Correia, *Direito do contencioso administrativo*, Lex, Lisboa, 2005, pp. 54-56.

<sup>1304</sup> No he leído ni una sola crítica sobre lo que sin duda supone una situación incómoda para quienes se refieren a la jurisdicción contencioso-administrativa como controladora de la actividad de la Administración y del servicio público.

caracterización en materia de contratos o de responsabilidad civil o patrimonial o del control de campos que pertenecían al Derecho Público pero que con la privatización han pasado a la órbita del Derecho Privado, sin perjuicio de la creación de determinadas agencias de control, con los problemas que en el fondo laten de una excesiva especialización por la pérdida de las bases axiológicas, conceptuales o institucionales de lo que constituye un sistema global, público y privado; o la rapidez, antiformalismo o complejidad de unos y otros procedimientos.

Destaca Correia, la tendencia evolutiva en el ámbito Contencioso-Administrativo hacia el contenido sustancial de las acciones civiles, hacia una equivalencia entre el fondo y los tipos estructurales de la acción en el ámbito del Derecho Público y Privado, y prueba de ello es la actual existencia en el sistema procesal de Derecho Administrativo, de las acciones de nulidad o exceso de poder, que han permitido que las pretensiones de las partes se acompañen de acciones de plena jurisdicción en Francia y Alemania, o que tras las acciones de anulación se hayan reconocido las *verpflichtungsklage*, que permiten a los Tribunales la condena a la Administración a la emisión de un acto administrativo; las *feststellungsklag* para la declaración de un derecho o el reconocimiento de una situación jurídica o las *deleistungsklage*, tendentes a la realización de una determinada prestación en favor del administrado.

Considera por ello este autor, que no existen propiamente dos jurisdicciones diferentes y que se deben tomar todas las precauciones para evitar que el juez no se transforme en un superior jerárquico de la Administración, es decir, el último escalón de la Administración activa, ya que el juez Administrativo tiende a recibir los poderes Constitucionales declarativos que, *grosso modo*, forman parte del arsenal del juez Civil, de que disponen los jueces que no tiene separadas las jurisdicciones, como sucede en el caso inglés a través de las *prerogative orders de certiorari, prohibitions y mandamus*<sup>1305</sup> y que con más detalle evolutivo se tratará al desarrollar el modelo brasileño, en el que ha operado una gran influencia del sistema norteamericano.

Lo relevante será determinar de dónde venimos y hacia dónde vamos: si es conveniente la separación entre el Poder Público y la sociedad, sobre todo, si otorgamos un gran poder y una función determinante a ese poder público incluso como prácticamente única fuente del Derecho o si este modelo de organización es neutro en el desarrollo social o afecta a la propia configuración de la sociedad en términos económicos, de libertades o del propio concepto de Derecho.

## 1. LA RESERVA DE JURISDICCIÓN DE LA EXENCIÓN JURISDICCIONAL A UNA JURISDICCIÓN IMPOSIBLE

Los Revolucionarios franceses, lejos de establecer una separación de poderes, lo que hicieron, con la inestimable ayuda de Napoleón, es constituir una reserva de jurisdicción al considerar que juzgar a la Administración era administrar en vez de juzgar, lo que es incompatible con el más básico y elemental principio de civilización, cual es la resolución heterocompositiva de las controversias.

---

<sup>1305</sup> Sêrvulo Correia, *Escritos de Direito Público*, V. II. *Direito Administrativo (2)*, Almedina, 2019, pp. 679-682.

En vez de heterocomposición, autotutela o autoimposición como formas de poder sobre el propio pueblo, al que se sujeta con fantasías y falsas premisas de pactos previos que, supuestamente, habilitan a lo que resulte y, realmente, hasta lo impensable (mayormente al negar hasta el derecho de resistencia).

La Revolución Francesa que, como señala Clavero Salvador no es sino una especie del género de la que es madre, produce la sujeción de todos a una parte de la sociedad, con objeto de afectar a los intereses de todos en su beneficio particular<sup>1306</sup>, con los sacrificios humanos correspondientes<sup>1307</sup>.

De ahí surge la jurisdicción retenida (más bien podría decirse que secuestrada) como forma de poder y totalmente ajena al derecho concreto del particular por su vertiente objetiva, que posteriormente se irá subjetivizando (a través del recurso de anulación o de plena jurisdicción) y dando lugar a la delegada (como si la jurisdicción fuese disponible o manipulable) y esta infancia difícil del Derecho Administrativo derivada de este pecado original<sup>1308</sup> condiciona su madurez y como el secuestrador tiende a abusar de su posición a la primera oportunidad es por ello que siempre va a introducir elementos perniciosos en lo que constituyen los principios ordinarios de la jurisdicción, ora en su aspecto estático (composición de los miembros de enjuiciamiento), ora en su aspecto dinámico o procesal e incluso en el Derecho todo, en atención a cual debe ser su origen<sup>1309</sup>.

García de Enterría considera que la teoría de la democracia no puede proporcionar razón alguna para pretender una indiscutibilidad de las decisiones de los gestores públicos y, más bien, la posibilidad de su impugnación se adecúa, exactamente, al carácter abierto de la sociedad democrática, no por mitos globales ni por la imposición forzosa de los valores de las mayorías<sup>1310</sup>.

Esa intermediación de los partidos políticos ha venido a hacer, precisamente, más acuciante la exigencia de un Gobierno sometido a reglas objetivas, no dejado al arbitrio de los elegidos, y no hay

---

<sup>1306</sup> Bartolomé Clavero Salvador, *Razón de Estado, razón de individuo, razón de historia*, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 11, 46 y 226-232 y Manuel García Pelayo, *Obras completas*, V.III, Centro Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, pp. 3081-3084.

<sup>1307</sup> Fueron entre 3,5 y 6,5 millones de muertes las causadas por Napoleón y sus Guerras Continentales, que abrieron la puerta a los conflictos bélicos más inhumanos conocidos por la Humanidad como las Guerras Mundiales.

<sup>1308</sup> Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva, *Em busca do acto administrativo perdido*, Almedina, 1995, p. 28.

<sup>1309</sup> Alejandro Nieto, *Crítica de la razón jurídica*, edit. Trotta, Madrid, 2007, pp. 127 y ss.

<sup>1310</sup> Haré una mención más desarrollada en apartados sucesivos pero téngase presente lo que se dispone en la STS 1.026/2022 de 18 de julio en su fjdco 4º al final:

“Pues bien, la aplicación de tal doctrina al caso de autos no permite concluir, como se pretende en la demanda, considerar que la decisión de indultar a la condenada mediante la conmutación de la pena incurre en arbitrariedad, habida cuenta que no nos compete a nosotros determinar la idoneidad sobre dicha concesión, sino determinar, como declara la sentencia de referencia, si la decisión “cuentan con apoyo real reconocible en los elementos reglados o formales que componen el expediente... entre la decisión de indultar (en modo alguno revisable jurisdiccionalmente) y la especificación de las “razones de justicia, equidad o utilidad pública” (legalmente exigibles), se nos presenta un espacio, jurisdiccionalmente “asequible”, que claramente se nos presenta, en este caso, como tal en la medida que, como se ha expuesto sobradamente, las razones de justicia, equidad o utilidad pública sí constan en el expediente, siquiera sea sin unanimidad, pero que nos corresponde a nosotros, entre otras poderosas razones porque si el mismo Tribunal sentenciador tiene sobradas dudas sobre la concesión del indulto parcial, por más que no se haya valorado en el informe la modalidad en que se aplicó por el Gobierno --que no se cuestiona en la demanda más allá de lo ya examinado-- , no parece lógico reprochar al Gobierno arbitrariedad al haber acogido dicha propuesta”.

otras reglas objetivas formalmente en la sociedad que las que son ley y Derecho, como se señala en el artículo 103 de la CE<sup>1311</sup>.

En línea con su experiencia y altura intelectual, lanza un ataque hacia la debida normalización jurisdiccional a través de lo que denomina la lucha contra las inmunidades del poder que, de momento, se encuentra latiendo como idea de fondo, ya que no ha fructificado en su totalidad, aunque tiene sus efectos evidentes pero como se defiende en esta tesis y acabamos de apelar a Alejandro Nieto, nunca podrá alcanzarse de seguir este sistema.

Pretende alcanzar esa plenitud jurisdiccional a través de las medidas cautelares contrapesadas con el principio de que el proceso no puede ser una carga para quien tiene razón<sup>1312</sup> pero que no ha dado los frutos adecuados, ya que en nuestra jurisprudencia, con claridad desde 2006 y 2007, el Tribunal Supremo accede a la suspensión, como principio general, exclusivamente, en los supuestos de identidad de acto resuelto y anulado o basado en la nulidad de la norma en que se funda, negando esa especie de antejuicio para enervar la autotutela con carácter genérico pero que en materia contractual ha tenido un desarrollo interesante<sup>1313</sup>.

---

<sup>1311</sup> Eduardo García de Enterría, *Democracia, Jueces y control de la Administración*, Civitas, 6ª edición, 2009 pp. 92-95 y 126.

<sup>1312</sup> Eduardo García de Enterría, *La batalla por las medidas cautelares, Derecho Comunitario Europeo y Proceso Contencioso-administrativo Español*, Civitas, 2004. Esta tesis que se defendía con verdadero ardor tiene sus argumentos, también, en *Las Transformaciones de la Justicia Administrativa: de excepción singular a la plenitud jurisdiccional ¿Un cambio de paradigma?* Thomson-Civitas, 2007 pero un tanto decaídas, como reconoce en las pp. 94 y 95, en la nota 28, y en las pp. 109 y 110, nota 36; y en *Democracia, Jueces y control de la Administración*, Civitas, 6ª edición, 2009 pp. 290-308, a la vista de los resultados de la jurisprudencia del Tribunal Supremo español.

<sup>1313</sup> Señala la Exposición de Motivos de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, que el recurso, que mantiene el carácter potestativo que tiene en la actualidad, tendrá efectos suspensivos automáticos siempre que el acto recurrido sea el de adjudicación, salvo en el caso de contratos basados en un acuerdo marco o de contratos específicos en el marco de un sistema dinámico de adquisición. Esta última salvedad encuentra su fundamento en que en este tipo de contratos un plazo suspensivo obligatorio podría afectar a los aumentos de eficiencia que se pretende obtener con estos procedimientos de licitación, tal y como establece el considerando 9 de la Directiva 2007/66/CE, por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE en lo que respecta a la mejora de la eficacia en los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos. Para concluir la referencia al recurso especial, este se podrá interponer contra los anuncios de licitación, pliegos, documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación, actos de trámite que cumplan los requisitos de esta Ley, acuerdos de adjudicación adoptados por poderes adjudicadores, así como modificaciones contractuales, encargos a medios propios siempre que no cumplan las condiciones previstas en esta Ley y acuerdos de rescate de concesiones.

Se señala en este sentido el art. 49 referido a la solicitud de medidas cautelares que:

1. Antes de interponer el recurso especial, las personas legitimadas para ello podrán solicitar ante el órgano competente para resolver el recurso la adopción de medidas cautelares. Tales medidas irán dirigidas a corregir infracciones de procedimiento o impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados, y podrán estar incluidas, entre ellas, las destinadas a suspender o a hacer que se suspenda el procedimiento de adjudicación del contrato en cuestión o la ejecución de cualquier decisión adoptada por los órganos de contratación.

2. El órgano competente para resolver el recurso deberá adoptar decisión en forma motivada sobre las medidas cautelares dentro de los cinco días hábiles siguientes a la presentación del escrito en que se soliciten.

A estos efectos, el órgano que deba resolver, en el mismo día en que se reciba la petición de la medida cautelar, comunicará la misma al órgano de contratación, que dispondrá de un plazo de dos días hábiles, para presentar las alegaciones que considere oportunas referidas a la adopción de las medidas solicitadas o a las propuestas por el propio órgano decisorio. Si transcurrido este plazo no se formularan alegaciones se continuará el procedimiento.

Si antes de dictar resolución se hubiese interpuesto el recurso, el órgano competente para resolverlo acumulará a este la solicitud de medidas cautelares.

Este autor, en la lucha contra las inmunidades del poder, se basa en que la democracia no es un simple procedimiento designación de gobernantes y en línea con el principio de voluntad legal, la norma jurídica debe ser imperativa y por lo tanto constatable su mandato, lo que no puede llevarse a cabo en realidad sino ante los Tribunales de Justicia, lo que tiene mayor importancia en situaciones de crisis de confianza en sociedades golpeadas de una forma muy importante por la corrupción.

Destaca el desarrollo que se ha llevado a cabo en este sentido a través de la tecnificación del personal al servicio de la Administración como método de sujetar a Derecho en la actuación Administrativa, primero a través de especiales cuerpos técnicos y después de la Administración toda, lo que siendo un fenómeno generalizado en toda Europa no tuvo una canalización en España sino hasta 1918, mencionando la importante marcha atrás producida a través de la Ley de la Función Pública 30/1984<sup>1314</sup>.

Desde mi punto de vista un elemento esencial para luchar contra la corrupción debe llevarse a través de la eliminación de la temporalidad en la Administración, ya que la misma ataca directamente a los valores intrínsecos de estabilidad del funcionario público y, en general, del personal al servicio de la Administración pública, favoreciendo el nepotismo y la corrupción toda, en sus más amplias manifestaciones<sup>1315</sup>.

---

Contra las resoluciones dictadas en este procedimiento no cabrá recurso alguno, sin perjuicio de los que procedan contra las resoluciones que se dicten en el procedimiento principal.

3. Cuando de la adopción de las medidas cautelares puedan derivarse perjuicios de cualquier naturaleza, la resolución podrá imponer la constitución de caución o garantía suficiente para responder de ellos, sin que aquellas produzcan efectos hasta que dicha caución o garantía sea constituida.

Reglamentariamente se determinará la cuantía y forma de la garantía a constituir así como los requisitos para su devolución que en todo caso deberán atender al principio de proporcionalidad y tener en cuenta el sujeto y el objeto afectados.

4. Salvo que se acuerde lo contrario por el órgano competente, la suspensión del procedimiento que pueda acordarse cautelarmente no afectará al plazo concedido para la presentación de ofertas o proposiciones por los interesados.

5. Las medidas cautelares que se soliciten y acuerden con anterioridad a la presentación del recurso especial en materia de contratación decaerán una vez transcurra el plazo establecido para su interposición sin que el interesado lo haya deducido.

Artículo 53. Efectos derivados de la interposición del recurso.

Una vez interpuesto el recurso quedará en suspenso la tramitación del procedimiento cuando el acto recurrido sea el de adjudicación, salvo en el supuesto de contratos basados en un acuerdo marco o de contratos específicos en el marco de un sistema dinámico de adquisición, sin perjuicio de las medidas cautelares que en relación a estos últimos podrían adoptarse en virtud de lo señalado en el artículo 56.3.

En materia de pago es muy interesante lo que se dispone en el art. 199 referente al procedimiento para hacer efectivas las deudas de las Administraciones Públicas que señala que:

Transcurrido el plazo a que se refiere el apartado 4 del artículo 198 de esta Ley, los contratistas podrán reclamar por escrito a la Administración contratante el cumplimiento de la obligación de pago y, en su caso, de los intereses de demora. Si, transcurrido el plazo de un mes, la Administración no hubiera contestado, se entenderá reconocido el vencimiento del plazo de pago y los interesados podrán formular recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración, pudiendo solicitar como medida cautelar el pago inmediato de la deuda. El órgano judicial adoptará la medida cautelar, salvo que la Administración acredite que no concurren las circunstancias que justifican el pago o que la cuantía reclamada no corresponde a la que es exigible, en cuyo caso la medida cautelar se limitará a esta última. La sentencia condenará en costas a la Administración demandada en el caso de estimación total de la pretensión de cobro.

<sup>1314</sup> Eduardo García de Enterría, *Democracia, Jueces y control de la Administración*, Civitas, 6ª edición, 2009, p.131. Ya se ha hecho mención en los apartados referidos a los partidos políticos y la democracia de estos aspectos, especialmente en los apartados XVI.4 y B.

<sup>1315</sup> Sin duda una función muy importante en esta materia la desarrollarán los alertadores (*whistleblowers*). España tiene

En esta línea señala la labor judicial desarrollada en la determinación de los conceptos jurídicos indeterminados, la discrecionalidad administrativa e incluso en la determinación del interés público y general.

Sobre el necesario control judicial trae a colación la sentencia *Nixon versus United States* de 1974, que determinó la renuncia de la Presidencia de Nixon, que se pretendió amparar en el interés de la seguridad nacional para ocultar las cintas que atestiguaban las escuchas ilegales que ordenó practicar sobre el Partido contrario y en esta sentencia, cuya doctrina no ha sido hasta ahora rectificadas, se dice que:

“ni la doctrina de la separación de poderes, ni la necesidad de la confidencialidad de las comunicaciones de alto nivel, sin más, pueden justificar un privilegio de inmunidad del presidente absoluto e incondicional respecto a un proceso judicial en cualesquiera circunstancias... El presidente merece” una gran deferencia de los Tribunales. Sin embargo, cuando el privilegio se apoya solo en una invocación amplia e indiferenciada del interés público en la confidencialidad se hace necesario una confrontación con otros valores... Encontramos difícil aceptar el argumento de que el muy importante interés de la confidencialidad en las comunicaciones del Presidente pueda impedir la presentación de tal material para una inspección *in camera* con toda la protección que el Tribunal de Distrito está obligado a procurar”.

Se señala también que un absoluto e incondicional privilegio del Ejecutivo entraría en conflicto con el deber constitucionalmente primario del Poder Judicial de hacer justicia en el caso de acusaciones penales. El privilegio de confidencialidad es presuntivo no absoluto y esta presunción ha de valorarse a la luz de nuestro histórico compromiso con el Estado de Derecho<sup>1316</sup>.

Entiendo que este secuestro del Derecho y más en concreto del aspecto que ahora nos ocupa, de la justicia, a través, primero de jurisdicción retenida y luego delegada, trasplantada más tarde al servicio público de la justicia sigue manteniendo el estigma a que responde la idea originaria como sistema que, a pesar de su subjetivización, sigue manteniendo los vicios de jurisdicción privativa, ya que el pecado original o la infancia difícil, dicho en términos metafóricos, no tuvo lugar sino por unas ideas e intereses que subsisten en términos generales.

El desarrollo de este sistema Administrativo determinará, inexorablemente, que reaparezcan las tendencias a que respondía su objetivización y autosuficiencia como sistema y del que, cuando menos, permanezca la configuración del acto administrativo como elemento central, en aparente suplantación de la sentencia, sin permitir desarrollar el concepto de lo que realmente es una relación jurídica, que explicaría mejor el desarrollo de las actuaciones que se producen<sup>1317</sup>, tal y como sucede

---

pendiente la transposición de la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión pero debe tenerse presente su necesaria protección frente a represalias.

<sup>1316</sup> Eduardo García de Enterría, *Democracia, Jueces y control de la Administración*, Civitas, 6ª edición, 2009. Realmente se trata de ideas desarrolladas a lo largo de todo el libro, pudiéndose hacer mención especialmente de las pp. 81-96, 115-125, 131-170, 227-251, 294-302, 337 y 338.

<sup>1317</sup> Las STJUE de 17 de mayo de 2022 (casos Ibercaja y Unicaja c-600 y c-869/19) admiten la posibilidad de reclamar las cantidades restantes, ya que esta sentencia del TJUE admite la posibilidad de que los consumidores reclamen todas las cantidades y no sólo parcialmente, aunque hubiera recaído sentencia o acuerdo extrajudicial que limitara inicialmente los efectos retroactivos hasta mayo de 2013 y señala que: “El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el

en el ámbito privado o de los excepcionales poderes del Juez en el Proceso Administrativo, de orígenes y tendencias muy diversas (objetivas y subjetivas, de la Administración *Contentieuse* u ordinaria subjetiva) pero diferentes del propio Civil y del que sus ideas rectoras, ahora ya en manos del sistema, darán a conocer nuevas manifestaciones, por ejemplo, el nuevo recurso de casación implantado por Ley Orgánica 7/2015, permitiendo incluso aquello prohibido desde Roma, cual es la sentencia reglamentaria y desbordando, incluso, los excesos de los Revolucionarios franceses.

Otra cuestión sobre la que nos alerta García Enterría<sup>1318</sup> y que en cierta interpretación pudiese constituir una reserva de Jurisdicción Contencioso-Administrativa es la que se deriva del debido control judicial de los conceptos jurídicos indeterminados, especialmente en lo que se considera de interés público o general, que sin duda constituye no solo un elemento esencial o clave de bóveda del Derecho Administrativo sino de nuestro Derecho Público<sup>1319</sup>.

Este autor destaca que en el orden penal los jueces determinen el concepto de dolo o culpa, nocturnidad o en el civil la buena fe o la diligencia del buen padre de familia pero se considere que la noción del interés general es política e ideológica y desde luego como concepto jurídico indeterminado debe atribuirse al juez también sobre la base de lo que establece el artículo 106 de la Constitución española como bloque de legalidad, que es más evidente cuando se encuentra afectada la lesión de derechos constitucionales o bienes jurídicos de esta naturaleza Constitucional o cuando la Administración, a pesar de tener que intervenir se abstenga o se observe una de las posibles interpretaciones más justa, si bien reconoce que las cosas deben analizarse en cada caso pero no siendo conforme a Derecho la inhibición sobre la base de ser más democrática la decisión de la Administración<sup>1320</sup>.

---

sentido de que se opone a la aplicación de principios procesales nacionales en cuya virtud un tribunal nacional que conoce de un recurso de apelación contra una sentencia que limita en el tiempo la restitución de las cantidades indebidamente pagadas por el consumidor a consecuencia de una cláusula declarada abusiva no puede examinar de oficio un motivo basado en la infracción de dicha disposición y decretar la restitución íntegra de esas cantidades, cuando la falta de impugnación de tal limitación en el tiempo por el consumidor afectado no puede imputarse a una pasividad total de éste”, es decir, que no es solo que al amparo del apartado segundo del art. 552.1 de la LEC dispone que el Juez, antes del despacho de ejecución, ha de examinar si alguna de las cláusulas incluidas en un título ejecutivo de los citados en el art. 557.1 de la LEC, (no procesales ni arbitrales) puede ser calificada como abusiva, en cuyo caso se dará audiencia por quince días a las partes y, oídas estas, acordará lo procedente en el plazo de cinco días o que puede afirmarse que la tutela del consumidor prevalece sobre cualesquiera cuestión relativas a procedimiento o plazos, por lo que el juez —aun de oficio— puede realizar los controles de inclusión, transparencia y abusividad, al margen de la fase en que se suscite (STS 52/20 de 23 de enero). En este sentido establece una condena en costas para las entidades que reiteradamente incluyen las cláusulas abusivas y demuestran mala fe en su inclusión y no eliminación y resolución en las SSTJUE de 16-7-20 y especialmente en la de 22 de septiembre de 2022 (asunto (c-215/21), destacando la necesidad de establecer tal criterio para la efectividad del Derecho de la Unión. En la STJUE de 8 de septiembre de 2022 (casos c-80,81 y 82-2021) respecto de préstamos en Polonia para adquirir bienes inmuebles en francos suizos y se pusieron a disposición en eslotis señala que la prescripción debe comenzar a computarse desde que el consumidor tuviese conocimiento del carácter abusivo de la cláusula y no desde las prestaciones.

<sup>1318</sup> Eduardo García de Enterría, “Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado”, *REDA*, nº 89, 1996, pp. 69-89.

<sup>1319</sup> Así se mantiene en los artículos 34.1, 44. 2, 47, 76.1, 124.1, 128. 1 y 149.1 y 20 y lo reconoce como criterio general de la actuación administrativa el artículo 103.1, todos ellos de la CE. El Tribunal Constitucional ya se consideró competente para su control en las sentencias 67/83, 67/85, 89/89, 132/89 ó 139/89, entre otras.

<sup>1320</sup> Miguel Beltrán de Felipe, *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1995, pp. 252 y siguientes. La STS de 5 de febrero de 2008 (rec.733/2004) recuerda a la de 26 de julio de 2006, que destacaba que el interés general no

## **A. LA LEY REGULADORA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA DE 1956 Y EL CONTROL POR LA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y DE LOS ELEMENTOS REGLADOS DE LOS ACTOS DEL GOBIERNO**

La Exposición de Motivos de la Ley de 27 de diciembre de 1956, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, en su Título I, referido a la justificación de la reforma, en su apartado 4) señala que:

“Creada la Jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de las cuestiones que se susciten respecto de los actos sujetos al Derecho administrativo, sus límites están determinados normalmente por la esencia de esta rama del Derecho, en cuanto parte del Ordenamiento jurídico. Con este criterio se definen, por exclusión, las cuestiones ajenas a esta Jurisdicción. Entre ellas se incluyen las relativas a los actos políticos, que no constituyen una especie del género de los actos administrativos discrecionales, caracterizada por un grado máximo de la discrecionalidad, sino actos esencialmente distintos, por ser una la función administrativa y otra la función política, confiada únicamente a los supremos órganos estatales”.

En este sentido adquirieron todo su sentido los arts. 2. b) y 40.b), c), d) y f), que señalaban que:

No corresponderán a la Jurisdicción contencioso-administrativa:

Las cuestiones que se susciten en relación con los actos políticos del Gobierno, como son los que afecten a la defensa del territorio nacional, relaciones internacionales, seguridad interior del Estado y mando y organización militar, sin perjuicio de las indemnizaciones que fueren procedentes, cuya determinación sí corresponde a la Jurisdicción contencioso-administrativa

Los actos dictados en ejercicio de la función de policía sobre la prensa, radio, cinematografía y teatro. Las Ordenes ministeriales que se refieran a ascensos y recompensas de Jefes, Oficiales y Suboficiales de los Ejércitos de Tierra, Mar y Aire, por merecimientos contraídos en campaña y hechos de armas. Las resoluciones dictadas como consecuencia de expedientes gubernativos seguidos a Oficiales, Suboficiales y clases de Tropa o Marinería con arreglo al artículo mil once y siguientes del Código de Justicia Militar; Las demás resoluciones que tengan origen en otros procedimientos establecidos por el mismo Código, y las que se refieran a postergaciones impuestas reglamentariamente.

Los actos que se dicten en virtud de una Ley que expresamente les excluya de la vía contencioso-administrativa...

En un primer momento se otorgó importancia al móvil político respecto de actos enteramente administrativos, como lo podía ser la policía de orden público referida a una sanción en un acto político (STS de 18 de febrero de 1963) pero la doctrina dominante reinterpretó tales preceptos y redujo el acto político a sus justos límites, como se decía en la STS de 27 de noviembre de 1974, que señalaba que estos preceptos recogen verdaderos supuestos de excepción, que deben interpretarse restrictivamente.

---

es el de un propietario o conjunto de propietarios ni tampoco el de la propia Corporación local.

La Exposición de Motivos de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común establece en su apartado 1 que:

“La Constitución recoge en el título IV los principios que inspiran la actuación administrativa y garantizan el sometimiento pleno de su actividad a la Ley y al Derecho, y configura al Gobierno de la Nación como un órgano eminentemente político que dirige la Administración y ejerce la potestad reglamentaria.

En el ordenamiento que tuvo su origen en el régimen autocrático precedente se venía reduciendo el Gobierno al Órgano Superior en el que culmina la Administración del Estado y, en consecuencia, concibiéndolo como un mero apéndice o prolongación de la misma, con la que compartiría, en buena medida, su naturaleza administrativa. El artículo 97 de la Constitución arrumba definitivamente esta concepción y recupera para el Gobierno el ámbito político de la función de gobernar, inspirada en el principio de legitimidad democrática. Se perfilan así con nitidez los rasgos propios que definen al Gobierno y a la Administración como instituciones públicas constitucionalmente diferenciadas y los que establecen la subordinación de la Administración a la acción política de dirección del Gobierno”.

En este mismo sentido, el apartado II de la Exposición de Motivos de la Ley 39/2015 señala que Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas:

“La Constitución recoge en su título IV, bajo la rúbrica «Del Gobierno y la Administración», los rasgos propios que diferencian al Gobierno de la Nación de la Administración, definiendo al primero como un órgano eminentemente político al que se reserva la función de gobernar, el ejercicio de la potestad reglamentaria y la dirección de la Administración y estableciendo la subordinación de ésta a la dirección de aquel.

En el mencionado título constitucional el artículo 103 establece los principios que deben regir la actuación de las Administraciones Públicas, entre los que destacan el de eficacia y el de legalidad, al imponer el sometimiento pleno de la actividad administrativa a la Ley y al Derecho. La materialización de estos principios se produce en el procedimiento, constituido por una serie de cauces formales que han de garantizar el adecuado equilibrio entre la eficacia de la actuación administrativa y la imprescindible salvaguarda de los derechos de los ciudadanos y las empresas, que deben ejercerse en condiciones básicas de igualdad en cualquier parte del territorio, con independencia de la Administración con la que se relacionen sus titulares”.

A pesar de que la doctrina Administrativista ha sido contraria al reconocimiento del acto político debe de señalarse que el acto político existe y en este sentido debemos traer a colación el ATS de 18 de enero de 1993, que reiteraron otros de 15 de febrero y de 27 de abril otro de 27 de abril de ese año , dictados en dos recursos interpuestos contra el Real Decreto 364/1992 de 10 de abril sobre el nombramiento del Fiscal General del Estado, que contiene doctrina significativa sobre la cuestión<sup>1321</sup>.

Decía que la jurisprudencia ha admitido, pacíficamente, la existencia de actuaciones políticas del Gobierno no sometidas a control jurisdiccional, destacando las SSTC de 15 de marzo de 1990 y de 26 de noviembre de 1992, y que tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional han acudido

---

<sup>1321</sup> Lo que se reiteraba en la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1994 (rec. 7105/ 92), que enjuiciaba el Real Decreto 364/1995, que se pronunciaba, igualmente, sobre el nombramiento del Fiscal General del Estado.

directamente al examen del artículo 97 de la Constitución y a su relación con el artículo 106.1 para fundar la admisión de una actividad política del Gobierno no sujeta a revisión jurisdiccional, como señala la STC de 15 de marzo de 1990, que dice que no toda actuación del Gobierno, cuyas funciones se enuncian en el artículo 97 del texto Constitucional, está sujeta al Derecho Administrativo (FDCO 3º).

Señalan que nuestro sistema normativo admite la existencia de unos actos de función política del Gobierno, en principio inmunes al control jurisdiccional de legalidad, lo que no excluye la vigencia de los artículos 9 y 24.1 de la CE, que nos obliga a asumir aquel control cuando el legislador haya definido mediante conceptos judicialmente asequibles, los límites o requisitos previos a los que deben sujetarse dichos actos de dirección política, en cuyo supuesto, los Tribunales deben aceptar el examen de estas limitaciones e incumplimiento de los requisitos previos en que el Gobierno hubiera podido incurrir al tomar esa decisión (FDCO 5º).

Uno de los límites o requisitos previos a los que deben someterse los actos de dirección política es, precisamente, el nombramiento del Fiscal General del Estado, al señalar el art. 29.1 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, unas condiciones y utilizando un lenguaje netamente jurídico-administrativo, al exigir un tiempo de servicios efectivos en el propuesto, que además en este concreto litigio es probable que nos remita a problemas tan propios de esta rama del Derecho, como puede ser el de las consecuencias extraíbles a una situación administrativa de servicios especiales.

En conclusión vienen a establecer que aunque el Gobierno dicte actos de dirección política, de naturaleza política, aún así, no estarían exentas de control jurisdiccional, si para formar su voluntad política hubiera tenido que acogerse a unas condiciones o requisitos impuestos por unas normas, no necesariamente Derecho Administrativo, aunque sí con un lenguaje netamente jurídico administrativo<sup>1322</sup>.

## B. EL RÉGIMEN DE LA LJCA DE 1998

El derecho a la tutela judicial efectiva ha de relacionarse también con el debido control judicial, que debe verificarse sobre la legalidad de la actuación de los poderes públicos en un Estado de Derecho ( en donde existen normas que indudablemente son jurídicas y por lo tanto de cumplimiento jurídico fiscalizable), tal y como se viene a reconocer en el párrafo cuarto, del Apartado I de la Exposición de Motivos de la Ley 29/98 , que dice que:

---

<sup>1322</sup> Jesús González Pérez, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, 2ª edición, Civitas, Madrid, 1994, pp. 15-94. Este auto de 18 de enero de 1993 fue comentado por Pedro González Salinas, “Dos nuevas resoluciones sobre la fiscalización de los actos políticos del Gobierno”, *REDA* número 79, 1993, pp. 493-506, en que destaca el informe emitido por el Ministerio Fiscal en el proceso, informe que considera muy elaborado y que sirvió de base a la fundamentación del auto. En este informe se llega a la conclusión de que no procede declarar la inadmisión del recurso, teniendo en cuenta, además, lo que se establece en el artículo 62 de la LJCA de 1956, que exigía para declarar la inadmisión del recurso, que la falta de jurisdicción constase de modo inequívoco y manifiesto, que no concurría en autos y tras una extensa exposición de la evolución doctrinal y jurisprudencial más reciente extraía las siguientes conclusiones: primero, que con una u otra terminología se admite la existencia de una categoría de actos, que se llaman políticos, de gobierno, de gestión o de naturaleza o función política, que no son revisables por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y, en general, tampoco por la Constitucional; segundo: un acto político no lo es por el móvil sino por su naturaleza intrínseca, siendo la función política diferenciable de la función administrativa y destacando el contenido del artículo 29.1 del Estatuto del Ministerio Fiscal, que establece la necesidad tener más de 15 años de ejercicio efectivo de profesión jurídica, que es un requisito objetivo y de naturaleza reglada, que no se sustrae al control de los Tribunales.

“Sólo a raíz de la Constitución Española de 1978 se garantizan en nuestro país plenamente los postulados del Estado de Derecho y, entre ellos, el derecho de toda persona a la tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses legítimos... La proclamación de estos derechos y principios en la Constitución y su eficacia jurídica directa han producido la derogación implícita de aquellos preceptos de la Ley Jurisdiccional que establecían limitaciones en el acceso a los recursos o en su eficacia carentes de justificación en un sistema democrático. (...) la jurisprudencia, tanto constitucional como contencioso-administrativa, ha extraído de los principios y preceptos constitucionales otras muchas reglas, que imponen determinadas interpretaciones de dicha Ley, o incluso sostienen potestades y actuaciones judiciales no contempladas expresamente en su texto. Por último, la influencia de la Constitución en el régimen de la Jurisdicción Contencioso-administrativa no se reduce a lo que disponen los artículos 9.1, 24, 103.1 y 106.1. De manera más o menos mediata, la organización, el ámbito y extensión material y el funcionamiento de este orden jurisdiccional se ve afectado por otras muchas disposiciones constitucionales, tanto las que regulan principios sustantivos y derechos fundamentales, como las que diseñan la estructura de nuestra Monarquía parlamentaria y la organización territorial del Estado. Como el resto del ordenamiento, también el régimen legal de la Jurisdicción Contencioso-administrativa debe adecuarse por entero a la letra y al espíritu de la Constitución”.

El párrafo séptimo del apartado II señala que:

“La ley parte del principio de sometimiento pleno de los poderes públicos al ordenamiento jurídico, verdadera cláusula regia del Estado de Derecho. Semejante principio es incompatible con el reconocimiento de cualquier categoría genérica de acto de autoridad, llámese acto político, de gobierno o de dirección política excluida “per se” del control jurisdiccional”.

En este sentido señala el art. 2.a) de la LJCA de 1998 que:

El orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con:

a) La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, los elementos reglados y la determinación de las indemnizaciones que fueran procedentes, todo ello en relación con los actos del Gobierno o de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, cualquiera que fuese la naturaleza de dichos actos.

Pero además de los actos del Gobierno (políticos) existen actos Parlamentarios o de otra naturaleza pública que no se sujetarían a la jurisdicción contencioso-administrativa pero que estarían sujetos a fiscalización jurisdiccional, al afectar a derechos fundamentales, tal y como se señala en el art. 42 de la LOTC, que señala que:

Las decisiones o actos sin valor de Ley, emanados de las Cortes o de cualquiera de sus órganos, o de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas, o de sus órganos, que violen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, podrán ser recurridos dentro del plazo de tres meses desde que, con arreglo a las normas internas de las Cámaras o Asambleas, sean firmes.

Se impone, por lo tanto, una modificación legislativa expresa de los arts. 1 y 2 de la LJCA en el ámbito al que me voy a referir y por las razones que se van a exponer, considerando conveniente, que de forma expresa se recoja lo señalado en su Exposición de Motivos, en donde se dice, expresamente

por el Legislador, lo que constituye el espíritu Constitucional, como auténtica cláusula de cierre de nuestro Estado de Derecho<sup>1323</sup>.

Esa exposición de motivos y el espíritu de protección de los derechos subjetivos e intereses legítimos por la que se inclina la Ley Fundamental de Bonn de 1949 y en cuyo aspecto o perspectiva se sitúa nuestro ordenamiento contencioso-administrativo constituyen las razones por las que sería conveniente establecer en nuestra Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa, lo que dispone el artículo 40.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa Alemana, que establece, con carácter de cláusula general, su competencia sobre los litigios de Derecho Público, es decir, que se declara a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa competente para conocer de todos los asuntos “de Derecho Público que no sean de naturaleza Constitucional o que no estén atribuidos por una ley federal a otra jurisdicción”<sup>1324</sup>.

Lo expuesto encuentra su base en lo que se establece en el art.19.4 de la Ley Fundamental de Bonn, que dice que: “todo el que se vea perjudicado en sus derechos por obra del poder público podrá acudir a la vía judicial”, que se entiende como norma Constitucional para todo el ordenamiento jurídico, siendo un derecho fundamental para todos, tanto nacionales como extranjeros, personas físicas o jurídicas, señalando Arnd Uhle y Marc Lehr, que este precepto Constitucional no incluye a las actividades de Derecho Privado o de comercio del Estado ni al Parlamento o al Poder Legislativo, en cuyo último caso, la protección jurídica debe buscarse a través del recurso de amparo Constitucional ante el Tribunal Constitucional Federal<sup>1325</sup>.

En este sentido debe tenerse igualmente en cuenta lo que establece el art. 4 del Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais portugués, aprobado por Ley 13/2002 de 19 de febrero, que en sus apartados 1. d) y 3. a) señala su competencia para fiscalizar la legalidad de las normas y demás actos jurídicos de cualquier entidad, independientemente de su naturaleza, en el ejercicio de los poderes públicos, si bien excluye de tal competencia los actos practicados en el ejercicio de la función política y legislativa.

Dentro de ese conjunto de frenos que puede suponer el procedimiento administrativo o procesal para dar satisfacción a este derecho fundamental, de la tutela judicial efectiva, dentro del adecuado funcionamiento de Estado de Derecho, podemos destacar las que se van a mencionar a continuación, ya analizadas por el Tribunal Constitucional, referente a normas que impiden u obstaculizan el acceso a la jurisdicción, tratándose de obstáculos legales innecesarios, excesivos, no razonables o desproporcionados con los fines que legítimamente se puede perseguir por el Legislador<sup>1326</sup>.

---

<sup>1323</sup> Mercenario Villalba Lava, “Que lo implícito se haga explícito: la reforma legal de la Ley 29/98 para incluir, expresamente, la competencia para resolver las controversias jurídicas derivadas de la actuación de los poderes públicos que, sujetas al Derecho Público, su enjuiciamiento no corresponda directamente al Tribunal Constitucional”, *Por una justicia contencioso-administrativa más cercana a la ciudadanía*, Cuadernos Digitales de Formación, 20, 2014. Esta reforma implicaría también la del art. 9.4 de la LOPJ para extender el control contencioso-administrativo más allá del propio derecho Administrativo y someterlo al control del Derecho Público, que no se sujetase al control del Tribunal de Cuentas o Constitucional.

<sup>1324</sup> Cit. Alina del Carmen Nettel Barrera, “La jurisdicción contencioso administrativa en el contexto de los Estados democráticos”, *Justicia Contencioso-Administrativa. Congreso Internacional*, Universidad Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013, p. 22.

<sup>1325</sup> Arnd Uhle y Marc Lehr, “La protección jurídico-administrativa en la República Federal de Alemania” en *Modelos europeos de Justicia contencioso-administrativa*, Santiago Rosado Pacheco (coordinador), Dykinson, Madrid, 2007, pp. 95-98.

<sup>1326</sup> Sobre el valor que ha de darse a los criterios interpretativos generales sobre la propia literalidad de la ley pueden tenerse

### **a. LA FALTA DE LEGITIMACIÓN DERIVADA DE UNA INADECUADA DECLARACIÓN DE INADMISIBILIDAD POR FALTA DE JURISDICCIÓN O CON RELACIÓN AL OBJETO DEL PROCESO EN ASUNTOS DE INTERÉS GENERAL**

Nos vamos a ocupar en este apartado de la legitimación y de la conexión que se hace de ella con la falta de jurisdicción contencioso-administrativa para resolver en esos asuntos, lo que, en definitiva, determina que un acto o procedimiento no pueda enjuiciarse jurídicamente en ningún ámbito de jurisdicción, ordinaria o Constitucional.

Un Estado de Derecho no puede aceptar reservas de jurisdicción ni que exista un desapoderamiento de control de legalidad, especialmente en el ámbito de un tema nuclear, como lo es la separación de poderes del Estado.

Desde este punto de vista, ha de merecernos una especial atención, la cuestión de la legitimación que para impugnar se debatió en la STS de 3/03/2014 (rec. 453/12), referida a la legitimación de los partidos políticos para impugnar la Orden HAP/1182/2012 de 31 de mayo, dictada en desarrollo de la Disposición Adicional Primera del Real Decreto-Ley 12/2012 de 30 de marzo, así como la debatida en la de 5 de marzo de 2012, respecto del recurso interpuesto por el partido político UPyD contra el nombramiento de los Consejeros del Consejo de Seguridad Nuclear, que al contar con numerosos y variados votos particulares, no precisan aquí de un especial examen por mi parte, al constar en el propio contenido de la sentencia, un examen riguroso de la cuestión debatida desde diversas perspectivas.

Por otro lado, dos Autos del Tribunal Supremo de 24 de marzo y 2 de abril de 2014 han declarado la inadmisión de dos recursos contencioso-administrativos planteados por partidos políticos o Grupos Parlamentarios contra la elección de los Vocales del Consejo General del Poder Judicial y de su presidente.

El primero de ellos no admite el recurso planteado por el partido político Soberanía, considerando que el nombramiento de los Vocales del Consejo General del Poder Judicial no puede incluirse en el ámbito de control de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, definido por los artículos 106.1 de la CE y 1.1.2 y 3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por tratarse de una actuación Parlamentaria y no estar integrada en ninguno de los supuestos legalmente establecidos.

Señalan que los artículos 112 y 113 de la Ley Orgánica del Poder Judicial atribuyen al Congreso de los Diputados y al Senado, la competencia para la elección de los Vocales del Consejo General del Poder Judicial y la propuesta para su nombramiento por el Rey, constituyendo actos Parlamentarios en el ejercicio de las funciones atribuidas al Congreso y al Senado por la Constitución, sujetos, en su caso, a los controles propios de esa actividad Parlamentaria, pero no sujetas al control de esta jurisdicción contencioso-administrativa, pues no se trata de actos atribuidos a las Administraciones Públicas, aun entendidas en el ámbito amplio que se establece en la Ley reguladora, ni de actos políticos sujetos al control de elementos reglados a que se refiere el recurrente, ni constituyen actos o

---

en cuenta, entre otras, la STC 52/2014 (Pleno) de 10 de abril o la ya citadas 99/20 de 22 de julio o 106/2020 de 21 de septiembre.

disposiciones en materia de personal o gestión patrimonial de los contemplados en el artículo 1.3 de la Ley de la Jurisdicción , concluyendo que el recurso resulta inadmisibile por falta de jurisdicción.

Respecto del nombramiento del Presidente, trae a colación la jurisprudencia expuesta en la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 2014 , concluyendo que carece de legitimación el partido político, ya que para ello sería preciso que el objeto de impugnación repercutiese, directa o indirectamente pero de modo efectivo y acreditado, en su esfera de intereses, de una manera real, que no hipotética, abstracta, general o potencial.

En el Auto de 2 de abril de 2014 se declara la inadmisión contra las impugnaciones del Grupo parlamentario UPyD y su presidente, reiterando que se trata de actos Parlamentarios en sentido estricto, ajenos a la función Legislativa, de ahí que tampoco acceda a plantear la cuestión de inconstitucionalidad que se solicitaba.

En su fundamento jurídico quinto señala que el nombramiento de los Vocales del Consejo General del Poder Judicial se engloba dentro de un ámbito de actividad Parlamentaria no Legislativa de relación de las Cortes Generales con otros órganos de la estructura Constitucional, dentro del sistema de influencia de relaciones recíprocas, propio de nuestra división de poderes del Estado, de manera que por su naturaleza Constitucional está sometido a los controles de tal naturaleza pero no a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, no aproximándose ni de forma analógica a esta posible forma de control, destacándose en la sentencia, el contenido del artículo 106.1 de la Constitución Española de 1978 y 1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998.

Considera que no puede sostenerse que esta declaración de inadmisibilidad determine una inmunidad de control porque nuestro Estado Social de Derecho diseña una tupida red de controles adecuados a la naturaleza de la actividad, como lo es el propio control Parlamentario, adecuado a pretensiones de naturaleza Constitucional como las que se describen en el recurso, y otras funciones que se atribuyen al Tribunal Constitucional por vía de los amparos del artículo 42 de su Ley Orgánica , para las decisiones o actos que, sin valor de ley de las Cámaras, vulneren derechos o libertades susceptibles de amparo Constitucional, declarando sobre este particular, que se estima la falta de legitimación derivada de la ausencia de jurisdicción, y sobre el nombramiento del Presidente, tanto para la persona física recurrente como para el Grupo Parlamentario, declara su falta de legitimación.

El Grupo Parlamentario había alegado, entre otros motivos, que había sufrido una lesión directa en su derecho a la participación política en el procedimiento Parlamentario de renovación de los Vocales y Presidente del Consejo General del Poder Judicial en el Congreso, ya que el examen de los candidatos y su elección estaba previamente decidida antes de comenzar el proceso Parlamentario de selección, con un reparto Partidista de cuotas, que significaba una extralimitación de las funciones que la Constitución asigna a los partidos políticos y vulnerando la doctrina establecida en la STC 108/1986.

Para la Sala, el hecho de haber intervenido en el procedimiento Parlamentario de designación no era un aspecto relevante para su legitimación, dada la falta de jurisdicción, si bien señala que no puede apreciarse, en tales circunstancias, que la estimación del recurso pudiera producir ninguna utilidad en la esfera jurídica de los derechos o intereses de los recurrentes, distinta del simple interés en el mantenimiento de la legalidad, teniendo presente, que los Grupos Parlamentarios no poseen una legitimación universal que determine que todo objeto de debate político o decisión Parlamentaria pueda ser objeto de revisión en la jurisdicción Contencioso-Administrativa.

En línea con lo que se viene defendiendo en esta tesis, el ATC 177/22 de 19 de diciembre admite a trámite el recurso de amparo presentado por trece senadores del Grupo Parlamentario Popular con relación a un supuesto incumplimiento de determinados trámites Parlamentarios en asuntos que afectan al Consejo General del Poder Judicial y del propio Tribunal Constitucional y en su fundamento jurídico sexto se razona sobre los *interna interna acta* y el *ius in officium* de los representantes políticos en cuanto derecho propio y de la ciudadanía, en un aspecto que se dice reviste trascendencia Constitucional y gran repercusión social.

## b. LOS INTERNA CORPORIS ACTA

Así como en vía jurisdiccional, respecto de determinados actos de la Administración, existieron fuertes resistencias al control judicial, entre ellos, de los actos discrecionales, hoy en día existen tales resistencias en el ámbito Parlamentario.

Si se vencieron estas resistencias respecto de los actos discrecionales respecto de los elementos reglados, como la competencia, procedimiento y fin, con un control de los hechos determinantes y la debida vinculación a la ley y al Derecho a través de los principios generales<sup>1327</sup> no debe admitirse hoy

---

<sup>1327</sup> En este momento se impone la distinción entre la discrecionalidad de la Administración, su discrecionalidad técnica y los conceptos jurídicos indeterminados. La discrecionalidad administrativa se basa en que la ley otorga a la Administración, la posibilidad de elegir entre varias soluciones igualmente justas y por lo tanto, jurídicamente indiferentes para los Tribunales de Justicia.

El control de los aspectos típicamente reglados de las potestades discrecionales no ofrece ninguna dificultad, ya que si el acto se dictó por órgano incompetente, sin seguir el procedimiento previsto, atendiendo a una finalidad distinta de aquella para la que se otorgó la potestad administrativa o sin que en la realidad existiera la base de hecho imprescindible (control de hechos determinantes), el pronunciamiento anulador del juez resulta claro para la doctrina y jurisprudencia, desde hace mucho tiempo. La mayor dificultad surge cuando lo que se controla es, precisamente, la determinación de si tal solución adoptada por la Administración es igualmente justa que otras, para lo que los Tribunales utilizan los principios generales del Derecho (entre el que se encuentra, destacadamente, la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y el respeto de los derechos fundamentales, *ex art. 9 de la CE*), por lo que la jurisprudencia y posteriormente la ley, han venido exigiendo la debida motivación formal y sustantiva por parte de la Administración de las potestades discrecionales, sin la cual no podría existir tal control judicial, de manera que los Tribunales anularán el acto de la Administración cuando tal motivación sea inexistente o no respete los principios expuestos.

Distinto de la discrecionalidad administrativa son los denominados conceptos jurídicos indeterminados, ya que mientras que la discrecionalidad admite varias soluciones igualmente justas, entre las que puede elegir la Administración, por el contrario, en los conceptos jurídicos indeterminados solo existe una única solución justa. Como señala García de Enterría, lo peculiar de estos conceptos jurídicos indeterminados es que su calificación en un caso específico no puede ser más que una, puesto que concurre o no; o hay buena fe o no hay buena fe, o el sujeto se ha comportado como un buen padre de familia o no. Solamente es posible una solución justa en la aplicación del concepto a una circunstancia concreta, y esa solución es a la que debe haber llegado la Administración en aplicación del principio de legalidad, a diferencia del ejercicio de potestades discrecionales, en el que a la Administración se le presentaban varias opciones para elegir una alternativa justa, pues lo que caracteriza a esta potestad administrativa es la posible pluralidad de soluciones igualmente justas mientras que en la aplicación de un concepto jurídico indeterminado, la norma jurídica, deliberadamente, no da resuelta la solución concreta de cada caso, por lo que es necesario valorar las circunstancias reales que concurren y con la mayor pureza, el mandato normativo para llegar a la solución más justa o, en otros términos, a la solución justa, tratándose, como se dice, de un problema de aplicación de la norma jurídica a un caso concreto. Eduardo García de Enterría, "La lucha contra las inmunidades del poder", *Cuadernos Civitas*, 1974, pp. 32 y sgts.

Aunque concomitante pero como categoría específica es la denominada discrecionalidad técnica, que surge cuando la Administración atribuye a un órgano de naturaleza técnica (no política) la capacidad de integrar los conceptos jurídicos

en día una resistencia análoga para los elementos reglados en el ámbito Parlamentario y, sin duda, se vencerán respecto de los actos Parlamentarios y de Gobierno, al menos en esos ámbitos<sup>1328</sup>.

---

indeterminados, como apreciar si concurre o no un determinado hecho determinante. Las STC 353/93, 34/95, 73/98 ó 40790, entre otras, reconocen la legitimidad de esta técnica de actuación administrativa a través de órganos técnicos especializados, estableciendo una presunción de legalidad a su favor ( como por otra parte se deriva de la legitimidad de la actuación administrativa a través de la autotutela).

<sup>1328</sup> El art. 71.2 de la LJCA 29/98 señala que los órganos jurisdiccionales no podrán determinar el contenido discrecional de los actos anulados. Considero que, a pesar de esta literalidad, el juez debe decidir directamente sobre la base de los principios de eficacia y eficiencia cuando aparezca únicamente una decisión como posible (en este sentido, Eduardo García de Enterría, *Democracia, Jueces y control de la Administración*, Civitas, 6ª edición, 2009 pp. 259 y 260 en otros casos que cita, basándose incluso en ejemplos de Derecho Comparado admisibles, en general, en el Derecho del mundo Occidental o que se derivan de un principio de proporcionalidad, de un control de la discrecionalidad o por desviaciones de poder, tales como la denegación de una licencia de farmacia por razones de interés público, balance de costes-beneficios en la determinación de cierta medida, incluida la utilidad pública o necesidad de ocupación de una obra a efectos de expropiación forzosa o cuando se trata de la eliminación de una arbitrariedad, que deja presente la regularidad de la pretensión estimada por lo que no se trata de una hipótesis tan excepcional como podría pensarse sino relativamente abierta), supuesto en que podría considerarse, por otra parte, que en ese caso no existe discrecionalidad (Tomás López Requena, "Ideas en torno a una expresión falaz: el control de la discrecionalidad administrativa", *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Civitas, 1996, p.92) y de esta manera se da satisfacción a lo que se quiere evitar según la Exposición de Motivos de la citada Ley, que es que los Tribunales extiendan su control más allá de la legalidad.

Como ya se ha dicho, distinta de la discrecionalidad administrativa es la determinación de los conceptos jurídicos indeterminados, respecto de los que el Tribunal debe extremar su examen utilizando, habitualmente, tres pautas: cuando claramente no estamos ante el concepto o elemento de certeza negativa (no hay un buen trato cuando una parte lesiona deliberadamente a otra, en circunstancias ordinarias), cuando concurre con claridad, elemento de certeza positiva ( el elemento más característico de la situación es que le da besos amorosos continuamente), presentándose las dudas en el denominado halo de incertidumbre (existe como más característico que simplemente le saluda como a cualquier tercero), en cuyo caso, el control de los Tribunales se torna complejo y problemático, basculando en los tiempos más modernos a que, en caso de contar con todos los elementos de juicio, determine el Tribunal Judicial la existencia o no del concepto jurídico indeterminado.

Este es el núcleo central en que se debate la jurisprudencia actual y en este sentido, téngase presente lo que ha expuesto la Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJ de Extremadura en diversas sentencias, entre las que se pueden citar las de apelación 196/2019, recaída en el rollo 183/2019, la 99/2018, recaída en el rollo 2018, la 71/2019, recaída en el recurso 45/2019 o en la 71/2018, recaída en el rollo 33/2018, en la que se dice que: "tal y como como hemos dicho en la sentencia 71/ 2018 de 26 de abril, en el recurso de apelación 33/18 , la denominada discrecionalidad técnica utilizada por la Administración en la valoración de los concursos no es propiamente discrecionalidad sino valoración por un órgano técnico de los conceptos jurídicos indeterminados, que es perfectamente revisable por los Tribunales de Justicia, de acuerdo con la STC 193/1987 . No se trata de elegir entre alternativas igualmente justas, aspecto propio de la discrecionalidad administrativa sino de determinar la alternativa realmente justa, teniendo en cuenta los conceptos jurídicos indeterminados de mérito y capacidad, y más en concreto sobre la base la materia que nos ocupa, los cursos directamente relacionados con el contenido de la plaza a que se circunscribe en el presente caso los principios de mérito y capacidad establecidos en el artículo 23 de la Constitución Española , de manera que tal discrecionalidad debe entenderse o circunscribirse, de acuerdo con la teoría de la discrecionalidad y de los conceptos jurídicos indeterminados, a la libertad de criterio que ostentan los técnicos, profesionales o funcionarios llamados a valorar los méritos en los concursos, de forma que, tal y como señalábamos en la sentencia citada debemos de distinguir, los núcleos de certeza positiva, negativa y de incertidumbre, debiéndose tener en cuenta que ante conceptos jurídicos indeterminados y objetos de valoración propios de técnicos existirán tantos informes como intervinientes, si bien debe prevalecer, en caso del núcleo de certeza positiva y también en el de incertidumbre, debidamente ponderado, el criterio del técnico llamado a decidir, dicho ello dejando a salvo los criterios de control atribuidos a los Tribunales de Justicia referidos a la competencia, procedimiento, fin y hechos determinantes, y teniendo en cuenta la interdicción de la desviación de poder y de la arbitrariedad y la sumisión de la actuación administrativa a los principios generales del derecho. Ahora bien, la Sala entra en el fondo del resultado obtenido en el Rollo 171/20 y dice que: "Considera la Sala, igualmente, que el Magistrado de instancia, que del examen de los certificados se extrae que refieren a funciones de fiscalización y contabilidad propias de la intervención que se extienden a todas las actividades

Al igual que respecto de los actos discrecionales, el Parlamento, el Gobierno y la Administración, deben mantener su núcleo político o la esfera de libre actuación intacta pero deben sujetarse a la ley y al Derecho, lo que determina la exigencia de su debido control judicial (ordinario o Constitucional), ya que de otro modo no se puede saber y nuestro sistema dejaría de ser democrático y no se respetaría a la ley, lo que resultaría demoledor para nuestra convivencia.

La doctrina italiana conoce como *interna corporis acta*<sup>1329</sup>, a aquella defensa de la autonomía Parlamentaria que determina la falta de control de los actos del Parlamento por todas clases de jueces, fenómeno que va restringiendo su ámbito por el control que se impone en materia de personal y gestión patrimonial del propio ente Parlamentario sujeto al Derecho Público<sup>1330</sup> y es evidente que solamente pueden recibir el nombre de leyes, aquellas que se sujetan al procedimiento legislativo y cumplen los consiguientes requisitos, de manera que el Tribunal Constitucional puede y debe desarrollar un control de constitucionalidad de las mismas<sup>1331</sup>.

---

sustantivas, incluidas todas las realizadas en ejecución y recaudación pero no son propiamente de este contenido sustantivo ... y todo ello, teniendo presente, como hemos dicho, que la certificación del funcionario puede ser sujeta a control jurisdiccional o la cuestión formal de la relación de los puestos de trabajo, ya que lo esencial es el contenido material y directo de las funciones desarrolladas”.

Nos dice la STS de 16 de Marzo de 2015 (Sala III), que será admisible un control de los elementos de competencia, procedimiento y fin, de los hechos determinantes y de los principios generales del Derecho, incluida la debida y adecuada motivación del órgano técnico, dando cumplimiento a las normas aleatorias exigibles y formales para emitir el dictamen, constituyendo la fase final de la evolución jurisprudencial, la definición de cuál debe ser el contenido de la motivación para que pueda entenderse válidamente realizada, declarando que debe cumplir, cuando menos, estas principales exigencias: (a) expresar el material o las fuentes de información sobre las que va a operar el juicio técnico; (b) consignar los criterios de valoración cualitativa que se utilizarán para emitir el juicio técnico; y (c) expresar porqué la aplicación de esos criterios conduce al resultado individualizado que otorga tal órgano técnico de valoración. Esta exigencia formal debe ir acompañada, además, de una racionalidad material en su decisión.

Una vez llevada a cabo la impugnación judicial, corre de cargo de la Administración acreditar el correcto cumplimiento de la legalidad, normalmente a través del expediente administrativo con el que la Administración debe acreditar el debido cumplimiento de los requisitos formales y materiales de la decisión de la Administración, y es ahí donde debe constar, ya que no vale la motivación posterior o el cumplimiento de los requisitos formales más tarde, en debida compensación del ejercicio de la debida potestad de autotutela de la Administración. En materia pericial puede haber tantos pareceres como peritos pero existe uno que es el llamado a valorar, que goza de la presunción de acierto y legalidad de que dispone la Administración en uso de su discrecionalidad técnica pero que puede ser destruida por prueba en contrario a través de las pruebas judiciales en la determinación del concepto jurídico indeterminado, según el artículo 348 de la LEC, de aplicación supletoria en la Jurisdicción contencioso-administrativa (Disposición Final primera de la LJCA).

<sup>1329</sup> Se trata de prácticas, usos y costumbres parlamentarias inglesas trasladadas al Continente por la iuspublicística alemana en la segunda mitad del s: XIX. Jesús López de Lerma Galán, “El control de la actividad parlamentaria como garantía del sistema constitucional”, *Estudios de Deusto*, V. 69/1, enero-junio 2021, p. 106. Ver también a Ignacio Torres Muro, “El control jurisdiccional de los actos parlamentarios. La experiencia italiana”, *Revista española de Derecho Constitucional*, año 6, nº 17, pp. 189-227.

<sup>1330</sup> Señala el art. 1.3 de la LJCA que los Tribunales de lo Contencioso-administrativo conocerán también de las pretensiones que se deduzcan en relación con: a) Los actos y disposiciones en materia de personal, administración y gestión patrimonial sujetos al derecho público adoptados por los órganos competentes del Congreso de los Diputados, del Senado, del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Cuentas y del Defensor del Pueblo, así como de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y de las instituciones autonómicas análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo. b) Los actos y disposiciones del Consejo General del Poder Judicial y la actividad administrativa de los órganos de gobierno de los Juzgados y Tribunales, en los términos de la Ley Orgánica del Poder Judicial. c) La actuación de la Administración electoral, en los términos previstos en la Ley Orgánica del Régimen Electoral General.

<sup>1331</sup> Por ello, la causa de su control también puede hallarse en consideraciones políticas, filosóficas e históricas sobre la base

En este punto, de nuevo, el sistema inglés adelanta al continental europeo y valga lo que se expondrá respecto de Gina Miller.

Se debe tener en cuenta sobre esta materia la STC 115/2019, de 16 de octubre, que señala que el *ius in officium* que ostentan los Parlamentarios viene determinado por los Reglamentos que conforman su estatus de derechos y atribuciones, para poder ejercer sus funciones de acuerdo con el derecho fundamental de configuración legal que recoge el art. 23.2 de la CE, entre los que se encuentra “la obligación de acatamiento de la Constitución Española y el ordenamiento jurídico ( art. 9.1 de la CE)”<sup>1332</sup> y destaca que las Mesas Parlamentarias pueden controlar el contenido material de las iniciativas Parlamentarias cuya inconstitucionalidad sea evidente y palmaria, y deben inadmitir las propuestas que pongan de manifiesto, una desobediencia a lo establecido en las sentencias del Tribunal Constitucional, en este caso, la STC 259/2015.

En este aspecto deben tenerse presentes, el ATS de 31 de julio de 2020 (rec. 65/20) y las SSTs de 18 de enero de 2005 (rec. 22/2003) y de 3 de marzo de 2014 (rec. 4453/2012), respecto de la falta de legitimación de los partidos políticos, la Sentencia del Pleno de 5 de marzo de 2014 (rec. 64/2013) respecto de los Grupos Parlamentarios o de un grupo de Diputados, según ya se había establecido en las SSTs de 19 de mayo de 2014 (rec. 72/2010) y 31 de julio de 2020 (rec. 75/20), que inadmiten los recursos presentados por el Grupo Parlamentario PP contra el Real Decreto 399/20 de 25 de enero por el que se establecen las Comisiones Delegadas del Gobierno respecto de la composición relativa a los Asuntos de Inteligencia.

Esta es la jurisprudencia que se mantiene en el ATS de 12 de abril de 2021 (rec. 377/20), en el que se mencionan también los Autos de 19 de noviembre de 2019 (rec. 105/2019), 23 de noviembre de 2020 (rec. 158/20) y de 25 de noviembre de 2020 (rec. 159/20). Igualmente los AATS de 13 mayo de 2021, recaídos en los recursos 159/20<sup>1333</sup> y 377/20, respecto de la desestimación de la reposición

---

de la naturaleza política de las Cortes Supremas de diversos países, instituciones y por tanto susceptibles de tal tipo de control pero precisamente al encontrarse el Parlamento Inglés sujeto a la ley, como cualquier otra institución, se pretendió la creación de un área exenta en que los jueces no pudiesen entrar, si bien se dice que ha comenzado en el la Ley de Derechos Humanos de 1998. Jorge Alejandro Amaya, “El control jurisdiccional de los *interna corporis acta*”, *Estudios de Derecho Público*, coord. Edgardo Tobías Acuña, Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 2013, pp. 52, 54 y 58.

No debe tampoco pasarse por alto que hasta hace bien poco, la Cámara de los Lores desempeñaba también funciones judiciales. Debe tenerse en cuenta que el art. 42 de la LOTC establece que las decisiones o actos sin valor de Ley, emanados de las Cortes o de cualquiera de sus órganos, o de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas, o de sus órganos, que violen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, podrán ser recurridos dentro del plazo de tres meses desde que, con arreglo a las normas internas de las Cámaras o Asambleas, sean firmes, lo que ha servido en la lucha contra los abusos de los órganos parlamentarios contra los propios parlamentarios, debiéndose señalar la pionera STC 118/88, que permitió el control de los actos parlamentarios en estos casos y señalaba que no resultaba de aplicación de la doctrina de los *interna corporis acta*.

<sup>1332</sup> F. JD CO 3º, pár. 3º.

<sup>1333</sup> Se dice en el FJD CO 5º, en el Auto citado recaído en el rec. 159/20, a partir del pár. 4 que:

“Pero tampoco es una cuestión novedosa en esta Sala la invocación del *ius in officium* para fundamentar la legitimación activa de un grupo de diputados en la interposición de un recurso contencioso administrativo.

En la sentencia de 12 de junio de 2018 (recurso 597/2017), esta Sala apreció la falta de legitimación de varios diputados que actuaban en su propio nombre, integrantes del Grupo Parlamentario Unidos Ponemos-En ComúPodem-En Marea, para impugnar las Órdenes HFP/878/2017, de 15 de septiembre y HFP/886/2017, de 20 de septiembre, razonando que el derecho de participación política, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional sintetizada en la STC 220/1991, de 25 de noviembre, es susceptible de ser invocado para defender la plenitud de las facultades inherentes al ejercicio de los

previamente planteada contra Autos del mismo tenor.

Las últimas STS de que se puede hacer mención sobre esta cuestión son las 1293 y 1294/2021, que acuerdan la inadmisibilidad del recurso por falta de legitimación de los partidos políticos impugnantes y en las que tras exponer la falta de legitimación de esos partidos políticos contra las actuaciones de las Administraciones Públicas, el Gobierno del Estado y de los entes locales supuestamente contrarios al ordenamiento jurídico, “a salvo de aquellas actuaciones que afectan a la esfera de sus derechos e intereses legítimos” enumera, aunque dice que sin ánimo de exhaustividad, veinticuatro resoluciones judiciales ( autos y sentencias), recaídas sobre esta materia desde el año 2004 al 20 de julio de 2021<sup>1334</sup>, señalando que pronunciarse en contrario podría pulverizar la seguridad

---

cargos públicos representativos mientras se está en el desempeño de los mismos, identificándose mediante la noción de “*ius in officium*”, que “se ostenta frente a los órganos de gobierno de las respectivas Cámaras y no frente al mundo exterior -actuaciones de otros poderes del Estado-, en cuyo caso lo procedente sería acudir a la vía de los conflictos de atribuciones”. También abordó la Sala la cuestión de la falta de legitimación basada en el *ius in officium* en el auto ya citado de 14 de noviembre de 2019 (recurso 105/2019), que declaró la inadmisibilidad del recurso interpuesto contra los Acuerdos del Consejo de Ministros de nombramiento del Presidente y 3 Consejeros de Consejo de Seguridad Nuclear, por considerar, con apoyo en la sentencia de Pleno de 5 de marzo de 2014 antes citada, “que los derechos ínsitos en la función representativa de los Diputados integrantes del Grupo Político (...) no están afectados por los Reales Decretos recurridos (intervinieron o pudieron intervenir en las comparecencias...)”, lo que llevó a la Sala a estimar en aquella ocasión la alegación previa opuesta por el Abogado del Estado y a inadmitir el recurso por falta de legitimación de los diputados recurrentes.

Por último, el auto de la Sala de 12 de abril de 2021 (recurso 377/2020) inadmitió el recurso contencioso administrativo interpuesto en su propio nombre por los mismos diputados del Grupo Parlamentario Vox en el Congreso de los Diputados que intervienen en el presente recurso, contra la Orden PCM/1030/2020, de 30 de octubre, por la que se publicó el Procedimiento de actuación contra la desinformación aprobado por el Consejo de Seguridad Nacional, razonando la Sala frente a la alegación de que el Tribunal Constitucional ha admitido la capacidad procesal de los Grupos Parlamentarios, que dicha admisión permite la impugnación de las decisiones de la Mesa de la Cámara que afecten a sus funciones parlamentarias, sin que sea trasladable al proceso contencioso administrativo, a lo que añade el auto que citamos, respecto de los argumentos que invocan la jurisprudencia sobre la interpretación restrictiva del acceso a la jurisdicción, que “aquí no se trata de ningún obstáculo sino del mismo presupuesto material sobre el que descansa la acción procesal y la Sala no hace otra cosa que aplicar el criterio que tiene establecido y que viene confirmando reiteradamente: a falta de derecho o interés legítimo del que sea titular quien pretende recurrir y abrir el recurso contencioso administrativo, no cabe reconocerle la imprescindible legitimación activa.”

Al considerar de aplicación los anteriores criterios al presente caso, hemos de acoger la alegación previa formulada por la Abogacía del Estado e inadmitir este recurso contencioso administrativo por falta de legitimación activa de los recurrentes.

<sup>1334</sup> 1.- Sentencia de 6 de abril de 2004 (recurso contencioso-administrativo 34/2002), que denegó la legitimación activa a EZKER BATUA-IZQUIERDA UNIDA, para impugnar la resolución que determinó el contingente de los trabajadores extranjeros de régimen no comunitario. 2.- Sentencia de 18 de enero de 2005 (recurso contencioso-administrativo n.º 22/2003), que apreció la falta de legitimación activa al partido político FAMILIA Y VIDA para impugnar el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, dando nueva redacción a la “deducción por maternidad”. 3.- Sentencia de 20 de enero de 2009 (recurso de casación n.º 1238/2006), que apreció la falta de legitimación activa del partido político ARALAR para impugnar la aprobación de los Estatutos que aprobaron los Estatutos de la Caja de Ahorros de Navarra. 4.- Sentencia de 3 de marzo de 2014 (recurso de casación n.º 4453/2012), del Pleno de la Sala, que apreció la falta de legitimación activa del PSOE, para impugnar contra la Orden dictada en desarrollo de la disposición adicional primera del Real Decreto-Ley 12/2012, de 30 de marzo, por el que se introducen diversas medidas tributarias y administrativas dirigidas a la reducción del déficit público. La citada disposición adicional introdujo la declaración tributaria especial, conocida como “amnistía fiscal”. 5.- Sentencia de 5 de marzo de 2014 (recurso contencioso-administrativo n.º 64/2013, que consideró que el Grupo Parlamentario UPyD carecía de capacidad procesal y legitimación “*ad procesum*”, para impugnar los nombramientos del presidente y tres Consejeros del Consejo de Seguridad Nuclear. 6.- Sentencia de 19 de mayo de 2014 (recurso contencioso-administrativo n.º 72/2010) que declaró la falta de legitimación de los parlamentarios del PP en el Parlamento andaluz, para impugnar las “asignaciones complementarias para hacer frente a las circunstancias socio-económicas de

jurídica<sup>1335</sup> y destacando que no se puede considerar que estas resoluciones crean zonas de inmunidad, ya que como la Sentencia del Pleno de 28 de junio de 1994, igualmente sobre la impugnación del Fiscal General del Estado, reconocía legitimación a las Asociaciones de Jueces y de Fiscales pero en esta materia no se reconoce la acción popular.

Desde mi particular punto de vista tampoco los votos particulares contienen una doctrina general sobre la materia, si bien comienzan a horadar, lo que entiendo que constituye una doctrina totalmente contraria al espíritu en que se basa el Estado Democrático de Derecho.

---

Andalucía” a las que se refería la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Andalucía, por considerar que carecían de legitimación activa tanto si actuaban “en su propio nombre”, como si lo hacían “en su calidad de diputados del Parlamento andaluz”. 7.- Sentencia de 20 de junio de 2014 (recurso contencioso-administrativo n.º 28/2007), que denegó legitimación activa al partido político IU para impugnar la fijación de las enseñanzas mínimas de la Educación Primaria. 8.- Sentencia de 25 de junio de 2014 (recurso contencioso-administrativo n.º 365/2012), que denegó legitimación activa al partido IU para impugnar el otorgamiento de permisos de investigación de hidrocarburos en Canarias. 9.- Sentencia de 8 de julio de 2016 (recurso de casación n.º 3916/2014), que denegó la legitimación a COMPROMIS para impugnar el acuerdo municipal que aprobó el presupuesto anual de 2012. 10.- Auto de 23 de enero de 1997 (recurso contencioso administrativo n.º 511/91), que denegó la legitimación activa a la federación de partidos “INICIATIVA PER CATALUNYA” para impugnar un real decreto sobre modificación de las cláusulas de una concesión administrativa. 11.- Auto de 20 de junio de 2000 (recurso contencioso administrativo n.º 155/99), que también denegó la legitimación activa a la federación de partidos “INICIATIVA PER CATALUNYA” para impugnar un real decreto sobre modificación de las cláusulas de una concesión administrativa. 12.- Auto de 6 de julio de 2012 (recurso contencioso-administrativo n.º 179/2012), que denegó la legitimación activa de dos diputados Grupo Parlamentario de IU, ICV-EUiA, CHA, para impugnar la concesión de un indulto parcial. 13.- Auto de 2 de abril de 2014 (recurso contencioso-administrativo n.º 510/2013), que deniega la legitimación activa al Grupo Parlamentario de UPyD para impugnar el nombramiento de Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial. 14.- Auto de 24 de abril de 2014 (recurso contencioso-administrativo n.º 501/2013), que denegó la legitimación activa al partido político SOBERANIA para impugnar el nombramiento de los Vocales del Consejo General del Poder Judicial y del Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial. 15.- Auto de 28 de abril de 2014 (recurso contencioso-administrativo n.º 172/2014), que denegó la legitimación activa al grupo parlamentario de UPyD para impugnar el nombramiento de Vicepresidente del Tribunal Supremo. 16.- Auto de 14 de noviembre de 2019 (recurso contencioso administrativo n.º 105/2019), que denegó la legitimación activa de cuatro diputados del PP para impugnar los nombramientos del Presidente y tres Consejeros del Consejo de Seguridad Nuclear. 17.- Auto de 31 de julio de 2020 (recurso contencioso-administrativo n.º 75/2020), que denegó la legitimación activa al PP para impugnar la composición de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos de Inteligencia. 18.- Auto de 31 de julio de 2020 (recurso contencioso-administrativo 65/2020), que declaró la falta de legitimación activa de los diputados del grupo parlamentario de VOX para impugnar la composición de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos de Inteligencia. 19.- Auto de 25 de noviembre de 2020 (recurso contencioso-administrativo n.º 159/2020), que denegó la legitimación activa a los diputados de VOX, para impugnar el nombramiento de la Presidenta de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. 20.- Auto de 12 de abril de 2021 (recurso contencioso-administrativo 377/2020), que denegó la legitimación activa de los diputados del grupo parlamentario de VOX para impugnar el procedimiento de actuación contra la desinformación aprobado por el Consejo de Seguridad Nacional. 21.- Auto de 6 de mayo de 2021 (recurso contencioso-administrativo 93/2021, que denegó legitimación al grupo parlamentario de VOX para impugnar el Decreto de la Presidenta de la Comunidad de Madrid sobre el establecimiento de medidas COVID. 22.- Auto de 13 de mayo de 2021 (recurso contencioso-administrativo 159/2021), que denegó la legitimación activa de los diputados del grupo parlamentario de VOX para impugnar el nombramiento de la Presidenta de la Comisión Nacional de los Mercados y Competencia. 23.- Auto de 13 de mayo de 2021 (recurso contencioso-administrativo 158/2020), que denegó la legitimación activa de los diputados de VOX para la impugnación del nombramiento de un consejero de la Comisión Nacional de Mercados y Competencia. 24.- Auto de 20 de julio de 2021 (recurso contencioso-administrativo n.º 166/2021), que apreció la falta de legitimación activa de los diputados del Grupo Parlamentario de VOX para impugnar la composición de las Comisiones Delegadas del Gobierno.

<sup>1335</sup> ¡Como si la jurisprudencia fuese inmutable!

El voto particular del magistrado Fonseca-Herrero destaca la doctrina que se estableció en la STS de 16 diciembre de 2005 (rec.109/2004) en donde se dijo que:

“...Siendo indudablemente los partidos políticos personas jurídicas pueden tener como fines algunos determinados y específicos, y nada obsta para que además de procurarlos mediante una confrontación electoral, puedan defenderlos también por otros medios, siendo uno de ellos la actuación ante los Tribunales de Justicia. Por tanto, debemos reconocer la legitimación procesal del partido político recurrente y en consecuencia desechar la alegación de inadmisibilidad que formula el Abogado del Estado.”

E igualmente lo que se estableció en la STS (rec. 29/2009), que a su vez se remitía a las de 9 y 10 de diciembre (recs. 35 y 36/2007), considerando, que para resolver adecuadamente debía tenerse presente la doctrina general de la Sala recogida en la STS de 3 de marzo de 2014, que decía:

“El casuismo y la variedad de situaciones que la realidad jurídica nos puede deparar, exige un análisis puntual y pormenorizado de cada supuesto enjuiciado, para discriminar e identificar el concreto interés legítimo que sustenta la legitimación activa del recurso entablado, como ya apuntamos en nuestras SSTs 12 de noviembre de 2012 (casación 1817/09, FJ 2) y de 14 de marzo de 2011 (recurso de casación 4223/08 FJ 2).” Así se reitera más recientemente en sentencia de 2 de junio de 2016 (recurso de casación 2812/214).

Entendía que sí que existe una conexión específica derivada de la postura en la tramitación, entendiendo que existe un efecto análogo en las entidades locales, que permite a quienes hubiesen votado en contra interponer un recurso judicial<sup>1336</sup> pero reconociendo que el caso que se resuelve es diferente.

Tras analizar también las peculiaridades que concurrían en las resoluciones señaladas por el voto mayoritario en que se basa la inadmisión destaca que esta es una cuestión diferente y apoyándose en la mención que se contenía en la sentencia del Tribunal Supremo de 25- 10- 1962, “cuando concurre un interés profesional, moral, social, e incluso político” reconoce que aunque no exista una legitimación general e incondicionada, sí que existe en el caso que se resuelve, en atención a la configuración que del Ministerio Fiscal se hace en el art. 124 de la CE<sup>1337</sup>, en las funciones del Fiscal General del Estado conforme su Estatuto (art. 22.2)<sup>1338</sup> y al principio *pro actione*, junto con los

---

<sup>1336</sup> Art 63.1.b) de la LBRL.

<sup>1337</sup> Dice este art. que:

“1) El Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social.

2. El Ministerio Fiscal ejerce sus funciones por medio de órganos propios conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad

3. La ley regulará el estatuto orgánico del Ministerio Fiscal.

4. El Fiscal General del Estado será nombrado por el Rey, a propuesta del Gobierno, oído el Consejo General del Poder Judicial”.

<sup>1338</sup> Dice este precepto de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, que el Fiscal General del Estado ostenta la jefatura superior del Ministerio Fiscal y su representación en todo el territorio español. A él corresponde impartir las órdenes e instrucciones convenientes al servicio y al orden interno de la institución y, en general, la dirección e inspección del Ministerio Fiscal.

razonamientos contenidos en la STS de 28 de junio de 1994, que se pronunciaba, igualmente, sobre el nombramiento del Fiscal General del Estado<sup>1339</sup>, la Exposición de Motivos de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa<sup>1340</sup>, el artículo 2 de ese texto legal y el art. 26.3 de la Ley 50/1997 entiende que era factible el control de los actos reglados (competencia y procedimiento) y de la idoneidad del candidato a la luz de los informes de las instituciones europeas, incluida la Cuarta Ronda de Evaluación del GRECO, considera que debiendo desestimarse la causa de inadmisibilidad del recurso se debió estimar el mismo al entrar sobre el fondo de la cuestión planteada.

El magistrado Requero destaca la tendencia de esta jurisprudencia restrictiva para “evitar que el proceso judicial sea una prolongación de la lucha política” sobre la base de la función que la Constitución atribuye a los partidos políticos, situación que en estos casos equivaldría a una acción popular, si bien entiende que este interés cualificador, jurídico y no de concurrencia política concurre en este caso.

Se basa en que la propia ley utiliza conceptos y exigencias legales asequibles a su revisión judicial, en un cargo constitucional que dirige el Ministerio Público en nombre del Estado y son los partidos políticos los que examinan, en el Congreso de los Diputados, al candidato propuesto por el Gobierno, que se podría considerar propio del control político salvo que se advierta una quiebra en las exigencias legales y que entiende relevante por los datos existentes y las dudas que se expresan respecto del posible poder represivo de su actuación.

Sobre el fondo destaca que no cabe hablar de zonas de inmunidad sobre la base de la existencia del control político, que solamente permite su enjuiciamiento cuando se produce una vulneración de los derechos fundamentales, entendiendo que si no se hubiese optado por plantear una cuestión prejudicial Comunitaria sobre las exigencias de independencia e imparcialidad del Fiscal General del Estado, preguntándole si es suficiente un control simplemente político: “ si esta norma nacional, que excluye el control jurisdiccional de la idoneidad del candidato por las razones expuestas se opone al Derecho de la Unión Europea”, la sentencia debía ser desestimatoria respecto del fondo, por razón de no concurrir ninguno de los elementos que sí permiten controlar el acto del Gobierno ( vulneración de derechos fundamentales).

La postura de este Magistrado puede considerarse sorprendente, ya que si se admite la legitimación del partido político para la impugnación del nombramiento debe admitirse el control de legalidad sobre los conceptos y elementos jurídicos, como se hizo en la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1994 (recurso 7105/1992) en la que se aborda una idéntica cuestión de fondo respecto de los requisitos establecidos para el nombramiento del Fiscal General y se resuelve atendiendo a lo establecido en el artículo 29.1 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, que exige una antigüedad de más de 15 años de ejercicio efectivo en la profesión, estimando el recurso

---

<sup>1339</sup> Esta legitimación se reconocía en el fundamento jurídico segundo sobre la base de lo dispuesto en el artículo 24 de la Constitución Española, en relación con el artículo 28.1. a) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa sobre la base del interés legítimo que se deducía para la Asociación de Fiscales en atención al desarrollo de su Carrera profesional y de la función que le asigna el artículo 124 de la Constitución Española al Ministerio Fiscal de velar por la independencia de los Tribunales.

<sup>1340</sup> “...instrumento útil para una pluralidad de fines: la defensa del interés personal, la de los intereses colectivos y cualesquiera otros legítimos, incluidos los de naturaleza política...”.

presentado por la Asociación Profesional de la Magistratura sobre la base de no considerarse cumplido este requisito, al no computarse el tiempo en que se encontró en situación de servicios especiales<sup>1341</sup>.

En esta materia también se considera de interés el auto de 22 de febrero de 2022 (rec. 215/2021) en el que los votos particulares de los magistrados Olea Godoy y Román García, a pesar de referirse en su sentido esencial a que esta inadmisión no debía llevarse a cabo en las alegaciones previas sino, en su caso, en la sentencia definitiva, tras la sustanciación del procedimiento en atención a la naturaleza material de la legitimación y las particular circunstancias concurrentes, se destaca el razonamiento que aparece en el FJCO 5º que dice:

“Ahora bien, a nuestro entender, de entrada no puede adoptarse el criterio de que los parlamentarios, en sí mismo o como integrados en sus órganos de representación, gocen de un derecho fundamental a la tutela judicial efectiva - que reconoce también a las instituciones públicas el artículo 24, como tiene declarado el Tribunal Constitucional- limitado, ni que para ellos haya de adoptarse un criterio más restrictivo del que es propio del régimen general de la legitimación, a que antes se ha hecho referencia, y esta es la conclusión que ha de alcanzarse de lo expuesto anteriormente. Los representantes públicos no tienen un derecho más amplio a la legitimación, pero tampoco menos; por tanto, deberá acreditarse la concurrencia o no de la legitimación que puedan ostentar para la impugnación de todos los actos de las Administraciones o de los Órganos ejecutivos con base en la “conexión específica con un concreto interés, actuación o funcionamiento del partido”. Evidentemente, no es buena la judicialización de la política, pero más peligro ofrece la creación de parcelas de inmunidad de control jurisdiccional que, por principio, están proscritas en nuestro Derecho, y más aún si son conseguidas por la vía de una extremada exigencia de la legitimación de parlamentarios, grupos o partidos políticos”.

Desde mi punto de vista, la cuestión es bien sencilla y como se ha dicho guarda relación con la vieja polémica referente al control de la actuación más libre de la Administración, respecto de los actos discrecionales y del control de los actos políticos del Gobierno, que se establecía en los arts. 2 y 40 de la LJCA de 1956, resultando al caso, *mutatis mutandi*, los argumentos utilizados entonces para resolver.

Creo que no existe inconveniente en reconocer el radical planteamiento de nuestra Constitución de 1978 en el ámbito de los derechos humanos, cuyo respeto constituye el fundamento del orden político y de la paz social ( artículo 10.1 ), que España es un Estado de Derecho ( artículo 1.1 ), que canaliza las encendidas proclamas del Constituyente de garantizar la convivencia democrática dentro de la Constitución y las leyes, de manera que tal Estado de Derecho asegure el imperio de la ley (Preámbulo), de tal forma que los Jueces se encuentran sometidos, únicamente, al imperio de la ley, que no a los mandatos del legislador, como acertadamente señala Muñoz Machado<sup>1342</sup> .

---

<sup>1341</sup> Los recurrentes también alegaron como causa de nulidad, que fue desestimada, que al Gobierno no se le dio traslado del voto disidente de seis miembros del Consejo General del Poder Judicial, que exponían los motivos por los que no consideraban el candidato adecuado, destacando que de este modo, el Gobierno no pudo formarse un juicio adecuadamente. La Sala señala que los efectos de estas deficiencias deben resolverse en cada caso y atendiendo al principio de economía procesal, ya que la postura de los Vocales era conocida por el Gobierno al resolver un recurso de reposición previo.

<sup>1342</sup> Santiago Muñoz Machado, *La reserva de jurisdicción*, la Ley, Madrid, 1989, pág. 52.

Con excepción del Rey ( art. 56. 3 de la Constitución Española ), todos los poderes públicos son responsables ( art. 9.3 CE ) y están sujetos a la Constitución<sup>1343</sup> y al resto del ordenamiento jurídico

---

<sup>1343</sup> Cuando se habla de soberanía del Parlamento se está cometiendo un manifiesto y grave error, y cuando se habla “de la ley a la ley” como si la ley no tuviese cortapisas me pongo a temblar por el golpe de Estado que se avecina. Una forma de burlar la Constitución española de 1978 pudiera hacerse a través del bloque de constitucionalidad. Ya se ha hecho mención de la biografía del que fuese magistrado del Tribunal Constitucional, Carlos Viver Pi-Sunyer, y al incluir en el bloque de constitucionalidad a los Estatutos de Autonomía, con los peligros que la intervención de la pequeña política produce en estos casos, como se deduce de la STC 31/2010, respecto del último Estatuto de Cataluña ( de este magistrado también puede verse el voto particular de la STC 88/1993, con relación a los conceptos de conservación, modificación y desarrollo de los derechos civiles forales. Téngase presente sobre la cuestión la STC 132/2019), merced a que podría considerarse que se cumple el bloque de constitucionalidad pero realmente no la Constitución, obra del Constituyente. El concepto de bloque de la constitucionalidad, vinculándolo a la posición y función de las leyes orgánicas en el ordenamiento jurídico, está presente en la doctrina jurídica española desde que Tomás Ramón Fernández (*Las leyes orgánicas y el bloque de la constitucionalidad: en torno al artículo 28 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Civitas, 1981), lo utilizara por primera vez en lengua castellana en el año 1981, trasladándolo desde la doctrina francesa. En la CE no se hace referencia alguna al parámetro de control que deberá usar el TC para juzgar la constitucionalidad de las normas, aunque se deduce que será la propia norma fundamental, en virtud de los principios de supremacía y aplicabilidad directa de la misma (deducibles de los arts. 1.2 9.1, 95, 161, 163, 167, 168 y Disposición Derogatoria de la CE) pero la LOTC establece, en su art. 28, también otros parámetros de control :

“considerará, además de los preceptos constitucionales, las Leyes que, dentro del marco constitucional, se hubieran dictado para delimitar las competencias del Estado y las diferentes Comunidades Autónomas o para regular o armonizar el ejercicio de las competencias de éstas. Asimismo el Tribunal podrá declarar inconstitucionales por infracción del artículo ochenta y uno de la Constitución los preceptos de un Decreto-ley, Decreto legislativo, Ley que no haya sido aprobada con el carácter de orgánica o norma legislativa de una Comunidad Autónoma en el caso de que dichas disposiciones hubieran regulado materias reservadas a Ley Orgánica o impliquen modificación o derogación de una Ley aprobada con tal carácter, cualquiera que sea su contenido”.

Tal vinculación deriva de la ubicación de este artículo situado dentro del capítulo I (Disposiciones generales), del Título II (De los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad) de la LOTC, pero si se acude a lo previsto en los arts. 59.1 y 73 LOTC no parece que exista inconveniente para considerar aplicable un parámetro a otros conflictos constitucionales y de hecho así ha sucedido en la práctica, por lo que la utilización por la jurisprudencia constitucional de un parámetro que, amparándose en un principio en estos preceptos de la LOTC va más allá de lo previsto estrictamente en el texto constitucional, significa que se da una apertura, que se reconoce el carácter *sui generis* de la Constitución (STC 4/81) que, al no ser una norma cerrada en todos sus extremos, no puede servir como exclusivo parámetro de validez del resto de las fuentes del ordenamiento jurídico, ya que la Constitución, sin los Estatutos de Autonomía, y sin las normas elaboradas, en virtud de las previsiones del artículo 150 CE, no sirve como único criterio de validez de las normas infraconstitucionales, puesto que solo el conjunto que conforma con estas disposiciones, cuyo contenido es la atribución competencial, es capaz de precisar cuáles son los órganos legislativos competentes para elaborar una determinada norma, cuál es el procedimiento correcto de elaboración, qué ente territorial tiene la competencia para regular sobre una determinada materia, y a qué principios debe ajustarse tal regulación y desde sus primeras sentencias, el Tribunal Constitucional, ya recurre a la previsión del art. 28.1 LOTC, y a disposiciones de rango infraconstitucional como parámetro de control de la validez de otras normas, como sucede en la primera 36/81, en que se sirve de este precepto para enjuiciar a los Estatutos de Autonomía, en este supuesto del País Vasco y ha servido en un número elevadísimo del bloque de constitucionalidad para resolver en estas materias competenciales.

En estas circunstancias, se va abriendo paso una doctrina (Nótese que se ha borrado la cita, que está al final), que considera que aunque el Tribunal Constitucional puede utilizar, indistintamente, para realizar cualquier juicio de constitucionalidad, independientemente del ámbito territorial a que afecte el conflicto, las disposiciones a que alude el artículo 28.1 LOTC, que van a «formar parte» del bloque de la constitucionalidad pero no van a «ser» el bloque de la constitucionalidad, pese a la interpretación dada, incansable y casi constantemente por el Tribunal Constitucional, entiende que el primer problema de configuración del bloque viene pues determinado por el empeño del Tribunal de ceñirlo a una concepción de mera atribución competencial, que considera poco convincente. Pero el segundo problema se plantea al comprobar cómo, de forma un tanto soterrada, el propio Tribunal amplía el elenco de sus normas parámetro cuando lo considera necesario, estimando parte integrante del mismo cualquier otra norma cuyos dictados colaboren a perfilar el diseño

(art. 9.1CE ), y sus actuaciones son fiscalizables en el ámbito jurídico por los Tribunales competentes, ya que de lo contrario no sería España un Estado de Derecho, es decir, gobernado por las leyes y no por los hombres, como señala el Preámbulo de nuestra Constitución , incluso en el mayor ámbito de discrecionalidad (art. 27 LOTC ).

Al dictar los correspondientes Autos de inadmisión a los que se ha hecho referencia, especialmente el de 13 de mayo de 2021, recurso 159/20, se apela a la STC 220/1994, de 25 de noviembre, recaída en el rec. 524/1989, respecto de un recurso de amparo, en el que se alegaban como vulnerados los derechos fundamentales a la participación política, consideraba el Tribunal Constitucional que a la cuestión no resultaba de aplicación la doctrina de los *interna corporis acta* y el artículo 23 de la Constitución Española no supone constitucionalizar todos los derechos y facultades que constituyen el estatuto del Parlamentario, señalando en su FJDCO 5º que :

“Es importante destacar que esto no supone constitucionalizar todos los derechos y facultades que constituyen el Estatuto del Parlamentario, sino tan sólo aquellos que pudiéramos considerar pertenecientes al núcleo esencial de la función representativa parlamentaria, como son, principalmente, los que tienen relación directa con el ejercicio de las potestades legislativas y de control de la acción del Gobierno, debiendo, además, sostenerse que, mientras los obstáculos al ejercicio de las facultades que integran la función parlamentaria provenientes de los propios órganos de las Cámaras son, en principio, susceptibles de revisión en amparo, las respuestas o actuaciones del Ejecutivo en réplica a tal ejercicio constituyen, también en principio, ejercicio de las funciones gubernamentales propias, susceptibles de control político y parlamentario -y, en última instancia, electoral-, pero no revisables, en general, desde consideraciones de corrección jurídica, so riesgo de pretender una judicialización inaceptable de la vida política, no exigida en modo alguno por la Constitución, y poco conveniente con el normal funcionamiento de la actividad política de las Cámaras Legislativas y del Gobierno”.

En este caso se trataba de la respuesta dada por el Ejecutivo Autonómico frente a una pregunta de Parlamentarios relativas a determinados gastos reservados.

El derecho a la tutela judicial efectiva determina, como derecho fundamental anterior y superior al propio Estado, según nuestra tradición jurídica, que no quepan reservas de jurisdicción, de manera que en aquellos casos en que no resulte aplicable el artículo 42 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, el legitimado considero que puede impetrar el amparo de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, según lo establecido en el párrafo cuarto del Preámbulo de la Ley 29/98 de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Ninguna duda existirá tampoco en reconocer que la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico y que las normas han interpretarse de acuerdo con los principios y doctrina del Tribunal Constitucional (artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

Al margen de si como se reconoce en el Auto citado de 2 de Abril de 2014, el procedimiento de elección de los Vocales del CGPJ es una muestra de nuestra forma de Gobierno Parlamentario en procedimientos compuestos o complejos de designación, en los que existen comparencias o

---

constitucional de una determinada institución. De esta realidad solo puede deducirse que el Tribunal admite, implícitamente, un concepto procesal de bloque, y que en tal concepto procesal han de caber todas las normas que contengan criterios de validez de otras normas. Itziar Gómez Fernández, “Redefinir el bloque de la constitucionalidad 25 años después”, *Estudios Deusto*, Vol. 54/1, Bilbao, enero-junio, 2006, pp. 61-98.

controles Parlamentarios, que se insertan en el procedimiento o un trámite más, lo cierto es que los recurrentes no pretendían sino determinar, si ciertas resoluciones se acomodaban o no a la legalidad (arts. 566 y sgts. de la LOPJ ) y, además, si la actuación Parlamentaria se acomodaba a la STC 108/86, cuestión que es la propia del debate procesal o jurídico, que no político ni Parlamentario.

En mi opinión, las apelaciones a los artículos 106.1 de la Constitución Española de 1978 y 1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998 son incompletas para determinar los mandatos que en este ámbito contiene nuestro ordenamiento jurídico, ya que frente a tal precepto Constitucional se alzan los ya citados preceptos de la LOTC y ante la literalidad de los expresos preceptos legales no estaría de más, tener presente la debida interpretación de los mismos, según se debe desprender de la Exposición de Motivos de la LJCA y de la doctrina Constitucional, que podrían avalar una tesis diferente.

Ciertamente, que el ámbito Parlamentario es el de la discusión política, cuya naturaleza es bien diferente de la controversia sobre si una decisión se ha acomodado o no al texto de una ley o de la propia Constitución, que cuando se canalizan en un procedimiento judicial deben considerarse jurídicas.

Junto con el principio general de que los derechos humanos son anteriores y superiores al orden constitucional establecido, se encuentra un principio general del Derecho, generalmente reconocido, cual es que nadie puede ser juez de su propia causa.

Es correlativo y se deriva de lo que se acaba de exponer, que tampoco la propia parte puede ostentar el monopolio de su acusación o de la impugnación de sus actos, siendo evidente que carecería de sentido, por la propia definición de norma jurídica, no imponer un mandato normativo con mecanismos jurídicos, no morales o políticos, que sean capaces de determinar si se ajustan o no a los mismos y, en su caso, imponerlos coactivamente.

En un Estado de Derecho, que reconoce el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, necesariamente, debe existir un mecanismo judicial para determinar si un acto se acomoda o no a la legalidad, incluida en la misma, su debida integración con una interpretación Constitucional, ya que de lo contrario, no queda más remedio que reconocer que existe una inmunidad de control, toda vez que el Parlamento no puede arrogarse funciones judiciales (artículo 117.3 de la Constitución Española).

No se admite por la dogmática Constitucionalista que el Parlamento sea soberano, puesto que no lo es en absoluto, ya que se encuentra limitado por las normas jurídicas, entre ellas y de forma destacada por la Constitución, como el resto de poderes del Estado, en cuanto manifestación del poder constituido que representa.

En este sentido cobra especial trascendencia la afirmación de Muñoz Machado a que se acaba de hacer referencia, referida a que los jueces, en el Estado de Derecho, se encuentran sujetos al imperio de la ley, que no a los mandatos del Legislador.

Si los Jueces se encuentran sometidos exclusivamente al imperio de la ley, como corresponde a un Estado de Derecho, no les puede estar vedada su aplicación cuando lo pide un interesado y a los Grupos Parlamentarios debe reconocérseles, un interés concreto para que en el procedimiento Parlamentario se respete la Constitución como norma jurídica y como tal, a exigir coactivamente su cumplimiento, lo que no afecta al debido ámbito de discusión Parlamentaria, que es una cuestión completamente diferente.

Un Grupo Parlamentario tiene un interés legítimo para que un procedimiento Parlamentario se sustancie en los términos que el Tribunal Constitucional ha ordenado que se deba sustanciar y en el que ha sido parte, ya que quien tiene la participación en un procedimiento Parlamentario tiene un interés particular, propio y diferente de quien no tiene posibilidad de participar en el mismo, es decir, es diferente de la legitimación popular, que se ostenta por el mero hecho de ser ciudadano.

Un Grupo Parlamentario tiene derecho a que se cumplan las normas Parlamentarias, que también son normas jurídicas y negarle su interés legítimo en esa cuestión equivale a negarles su función Parlamentaria propiamente.

Lo mismo puede decirse de los Parlamentarios individualmente considerados, ya que cuando recurren en amparo por vulneración de derechos fundamentales no está claro si lo que se recurre lo es en nombre propio o ajeno, o de ambos extremos a la vez, debiéndose también tener presente, las necesidades de las minorías Parlamentarias para protegerse de la mayoría<sup>1344</sup>.

Los Grupos Parlamentarios tienen capacidad jurídica y procesal como, sin duda, les reconoce el art. 6 de la LEC, especialmente si su capacidad, personalidad y legitimación les resulta reconocida por el Tribunal Constitucional, como se viene a admitir en el Auto del Tribunal Constitucional de 13 de mayo de 2021, en el razonamiento jurídico quinto, párrafo sexto.

No es de recibo señalar que no existe en nuestro ordenamiento jurídico un mecanismo de control jurídico frente a límites preestablecidos de naturaleza normativa, legal o Constitucional y esta cuestión es especialmente destacable porque afecta a la debida separación de poderes del Estado, no en abstracto sino sobrepasando, manifiestamente, los mandatos concretos establecidos por el Tribunal Constitucional.

No caben componendas políticas para evadir el debido cumplimiento de la Constitución ni se puede admitir, en un Estado de Derecho, que se carezca de mecanismos para implantar el imperio de la ley, especialmente, cuando esta peligra desde un punto de vista estructural, ya que entonces su aplicación debe ser más escrupulosa que nunca.

En un Estado de Derecho, todos nos encontramos sujetos a la Constitución y a la ley, como exige el art. 9.1 de la Constitución Española, tal y como se ha señalado en la STC 115/2019 y, precisamente, quienes mejor ejemplo deben dar ejemplo de esta obligación deben ser los más directos y cualificados representantes del poder Constituido.

Todos los órganos del Estado están sujetos a la ley y al Derecho. También el Parlamento, que debe cumplir la Constitución y las normas jurídicas que determinan sus obligaciones y competencias.

El Parlamento, como cualquier órgano administrativo, judicial o simple ciudadano tiene determinadas sus funciones o facultades por las normas jurídicas y la primera y más cualificada es la Constitución y sus propios Reglamentos, esa es la causa por la que el Parlamento puede aprobar una Ley de Tráfico pero no tramitar un procedimiento sancionador e imponer una sanción en esa materia.

---

<sup>1344</sup> A. Baldassarre, “Parlamento y justicia constitucional en el derecho comparado”, *Parlamento y justicia Constitucional*, Aranzadi, 1997, pp. 183 y 195. J. Jiménez Campo, “Sobre los derechos fundamentales de los parlamentarios”, *Parlamento y justicia Constitucional*, Aranzadi, 1997, pp. 228. Cits. Suzie Navot, “El control jurisdiccional de los actos parlamentarios: un análisis comparado de la evolución jurisprudencial en España e Israel”, *Revista española de Derecho Constitucional*, nº 77, mayo-agosto, 2006, pp. 193 y 196.

Ese control de la legalidad deben llevarlo a cabo los Tribunales de Justicia ( art. 117 de la CE), sin perjuicio de las funciones del Tribunal Constitucional y la legitimación específica de los partidos políticos proviene de su propia participación en el procedimiento Parlamentario<sup>1345</sup>, con independencia de los fines políticos o de otra naturaleza que subyazcan, para exigir que se cumpla el procedimiento y se dé satisfacción a los criterios Constitucional o legalmente establecidos.

Lo contrario determinaría que España no fuese un Estado de Derecho, al no ser gobernado por normas jurídicas que puedan definitivamente imponerse, como requisito necesario de la propia categoría de norma jurídica, ya que las normas jurídicas no serían tales, si fuesen meramente orientadoras o simbólicas, es decir, no coercitivas: morales o propias de convenciones sociales o políticas, que no tienen esa categoría de norma jurídica que es la única que integra el Derecho.

Lo mismo debe manifestarse respecto de los Parlamentarios individualmente considerados o de los Grupos políticos del Parlamento, que han participado en ese procedimiento Parlamentario.

El Constituyente ha determinado el estatus de las Cortes y esas leyes (Constitución y Reglamentos de la Cámara, etcétera...) resultan obligatorias, lo que no puede predicarse, simplemente, con un control político sino que se exige un control para imponerse por la fuerza, en su caso, y este es jurídico.

Para mayor seguridad jurídica se propone la reforma del artículo 2 de la Ley 29/98 para que en su lugar disponga que: “el orden jurisdiccional Contencioso-Administrativo será competente para resolver las controversias de naturaleza jurídica que se planten en cualquier ámbito de poder público, que regida por el Derecho Público no tenga cabida en otro orden jurisdiccional ordinario ni directamente ante el Tribunal Constitucional”.

Considero que los principios que expongo han de tenerse bien presentes, ya que de lo contrario, nuestro sistema jurídico-político será extremadamente vulnerable.

En este apartado de límites procesales que afectan a la división de poderes del Estado y con ello a la tutela judicial efectiva debe también enjuiciarse la cuestión a que se ha hecho referencia sobre las leyes interpretativas<sup>1346</sup>, la reserva formal de ley, tentación que en algunas Constituciones, como la francesa, se limita con la reserva reglamentaria y la consideración de la inmunidad Parlamentaria como privilegio personal<sup>1347</sup>.

Al igual que en los actos discrecionales, el núcleo de esa decisión debe ser administrativa, en el caso de los actos políticos o Parlamentarios debe ser respetada en el contenido de esa naturaleza, lo que no enerva el control de las normas jurídicas Administrativas o de otra naturaleza aplicables, por parte de la justicia ordinaria, Constitucional o del Tribunal de Cuentas.

Es más, desde esta postura, de conformidad 71.2 de la LJCA, los Tribunales de Justicia no puedan señalar el contenido de los actos discrecionales y lo contrario es sintomático de la Administración *contentieuse* y no de la propia vigilancia de su legalidad.

---

<sup>1345</sup> Es muy añeja la jurisprudencia que señala que no se puede negar la legitimación en un proceso judicial a quien se le ha reconocido en vía administrativa. Entre otras, SSTs de 24-10-1977, 13-12-1986 ó 2-7-1994, entre muchísimas otras y ello, entre otras razones, sobre la base de la doctrina de los actos propios

<sup>1346</sup> La STC de 5 de agosto de 1983, sentencia de la LOAPA, viene a señalar que las leyes interpretativas son ilegítimas cuando traspasando la barrera de la función legislativa y entran en el campo de la jurisdicción.

<sup>1347</sup> SSTC 206/1992, 51/1985, 243/1983, 22/1997 y 68/2001 .

Ya se ha hecho mención en los apartados precedentes de los supuestos en que los Tribunales sí pueden, por razones de eficacia y eficiencia y de otras razones legítimas, apreciar la solución correcta de los supuestos que señala García de Enterría<sup>1348</sup>, respecto de los casos en que ello no supone sino el ejercicio del debido control de las actuaciones administrativas por los Tribunales, para que ello no suponga una reserva de jurisdicción política o administrativa sino del legítimo ejercicio de una potestad administrativa o judicial sometida a sus límites y en que se debe respetar el núcleo de la decisión a que responda su naturaleza.

Se considera muy relevante en la materia que estamos tratando el ATS de 22 de mayo de 2022 que, al contrario de lo que sostenía en enero, ha considerado legitimados a los partidos políticos PP y VOX en la cuestión relativa a la impugnación de los indultos otorgados por el Gobierno respecto de los condenados por el proceso independentista de Cataluña.

### c. LA PETICIÓN DE GINA MILLER ANTE LOS TRIBUNALES INGLESES

Cualquier sensato jurista Continental quedará anonadado con lo que se va a exponer a continuación<sup>1349</sup>.

Como el Gobierno se negaba, un reducido grupo de personas acudieron a los Tribunales de Justicia para exigir que el Gobierno británico rindiera cuentas al Parlamento sobre los términos de la salida de la Unión Europea y, efectivamente, la petición encabezada por Gina Miller (de soltera Gina Nadira Singh) obtuvo sentencia favorable en primera instancia en noviembre de 2016, que fue ratificada, a pesar de los problemas constitucionales que reconocía el Tribunal Supremo concurrían, en enero de 2017.

Pero la cosa no queda ahí porque frente a esta sentencia del Tribunal Supremo y tras muchas maniobras políticas, en 2019, el conservador Boris Johnson acordó la suspensión del Parlamento durante 5 semanas, desde el 9 de septiembre al 14 de octubre, lo que fue recurrido ante la Corte de

---

<sup>1348</sup> Eduardo García de Enterría, *Democracia, Jueces y control de la Administración*, Civitas, 6ª edición, 2009 pp. 261-263.

<sup>1349</sup> Se hace referencia a un jurista bien formado en el Derecho Continental y habiéndonos ya referido a la reserva de jurisdicción en España se quiere hacer mención no solo a las dudas que puede presentar la propia existencia de la organización contencioso-administrativa en Francia que, como ya se ha expuesto, el Consejo Constitucional francés, mediante una decisión de 22 de julio de 1980, le reconoció valor Constitucional al declarar que la separación de poderes resulta de los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República que, después de la ley de 24 de mayo de 1872 (que atribuyó la justicia delegada al Consejo de Estado), creó la jurisdicción administrativa considerando que la independencia de jurisdicciones está garantizada así como el carácter específico de sus funciones, sobre las cuales no puede intervenir ni el legislador ni el gobierno y todo ello de acuerdo con lo que más tarde diría en el Dictamen de 23 de enero de 1987, en que precisa que las disposiciones de los artículos 10 y 13 de la Ley de 16 y 24 de agosto en 1791 y del Decreto de 16 fructidor del año III, que han fijado de manera general el principio de separación de autoridades administrativas y judiciales no tiene en ellas mismas valor constitucional” pero “sin embargo conforme la concepción francesa de la separación de poderes figura en el número de principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República aquel según el cual depende en última instancia de la competencia de la jurisdicción administrativa la anulación o reforma de las decisiones adoptadas por las autoridades que ejercen el Poder Ejecutivo” ofreciendo una enorme amalgama de actos políticos en la actualidad. María Pérez Ugena, “Los actos de gobierno en el marco del fundamento constitucional de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en España y Francia”, *Modelos europeos de Justicia contencioso-administrativa*, Santiago Rosado Pacheco (coordinador), Dykinson, Madrid, 2007, pp. 221-245.

Apelación de Escocia por 75 Parlamentarios y ante el Tribunal Superior de Londres por la citada Gina Miller, en un recurso secundado por el ex primer ministro conservador John Major.

El primer órgano judicial consideró que la suspensión Parlamentaria respondió a movimientos que consideró ilegales mientras que el segundo entendía que la cuestión tenía una naturaleza política.

Frente a estas decisiones se presentó recurso ante el Tribunal Supremo, que el 19 de septiembre resolvió que el asesoramiento de Johnson a la Reina Isabel II, Jefa de Estado, para proceder al cierre Parlamentario desde el 9 de septiembre hasta el 14 de octubre (poco antes la fecha fijada para la salida final de la Unión Europea) no se ajustaba a la legalidad pues perseguía frustrar que el Parlamento desempeñara sus funciones constitucionales, concluyendo el Tribunal Supremo, que la decisión de aconsejar a Su Majestad que suspendiera el Parlamento fue ilegal porque tenía el efecto de impedir la capacidad del Parlamento de llevar a cabo sus funciones constitucionales, sin una justificación razonable.

Tras la sentencia, el presidente de la Cámara de los Comunes anunció que reabría el Parlamento británico con urgencia y reuniría a los partidos políticos, señalando que los jueces han de proteger el derecho y el deber del Parlamento de reunirse en un momento crucial para examinar al Gobierno y pedir explicaciones a los Ministros.

No quiero abordar la cuestión referida a posicionarse a favor o en contra del Brexit o sobre los términos concretos de la salida sino centrar la atención sobre la posibilidad que el sistema constitucional británico ofrece a la ciudadanía para que cuestione ante los Tribunales de Justicia, materias de control público que afectan de forma tan directa a los intereses personales y particulares. Quiero destacar también su celeridad.

Algo así es inimaginable en el Derecho Continental, con sus supuestas protecciones a los ciudadanos y sus conceptos de legitimación.

Se trata, sin duda, de una cuestión que se encuentra en el ADN de la mentalidad británica pero que un ciudadano Continental, carente de conocimientos jurídicos, aplaudirá como manifestación del control a que deben encontrarse sometidos los representantes políticos a la ciudadanía, que desde luego, aunque lo parezca no es una página en blanco, control que se encuentra acentuado en el sistema democrático de un candidato por circunscripción frente a la abstracción política Continental de las listas múltiples, bloqueadas y cerradas, y con ello, la posición libérrima de los partidos políticos quedará diluida por el realismo que en los representantes impone su relación directa con sus representados.

#### **d. LOS SECRETOS DE ESTADO**

España, a semejanza de otros Estados normativamente constitucionales como Estados Unidos de América, Alemania, Reino Unido o Italia, cuenta en estos momentos con una teoría sobre los secretos de Estado, que se consideran admisibles de acuerdo con lo que se establece en el art. 97 de la CE, que atribuye al Gobierno la dirección política pero el secreto oficial es una importante excepción al principio democrático<sup>1350</sup>, que se encuentra admitido en el art. 105.b) del citado texto legal, cuando

---

<sup>1350</sup> Una de las características fundamentales de cualquier sistema democrático consiste en tener una opinión pública libre,

establece que la ley regulará el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos salvo que afecte a la Seguridad y Defensa del Estado e igualmente se admite en los artículos 10.2 y 11.2 del Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950, que lo considera como medida necesaria en una sociedad democrática<sup>1351</sup> para la seguridad nacional.

Por ello debe producirse una conciliación de estos preceptos y la legislación de desarrollo (Ley de Secretos Oficiales de 1968, reformada en 1978) con los artículos 24, 103, 106.1 y 118 de la CE.

Los problemas que se plantearán en cada caso serán los derivados de estos tres elementos:

1. Salvaguarda de la seguridad nacional y la defensa del Estado<sup>1352</sup>.

---

para lo que se erige en indispensable el reconocimiento de la libertad de pensamiento, así como de información, en doble vertiente de derecho a informar y a recibir información y la prensa es libre para dar la batalla contra el secreto y la mentira en el ámbito gubernamental. En este sentido, el Tribunal Constitucional en sentencia 6/81 determina que «no hay sociedad libre ni, por tanto, soberanía popular sin una comunicación pública libre, sin la cual quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas huecas las Instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática y el art. 20 de la CE garantiza el principio de comunicación pública libre».

<sup>1351</sup> El informe del Comité Político del Consejo de Europa, emitido el 21 de diciembre de 1978, exigía que la información estatal reuniera las siguientes condiciones: 1. Además de verdadera y auténtica, ha de ser verificable y no controvertible. 2. Ha de ser accesible a todos, sin discriminación de personas ni medios, conforme a la universalidad del sujeto y del medio. 3. Ha de ser fácilmente comprensible por su lenguaje claro, con el fin de respetar el principio de igualdad. 4. Debe darse en el momento en el que pueda ser útil a la sociedad y a sus ciudadanos. 5. El Consejo de Europa exigía que la información al ciudadano ha de ser constante, significativa (revelando todos los aspectos de los problemas expuestos), así como relevante. Esta concepción básica del derecho a la información también fue puesta de relieve por la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 23 de abril de 1992, relativa al caso *Castell*, en donde se estipula que el derecho a la información «es uno de los fundamentos esenciales de la sociedad democrática y una de las condiciones básicas para su evolución».

<sup>1352</sup> En materia Parlamentaria existe la Resolución de la Presidencia del Congreso de los Diputados, de 11 de mayo de 2004, sobre secretos oficiales, que rige el acceso por el Congreso de los Diputados a materias clasificadas, que se reguló por vez primera en la Resolución de la Presidencia de 18 de diciembre de 1986. Posteriormente, se procedió a la aprobación de la Resolución de la Presidencia del Congreso de los Diputados sobre secretos oficiales, de 2 de junio de 1992, que derogó aquella. La actual situación aconseja ampliar el acceso previsto en el punto tercero de la Resolución de 2 de junio de 1992 a todos los Grupos Parlamentarios. Dice esta Resolución que:

“Esta Presidencia, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 32.2 del Reglamento, y previo parecer favorable de la Mesa del Congreso y de la Junta de Portavoces, ha resuelto lo siguiente: Primero. El acceso del Congreso de los Diputados a los secretos oficiales se regirá por lo establecido en la presente Resolución. Segundo. Las Comisiones y uno o más Grupos Parlamentarios que comprendan, al menos, la cuarta parte de los miembros del Congreso, podrán recabar, por conducto de la Presidencia de la Cámara, que se informe a la misma sobre materias que hubieran sido declaradas clasificadas conforme a la Ley sobre Secretos Oficiales. Tercero. Si la materia en cuestión hubiera sido clasificada en la categoría de secreto, el Gobierno facilitará la información recabada a un Diputado por cada Grupo Parlamentario. Los Diputados serán elegidos al efecto por el Pleno de la Cámara por mayoría de tres quintos. Si alguno de los designados dejase de pertenecer, en el transcurso de la Legislatura, al Grupo Parlamentario por el que fue elegido, se procederá a la elección de su sustituto por el procedimiento previsto en el párrafo anterior. Cuarto. Si la materia en cuestión hubiera sido clasificada en la categoría de reservado, el Gobierno facilitará la información a los Portavoces de los Grupos Parlamentarios o a los representantes de los mismos en la Comisión, cuando hubiera partido de ésta la iniciativa de la solicitud. Quinto. Motivadamente, y con carácter excepcional, el Gobierno podrá solicitar de la Mesa de la Cámara que la información sobre una determinada materia declarada secreta sea facilitada exclusivamente al Presidente del Congreso, o al de la Comisión, cuando la petición hubiese sido formulada por esta última. Corresponde, en todo caso, a la Mesa del Congreso la resolución definitiva sobre la solicitud del Gobierno. Sexto. Asimismo, el Gobierno podrá solicitar que la información sobre una determinada materia clasificada sea facilitada en sesión secreta, a la Comisión que la demandó o a cualquier Comisión competente en la materia, en el caso de que la iniciativa hubiese partido de los Grupos Parlamentarios. En estos supuestos, sólo podrán asistir a la sesión informativa los miembros de la Comisión. Séptimo. Cuando la información recabada se refiera al contenido de un documento la autoridad que haya de facilitarla exhibirá a los Diputados previstos en cada caso por esta Resolución el

2. El ejercicio de la función jurisdiccional, garantizando el control judicial de los actos de clasificación o no desclasificación, y el posible enjuiciamiento de actividades ilícitas amparadas por el secreto.

3. La garantizar el ejercicio de los derechos relativos a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías: de contradicción de las partes en el proceso y de motivación de las resoluciones judiciales.

Este es el verdadero planteamiento general del que se debe partir, al que posteriormente seguirá, en cada supuesto real y en cada proceso abierto, teniendo en cuenta el juicio sobre la prevalencia de los respectivos fines constitucionales implicados, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes:

1) Fin de garantía del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías, que deberá ser satisfecho cuando estos contenidos esenciales sean ignorados a través de la privación de unos medios de prueba determinados, bajo la excusa de que están protegidos por el sello clasificatorio.

2) Fin de protección de la seguridad del Estado y la defensa nacional, que deberán ampararse cuando puedan ponerse en riesgo, mediante la publicidad de documentos, testigos y otras pruebas traídas al proceso.

3) Fin de control de los actos de clasificación y de los materiales protegidos por el secreto, a través de distintas técnicas: los conceptos judicialmente asequibles, control de los conceptos jurídicos indeterminados, los principios y valores constitucionales como criterios de enjuiciamiento, los elementos reglados de los actos discrecionales y de otras técnicas posibles de control.

Sobre la evolución que se ha seguido en esta materia debe tenerse presente que pudiera considerarse una primera situación, en que podría decirse que existía una tendencia al no control por los Tribunales<sup>1353</sup>, con una fase intermedia en que la jurisprudencia se hace sensible a las exigencias constitucionales y se argumenta, ya con claridad, que no estamos ante una mera cuestión de legalidad sino de constitucionalidad por la colisión con bienes constitucionalmente tutelados con juicios de ponderación de los derechos en conflicto, razonándose sobre las zonas inmunes y las situaciones ambiguas<sup>1354</sup>, y una tercera, en que las tesis jurisprudenciales tradicionales son sustituidas por técnicas

---

original o fotocopia de la documentación, si los destinatarios de la información entendieren que ésta resulta incompleta sin el conocimiento directo de los documentos. Octavo. Los Diputados a los que se refiere el número anterior podrán examinar por sí mismos la documentación, en presencia de la autoridad que la facilite, y podrán tomar notas, pero no obtener copias ni reproducciones. El examen de la documentación se efectuará en el Congreso de los Diputados o, cuando a juicio del Presidente facilite el acceso a la información, en el lugar en que aquélla se halle archivada o depositada. Noveno. Lo dispuesto en el artículo 16 del Reglamento de la Cámara será de aplicación a las actuaciones de los Diputados relacionadas con la materia que regula la presente Resolución. Disposición derogatoria. Queda derogada la Resolución de la Presidencia sobre acceso por el Congreso de los Diputados a materias clasificadas, de 2 de junio de 1992”.

<sup>1353</sup> Aunque esta teoría se origina en la jurisprudencia preconstitucional, sin embargo, tiene continuidad, tras la promulgación de la norma suprema, en la sentencia de 16 de octubre de 1979, de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo y podemos percibir su impronta en las resoluciones emitidas en el período que va hasta la sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 14 de diciembre de 1995, incluyendo la sentencia de 12 de marzo de 1992 de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (caso *Amedo*) y la sentencia de 14 de noviembre de 1992 de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo.

<sup>1354</sup> Pudieran encontrarse en esta situación la sentencia de 22 de marzo de 1986 de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo, la sentencia de 21 de mayo de 1993 de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo, la sentencia de 10 de julio de 1993 de la Sala 5.ª del Tribunal Supremo, la sentencia de 2 de marzo de 1994, de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo y el auto de 6 de febrero de 1996

de control de los actos políticos en el seno de debates de constitucionalidad a través del juicio de ponderación con derechos fundamentales, el control conforme a parámetros de constitucionalidad de los elementos reglados de los actos discrecionales o la técnica de los conceptos judicialmente asequibles de los actos de clasificación, entendidos como actos políticos o de gobierno, etc<sup>1355</sup>.

El control judicial se extiende a un control negativo de la razonabilidad o plausibilidad de la decisión, basado en el concepto indeterminado seguridad y defensa del Estado, a fiscalizar los abusos patentes que se comentan en este ámbito; a los aspectos reglados, en concreto, a valorar si el documento ha sido clasificado según los procedimientos y criterios legalmente previstos y de acuerdo con los fines que justifican la potestad clasificatoria.

La cuestión que nos ocupa en esta tesis es la relativa a los actos de clasificación y el grado de control que los Tribunales del orden contencioso-administrativo pueden ejercer frente a ellos.

En este sentido puede considerarse que existen tres escalones en el control judicial de los secretos de Estado.

En primer lugar, el tribunal debe comprobar que dicha información se refiere a la defensa nacional y a la seguridad del Estado.

En segundo lugar, deberá llevar a cabo un juicio de probabilidad acerca de si el conocimiento público de dicha información puede dañar o poner en riesgo la seguridad y defensa del Estado.

Por último, podrá realizarse un juicio de ponderación entre los bienes en conflicto, que debe consistir en una ponderación de los bienes jurídicos de digna protección<sup>1356</sup>.

García de Enterría es muy crítico en esta materia y destaca la reforma del senador Martín-Retortillo introducida en la legislación de 1978, señalando que en Alemania, el artículo 19.4 en la Ley Fundamental permite el amparo ciudadano en estos casos y en el caso francés existe una Ley de 1978, afectada por el artículo 413. 9 del Código Penal de 1994, que proclaman secreto para el juez penal en los actos clasificados pero la invocación al secreto es una simple facultad del Ejecutivo como lo es la de cualquier profesional, manteniendo el juez todas las competencias para que se le dé una explicación sobre la cuestión

Ya se ha hecho mención de la histórica sentencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos en el asunto *Nixon v. United States* de 1974<sup>1357</sup>.

---

del Juzgado de Instrucción núm. 43 de Madrid.

<sup>1355</sup> Esta tendencia puede verse en la STS de 4 de abril de 19978 (Sala Tercera) sobre la base de tendencias anteriores recaídas en la providencia del TC de 20 de Mayo de 1996, Auto de 2 de diciembre de 1994, resolución de la Sala de conflictos de jurisdicción de 24 de octubre de 1996, de la Sala II del TS de 20 de enero de 1995, Auto de 20 de febrero de 1995 y AA de 24 de septiembre y 23 de octubre de 1996. Esta evolución puede verse en José Joaquín Fernández Alles, “Los secretos de Estado en España: jurisprudencia y teoría constitucional”, *La ley*, 2, 1999, pp. 1796-1811.

<sup>1356</sup> Eduardo Melero Alonso, “El control judicial de los secretos de Estado en España. A propósito de las exportaciones de armamento”, *Opinión jurídica*, V. 7, 14, julio-diciembre, 2008, pp. 15-31.

<sup>1357</sup> Eduardo García de Enterría, *Democracia, Jueces y control de la Administración*, Aranzadi, 6ª edición, 2009, pp. 331-339. Para una visión de la legislación de esta materia dentro de los países de la OTAN puede verse a Alfonso Casado Gómez-Aguado, “Legislación española sobre secretos oficiales y su comparación con otras legislaciones OTAN. A propósito de wikileaks”, *La ley*, 8 de marzo de 2021.

Señala el artículo 48. 6 de la LJCA que se excluirá del expediente mediante resolución motivada los documentos clasificados como secreto oficial haciéndolo constar así en el índice y señalando donde se encuentran los documentos excluidos.

Sobre esta cuestión entendemos que se debe tener en cuenta lo resuelto en la STS, Sala III, Sección 6ª, Sentencia de 29 Nov. 2004, Rec. 893/2001, en cuyo FJDCO 4º se dice que:

“CUARTO.- Nuestra Sala no puede por menos de identificarse con el contenido de los razonables y razonados fundamentos de la Sala de instancia que acabamos de transcribir y, consecuentemente, debemos confirmar su decisión de otorgar la nacionalidad Doña María Inmaculada. Lo que significa que por las mismas razones debemos rechazar el recurso del Abogado del Estado. Únicamente -y reiterando lo que tenemos dicho en relación con casos similares de los que hemos tenido ocasión de conocer (cfr. por ejemplo, sentencia de 16 de febrero del 2004, recurso de casación 341/2000) vamos a añadir una referencia a la conducta de la Administración del Estado que ha dado la callada por respuesta al requerimiento, bien explícito por cierto, que le formuló la Sala de instancia para que, sin menoscabo del obligado y discreto sigilo, hiciera transparente a los magistrados componentes de aquélla las razones que, a su entender, impiden acceder a la solicitud del actor de que se le otorgue la nacionalidad española, razones, que por afectar negativamente al interés general, según se afirma sin mayor concreción, ha sido necesario amparar con el secreto oficial.

Y lo primero que debemos decir es que esta conducta omisiva de la Administración pública, ha tenido por resultado que el justiciable como advirtió el Fiscal en su escrito, haya visto mermada sus posibilidades de defensa.

Y hay que decir también que, cuando el artículo 3, número 5 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento administrativo común (en la redacción dada por la Ley 4/1999 ) proclama que la Administración, actuará en relación con los ciudadanos, conforme al principio de transparencia, no está haciendo una huera proclama populista sino incorporando al derecho positivo un principio sustentador de un Estado, como lo es el Estado español, que no sólo es social y democrático sino también de derecho. Porque uno de los rasgos definidores -no meramente retórico- de la democracia es, el de que, en un Estado de ese tipo, los poderes públicos -todos ellos, por supuesto el judicial hablando por medio de sus sentencias y resoluciones, pero también los demás, y por tanto la Administración pública- han de dar razón de sus actos, lo que quiere decir que han de explicar razonada y razonablemente el porqué de sus decisiones. Un deber que tienen, no sólo respecto de los particulares sino también, y aunque el citado artículo 3 no lo diga expresamente, respecto de los restantes poderes públicos cuando así proceda, como procedía en el caso que nos ocupa.

Por último, debemos añadir que cuando el citado precepto proclama ese principio de transparencia no está diciendo que haya que abrir de par en par el Estado a la curiosidad de todos. No es esto.

Lo que el legislador ha querido decir y ahora explicitamos es que el llamado principio -que hoy es más bien regla- de la transparencia implica, cuando se le examina por su haz, el deber de informar, y visto por su envés, implica un doble deber: un deber genérico de callar, que es lo que se llama sigilo (o discreción), y un deber específico de secreto. Y son múltiples los supuestos que hay en nuestro derecho positivo -porque no son pocos, sino muchos- que confirman lo que

decimos. Y como el catálogo de esos supuestos anda en monografías y manuales a ellos nos remitimos. Bástenos, pues, con recordar, entre otras razones para insistir en que la transparencia es consustancial a un poder de base democrática, que en el Acta final del Tratado de Maastrique [sic] de 7 de febrero de 1992, se contiene una “Declaración relativa al derecho de acceso a la información” en la que puede leerse esto: “La Conferencia estima que la transparencia del proceso de decisión refuerza el carácter democrático de las decisiones, así como la confianza del pueblo en la Administración”.

Pues bien, en el caso que nos ocupa, la Administración pública entendió que tenía el deber de callar y, porque así lo entendió, cubrió con una declaración de “secreto” esas razones que le llevaban a desestimar la solicitud de quien aquí ha comparecido como recurrido. Nada tenemos que objetar - pues carecemos de datos para hacerlo- a la adopción por la Administración de esa decisión de cubrir con la veladura del secreto el informe del Centro Superior de Investigación y Defensa relativo Doña María Inmaculada . Pero ese deber de callar, que es también potestad, no es absoluto. Tiene límites, y el que nos ocupa es uno de ellos. Porque la Administración se encuentra constitucionalmente sujeta ( art. 106 ) al control por el Poder judicial de todas las manifestaciones de su actuación, y mal podría ejercerse ese control judicial si la mera negativa o la simple conducta omisiva de la Administración pudiera impedir a un Tribunal de Justicia conocer de las razones que han determinado la desestimación en vía administrativa de la solicitud de otorgamiento de la nacionalidad.

Hay medios para que, sin menoscabo del deber genérico de sigilo y del específico del secreto, que obligarían en este caso no sólo a la Administración sino también a los magistrados actuantes, se hubiera cumplido por parte de aquélla con el deber, que también tiene, de explicar, razonada y razonablemente, las razones de su decisión desestimatoria.

Y como no lo ha hecho, pese a haber sido negada la imputación por el interesado, el cual, además pidió que se explicitara qué es lo que había de reprochable en su conducta o en sus relaciones, cuya gravedad es de tal naturaleza que pone en riesgo los intereses generales, petición que apoyó el Fiscal y determinó el requerimiento de transparencia que formuló la Sala de instancia y desatendió la Administración, el motivo invocado por el Abogado del Estado, con su doble línea argumental debemos rechazarlo, con lo que el recurso de casación por él interpuesto decae en su totalidad”.

En este mismo sentido lo resuelto mediante la STSJ de Madrid, Sección Sexta, en sentencia 279/2012 de 13 de mayo, en que se razona que la única forma en que se garantiza el derecho a recusar al instructor es conocer todos los datos personales del mismo y se desprendía del expediente administrativo, que la actora vio al instructor porque declaró ante él, tal como alegó la Administración, constaba en el escrito del Defensor del Pueblo de Mayo de 2007 y tuvo acceso al número de carnet profesional pero no consta que tuviera el conocimiento de su nombre y apellidos.

El Tribunal estima que el conocimiento visual y por número de carnet profesional no es suficiente para entender que se tiene un pleno conocimiento de la persona del instructor y es así porque, para hacer valer la mayor parte de las causas de recusación, es preciso identificar con nombre y apellidos a la persona en concreto, ya que para averiguar si dicha persona tiene interés directo porque tenga intereses profesionales o personales, parentesco o poderes de representación, haya intervenido por sus conocimientos en algún procedimiento o relación de servicios, es preciso contar con esos datos

identificativos sin que el hecho de haberla conocido personalmente suponga que conoces a esa persona totalmente máxime, si por trabajar en el CNI, solo se conoce el número de carnet profesional, no introduciendo ninguna causa que excluya dicho razonamiento, el hecho de que el expedientado sea funcionario del CNI.

## **e. LA EROSIÓN DE LOS DERECHOS SUSTANTIVOS A TRAVÉS DEL SISTEMA ADMINISTRATIVO DE RECURSOS**

### **- EL DESPLAZAMIENTO DEL ACTO ADMINISTRATIVO A LA RELACIÓN JURIDÍCA COMO PARADIGMA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO**

El elemento tradicional del Derecho Administrativo lo ha constituido el acto administrativo, que es el resultado de la plasmación originaria de la teoría de separación de poderes al estilo francés (juzgar a la Administración es administrar y los jueces no pueden entrometerse de ninguna de las maneras en el control de la actividad administrativa, con amenaza penal para aquellos que a tal inadecuada labor se entregasen) y que obedecía al esquema Liberal de radical separación entre el Estado y la sociedad, y cuya relación a través de la superioridad del Estado se llevaba a cabo, esencialmente, a través de la ley.

El acto administrativo constituirá, al principio, el elemento de enjuiciamiento de los órganos administrativos de control (*contentieuse*) al estilo de Tribunales de Justicia para pasar posteriormente y superado el sistema objetivo de jurisdicción y dentro del inacabado ( e inacabable por definición) sistema subjetivo (vista la identidad entre el interés particular en el recurso de anulación con el de buena administración) el elemento de garantía de los particulares, de manera que el concepto de acto, su origen y naturaleza van a condicionar, en un primer momento, el sistema contencioso-administrativo y, posteriormente, el sistema procesal Administrativo.

El Estado Social de Derecho modifica el paradigma Liberal de separación y no intervención en la sociedad por una decidida, utilizando la ley general y abstracta (en un primer momento no existe la distinción entre las leyes materiales y formales) para los derechos más importantes, con desplazamiento hacia la Administración de un título propio e intenso, presidido por el interés general y en el que ocupa un lugar destacado la técnica prestacional y la vinculación permanente de la relación con la Administración, a diferencia de las escaramuzas aisladas que se producen en su tradicional intervención de policía.

Superado este concepto autoritario en que se funda el acto, merced al que el Estado determina la posición de súbdito (Mayer), esta nueva situación, en principio como relación jurídica del poder, se ha ido deslizando hacia figuras más formales por la importancia de la intervención del particular y su titularidad de los derechos fundamentales.

La relación jurídica como concepto central del Derecho Administrativo presenta la ventaja de conciliarse de mejor manera con el sistema de igualdad de armas propio del Derecho procesal y con los más modernos conceptos de intervención consensual, informal o de vínculo permanente

Como se ha dicho, la intervención ciudadana en la determinación del interés público (en materia de urbanismo incluso a través de la acción popular) difícilmente podría justificar la teoría del acto administrativo como fundamentadora de la acción administrativa<sup>1358</sup>.

## - EL SISTEMA DE RECURSOS ADMINISTRATIVOS

Destacan Eduardo García Enterría y Tomás Ramón Fernández que, sin duda, el modelo de recursos en el ámbito Administrativo debe ser tributario del *iusprivatista*, en cuanto que constituye el único modelo existente aunque la evolución de la jurisprudencia se muestra esencialmente contrapuesta.

La nulidad supone que el acto es ineficaz en sí mismo sin necesidad de la intervención del juez a quien se le puede pedir una declaración, si es precisa para destruir esa apariencia creada para vencer la eventual resistencia de un tercero, pudiéndose declarar de oficio por el juez en cualquier momento, ya que por la naturaleza de la acción no se extingue por caducidad, ya que no se encuentra dentro del comercio de los hombres ni dentro de la esfera de la autonomía de la voluntad.

La anulabilidad, sin embargo, tiene unos efectos más limitados y sus coordenadas se encuentran delimitadas por el libre arbitrio del afectado.

El principio autotutela impone la existencia formal de una resolución, cuya apariencia es necesario desvirtuar y junto al principio de legalidad se encuentran los propios del interés público que condicionan la debida actuación administrativa.

En opinión de García Enterría, la falta de impugnación en plazo no convierte al acto en inatacable, ya que el interesado puede ejercitar la acción dentro del periodo de prescripción, de acuerdo con la teoría general citada, a lo que se une que la existencia de tal acto no solo se termina por un nacimiento a la vida jurídica inadecuada sino que para su supervivencia es necesaria una inadecuada actuación

---

<sup>1358</sup> Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva, *Em busca do acto administrativo perdido*, Almedina, 1995, pp. 43-206, fundando esta posición en numerosos autores alemanes, portugueses, españoles, italianos y franceses. Esta diferente perspectiva es más dinámica y otorgaría, por ejemplo, una mejor explicación del fenómeno de las regularizaciones urbanísticas, especialmente, por la relevancia de la situación real en que se encuentran los bienes y a la jurisprudencia que determina que el interés público pueda no venir definido por las Administraciones públicas intervinientes sino por los particulares, como explícitamente se defiende en la STS de 12 de diciembre de 2014 (rec. 3058/2012) y especialmente en la STS 3874/2011 de 13 de junio de 2011, rec. 4045/ 2009 en la que se debatía la ubicación de la Biblioteca de la Universidad, si podía ser en el frente oriental del Parque o Jardines del Prado de San Sebastián en Sevilla (zona verde) y tras analizar las cuestiones referidas sobre el interés público general y la discrecionalidad administrativa señala que la libertad del planificador urbanístico no desaparece ante las zonas verdes pero sí se reduce considerablemente, destacando que es preciso no solo el interés general de situarlo en esa zona sino la imposibilidad de localizarlo en otro lugar. Con relación a la determinación del titular del interés general, en su fundamento jurídico decimoséptimo dice que: “Cuanto venimos señalando, en fin, no resulta contradicho por la posición procesal de las partes. Así es, aunque en una primera impresión pudiera parecer que efectivamente las tres recurrentes, dos Administraciones Públicas y la Universidad representan los intereses generales y los universitarios, y la parte ahora recurrida, una Comunidad de Propietarios, sus vistas al parque. Sin embargo consideramos que la posición de la recurrida excede de su interés propio, que sin duda lo tiene, al manifestar que ejercita una acción pública, y ajustar su alegato a la misma. Por tanto, es el interés por la defensa de la zona verde lo que ha valorado la Sala de instancia, y no un interés particular derivado de la situación de las viviendas de la Comunidad entonces recurrente y ahora recurrida”.

administrativa de revocación y revisión de oficio, cuyo ejercicio debe ser inexorable y nadie puede beneficiarse de su propia torpeza o indigencia.

Superados, sin embargo, esos plazos perentorios de 1 ó 2 meses, normalmente, devendrá inatacable el acto administrativo sea nulo o anulable, en lo que coinciden, inexplicablemente, ambos.

Entiende este autor que esta consolidada doctrina y jurisprudencia carece de justificación material, ya que no es justo que se pierdan derechos sustantivos de los particulares por el simple transcurso de tales plazos tan perentorios a diferencia de los civiles, lo que a la postre se compadece mal con la real duración de los procedimientos y procesos administrativos y considera que el interés público no exige ser tan riguroso.

Tampoco tiene una fundamentación técnica este rigor en los plazos de impugnación, sobre todo si se tiene presente, que no necesariamente los óbices formales o procedimentales se consideran capaces de enervar el derecho material y en muchas ocasiones el mero transcurso del tiempo no produce inexorablemente la nulidad.

Cuando el propio ordenamiento jurídico administrativo fija un plazo de prescripción para el ejercicio de ciertos derechos no es lícito suplantar dicho plazo por el de caducidad de los recursos, ya que la falta de impugnación en plazo no puede perjudicar el derecho material al que la ley otorga una vida más larga, pensemos por ejemplo los derivados de las libertades públicas a los que la jurisprudencia alemana reconocen la posibilidad indefinida de impugnar actos confirmatorios o ejecutivos derivados de ellos y, en cualquier caso, la reclamación extrajudicial interrumpe la prescripción de acuerdo se establece en el Código Civil en relación con la Ley General Presupuestaria.

La situación a que se ha llegado en nuestro Derecho Administrativo a través de la doctrina del acto consentido ha pasado a ocupar uno de los lugares centrales de su funcionamiento y se basa en un principio de evolución claramente identificable, cual es el paralelismo entre el procedimiento administrativo y el proceso judicial y este modelo resulta abusivamente aplicado a la cuestión que nos ocupa, tratándose de una táctica ligada, con toda evidencia, a facultades procedimental que no a acciones materiales.

Tras rastrear esta tesis que defiende en la legislación francesa y española (Ley Azcárate de 1889) destaca el régimen de las retribuciones de funcionarios públicos, que debía generalizarse sin reservas y lo inequitativo que parece que los plazos puedan ser distintos para las partes en una relación jurídica y en este sentido señala el plazo de cuatro años establecida para la revisión de oficio o de las relaciones jurídico-administrativas de la Seguridad Social, incluidas las referentes a las mutualidades de funcionarios públicos<sup>1359</sup>.

Decía Aristóteles que un sistema político justo es el lugar adecuado y da satisfacción a un buen ciudadano, lo que se compadece mal con el actual Estado Social y Democrático de Derecho, ya que quien sobre la base del supuesto respeto al bien común ( al considerar que no había base para hacerlo) no recurra la denegación de una prestación o una obligación que se imponga por la Administración

---

<sup>1359</sup> Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, V. I y II, cuarta edición, editorial Civitas, 1988, pp. 563- 584. Puede servirnos también de orientación la jurisprudencia recaída respecto del silencio administrativo en materia de contratos administrativos.

por actuaciones ilegales o arbitrarias de la Administración las verá definitivamente perdidas mientras que el intransigente o no tan solidario que las impugne se beneficiará con la impugnación<sup>1360</sup>.

## **f. ASPECTOS PROCEDIMENTALES ADMINISTRATIVOS QUE PUEDEN INCIDIR EN EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA**

Como aspectos procedimentales administrativos, que pueden incidir en el derecho a la tutela judicial efectiva se puede señalar la existencia que los recursos administrativos excesivos, que en muchas ocasiones solamente se explican por el ánimo de la Administración de limitar la autonomía del funcionariado<sup>1361</sup>.

Para evitar estas demoras y contribuir a una Administración más eficiente y eficaz, Begoña Sesma<sup>1362</sup> considera que sería conveniente crear alternativas, especialmente, para resolver diferencias de criterio con relación a ciertos elementos de la obligación tributaria de contenido indeterminado o interpretable, además de las actas de conformidad, de las consultas tributarias o de los acuerdos previos de valoración, destacando la función que podría desempeñar el arbitraje tributario.

El Legislador, a través de la introducción de conceptos jurídicos indeterminados, complica notablemente la materia Tributaria, técnica que ha sido rechazada por el Defensor del Pueblo y la doctrina, lo que determina un cúmulo enorme de reclamaciones y recursos, y conduce también a una disparidad en la aplicación de las normas Tributarias por los Tribunales de Justicia<sup>1363</sup>.

---

<sup>1360</sup> Como ya se ha señalado, decía Aristóteles, que en una política torcida, el hombre bueno es un mal ciudadano pero en una recta, hombre bueno y buen ciudadano son equiparables, puesto que el hombre bueno solamente puede ser un mal ciudadano en una política torcida porque la bondad solo puede dañar a un ordenamiento perverso. Giuseppi Graneris, *Contribución Tomista la Filosofía del Derecho*, Olejnik, 2019, pp. 165 y 166.

<sup>1361</sup> Así junto al recurso de reposición existe no sólo la reclamación ante el TEAC sino incluso alzada, con el sobrecoste que produce en gastos profesionales para quien tiene razón, que no es resarcido de los mismos. Sobre los condicionantes previos a la llegada al Tribunal judicial, que condicionan el derecho a la tutela judicial efectiva pueden verse las SSTC 158/1987, F. JDCO, 206/1987, F. JDCO. 3º, 220/2003 FJDCO. 3º, 173/2004, F. JDCO. 3º y también la 177/2001, entre otras.

<sup>1362</sup> Begoña Sesma García, "La tutela judicial en el ámbito tributario", *Revista La Ley*, Sección de Tribunales, 6 de mayo de 2014.

<sup>1363</sup> Son bien clarificadoras las palabras del Tribunal Constitucional, respecto de la definición del valor real del bien en la STC 194/2000 (f.jdco. 9, dos últimos párrafos), en donde se señala que la ley no define ni especifica qué criterios o parámetros deben tenerse en cuenta para fijarlos, de manera que no resulta aventurado afirmar que la tarea de comprobar el «valor real» de los bienes y derechos, lejos de arrojar una cifra exacta, incontrovertible o al menos previsible dentro de un margen razonable, normalmente dará lugar a tantos resultados como peritos la lleven a cabo, de ahí que sea el propio legislador, el que permita que por la parte se promueva la tasación pericial contradictoria, en corrección de la valoración practicada por la Administración. Todo ello es predicable de todos aquellos supuestos en que en las leyes tributarias se utiliza el concepto de valor real, de mercado o normal de mercado a efectos de integrar la base imponible del tributo ( arts. 10 y 25 de la LITPAJD, a efectos de integrar la base imponible en las transmisiones onerosas de bienes y derechos, y determinadas operaciones societarias, art. 9 de la LISD, 34.1.b de la LIRPF para la determinación de pérdidas o ganancias patrimoniales, art. 79.5 de la LIVA en las operaciones entre una entidad que sea empresario o profesional y adquiera de sus socios o art. 24 de la Ley del Impuesto de Patrimonio) pero también, en todos aquellos casos en que constituye una referencia importante, como lo es, por ejemplo en el IBI, al no poder superar el valor catastral al de mercado del bien (art. 23. 2 LCI) y, en general, cuando con ocasión de una actuación tributaria aparezca tal magnitud.

El Defensor del Pueblo se ha venido haciendo eco, en los diversos informes anuales, de la problemática que plantea la

Así la determinación del valor real del bien en el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, y en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones determina el 30 por ciento de las reclamaciones ante el TEAR y en algunos, hasta del 50 por ciento, contraviniendo los elementales principios Constitucionales de seguridad jurídica, eficacia y eficiencia, entre otros<sup>1364</sup>.

La acumulación de procesos determina que, realmente, dentro del Estado de Derecho nos encontremos ante un Estado judicial colapsado<sup>1365</sup>, con la consiguiente ineficacia de la Justicia, que no cumple debidamente con sus deberes Constitucionales.

---

utilización de conceptos jurídicos indeterminados para la cuantificación de la base imponible de estos impuestos; así en el del año 2000, después de censurar las resistencias de las Administraciones Autonómicas a cumplir con sus obligaciones legales de carácter formal en las comprobaciones de valores, reiteraba la insostenible inconstitucionalidad de mantener el valor real como base imponible, concepto jurídico indeterminado fijado discrecionalmente por la Administración y en el informe de 2008, relativo a los Impuestos de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, y Sucesiones y Donaciones ponía de manifiesto las numerosas quejas que los ciudadanos habían vertido sobre el sistema instaurado derivado de los artículos 134, 135 y 57.1 de la LGT de 2003, en relación con el artículo 46 de la LITPAJD, y la nueva redacción que del artículo 57 de la LGT de 2003 había llevado a cabo la Ley 36/2006 de Prevención del Fraude Fiscal de 19 de Diciembre, completado con los Decretos y Órdenes de las Consejerías competentes para su aplicación, con relación al módulo básico del valor catastral, que como veremos se incrementa merced a la normativa Autonómica. Las quejas respecto de la comprobación de valores, que permiten la estimación por referencia y la aplicación de los coeficientes que fijan las Comunidades Autónomas se consideraban contrarias a las exigencias de una adecuada comprobación de valores: titulación, examen directo y motivación.

<sup>1364</sup> Señala la STC 150/1990 (Pleno), de acuerdo con lo que ya se había dicho en las 27/81, 99/87 y 227/88, que la seguridad jurídica es suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable e interdicción de la arbitrariedad, sin perjuicio del valor que por sí mismo tiene aquel principio. La STC 295/2006 señala que el principio de legalidad tributaria (art. 31.1 de la C.E) constituye una garantía de la autodisposición de la comunidad sobre sí misma, que en la ley estatal se cifra y consecuencia también del principio de igualdad, y por ello, preservación de la paridad básica de los ciudadanos, con relevancia no menor, en la unidad misma del ordenamiento jurídico y en la ordenación de los tributos, y muy especialmente de los impuestos (f. jdco. 4º de la STC 19/1987), conectando de manera inescindible la igualdad con los principios de generalidad, capacidad, justicia y progresividad tributaria. La STC 150/1990 ( f.jdco 2º ), señala también, que por ello no cabe subestimar la importancia que para la certeza del Derecho y la seguridad jurídica tiene el empleo de una depurada técnica jurídica, en el proceso de elaboración de las normas, singularmente en un sector como el tributario que, además de regular actos y relaciones jurídicas en masa, que afectan y condicionan la actividad económica global de todos los ciudadanos, atribuye a éstos una participación y un protagonismo creciente en la gestión y aplicación de los tributos y en el f. jdco 8º aclara que la mera existencia de omisiones o deficiencias técnicas de una norma no constituyen, en sí misma, tachas de inconstitucionalidad, siendo, por otra parte, inherente al valor superior del pluralismo, que las leyes puedan resultar acertadas a unos, mientras que desacertadas e inoportunas a otros, y que no se infringe el principio de seguridad jurídica, por el mero hecho de que un texto normativo no se plantee y resuelva por sí mismo, de modo explícito, todos los problemas que pueda suscitar su aplicación, ya que cada norma singular no constituye un elemento aislado e incomunicado en el mundo del Derecho, sino que se integra en un ordenamiento jurídico determinado, en cuyo seno, y conforme a los principios generales que lo informan y sustentan, deben resolverse las antinomias y vacíos normativos, reales o aparentes, que de su articulado resulten.

Julio Banaclóche Pérez hace una serie de consideraciones sobre la debida claridad de las normas tributarias, destacando que hay conceptos que tienen difícil definición, y el legislador, inexplicablemente, en vez de eliminarlos del ordenamiento jurídico por el riesgo que entrañan para la seguridad jurídica, los hace perdurables y los sitúa por encima de las modificaciones legales. En vez eliminarlos, que sería la postura correcta, vacía de sentido el concepto, los mantiene como *flatus vocis* y los configura como el resultado exacto de una operación matemática. Entre los casos en que ello sucede, cita aquellos supuestos en los que se emplean valores como base imponible. En nuestra opinión, la táctica que se ha utilizado en los impuestos de que nos ocupamos, que usan un valor como base imponible, no ha sido el de vaciar de sentido el concepto sino una parecida, al no definir éste el legislador, tal deficiencia la han tenido que ir supliendo la Administración y los Tribunales de Justicia. Julio Banaclóche Pérez, *Impuestos*, nº 5, marzo, 2010, págs. 1 y sgts.

<sup>1365</sup> Así, por ejemplo, la materia tributaria, según los informes del Defensor del Pueblo de 2009, fue la primera causa de

Considero que también pueden considerarse inadecuadas, por afectar al derecho a la tutela judicial efectiva, el apartado las reducciones que se imponen en los recargos y sanciones en caso de no recurrir, que van desde el 25 al 30 por ciento según los casos; tanto en materia sancionadora como Tributaria.

## **2. EL COMMON LAW ES EL SISTEMA JURÍDICO QUE RESPONDE CON MAYOR FIDELIDAD A LA ESTRUCTURA Y ORIGEN DEL DERECHO, MEJOR SIRVE AL DESARROLLO DE LA ECONOMÍA, LLEVA A CABO UN MEJOR CONTROL DEL PODER PÚBLICO Y OTORGA MAYOR LIBERTAD A LA CIUDADANÍA**

Se entiende por países del *civil law*, según la terminología anglosajona, a aquellos países con Derecho de origen legislativo, en los que las normas jurídicas son de formación política y los jueces solo tienen la función de aplicarlas a los casos concretos, deduciendo de aquellas, la solución de la controversia sometida a su enjuiciamiento y por países del *common law*, aquellos en que el Derecho es de formación prevalentemente judicial (*judge made law*), que se rigen por la regla del *stare decisis* por la cual el juez, al decidir el caso a él sometido está vinculado a los precedentes judiciales o sentencias dictadas por otros jueces, al decidir casos idénticos y es por eso que son los jueces y no el legislador, los que crean el Derecho.

El legislador del *civil law* crea el Derecho con normas generales y abstractas mientras que en el *common law*<sup>1366</sup> se hace con reglas deducidas del criterio (*ratio decidendi*) adoptado para resolver el caso concreto.

El juez Park, en el asunto *Mirehousev-Rennel* de 1833 resume sustancialmente los elementos que componen la *doctrine of judicial precedent*:

“Nuestro sistema de *common law* consiste en aplicar a los nuevos supuestos las reglas de derecho que nosotros, jueces, derivamos de los principios jurídicos y de los precedentes judiciales; y con el fin de garantizar la uniformidad, la coherencia y la certeza del derecho debemos aplicar estas reglas, con tal que no sean claramente ilógicas o estén fuera de lugar, a todos los casos iguales que se presenten; y no tenemos posibilidad alguna de desatenderlas o de rechazar su aplicación analógica prefiriendo otras no consagradas nunca judicialmente, solo porque consideremos que tales reglas no sean tan oportunas y ajustadas como deseáramos. Considero de extrema importancia mantener este canon absolutamente firme, no solo para la resolución del caso en cuestión sino sobre todo por el interés superior del derecho como sistema científico”.

Ha de tenerse en cuenta, también, como elemento diferenciador de relevancia, que la intervención del legislador, cuando no actúa llevando a cabo una sistematización orgánica del precedente, es considerada como un hecho excepcional, casi como una intrusión de los políticos que está, por su

---

queja ante esa institución y según la Memoria del TEAC, las reclamaciones económico- administrativas se incrementaron un 40% en el período 2007-2009, siendo la materia que más asuntos ingresó ante los TSJ, según la Memoria del CGPJ de 2010 y continúa en esta línea.

<sup>1366</sup> Aunque las reflexiones de este apartado se refieren, esencialmente, al *common law* se sigue pormenorizadamente al inglés, en cuanto que, además de constituir su origen, puede, por este motivo, marcar el rumbo de los tiempos futuros.

naturaleza, reservado a los técnicos del Derecho y por ello las normas del *statutory law* son interpretadas restrictivamente<sup>1367</sup>.

Ahora bien, de otro lado, también existen cuestiones en las que los Tribunales de Justicia instan al Parlamento a legislar en determinada materia sobre la que consideran que su adecuada resolución excede de su alcance, al tratarse de cuestiones generales con implicaciones morales, sociales y jurídicas, que deben ser decididas por la sociedad a través de un proceso democrático y en este sentido resultan ilustrativas las palabras de Lord Browne- Wilkinson en el caso *Airedale HHS Trust v. Bland*<sup>1368</sup>, al considerar los jueces que hay cuestiones generales o existen determinadas líneas rojas, que se cuidan de no traspasar para no usurpar los dominios del Parlamento y el estatus del legislador democráticamente elegido.

Aunque para los ingleses el juez se considere el auténtico creador del Derecho es este también, muy consciente, de cuando no le corresponde a él crearlo, ya que entienden que en estas cuestiones, su función es la aplicación de los principios que la sociedad ha adoptado y no imponer sus normas a la sociedad y solo si el Parlamento no actúa y les proporciona una respuesta jurídica resolverán cada caso que se plantee pero no se considera la mejor forma de proceder.

Pero aun así, la perspectiva es distinta, ya que mientras que para el sistema del *common law*, la función de la ley sigue siendo la resolución de disputas particulares y la del juez es la de árbitro de la disputa, que es la función neutral que ostentan los poderes públicos en el mundo anglosajón, abierto a los particulares, en el caso del Derecho Continental, la ley aparece como prácticamente omnicompreensiva del Derecho y proveedora de verdades universales y soluciones generales<sup>1369</sup> que, realmente, más que recoger la voluntad general, la dirigen<sup>1370</sup>.

El Derecho inglés responde de una manera más directa a las raíces del Derecho, en el que la función de los Tribunales de Justicia es esencial por la autoridad de sus pronunciamientos que constituyen el Derecho y no un elemento de difusión política en que se pretende materializar la justicia a través de las normas jurídicas del sistema Continental.

Esta justicia debe tener presente las circunstancias del caso concreto y la transversalidad de las ideas de justicia, extraídas de los más diversos campos del saber y cuya síntesis debe encarnar porque se encuentra en la mejor situación para hacerlo este juez que resuelve el caso específico, que no puede ni debe ser un mero apéndice material de la ley, fría y aséptica ni incluso interpretada desde sus

---

<sup>1367</sup> Francesca Moretti, *Atlas de Derecho Privado Comparado*, Coordinador Francesco Galgano, Fundación Cultural del Notariado, 2000, pp. 25, 28 y 29.

<sup>1368</sup> Tony Blanch resultó gravemente herido como consecuencia de la tragedia de Hillsborough ocurrida en Sheffield en 1989, cuando 96 personas fallecieron por aplastamiento contra las vallas del estadio de fútbol a causa de una avalancha en un partido entre el Liverpool y el Nottingham Forest correspondiente a las semifinales de la Copa de Inglaterra y a resultas de las contusiones sufridas llevaba 3 años en estado vegetativo permanente, respirando por sí mismo pero alimentado de forma artificial y sin ninguna posibilidad recuperación. Sus médicos, con el apoyo de su familia, solicitaron interrumpir el tratamiento para que Tony pudiera morir en paz. El Tribunal estimó que el tratamiento podría ser retirado por cuanto que el interés del paciente no pasaba por que se le mantuviera vivo a toda costa, señalando en este caso el Tribunal, como se ha expuesto, que su función es la de aplicar la ley y no la de desarrollar una nueva ley.

<sup>1369</sup> Natalia del Barrio, *La jurisprudencia en el common law (desde la perspectiva del jurista continental)*, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, pp. 49 y 121.

<sup>1370</sup> Como ya hemos visto, para salvar a la ciudadanía de su ignorancia o falta de virtudes morales es por lo que la voluntad general se dirige por los poderes públicos, sin duda, hacia la Tierra Prometida.

propios parámetros, siempre incompletos, como se ha visto al tratar el tema de las lagunas del Derecho de los países Continentales.

Coke<sup>1371</sup> comprendió y amó en toda su hondura la frase de Cicerón referida a que la mayor herencia del hombre Occidental estaba más en el Derecho y a las leyes recibidas de la tradición, que en lo materialmente legado por los padres: “*major hereditas venit unicuique nostrum a iure et legibus quam a parentibus*”, lo que posteriormente reiteró Burke y en general citan los juristas anglosajones.

## - EL DERECHO Y LA ECONOMÍA<sup>1372</sup>

Los sistemas jurídicos romano-germánicos tienen una regulación de la actividad económica más intensa, fenómeno que es más llamativo en los de matriz francesa vigentes en países en vías de desarrollo situados en África e Iberoamérica.

Estos sistemas tienden a establecer mayores exigencias para constituir empresas, la cobranza de deudas a través del sistema judicial, la contratación y el despido de trabajadores así como para la declaración de en situación suspensión de pagos empresas, lo que provoca una mayor desincentivación de la actividad económica y favorecen, en mayor medida el clientelismo y la corrupción, que cuando los agentes económicos actúan de una manera más informal.

Dicho todo ello sin perjuicio de que determinados aspectos, como el trabajo de los menores o de las mujeres precisen de una especial regulación mientras que en los países Nórdicos y aquellos en que rigen los sistemas del *common law* tienen una regulación de la actividad económica mucho más limitada y la protección de los acreedores es más eficaz por lo que las empresas soportan unos gastos

---

<sup>1371</sup> *Institutes*, V. 2, p. 56. Cit. Elio A. Gallego García, *Common Law. El pensamiento político y jurídico de Sir Edward Coke*, ediciones Encuentro, 2011, p. 21.

<sup>1372</sup> Quiero destacar que no es objeto de este trabajo señalar la privilegiada situación en que se encuentra el *common law* a nivel internacional como Derecho global, dada la importancia que tiene USA en el contexto y relaciones internacionales, en donde se utiliza el inglés como lengua vehicular y es la utilizada por el Fondo Monetario Internacional y por el Banco Mundial, cuyos programas utilizan los conceptos, terminología y principios políticos Occidentales y de forma más específica del *common law* en sus parámetros de exigencias a evaluar y alcanzar.

Una buena parte de la clase dirigente de las élites forenses Europea habla y se comunica en inglés y florecen los cursos y los másteres jurídicos en el idioma de los juristas del *common law*, que no son los propios del Derecho Continental y en los que a veces es incluso difícil encontrar una traducción exacta en nuestro lenguaje jurídico: italiano, polaco francés, alemán, griego o español por lo que los juristas Occidentales, no anglófonos, tienen mucho más limitadas sus expectativas de que sus ideas alcancen una cierta relevancia a nivel global, encontrándose limitadas a nivel nacional o regional sino que su impronta contribuirá, en menor medida, a formar el bagaje jurídico real de la comunidad mundial y ello a pesar de que, según los datos del propio Banco Mundial, el PIB de los países del *common law* es en su cómputo cuantitativo total, un tercio inferior al del resto de ordenamientos que pudiéramos llamar civilístico y el del Reino Unido, que dispone de unas buenas relaciones post-imperiales, un centro financiero que se sitúa entre los principales del planeta y sus centros universitarios de excelencia figuran en los primeros lugares de clasificación mundial, sin embargo, su PIB era un 15% superior al de Italia pero aproximadamente el 7% inferior al francés, el 30% inferior al de Alemania y, prácticamente, un 50% inferior al japonés.

Antes del Brexit, los países del *civil law* de la Unión Europea ocupaban más del 92% del territorio y el 83% del PIB de la Unión Europea, que constituye, aproximadamente, un cuarto del mundial. Mauro Bussani, *El derecho de Occidente. Geopolítica de las reglas globales*, Marcial Pons, 2018, pp. 80-91.

inferiores, lo que explicaría el mayor crecimiento que en la últimas décadas tienen los países del *common law* frente a los francófonos y del *civil law* en general<sup>1373</sup>.

El sistema jurídico y el judicial, este último como parte de él, afecta a variables que son fundamentales para el crecimiento económico, ya que incide de manera directa en los costes de producción y transacción, en la inversión y en las mejoras tecnológicas, y de forma indirecta en, prácticamente, todas las dimensiones de que depende el crecimiento económico, puesto que suministra el marco regulador, una especie de clima en el que operan, viven y crean valor las personas, las empresas e instituciones y garantiza el cumplimiento de las reglas y los acuerdos de las partes.

El respeto de los derechos y libertades de carácter jurídico, de un lado, y de carácter económico de otro, aportan estabilidad y de esta manera proporcionan un marco de estabilidad, previsibilidad y seguridad, que son esenciales para la inversión y el desarrollo económico.

Por su parte, el proceso tecnológico requiere invención e innovación, aspectos en los que resulta esencial, el respeto al derecho de propiedad y una estabilidad a largo plazo, al igual que sucede con la propiedad industrial, intelectual y comercial, por lo que las instituciones jurídicas son indispensables en la previsión de gastos y en el desarrollo empresarial y de la economía.

La justicia debe hacer efectivo, que el Derecho no quede en papel mojado y, por ello, las normas que regulan la aplicación del Derecho o la organización Judicial son muy importantes, ya que si las normas no se aplican o no se hace adecuadamente y en un tiempo razonable, por buenas que sean, no surten los efectos sociales a que están llamadas a cumplir, es decir, resolviendo los conflictos de la forma más rápida y menos costosa posible.

Cuando la justicia es lenta, costosa o ineficaz, las personas padecen situaciones injustas y violaciones de sus derechos y libertades, lo que tiene un coste moral, emocional y económico, de manera que cuando las empresas multinacionales examinan la oportunidad de establecer sus planes de expansión en distintos países analizan la calidad de las instituciones como variable que afecta a la rentabilidad potencial de su inversión, existiendo decenas de empresas especializadas en la recopilación de indicadores para evaluar y calificar los riesgos asociados.

Las economías necesitan marcos políticos y jurídicos que incentiven el mejor empleo de los recursos, que sean estables y lo más previsibles y seguros posibles, necesitándose buenas normas y organismos eficientes, que garanticen su cumplimiento, tanto por la Administración como por los jueces.

La inadecuación del sistema jurídico puede provenir de que las normas sean malas o de una mala aplicación administrativa o judicial de estas, dando lugar, en cualesquiera de los casos, a una inseguridad jurídica, que es perversa para el desarrollo económico, puesto que la ley no tiene mucho valor si no se aplica y la aplicación depende, en última instancia, de que haya unos jueces que haga que se cumpla.

---

<sup>1373</sup> Dário Moura Vicente, *Direito comparado*, V. I, *Introdução e Parte Geral*, Almedina, 2011, pp. 163-165. Tal afirmación la basa en el conjunto de estudios que cita en la nota 391, si bien a continuación destaca estudios, señalados en la nota siguiente, que pretenden desacreditar tales datos, especialmente respecto a la corrupción de los funcionarios públicos y a los requisitos precisos para la constitución de empresas. Destaca también que tres países del G-8: Alemania, Francia e Italia pertenecen al sistema romano-germánico. Resalta, no obstante, lo destacado al principio: las conclusiones que arrojan los primeros y más numerosos estudios.

Existen numerosos estudios que acreditan los efectos positivos de una judicatura fuerte y un mejor desempeño de los Tribunales conlleva un mayor crecimiento de los mercados de crédito.

La fortaleza de la judicatura se asocia con un mayor crecimiento económico, mientras que un sistema jurídico caracterizado por una judicatura dependiente, Tribunales sesgados, falta de protección de la propiedad industrial e intelectual y de integridad aumenta el desempleo, especialmente, entre los jóvenes.

El aumento del grado de independencia de los jueces de los tribunales superiores aumenta la tasa de crecimiento *per capita* de un país y la mayor independencia judicial está asociados a una mayor libertad económica y política.

Los factores culturales, políticos y económicos inciden en el desempeño de las instituciones y en particular en la calidad de los Gobiernos, habiéndose acreditado que los países que se rigen por el *common law*, los tienen mejores que los que tienen el sistema de origen legal francés, entre los que se encuentra España.

Cuando las normas y convenciones sociales están asumidas e interiorizadas por los miembros de una comunidad, como sucede en el sistema inglés, se ahorran costes de vigilancia en el cumplimiento de las leyes y de los contratos.

Las reglas formales no se crean para ser socialmente eficientes sino para servir a quienes tienen poder de negociación, para crear nuevas reglas, de manera que aquellas instituciones que surgen del Derecho judicial (*common law*) son eficientes porque prevalecen después de un depurado proceso de decisiones atomizadas, sin interferencia de grupos de interés, rasgo que no se da en las normas que se aprueban por los legisladores<sup>1374</sup>.

En los informes anuales del Banco Mundial se pone de manifiesto la mejor capacidad de los sistemas del *common law* para la promoción de la actividad económica, como también se viene reconociendo en numerosa literatura económica<sup>1375</sup>, lo que vienen a constituir de por sí virtudes fundamentales .

En los sistemas del *common law* se produce una mayor iniciativa privada en la economía mientras que los Continentales (*civil law*) se produce una mayor intervención en la economía por parte de los poderes públicos, con los problema añadidos que parecen llevar aparejados de corrupción e ineficacia.

## - LOS PAÍSES DEL COMMON LAW Y LAS LIBERTADES

El ideal de la libertad individual parece haber florecido, principalmente, en aquellos pueblos en los que, por lo menos durante largos periodos prevaleció un derecho hecho, esencialmente, por los jueces.

---

<sup>1374</sup> Santos Pastor Prieto, "Justicia y economía: panorámica, crítica e implicaciones", *Justicia y Economía*, Manuales de formación continuada, 49, 2009, pp. 67, 99, 100, 101, 112 y 134.

<sup>1375</sup> Tales informes pueden consultarse en <http://www.doingbusiness.org>. Cit. Dário Moura Vicente, *Direito Comparado, V. I, Introdução e Parte Geral*, Almedina, 2011, pp. 295, 51, 164 y 513 y sgts. Entre otros, Hernando de Soto, *The Mystery of Capital. Why capitalisme Triumphs in the West and fails Everywhere Else*, Nova Iorque, 2000.

Considera Hayek<sup>1376</sup> que esta circunstancia se debe a que el Derecho jurisprudencial posee, necesariamente, ciertas características que los decretos del legislador no tienen porqué poseer y si las tienen es solo porque el legislador toma como modelo, el Derecho de los jueces.

Lo que él denomina normas de recta conducta, que son las que no pertenecen a las relaciones entre órganos del Estado o a las relaciones entre estos entes y los particulares sino que regulan las relaciones de los particulares entre sí, constituyen el esfuerzo de los jueces en la solución de los conflictos, que durante mucho tiempo proporcionaron el modelo que los legisladores trataron de emular.

Por ello puede decirse que los teóricos de la política consideraron, durante mucho tiempo, Derecho, al de los juristas, el *nomos* de los antiguos griegos y el *ius* de los romanos, para distinguirlo de aquellas normas de organización del gobierno que, principalmente, habían interesado a los cuerpos legislativos.

Como se ha visto al tratar el Iluminismo francés y especialmente tras la Revolución Francesa, el Derecho (reducido prácticamente a la ley) es visto como un instrumento de reforma de la sociedad, en la que el Estado aparece como su principal agente, lo que conducirá al fenómeno denominado por los Neotomistas o Neorrealistas actuales<sup>1377</sup> como revolución permanente de la razón, mientras que en los sistemas del *common law* se presentan las normas, simplemente, como expresión de las necesidades sociales y en donde se pone en cuarentena la afirmación de que el progreso social puede ser introducido por la ley, ya que, entonces, sería muy fácil avanzar.

En una Constitución de poderes, en donde se considera la ley como medio de reforma política y social, es evidente el interés de la ley y de sus agentes, que canalizan la voluntad general, en colonizar la política hasta sus últimas consecuencias, como verdadero y poderoso elemento del sistema.

Desde esta perspectiva es relevante, la forma de ingreso y la conformación de la judicatura y en este sentido, a los jueces del sistema de Derecho Continental se les puede calificar como juez-funcionario, de clase media, que únicamente conocen el mundo a través de sus estudios, su familia y su grupo de iguales.

Desde esta perspectiva puede entenderse que su acervo de conocimientos no sea el más adecuado para el desarrollo correcto de su función.

Se ha querido en los países de Derecho Continental un juez profesional, precisamente, para asegurar que esté en condiciones de afrontar los retos que supone las características técnicas del Derecho que manejan, de manera que la Magistratura de estos países de Derecho Continental puede que no se encuentre debidamente preparada para dar satisfacción a las necesidades de transformación

---

<sup>1376</sup> Friedrich A. Hayek, *Derecho, legislación y libertad. Una nueva formulación de los principios liberales de la justicia y de la economía política*, 2ª edición, Unión Editorial, 2014, p. 123.

<sup>1377</sup> Un ejemplo de lo que se expone puede verse en Miguel Ayuso Torres, “Las aporías presentes del derecho natural (De retorno en retorno)”, *Direito e Justiça, Verdade, Pessoa humana y orden político jurídica*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, 2008, p. 69.

social, lo que, a su vez, les puede producir un generalizado sentimiento de insatisfacción<sup>1378</sup>, que invade con intensidad al resto de elementos que componen el mundo jurídico<sup>1379</sup>.

El juez que constituye la boca muda que pronuncia las palabras de la ley no es sino un mecanismo de esta, que para mayor satisfacción, su conocimiento del Derecho se centra, prácticamente en exclusiva, en la ley, según las enseñanzas que ha recibido (ya se ha dicho que una de las primeras transformaciones que realizó la Revolución Francesa fue la enseñanza del Derecho en la Universidad) y más en concreto, en un conocimiento técnico-memorístico de la ley que asume, prácticamente, el monopolio del Derecho, según un esquema piramidal del mundo complejo que constituye, especialmente en los Estados compuestos, con diferentes fuerzas y fuentes normativas materiales, que se encajan dentro de los principios de competencia y jerarquía.

Funcionario técnico en leyes, que constituye el ideal de la Revolución Francesa, tras el abandono del sistema de elección y semi-arbitraje de los primeros tiempos, en tanto que presupone vascular el sistema, a manos del legislador, que ha capitalizado la voluntad general en Parlamentaria y en soberanía, y en la que el sistema judicial no es el tradicional del Derecho y la justicia, como elementos de un más amplio concepto sino el de la ley, denominada fruto de la voluntad popular y aplicada, técnicamente y lo más asépticamente, por las comisiones del Legislativo, en que se han convertido los jueces en este sistema.

Ya se ha hecho referencia a la separación de poderes en este sistema tan totalizante de la voluntad general a manos de la ley y de la dinámica de los derechos conferidos en este sistema legicentrista, con los colaterales efectos en las libertades, los derechos y la propia fisonomía del Estado.

Jorge Reis Novais<sup>1380</sup> destaca las distintas tesis de Dicey sobre la naturaleza y efectos inmediatos del *rule of law*, especialmente tras la Revolución Gloriosa, que establece la prohibición de evasión de la jurisdicción de los tribunales ordinarios y la consideración de los derechos, más que como consecuencia de la reglas Constitucionales Británicas como continuidad de los principios de Derecho Privado, a través de la actuación de los Tribunales y del Parlamento, que constituyen la idea del Estado material de Derecho: la limitación jurídica del Estado y la protección de los derechos individuales, más allá de la concepción Administrativista del Estado de Derecho.

El Derecho Continental no garantiza realmente los derechos fundamentales frente al poder (sí de alguna maneras de los catalogados) y la justicia se convierte por obra de la política, que obedece a la voluntad general, en organizadora del poder público y en eficaz coartada de sus designios.

El Poder Judicial sigue al poder político e incluso se enfrentará, en nombre de la ley y de las normas fundamentales que le suministre la política, a quien realmente alce su voz en nombre de los derechos fundamentales, contra la opresión del poder<sup>1381</sup>.

El Derecho y la justicia no serán el mecanismo que podrán utilizar los oprimidos contra el poder sino que será, en gran medida, el instrumento que utilizará el poder contra los oprimidos.

---

<sup>1378</sup> Rosa Ruiz Lapeña, "Estado democrático y función judicial", *Parlamento y Poder Judicial*, Estudios de Derecho Judicial, 106, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, pp. 69-72.

<sup>1379</sup> Alejandro Nieto, *Crítica de la razón jurídica*, edit. Trotta, Madrid, 2007, pp. 138 y 139.

<sup>1380</sup> Jorge Reis Novais, *Contributo para una teoría do Estado do Direito*, Almedina, 2018, pp. 53-57.

<sup>1381</sup> Ya he mencionado como Rousseau negaba el derecho de resistencia frente a la voluntad general.

Gráficamente se dijo en el Preámbulo de la Ley de 16-24 de agosto de 1790, que tiene antecedente en otra de 22 de diciembre de 1789, que dice que necesitábamos una justicia independiente contra el Rey oprobioso pero ahora que el poder público es legítimo y se respetan los derechos humanos (en aquella época solo estaban escritos en un papel) no es para nada necesaria<sup>1382</sup>.

Añado yo, que a quien exponga lo que aquí se dice se le denominará enemigo del pueblo y defensor de oscuros intereses patrimoniales o corporativistas, al que se debe eliminar físicamente (comunismo) o mandarle al ostracismo de lo políticamente correcto (democracias políticas Continentales del mundo Moderno)<sup>1383</sup>.

Debe reconocerse que el Derecho es más y bastante diferente de la política, si lo que se quiere es mantener la paz y la estabilidad social, que siempre había constituido la función del Derecho y en el modelo de Derecho Continental se hace responsable al Estado del Derecho, cuando ha sido el Estado el que ha protagonizado las más crueles matanzas hasta ahora conocidas en la historia.

El Derecho construido de abajo a arriba sobre la base de viejas y mejores costumbres o situaciones dignas de defensa tiene su mejor manifestación en el *common law*, no siendo sino reales falacias, tanto la ley como manifestación de la voluntad popular rudimentariamente obtenida, que considera la costumbre como fuente secundaria del Derecho o el espíritu del pueblo de Savigny, que localizaba también en el Derecho romano y alertaba de los problemas de este tipo de concepción del Derecho derivado, prácticamente, de la ley.

Constituyen. cuando menos. imprecisiones si no falacias tanto la consideración de la ley como fruto de la voluntad popular como la consideración de la costumbre como fuente secundaria del Derecho cuando, realmente, es la que recoge y cristaliza la voluntad, fruto del espíritu del pueblo.

El motivo por el que los ingleses han considerado siempre al *common law* como la mejor garantía de sus libertades se basa en la consideración de entender, que respeta las costumbres de los súbditos y no viene impuesta desde arriba como sucede con el Europeo Continental.

Tanto los Tribunales del rey como los jueces itinerantes basaban sus decisiones en las costumbres locales que consideraban más justas y razonables, y no surgían de la voluntad caprichosa del soberano sino del pueblo, directamente, que las crea, conserva y custodia celosamente<sup>1384</sup>.

Mientras las Revoluciones europeas y americanas de la época del Iusnaturalismo racionalista buscaban su legitimidad en esos principios Racionales, las Revoluciones inglesas se pretenden legitimar al modo tradicional, es decir, por su intención de restaurar un antiguo orden que había sido quebrantado por el monarca y sus colaboradores, de ahí que apenas se hayan abolido viejos textos o

---

<sup>1382</sup> “La Nación no olvida lo que debe a los *parlements*; solo ellos resistieron la tiranía... Nuestra Magistratura estaba constituida precisamente para resistir al despotismo pero esta ya no existirá de ahora en adelante. Esta forma de Magistratura ya no es pues necesaria” Cit. Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva, *Em busca do acto administrativo perdido*, Almeida, 1995, p. 23.

<sup>1383</sup> Alejandro Nieto, *Crítica de la razón jurídica*, edit. Trotta, Madrid, 2007, pp. 246 y sgts.

<sup>1384</sup> Fernando Cuñado de Castro y Ruth Gámez González, *Introducción al Common Law*, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, p. 77.

instituciones con ellas sino que, más bien, se les ha dado un nuevo sentido, por lo que en medio de los cambios es posible encontrar una línea de permanencia y continuidad<sup>1385</sup>.

Consideraba Edward Coke, que la razón es el alma de la ley y el *common law* no es otra cosa sino la razón perfeccionada por el arte, resultado de un largo estudio, observación y experiencia, y no de la razón natural de cada hombre.

Si la cordura que ha sido dispersada en muchas cabezas fuera reunida dentro de una sola, todavía no podría hacer algo semejante al Derecho de Inglaterra, que es el resultado de la criba y elaboración de un infinito número de hombres sabios y prudentes en el transcurrir de muchas generaciones y por esta larga experiencia creció con tanta perfección para el gobierno de este reino, que se verifica en la máxima de que ningún hombre se considere más sabio que las leyes<sup>1386</sup>.

Como se sabe, el gobierno de las leyes es una vieja idea de Aristóteles y pudiendo considerarse que si la ley constituye la expresión de la voluntad de un hombre concreto se corre el riesgo de ser caprichosa y arbitraria, lo que no sucede con la razón impersonal, considerándose al *common law* como un Derecho tradicional-judicial impersonal, que no está formado por los decretos de los reyes, ya que ningún hombre debe encontrarse sometido a otro pero sí a Dios y a su ley, como había escrito en el S. XII, Bracton<sup>1387</sup>.

Coke no estaba buscando sustituir la soberanía del monarca absoluto por la soberanía del Parlamento, ya que la ley no puede ser simplemente lo que ordene el rey pero tampoco lo que ordene el Parlamento y como señala Elio Gallego<sup>1388</sup>, Coke siempre luchó por la soberanía ordinaria del Derecho frente a la acción política y el Parlamento reconoció la independencia del *common law* aunque incrementó su labor legislativa<sup>1389</sup>.

La ley, supuestamente, es expresión de una sabiduría impersonal lentamente decantada en un proceso de siglos, cuyo motor más importante es la jurisprudencia de los Tribunales y el *common law* prevalece sobre el Parlamento en caso de conflicto entre ambos y así está escrito en muchos libros, que consideran que el *common law* debe prevalecer sobre las leyes del Parlamento y declararse totalmente nula una ley del Parlamento porque vaya en contra del bien común o es repugnante o imposible de ejecutar, supuesto en que el *common law* se encargará de dominar dicha ley y la condenará a que se tenga por nula<sup>1390</sup>.

---

<sup>1385</sup> Manuel García Pelayo, *Derecho Constitucional Comparado*, Revista de Occidente, Madrid, 1957, p. 252.

<sup>1386</sup> Edward Coke, *Reports*, 100. Cit. Francisco José Contreras, *La Filosofía del Derecho en la Historia*, Tecnos, 2016, p. 162.

<sup>1387</sup> Cit. Francisco José Contreras, *La Filosofía del Derecho en la Historia*, Tecnos, 2016, p. 162.

<sup>1388</sup> Elio A. Gallego García, *Common law. El pensamiento de Sir Edward Coke*, Encuentro, 2012, p. 42.

<sup>1389</sup> Natalia del Barrio, *La jurisprudencia en el common law (desde la perspectiva del jurista continental)*, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, p. 34.

<sup>1390</sup> Edward Coke, *Reports*, V. VIII. Cit. Francisco José Contreras, *La Filosofía del Derecho en la Historia*, Tecnos, 2016, p. 163.

## - EL COMMON LAW Y LA FIDELIDAD A LA ESTRUCTURA Y ORIGEN DEL DERECHO

Como se ha dicho, Napoleón residenció en el parlamento funciones que tradicionalmente no desempeñaba, ya que se centraba en la elaboración y control de ejecución del presupuesto y de la acción del Gobierno, ampliándolas a las que Hayek denomina reglas de recta conducta y que regulan las relaciones sociales privadas, lo que a la postre conducirá a una intervención absoluta del Estado en la sociedad y más en concreto a través de la Administración, con un dominio del Derecho Público sobre el Privado y que invade sus ámbitos, con un crecimiento exponencial de los litigios.

Este fenómeno tuvo una aceleración e incremento importante a través del Estado de Derecho alemán, que configura un Leviatán social absoluto, propio de una sociedad cerrada.

Ya se ha hecho referencia a la idea inglesa de no recoger en textos escritos expresos los derechos fundamentales, ya que poco se ganaría con ello en opinión de Dicey, que considera que lo relevante es el establecimiento de unos mecanismos que aseguren su respeto y que en el sistema inglés es una función que recae sobre los jueces.

Como se verá a continuación, el Derecho inglés es el que, en mayor medida que el Continental Europeo, mantiene la estructura del Derecho romano y satisface las exigencias de la justicia del caso concreto y actual, que constituye la finalidad propia del Derecho y favorece un modelo de sociedad abierta, que se defiende mucho mejor ante la opresión y es la mejor garantía de las libertades y también obedece, en gran medida, al método científico inglés: el empirismo.

En el s. XVII, en la familia jurídico romano-germánica se abre, aparentemente, un nuevo periodo marcado por la creciente emancipación del pensamiento jurídico de la moralidad religiosa (ya hemos visto que tal afirmación no es real) y así mientras que el cristianismo subrayó el valor trascendente de la persona humana que se erige en fin último del orden jurídico, en la Europa del Seiscientos se tiene una confianza acentuada en las potencialidades de la razón humana, dando lugar al racionalismo moderno, lo que les distingue de los juristas romanos y del iusnaturalismo Tomista pero también de la doctrina inglesa, más propensa al empirismo y al casuismo, puesto que el Derecho romano y la jurisprudencia romana se fundaba en casos concretos, lo que más tarde desembocaría en el *case law* inglés, propio de los juristas prácticos.

El Iusnaturalismo racionalista fue obra esencialmente de los filósofos y posteriormente enseñado por los profesores por lo que el Derecho Continental Europeo se conoce como el Derecho de los profesores<sup>1391</sup> que, esencialmente, tienen conocimientos teóricos y carecen, casi por completo, de experiencia práctica mientras que el *common law* es el Derecho de los prácticos: abogados y jueces, categoría que se alcanza tras el ejercicio profesional, con solvencia y prestigio del Derecho, y sus enseñanzas teóricas parten del análisis de los casos prácticos.

En este sentido se quiere traer a colación la tesis, que aunque viene a representar a una Escuela del Derecho (el Realismo jurídico Norteamericano), sí que puede decirse que plasma la manera de pensar del jurista inglés, pragmática y realista, la que considera que el Derecho no es sino la profecía de lo que los jueces resolverán.

---

<sup>1391</sup> Dário Moura Vicente, *Direito comparado*, V. I, *Introdução e Parte Geral*, Almedina, 2011, pp. 120 -123 y 151-154.

El Derecho inglés obedece, de forma más original, a la estructura y concepto del Derecho, y así lo pone de manifiesto, tanto el propio origen y causa del Derecho inglés como la de los países Continentales, a través de su fuente del Derecho romano, con la virtud añadida, de que también permite una mejor adaptación a los nuevos tiempos, facilitando de forma más inmediata, las respuestas que precisan las necesidades humanas y la mayor estabilidad política, como tiene acreditada la historia, especialmente la del s. XX.

Como se ha dicho en el apartado correspondiente, en el Derecho romano lo importante, más que sus resultados recogidos en el *Corpus Iuris Civilis* es el método jurisdicente de creación del Derecho, que no proviene de las constituciones imperiales sino de la obra de los juristas prácticos.

Los Revolucionarios Continentales se apropiaron de este valioso bagaje para legitimar su obra política, utilizando al Derecho como fuente de legitimación de su poder, dando lugar al Derecho del poder frente de lo que realmente fue o debe ser el Derecho, el poder del Derecho.

Como se ha dicho, Napoleón a través del Código Civil pretendió traer al bando de la *potestas*, la *auctoritas* del Derecho a través del Derecho romano merced al fenómeno de la Codificación.

En el Derecho inglés no se ha producido el fenómeno de la Codificación propia de los Derechos romano-germánicos, herederos de la Revolución Francesa, no existiendo, como en el Derecho romano, una distinción entre el Derecho Público y el Privado, y alcanzando la cima del ordenamiento jurídico, el Tribunal judicial, a través de la regla del precedente.

El territorio de la isla de Bretaña, aunque constituyó una provincia del Imperio Romano y las principales ciudades de la actual Inglaterra fueron fundadas por Roma, nunca llegó a estar muy romanizada y la invasión de Bretaña por los sajones, pueblo germánico no romanizado, supuso un alejamiento progresivo de la cultura y del Derecho romano.

Su tradición jurídica (*common law*) es un Derecho judicialista y casuístico, como el de la República, el Principado e incluso de la Época clásica del Derecho romano, merced a la intervención del pretor y la labor de los jurisconsultos.

Como se sabe, los pretores eran los magistrados competentes en materia de jurisdicción y encargados de conocer de la primera fase del proceso, y toda la cultura jurídica romana tiene bien presente las opiniones de los jurisconsultos<sup>1392</sup>.

Lo importante en el Derecho es la practica del método heterocompositivo, no la solución predeterminada obtenida de catálogos de soluciones generales y abstractas, que en muchas ocasiones, al margen del caso concreto y singular, pretenden orientar y reeducar, más que otra cosa, lo que constituye una consecuencia de la intervención política y mayoritariamente sectaria, que realmente existe tras la voluntad popular del Estado Liberal, basculando al Estado de Derecho, orientador de la voluntad general, de la mano de los poderes fácticos, medios de comunicación o intereses partidistas de los partidos políticos.

En otras palabras, la esencia del Derecho, no la constituye la fortaleza del poder público que dicta el catálogo de soluciones abstractas y que establece el perfil de los empleados que deben proponerlas y asegurar su ejecución.

---

<sup>1392</sup> Antonio Fernández de Buján, *Derecho Público Romano*, Madrid 20ª edición, 2017, pp. 379 y 380.

Considero que la esencia del Derecho lo constituyen la *auctoritas*, la autoridad del juez o del árbitro, que paraliza la beligerancia de las partes sobre la base del concierto previo de voluntades de someter la cuestión a un tercero imparcial, método que determina la importancia del sistema heterocompositivo.

Como se ha dicho, esta forma de Derecho basado en la fuerza del poder público y político puede servir a la paz social ( basada en la violencia del Estado amparada en la ley) pero no a la armonía social, ya que la ley se suele aprobar por determinadas mayorías pero no debe olvidarse que, normalmente, esta parte de la sociedad, más tarde va a tener la mayoría y podrá modificarla mientras el Derecho jurisprudencial se basa en la razón jurídica del caso real y social que se va abriendo paso lentamente y proporciona razones a quien pierde, de manera que proporciona la paz que siempre prestó el sistema heterocompositivo desde los albores de la civilización<sup>1393</sup>.

La enseñanza del Derecho romano comenzó a ser introducida en Inglaterra por la Iglesia durante la Edad Media, lo que fue rechazado enérgicamente por la nobleza británica, dando lugar al *Statute of Merton* de 1235<sup>1394</sup> y por este motivo la determinación del sistema de Derecho fue afectado por las cuestiones religiosas, en beneficio del estudio del *common law* pero tal y como ponen de manifiesto Gary Slapper y David Kelly<sup>1395</sup> según los datos de *Lord Chancellor* de 1995, el 80% de los jueces de órganos superiores en Inglaterra habían estudiado en Oxford o Cambridge, en donde se estudia Derecho romano.

La importancia del Derecho romano en el Derecho Continental en la actualidad se deriva, esencialmente, de la sistematización, estudio y comentario de que fue objeto durante la Edad Media, extremo del que ya se ha hecho referencia, y a su acogimiento como la *ratio scripta* por la Codificación o como la plasmación del espíritu del pueblo por la Pandectística o la Escuela Histórica del Derecho.

En el siglo XII, en Inglaterra, ya se encontraba en marcha el fenómeno de la unificación jurídica o *common law* (Derecho común) mientras que en el Continente fue necesario acudir al fenómeno del *Ius commune* romano- canónico a través de los Glosadores o la Escuela de Bolonia para que llevaran a cabo la unificación y ello frente al *ius rusticorum* que se practicaba en los niveles populares.

Como señala Hespanha<sup>1396</sup> y ya se ha desarrollado con detalle, generalmente los encargados de la resolución de los conflictos entre particulares en la Edad Media ni conocían el latín, en el que se escribían las leyes y las sentencias de los altos Tribunales, ni tampoco habían culminado sus estudios de Derecho, de ahí que aplicasen el Derecho de las costumbres y el derivado de la práctica judicial y notarial<sup>1397</sup>, que era, además, el que más agradaba a los contendientes, de manera que la aplicación del Derecho oficial por parte de los jueces letrados y concedores del latín dio lugar a una fuerte

---

<sup>1393</sup> Eduardo Vera Cruz Pinto, *Introdução ao estudo do Direito Romano. As questões fundamentais*, AAFDL, Lisboa, 2021, p. 63.

<sup>1394</sup> Fernando Cuñado de Castro y Ruth Gámez González, *Introducción al Common Law*, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, p. 132.

<sup>1395</sup> Gary Slapper y David Kelly, *O sistema jurídico inglês*, Grupo editorial nacional, 2011, pp. 253 y 254.

<sup>1396</sup> António Manuel Hespanha, *Cultura Jurídica Europeia*, Almedina, 2018, pp. 151-278.

<sup>1397</sup> Sobre el alcance que debió representar el fenómeno a que se hace alusión puede servirnos de referencia, incluso en la actualidad, la denominada *cautela sociniana*, que apenas regulada legalmente contienen un porcentaje cercano a la totalidad de los testamentos que se redactan.

oposición popular, ya que sus sentencias se consideraban alejadas de la realidad por la artificiosidad de su raciocinio.

La recepción del Derecho romano durante la Edad Media en el Derecho Continental es un fenómeno esencialmente de los juristas, como lo es la labor de los jueces (juristas) en la creación y aplicación del precedente del *common law*.

Esa senda, la va a abandonar el Derecho Continental tras la Ilustración mientras que el *common law* sigue siendo hoy en día el Derecho procedimental que fue en su día el romano pretoriano, que entiendo que junto con la labor de los jurisconsultos constituyó la grandeza del Derecho romano universalmente reconocida.

Puede decirse que el Derecho inglés es más pragmático y al margen de una discutible mejor solución al caso concreto, sí que debe reconocérsele una mayor especificidad y rapidez en la resolución de los casos, según se deduce de la experiencia, ya que los nuevos conceptos de uso social, ya suelen tener un previo examen de este: *merchandising, leasing, renting, confirming, shrink-wrap*, maternidad subrogada etcétera, que el Continental, más idealista, sobre la base de que la necesaria respuesta debe ser dada por el sistema en su conjunto y no tanto por las concretas circunstancias del caso, que es lo que se sujeta a enjuiciamiento.

Se dice por ello que en el inglés, del caso surge el modelo tipo y que en el Continental, con el supuesto tipo se resuelve el caso, lo cual no es lo adecuado en puridad de conceptos, como puso de manifiesto el Nominalismo<sup>1398</sup> y del que surge el modelo deformado e inadecuado y, además, mientras se produce la supuesta respuesta de la elaboración dogmática del derecho subjetivo ¿ qué sucede con la justicia?

De otro lado, como señala Roscoe Pound, tal vez ninguna otra institución del mundo moderno demuestra tener tanta vitalidad y tenacidad como la tradición jurídica angloamericana que llamamos *common law*.

En lo esencial, constituye una forma peculiar del pensamiento judicial y jurídico, una manera de tratar problemas jurídicos, más bien que un cuerpo definido de reglas determinadas; pero en todas partes acaba por configurar las reglas, cualquiera que sea su origen, en consonancia con sus principios, y logra que estos se mantengan con firmeza ante poderosas tentativas dirigidas a eliminarlos o superarlos<sup>1399</sup>.

Es decir, realmente continúa con la tradición del Derecho romano, ya que su novedad no era el resultado del método jurisdicente sino el propio sistema con el que se alcanzaban los resultados.

Quiero hacer hincapié en que lo relevante es la metodología, que es la que alumbró el concepto de Derecho basado en la *auctoritas*, frente al posterior moderno concepto de Derecho, prácticamente equivalente a ley, basada en la *potestas*, como se ha visto.

---

<sup>1398</sup> Como se ha visto, las tesis del Nominalismo y su voluntarismo serán utilizadas por Lutero, que abrirá las puertas a la supremacía del poder político sobre el religioso e incluso a la subordinación de este sobre aquel, lo que se utilizará por el Iusracionalismo y sentará las bases Estado de Derecho alemán.

<sup>1399</sup> Roscoe Pound, *El espíritu del "common law"*; traducción de José Puig Brutau, Bosch, 1954, p.17.

El valor de la jurisprudencia en el sistema de fuentes del Derecho del *common law* no distaba excesivamente, en origen, del que reinaba en el Continente cuando el *ius commune* permitía la ambivalencia de fuentes: la ley y la jurisprudencia.

Al contrario de lo que sucedió en el Continente, la prevalencia cayó en las Islas Británicas del lado de la jurisprudencia mientras que el Derecho Continental otorgaba a la ley, la primacía en la elaboración del Derecho.

En el *common law*, la premisa fue precisamente la contraria, y se entendió que era el estamento judicial y la jurisprudencia el instrumento más adecuado para desarrollar el Derecho<sup>1400</sup>.

Tras la norma escrita, el precedente con origen en el *common law* y la *equity* ( en la actualidad la costumbre tiene un espacio muy reducido), a través del razonamiento jurídico es esencial en la solución del caso sometido a enjuiciamiento, adquiriendo el carácter de verdadera fuente del Derecho los *book of authority*, que son obras doctrinales clásicas escritas por los jueces ingleses entre los siglos XII y XIX, en tanto que contienen la *ratio decidendi* de la sentencia o la base dogmática de las leyes del Parlamento, valorándose también en el razonamiento jurídico las aportaciones doctrinales, especialmente de jueces de prestigio<sup>1401</sup>.

Como ya se ha mencionado en el apartado anterior, el motivo por el que los ingleses han considerado siempre al *common law*, como la mejor garantía de sus libertades se basa en la consideración de entender que respeta las costumbres de los súbditos y por no viene impuesto desde arriba, como sucede con el Continental.

Tanto los Tribunales del rey como los jueces itinerantes basaban sus decisiones en las costumbres locales, que consideraban más justas y razonables, y no surgían de la voluntad caprichosa del soberano sino del pueblo, directamente, que las había creado, conservado y custodiado celosamente<sup>1402</sup>

Considera Hayek que la libertad de los ingleses, que el resto de Europa empezó a admirar tanto en el S. XVII no fue fruto de la separación de poderes sino más bien resultado del hecho de que el Derecho que regía las decisiones de los Tribunales era el *common law*, un Derecho cuya existencia era independiente de cualquier voluntad y que al mismo tiempo era desarrollado por Tribunales independientes, que lo aceptan como vinculante.

Un Derecho sobre el que el Parlamento raramente interfería y cuando ello se producía era, únicamente, para aclarar algunos puntos dudosos, por lo que podría decirse que en Inglaterra se desarrolló una especie de separación de poderes, no solo porque el legislador hiciera la ley sino porque no la hacía, ya que el Derecho lo determinaban Tribunales independientes del poder que organizaba y dirigía el Gobierno, es decir, el poder que erróneamente se llamó legislatura.

La consideración del Derecho como un acto de voluntad del gobernante, que arranca del siglo XVIII, se encuentra estrechamente ligada al surgimiento de la Monarquía Absoluta, época en que se formaron las concepciones que luego dominarán las aspiraciones de la democracia y este nuevo poder

---

<sup>1400</sup> Natalia del Barrio, *La jurisprudencia en el common law (desde la perspectiva del jurista continental)*, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, p. 37.

<sup>1401</sup> Fernando Cuñado de Castro y Ruth Gámez González, *Introducción al Common Law*, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, p. 73-108.

<sup>1402</sup> *Ibidem*, p. 77.

de estatuir normas, que desde antiguo se había ejercido para organizar y ejercer el aparato del Gobierno se mezcló con el de establecer reglas de recta conducta y se concibió como poder unitario de legislar.

La primera resistencia a este desarrollo vino de la tradición del Derecho natural que utilizaron los Escolásticos españoles tardíos, al distinguir entre el Derecho que nunca había sido inventado o proyectado deliberadamente sino que había evolucionado en respuesta a las necesidades de las situaciones.

Sin embargo, esta tradición perdió su fuerza cuando en el s. XVII, el Derecho natural vino a entenderse como el diseño de la razón natural y fue Inglaterra el único país que conservó la tradición Medieval y edificó sobre las libertades Medievales, el moderno concepto de libertad bajo la ley.

Lo que entiende que se debe, de un lado, al hecho de que Inglaterra no llevó a cabo una recepción global del Derecho romano tardío y con ella, la concepción del Derecho como creación de algún legislador (Justiniano), y de otro y en mayor medida, al hecho de que los juristas de la *common law* habían desarrollado concepciones en partes semejantes a los Iusnaturalistas sin formularlas en la engañosa terminología de su Escuela.

En el s. XVI y principios del XVII, la estructura política de Inglaterra no era fundamentalmente distinta de los países del Continente y aparecía como posible que en ella se desarrollara una monarquía Absoluta muy centralizada, como sucedió con el resto de países del Continente pero lo que impidió este desarrollo fue la tradición profundamente arraigada de un *common law*, concebido no como fruto de la voluntad de alguien sino más bien como una barrera al exceso de poder, incluido el del rey.

Como se ha visto, se trata de una tradición que Coke tuvo que defender contra el Rey Jacobo I y Francis Bacon, y que Hale formuló magistralmente a finales del siglo XVII, en polémica con Hobbes

Entiende que en las constituciones primitivas y en el Derecho antiguo, los legisladores, incluidas las XII Tablas, en absoluto pretendían crear un Derecho nuevo sino, simplemente, formular lo que el Derecho era y siempre fue, y nadie tenía poder o intención de cambiar el Derecho y solo el viejo Derecho era considerado bueno.

Se decía en la Grecia clásica, que jamás fue legal modificar la ley mediante un simple decreto de la Asamblea y que quien proponía tal decreto quedaba sometido a la famosa imputación por actos ilegales, que si era sometida a un tribunal anulaba el decreto y si se intentaba dentro del año exponía el promotor a duras sanciones, si bien, de esta manera aparecen ya las primeras tensiones entre el poder del pueblo soberano y los imperativos de la ley.

Aristóteles reaccionó contra esta forma de democracia, negando incluso el derecho a llamarse constitución y es en esa discusión, en donde se encuentran los primeros y repetidos intentos de distinguir entre el Derecho y la voluntad particular del gobernante.

La idea de que los hombres pueden crear el Derecho es completamente ajena al pensamiento de los pueblos primitivos, puesto que se consideraba que el Derecho y las instituciones de la vida social habían existido desde siempre y nadie se preguntaba por su origen.

El Derecho romano clásico, en el que se basa la Compilación de Justiniano es, prácticamente en su totalidad, fruto de los descubrimientos de los juristas y solo una muy pequeña parte, fruto de las legislación.

Proceso muy parecido al que más tarde va a seguir el desarrollo del *common law* inglés y cuya principal diferencia consiste solo en la decisiva función que en Derecho romano desempeñaban los juristas, más trascendentes incluso que las decisiones de los jueces.

Pero ambos sistemas desarrollan un sistema jurídico gracias a la gradual expresión de las prevalentes concepciones de justicia práctica, más que por obra de la legislación.

Considera que fue precisamente el pensamiento helenístico, el que provocó este proceso codificador bajo el emperador Justiniano, cuya labor se consideró después, falsamente, como el modelo de un Derecho creado por un gobernante como expresión de su propia voluntad.

Hasta el redescubrimiento de la *Política* de Aristóteles en el s. XIII y la recepción del Código de Justiniano en el XV, en Europa Occidental y durante una época que duró cerca de un milenio, el Derecho se concebía como dado e independiente de la voluntad humana, algo que había que descubrir, no crear y en la que aparecía casi un sacrilegio pensar que el Derecho pudiera crearse o modificarse deliberadamente<sup>1403</sup>.

En Inglaterra, el Parlamento también delega en agencias gubernamentales, el dictado de normas que afectan a aspectos esenciales de las empresas, consumidores y ciudadanía en general, lo que se conoce con el nombre de *delegated* o *subordinate legislation*, que regula, por delegación del Parlamento, materias que precisan de gran minuciosidad técnica, que puede ser desarrollada con precisión por entidades especializadas<sup>1404</sup>.

De todo lo expuesto se debe concluir que no son cuestiones técnica, las que determinan la existencia de este sistema único de jurisdicción, de órganos judiciales comunes para resolver tanto en materia privada entre particulares como para llevar a cabo el control de la actividad pública de la Administración, sin olvidar que también la Administración actúa en el campo del Derecho Privado (con las correspondientes prejudicialidades o reenvíos) y que existen normas desde el punto de vista sustantivo, cuya naturaleza es bien discutible.

### **3. LOS TRIBUNALES EN INGLATERRA Y EN LOS PAÍSES CONTINENTALES CON RELACIÓN A LA ADMINISTRACIÓN. LAS CONSECUENCIAS EN SU FORMA DE ORGANIZACIÓN POLÍTICA .SUS DIVERGENCIAS, ELEMENTOS COMUNES Y LA APARENTE APROXIMACIÓN DE AMBOS MODELOS EN LA ACTUALIDAD. EL MODELO BRASILEÑO**

Los Derechos de la familia romano-germánica constituyen un sistema cerrado, ya que todas las cuestiones deben ser, al menos en teoría, resueltos por la regla jurídica existente mientras que el sistema inglés es un sistema abierto y comporta un método que permite la resolución del caso, más en atención a las concretas circunstancias que condicionan su aplicación. A una situación nueva

---

<sup>1403</sup> Friedrich A. Hayek, *Derecho, legislación y libertad. Una nueva formulación de los principios liberales de la justicia y de la economía política*, 2ª edición, Unión Editorial, 2014, pp.111-113.

<sup>1404</sup> Dário Moura Vicente, *Direito comparado, V. I, Introdução e Parte Geral*, Almedina, 2011, p. 280.

corresponde una nueva regla, correspondiendo al juez otorgar la justicia, de manera que la concepción inglesa de la *legal rule* es mucho más estricta y concreta, que la Continental de la regla jurídica.

Este modo de actuación del juez inglés puede considerarse que determina una inflación del Derecho sobre la base de la existencia del precedente, ya que tales reglas del precedente son más numerosas, mayormente, porque se deben aplicar con un criterio muy estricto, debiéndose distinguir entre la *ratio decidendi*, que constituye la regla de jurisprudencia en que se debe fundar y el *obiter dicta*, que tiene un simple valor de apoyo o persuasión.

En el sistema inglés, los derechos fundamentales no obedecen a catálogos; el poder público debe basarse en la emanación de los principios privados y ninguna ley pueda otorgar competencia alguna en la resolución de los conflictos a Tribunales diferentes de los ordinarios.

Considero que la sociedad que se basa en estos principios y esencialmente se manifiesta a través de las relaciones privadas, que constituyen el espejo de la actuación de los poderes públicos, ya que son tales principios los que garantizan los derechos individuales y el sometimiento a la ley, otorga un carácter destacadamente garantista al Tribunal de Justicia, que ostenta una perspectiva de mayor libertad, que en los países Continentales, en donde la ley desempeña, como justo trascendente, una función más delimitadora.

No se debe olvidar que en esta época prerrevolucionaria no existía el concepto con el que en los países Continentales conocemos hoy como Derecho Público, ya que el príncipe, por lo general, no gozaba de las prerrogativas especiales que después le fueron atribuidas sistemáticamente al Estado y por ello, el príncipe podía ser llamado por un particular ante la jurisdicción ordinaria y no podía imponer, unilateralmente, el sacrificio de un derecho particular y las relaciones con sus súbditos eran regidas por el Derecho común.

Con relación a la existencia de un *Droit Administratif* o Derecho Administrativo en Inglaterra, Dicey<sup>1405</sup> destaca que este sistema de Derecho especial no fue posible en Inglaterra, no solo por los fuertes sentimientos antinapoleónicos sino por la diferente y enfrentada concepción con el Derecho Inglés.

Las ideas en que se asienta el *Droit Administratif* son muy extrañas a las bases del *common law* inglés, basado en un fuerte sentimiento de igualdad de todos frente al Derecho común y, por ello, frente a uno que establecía unos derechos especiales, privilegios y prerrogativas del Ejecutivo y de sus agentes, estructurado sobre principios diferentes de aquellos que subyacen bajo los derechos y deberes de los ciudadanos y la separación de poderes, tal y como era entendido en Francia, que significaba la incompetencia de los tribunales judiciales para resolver los litigios entre la Administración y los particulares, algo que afectaba al propio concepto de independencia de los jueces .

Todo ello sin olvidar que las bases del *Droit Administratif* se encuentran en el periodo de la Monarquía Absoluta, cuyo objeto era moderar el poder de los tribunales judiciales, de manera que en ese concepto de Derecho se unían los demócratas despóticos con los monarcas despóticos.

En suma nació como una concepción que favorece las prerrogativas del Ejecutivo, como defensa apropiada del interés nacional pero constituyendo un aspecto central de estas prerrogativas, una

---

<sup>1405</sup> Sêrvulo Correia, *Direito do contencioso administrativo*, Lex, Lisboa, 2005, pp. 140-146.

sustracción al control del juez común<sup>1406</sup>.

En este mismo sentido, hablar de Derecho Administrativo como un subsistema del ordenamiento jurídico supone aceptar una serie de pretensiones metodológicas e ideológicas diferentes a aquellas en que se asienta el Derecho inglés, puesto que para los cultivadores del Derecho Público constituye una paradoja su existencia frente a la universalidad de las reglas jurídicas, a la unicidad de los regímenes jurídicos y a su aplicación, indistintamente, de la naturaleza de las funciones que realizan los sujetos de Derecho.

Desde el punto de vista metodológico, como se sabe, el Derecho inglés se basa en la observación de un Derecho constituido por reglas no solo legislativas sino también convencionales, sin descripción clasificatoria mientras que en el Derecho Público, todo es instituido por un positivismo jurídico de tipo mecanicista y por ello construido de manera diferente al factualista y empírico propio del Derecho anglosajón basado, esencialmente, en el mundo del ser y no del deber ser, que además se basa en la Revolución Gloriosa de 1668, que descansa en la soberanía Parlamentaria, la vigencia universal del Derecho común y en la conformación de la Constitución a través de convenciones constitucionales, que atribuye tanto al Parlamento como a los Tribunales, independientes, la capacidad creadora del Derecho, que con el Absolutismo monárquico se comenzó a transformar y se atribuyó, tras la Revolución Francesa en el sistema de Derecho Continental, exclusivamente al Parlamento.

En el fondo, como ve deduce, la aversión al sistema de Derecho Administrativo se basa en el apego al *common law* como norma fundamental del sistema jurídico, no como sistema estatutario de creación legislativa Parlamentaria sino como costumbre común del Reino, resultante del uso y de la práctica judicial grabada en la memoria del pueblo, que no posee forma específica de ninguna edición ni registro, puesto que el Derecho es una realidad antigua, originada por lo menos en la Edad Media y progresivamente acomodada a la práctica de las nuevas realidades y que justifica la superioridad del *common law* sobre el *statute law*.

Dentro de estos parámetros, el Derecho Administrativo sería una creación de la ley Parlamentaria infraconstitucional para las relaciones entre particulares y como se ha dicho, contrario al principio del sometimiento de todos a las reglas del *common law* y del sometimiento de todos a la jurisdicción de los Tribunales Judiciales, que constituye una característica esencial a la manera de concebir el Derecho para los ingleses.

Esta conceptualización del Derecho Administrativo sería a la vez contraria a la manera inglesa de concebir la separación de poderes, debido también a la existencia de unos Tribunales especializados diferentes de los Tribunales Judiciales, ya que todos los casos deben ser juzgados por los mismos jueces, en consonancia con un solo cuerpo de reglas jurídicas, lo que no permite la distinción entre normas de Derecho Público y normas de Derecho Privado, ya que los principios generales de la Constitución se encuentran en decisiones judiciales determinadas en la resolución de los conflictos sometidos a los

---

<sup>1406</sup> Como ha señalado E. M. Parker realmente Dicey parece desconocer el Derecho inglés, ya que no es cierto que no se reconozcan derechos, privilegios y prerrogativas del poder público frente a los ciudadanos y para ello se remite a la literatura jurídica de la Inglaterra de la primera mitad del s. XX, en que existen significativos privilegios de la Corona, que limitan de manera muy importante los derechos de los súbditos, E. M. Parker, "State and official Liability", *Harvard Law Review*, V. XIX, 1905-1906, pp. 335 y sgts. Cit. Antonio Cândido de Oliveira, "A organização Judiciária Administrativa e Fiscal" en *Temas e problemas de processo administrativo*, coordinador Vasco Pereira da Silva, Instituto de ciências jurídico-políticas, Facultad de Direito da Universidade de Lisboa, 2011, pp. 18 y 19.

Tribunales y la alteración de esta circunstancia determinaría, por lo tanto, que la Constitución no constituiría realmente fuente directa de derechos individuales.

Otro de los elementos esenciales para no admitir el concepto de Derecho Administrativo en Inglaterra es la ausencia de la noción de Estado, ya que en su lugar, los académicos o profesionales del Derecho hablan de *Corona, official, political superiors, officers of the Crown y political persons*.

Sérvulo Correia recoge las críticas que a esta posición de Dicey realiza Wade, quien considera que reposa en una concepción individualista de la sociedad, que no dispone de instrumentos para satisfacer los derechos de la colectividad y que, por lo tanto, tenía una visión Liberal contra la intervención del Estados en los campos social y económico, en tanto que consideraba que destruía la fibra moral de la nación.

Considera el autor portugués que la postura de Dicey, al negar la existencia y admisibilidad del Derecho Administrativo en un periodo histórico en que se afirmaba una creciente intervención de la Administración Pública a determinadas situaciones jurídicas concretas constituyó un inconveniente para la preparación de nuevos instrumentos jurídicos adecuados para responder a los nuevos problemas que se planteaban y basándose en Allison destaca que los jueces especializados en Derecho Administrativo, que ejercen las funciones en los *administrative tribunals* podrán no estar rodeados de las necesarias garantías de independencia, al mismo tiempo que los jueces de los tribunales judiciales carecen del necesario grado de especialización en materia Administrativa<sup>1407</sup>.

Como se ha visto, el valor de la jurisprudencia en el sistema de fuentes del Derecho del *common law* no distaba excesivamente, en origen, del que reinaba en el Continente, cuando el *ius commune* permitía la ambivalencia de fuentes: ley y jurisprudencia.

Al contrario de lo que sucedió en el Continente, la prevalencia cayó en las Islas Británicas del lado de la jurisprudencia mientras que el Derecho Continental otorgaba a la ley, no solo la primacía en la elaboración del Derecho, que también existe en el *common law* sino el carácter, prácticamente, de única fuente.

En el *common law*, la premisa fue precisamente la contraria y se entendió que era el estamento judicial y la jurisprudencia, el instrumento más adecuado para desarrollar el Derecho.

El jurista Continental es deductivo de la razón contenida en la ley como verdad universal mientras que el inglés, de acuerdo con el empirismo que se maneja en las ciencias naturales, es inductivo de la verdad.

A través de la regla del precedente, basado en los casos concretos considera que, de un lado, se constata el acierto y de otro, que las verdades no vienen impuestas de arriba a abajo sino de abajo a arriba, en un proceso de constatación e inducción de las conductas particulares, que ponen mejor de manifiesto la realidad social que los caprichos de un soberano.

Por ello, el Derecho inglés se nos presenta como producto de un hacer natural, hijo de la realidad y no de la fría razón, fluyendo siempre al compás de las circunstancias y de las necesidades del momento.

---

<sup>1407</sup> Sérvulo Correia, *Direito do contencioso administrativo*, Lex, Lisboa, 2005, pp. 123 y sgts.

No se preocupa tanto de la construcción apriorística de un Derecho armónico, sistemático, coherente y lúcido, como de la existencia de un complejo orgánico, que en cada ocasión responda a las exigencias del instante<sup>1408</sup>.

A pesar de las diferencias, tanto los sistemas Continental e Inglés de Derecho hunden, en gran medida, su basamento en los Derechos romano y canónico.

Es más que evidente en el caso de los Derechos Continentales pero resulta también claro en el sistema del *common law* y ahorrándonos el desarrollo de la importancia que en él han tenido los jueces Itinerantes, Castán Tobeñas ha destacado, como se ha visto, la formación académica que estos tenían en Derecho canónico<sup>1409</sup>, y que también tenía y aplicaba, en mayor medida, el Tribunal de la Chancillería, que sin duda ha imprimido unos principios muy importantes en el *common law*<sup>1410</sup>, así como la formación de los juristas en Oxford y Cambridge, en donde se impartían las enseñanzas del Derecho romano.

Pero la diferencia entre los Derechos inglés y Continental se encuentra, sobre todo, en el método y en este sentido, como se ha señalado, el sistema inglés responde mejor al concepto, naturaleza y origen del Derecho, y otorga una mayor estabilidad social.

Entiendo que aquellos que pretenden tender puentes sobre la base de que, al caso concreto, ambos sistemas otorgarán la misma solución (lo que, además, considero que no es cierto) se les debe responder, que el método no es una cuestión intrascendente, como lo sería que en el modelo Continental se atribuyese el carácter de fuente del Derecho a la jurisprudencia.

En cualquier caso pienso que lo relevante no es la solución concreta de ese caso particular sino el método utilizado para resolverlo, lo que configura al propio concepto de Estado y de Derecho, y asegura la esencia y garantía de las libertades, los derechos humanos y el futuro, que es lo que importa, y la garantía frente a la opresión.

El mayor realismo del Derecho inglés no solo se deriva del sistema político electoral sino de la sistemática en la creación de la regla, basada en el continuo trabajo de la experiencia, de ahí que Orwell, el gran visionario, señalara que los ingleses sienten horror ante el pensamiento abstracto y no sienten ninguna necesidad de filosofía o visión del mundo sistemática<sup>1411</sup>.

---

<sup>1408</sup> Nicolás Pérez Serrano, *Tratado de Derecho Político*, segunda edición, Civitas, 1984, p. 477. Ver Gary Slapper y David Kelly, *O sistema jurídico inglés*, 2011, pp. 231-237.

<sup>1409</sup> Los primeros jueces Reales itinerantes nombrados por los normandos procedían del ámbito eclesiástico y a través de ellos penetró el Derecho canónico en el *common law* además de las semejanzas existentes entre la *equity* inglesa, el *ius aequum* y el *ius gentium* de los romanos, tanto en cuanto a Derecho sustantivo como en aspectos procesales. José Castán Tobeñas, "Contemporary legal system of the western world", *Contemporary judicial review*, 88, 1964, pp. 152 y 153.

<sup>1410</sup> El prestigioso jurista inglés Fitzherbert (1470-1538) sostenía que la ideología en que se basa la *equity* derivaba del Derecho canónico, en cuyo ámbito se había formado la concepción de que las circunstancias de la vida social son tan variadas que es imposible que las normas jurídicas *the rule of law* las abarquen todas, de ahí que surja la necesidad de la *equity*, fundada en la conciencia moral del juez, que realiza la justicia concreta del caso, templando y mitigando lo abstracto que, inevitablemente, poseen las normas y rellenando sus vacíos Fernando Cuñado de Castro y Ruth Gámez González, *Introducción al Common Law*, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, pp. 64 y 66.

<sup>1411</sup> George Orwell, *The Lion and the Unicorn*, 1940. Cit. Natalia del Barrio, *La jurisprudencia en el common law ( desde la perspectiva del jurista continental)*, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, p. 117.

Lo que garantiza la paz social es la resolución heterocompositiva de las controversias, que constituyó el origen del Derecho en las sociedades primitivas, en las que la paz social se alcanzó a través del respeto que se otorgaba a estas resoluciones.

Por mucho que el Estado sea la más moderna forma de organización social, en favor del cual la sociedad ha otorgado unos poderes desconocidos hasta ahora para cualquier otra forma de organización pública o de su legitimación.

Lo cierto es que al margen de las concretas circunstancias sociales, las diferencias entre las personas no deben resolverse por la fuerza (física o política) sino por el convencimiento del método de resolución del conflicto que, necesariamente, tiene que existir y prueba de ello son los sistemas Continentales de justicia, por lo que considero que la resolución pacífica de las controversias no se basa tanto en el catálogo de soluciones como en el método jurisdicente.

De otro lado, un sistema basado en el estudio concreto de las causas y circunstancias, y constatado con tanto esfuerzo, el propio de los distintos procesos y soluciones, garantiza mejor la esencia del Derecho <sup>1412</sup>, que un compendio de leyes fruto, en muchos casos, de compromisos políticos coyunturales, que no responden a un sentir conjunto de la sociedad, ya que las leyes, en muchas ocasiones, no representa ni siquiera una mayoría social.

No son solo los juristas anglosajones sino que el propio Savigny señalaba que el Derecho no debía ser el producto de la expresión de la voluntad humana sino que el verdadero concepto de este fenómeno surge siempre en virtud de fuerzas internas que actúan calladamente y no en virtud del arbitrio de un legislador, considerando que el Derecho solo podrá evolucionar cansinamente, en la medida en que los juristas extraigan nuevos principios y proposiciones mediante la aplicación de métodos lógico- sistemáticos.

La Escuela Histórica representa una reacción frente a la teoría jurídica de la Revolución Francesa, caracterizada por la tendencia a la estatalización, la centralización, la hegemonía de la ley sobre las demás fuentes, con la consiguiente pérdida de importancia de las ciencias jurídicas, a la que les es negada la capacidad de crear Derecho.

Como se ha visto, la Ilustración había considerado que era posible hacer tabla rasa del pasado jurídico- político y reconstruir racionalmente la sociedad, prescindiendo de lastres e inercias históricas y el correlato iusfilosófico de esa confianza prometeica en la reconstrucción de la sociedad había sido la confianza en la ley general y abstracta, que consideraban un poderoso instrumento de racionalización sociopolítica y de ruptura con el pasado oscurantista y de nivelación de desigualdades y asimetrías.

Por ello las consecuencias de la Ilustración, en el terreno jurídico, se traducen, básicamente, en la exaltación del legislador estatal a la cúspide del sistema jurídico y la reducción del juez y del jurisconsulto a una posición subordinada, en la potenciación, unificación y clarificación de la legislación, que eran los objetivos del movimiento Codificador.

---

<sup>1412</sup> García Gallego considera que sin jueces no hay Derecho, podrá haber leyes pero no Derecho. Elio A. Gallego García, *Fundamentos para una teoría del derecho*, Dykinson, 2015 p. 161. Desde mi punto de vista el juez es algo más que la palabra muda que pronuncia las palabras de la ley ni es el juez maniatado Continental sino el tradicional que busca la justicia del caso concreto según las normas del Derecho, que va más allá de la ley o los principios generales del Derecho Continental, como tiene acreditado la Historia y el Derecho inglés.

Savigny intenta, sobre todo, rechazar la identificación excluyente del Derecho con la ley estatal y combate la legislación, promoviendo frente al Derecho legislado, no el Derecho popular sino el Derecho científico.

Lógicamente Hegel señaló que, escandalizado ante el antilegalismo Savigniano y Kantorowicz señaló que dada la correlación entre Derecho y Estado en las sociedades modernas, la perspectiva de Savigny sobre el fenómeno jurídico resulta formidablemente anacrónica, ya que su teoría jurídica podría resultar adecuada para los aborígenes de Australia interior pero en lo que se refiere Europa llegó con algunos milenios de retraso<sup>1413</sup>.

Me llama la atención, las agitadas críticas de Hegel y Kantorowicz a Savigny, sobre la base de la existencia de un sistema de Derecho, en donde pueden tener bastante constatación las tesis de Savigny, como por demás tiene acreditado la Historia.

De otro lado, no deja de ser sorprendente que estos autores no constaten que, precisamente, el modelo de la Ilustración se pretenda construir de la experiencia inglesa, llegando a consecuencias totalmente inversas y no se pregunten sobre las causas de ese desarreglo.

Los juristas Continentales se encuentran influidos esencialmente por Descartes y su *Discurso del método* y parten de la verdad universal lograda intuitivamente y representada por la ley, resolviéndose el caso a través de un método deductivo.

Newton, Locke y Hume sentaron las bases del empirismo inglés y consideraban que el punto de partida del conocimiento era la experiencia de las cosas concretas, por lo que debía acudirse, directamente, a la naturaleza para conocerlas y llegar a comprenderlas por la vía de la inducción<sup>1414</sup>.

El Derecho Continental tiende a hacer planes, regular los hechos con antelación y, por tanto, a crear normas generales y a sistematizarlas.

Se enfrenta a la vida con ideas fijas predeterminadas y opera de forma deductiva mientras que el *common law*, pudiera decirse que improvisa y nunca toma una decisión antes de tener que hacerlo, conforme al clásico proverbio de cruzar el puente cuando se llegue a él, sintiendo cierta aversión ante la generalización, la abstracción y la sistematización de las que se congratula el Derecho Continental, donde el legislador es el promotor del Derecho, que se recoge en leyes y códigos, y constituyen su principal fuente.

El *common law* evolucionó gradualmente de decisión en decisión y como consecuencia de ello es la judicatura la principal impulsora del Derecho y la jurisprudencia.

---

<sup>1413</sup> Francisco José Contreras, *La Filosofía del Derecho en la Historia*, Tecnos, 2016, pp. 260 y 261 y contiene las citas del resto de autores que he mencionado.

<sup>1414</sup> No se trataba de partir de la propia inteligencia y actuar mediante la deducción sino que debía hacerse a través de procedimientos prácticos y por la vía de la inducción, considerando que la razón, en sí misma, como también consideraban los ingleses de épocas anteriores: Bacon, Hobbes y Jacobo I (y a través de ello introducir la Monarquía Absoluta) no era suficiente, puesto que si bien podría derivar en una conclusión preliminar no se podía asegurar que esta fuera cierta y lo mismo sucede con la intuición primera, a menos que la razón la hubiese descubierto mediante la experiencia.

En el Continente se parte una verdad universal lograda intuitivamente y se procede luego por vía de la deducción mientras que en el sistema implantado en Inglaterra, el punto de partida es una verdad concreta obtenida a partir de la experiencia y se avanza en el conocimiento mediante la inducción.

Por ello, al Derecho Continental se le concibe como un sistema complejo y exento de lagunas mientras que el *common law* aparenta un Derecho siempre incompleto, que se va desarrollando gradualmente, según lo van requiriendo las circunstancias.

En estrecha conexión con el planteamiento anterior se ve cómo la pretensión del Derecho Continental es planear, sistematizar y regular todas las materias, de la forma más comprensiva posible, constituyendo, por ello, la ley su fuente principal y la que crea esencialmente el Derecho y lo hace de forma explícita, tratando de enunciar principios de aplicación universal, que quedan claramente establecidos.

El *common law* prefiere improvisar y es el juez quien crea el Derecho, una vez que se ha producido la situación que ha de solucionar y no antes, e incluso cuando se promulgan leyes, a menudo, será necesario tener en cuenta los precedentes judiciales para interpretarlas adecuadamente, tratándose más de una consolidación del Derecho existente que, propiamente, la creación del Derecho.

En el Continente, el Derecho se forja y estudia en las Universidades y los grandes juristas son los profesores mientras que en el *common law*, la experiencia se fragua en los Tribunales y los grandes juristas son los jueces.

El jurista Continental reflexiona de principio general en principio general y el del *common law* lo hace de caso a caso.

El primero razona en abstracto, en términos de los principios jurídicos que rigen para una determinada situación mientras que el segundo lo hará en concreto y en los términos particulares de las partes y sus circunstancias.

De ambas mentalidades se deriva su particular forma de actuación y mientras que el operador jurídico Continental se pregunta qué solución prevé la norma, el operador jurídico del *common law* lo hace sobre la manera en que va a decidir al juez, en atención a los precedentes existentes y las circunstancias del caso.

Si la interpretación jurídica Continental se basa en una norma jurídica ( ley) o en la analogía, la interpretación del *common law* es una suerte de profecía sobre cómo decidirá el juez.

En la mentalidad inglesa se considera que un código civil es incompatible con la justicia mientras que los Europeos Continentales opinan que contribuye, precisamente, a favorecer la justicia.

En definitiva, el Derecho Continental tiende a la planificación y a la regulación del futuro mediante normas jurídicas abstractas en un sistema claramente estructurado mientras que el *common law* parece improvisar y solo resuelve cuando se le exige una resolución inmediata.

Como ya señalara Pérez Serrano, el Derecho inglés se nos presenta como producto de un hacer natural, hijo de la realidad y no de la razón fría, fluyendo siempre al compás de las circunstancias y de las necesidades del momento y no se preocupa tanto de la construcción apriorística de un Derecho armónico, sistemático, coherente y lúcido como de la existencia de un complejo orgánico, que en cada ocasión responda a las exigencias del momento<sup>1415</sup>.

---

<sup>1415</sup> Nicolás Pérez Serrano, *Tratado de Derecho Político*, segunda edición, Civitas, 1984, p. 477.

La contraposición entre la concepción racionalista del Continente Europeo y la concepción empírica del universo que tienen los ingleses influye en la forma en que se consigue y aplica el Derecho<sup>1416</sup>.

El Derecho de Roma se forma sobre la base del pretoriano, basado en los casos concretos sobre los que razona, *auctoritas* que pasa a los jurisconsultos, ante la potestad del *imperator* que dicta las leyes.

Savigny distinguía entre un Derecho regular o *ius commune*, que domina las influencias de las reglas del Derecho establecidas en todo su desenvolvimiento y las finalidades de los principios, que pueden ser aplicados con certeza, y un Derecho singular, que domina aquello que, por el contrario, tiene que ver con el futuro, que es el Derecho legislativo y una particularización del Derecho común y explicable por objetivos políticos particulares, especiales o incluso contrarios a la razón jurídica y de la que solo el legislador, sobre la base de su capacidad o autoridad, puede darle validación política pero no necesariamente racionalidad jurídica, de ahí que sea el intérprete, el que debe buscar las razones por las que el legislador invade un campo ajeno.

En su *Sistema de Derecho romano actual* pretende buscar la originalidad de los textos del *Corpus Iuris* sin aditamentos, interpretaciones o actualizaciones, considerando que debe existir un Tribunal que determine cuál es la interpretación auténtica del Derecho en términos semejantes al Tribunal de Casación francesa y los juristas deben desempeñar las funciones del pretor o de los jurisconsultos en la antigua Roma pero que debía ser negada al juez ordinario.

Considera que el Derecho se construye sobre la base de grandes principios que pueden servir para deducir conclusiones<sup>1417</sup>.

Ya se ha hecho mención de las concepciones de Hayek sobre la ley de base Racional y el Derecho pero se debe destacar lo que expone en *Rules and order*, en donde señala que la legislación, entendida como la confección deliberada de la ley, debe considerarse como una de las invenciones humanas cargadas de graves consecuencias, mayores que el fuego o la pólvora.

El Derecho, hasta fechas recientes y en una fase bastante tardía de la historia de la Humanidad, no fue inventado o creado *ex novo* y puesto en manos de los hombres esta gran potencia, que todavía no han aprendido a controlar para que no genere grandes males y de la que carecían para alcanzar un fin, abre unas posibilidades y un sentimiento de poder sobre su propio destino, que puede producir grandes males.

Entiende que la discusión sobre quién debe tener tal poder oscurece inevitablemente la cuestión más fundamental, cual es hasta dónde este poder debería extenderse y como un poder extraordinariamente peligroso, solo podrá causar daño cuando es ejercido por gente mala<sup>1418</sup>.

---

<sup>1416</sup> Natalia del Barrio, *La jurisprudencia en el common law (desde la perspectiva del jurista continental)*, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, p. 39-43. Un pormenorizado examen de esta técnica jurídica por parte de los Tribunales ingleses y los casos más llamativos pueden verse en Natalia del Barrio, *La jurisprudencia en el common law (desde la perspectiva del jurista continental)*, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, pp. 64-70.

<sup>1417</sup> António Manuel Hespanha, *Cultura Jurídica Europeia*, Almedina, 2018, p. 442.

<sup>1418</sup> Friedrich A. Hayek, *Rules and Order*, 1983, V. II, p. 72. Cit. Sérvulo Correia, *Direito do contencioso administrativo*, Lex, Lisboa, 2005, pp. 142 y 143.

## - LAS CONSECUENCIAS EN SU FORMA DE ORGANIZACIÓN POLÍTICA

Como ya se ha señalado, la diferencia entre los países del *common law* (especialmente el inglés) y Continental no estriba solo en la forma de generación del Derecho sino que como señalan es, sobre todo, un sistema de organización del poder público.

Este aspecto es esencial, sobre todo porque hoy en día se suele señalar que ambos sistemas, en la práctica, conducen a la misma solución jurídica, y que el pecado original de la conceptualización del sistema Administrativo han desaparecido sobre la base de su juridificación, por la impartición del control por jueces independientes integrados en el Poder Judicial, que son los que imparten la justicia Administrativa (en Francia, como se ha dicho, todavía, no se ha llegado a esta garantía), además de la necesaria subjetivación.

Tal y como se ha dicho, en el s. XVII se ensayó en el Reino Unido la formación de un incipiente Derecho Público mediante la creación de Tribunales específicos para la resolución de los litigios de esta naturaleza pero dicho sistema se consideró un arbitrario instrumento al servicio de la Monarquía de los Tudor y la Revolución Gloriosa (1688-1689) volvió a residenciar este tipo de controversias en los Tribunales del *common law*<sup>1419</sup>.

La doctrina española destaca que los conceptos de sometimiento de la Administración al principio de legalidad y a las técnicas de control por los Tribunales se enmarcan en los países del *common law* en los tradicionales de *ultra vires* o *natural justice*, entendiéndose que en las Islas no se ha dado el salto histórico específico hacia un Derecho Público específico y su planteamiento siguió, esencialmente ligado a las bases jurídicas precedentes o tradicionales sobre la base de las doctrinas de Dicey, que consideran traicionan la realidad pero que no han impedido el desarrollo de una reflexión científica y de una enseñanza del Derecho Administrativo en el Reino Unido<sup>1420</sup>.

En esta obra se defiende que es necesario que unos mismos Tribunales de Justicia juzguen cuestiones surgidas tanto en el seno de la sociedad como del propio poder público, y que esta infancia difícil de jurisdicción privativa de la Administración sigue condicionado la vida de este Derecho y sistema procesal de diversas maneras, favoreciendo la exaltación del poder público y político que no debe existir, so pena de someter nuestra existencia a mayores peligros totalizantes.

La vertiente subjetivista, siendo importante, no aleja completamente el peligro.

La propia jurisdicción contencioso-administrativa sublima al poder público con las consecuencias de las mayores colonizaciones de la sociedad, tanto desde el punto de vista normativo (con disposición incluso de sus propias normas jurídicas por naturaleza como lo son los reglamentos) como procesal.

Este pomposo reconocimiento favorece técnicas especiales que permiten las reservas de jurisdicción, tanto desde el punto de vista de los supuestos asépticos de legitimación como por la extensión del núcleo central de su libre configuración y no solo a través de los actos discrecionales sino también de los actos políticos.

---

<sup>1419</sup> Eduardo García de Enterría, *La lengua de los Derechos. La formación del Derecho Público Europeo tras la Revolución Francesa*, Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 145 y sgts.

<sup>1420</sup> Santiago González-Varas Ibañez, *El Derecho Administrativo Europeo*, Instituto Andaluz de Administración Pública, 3.<sup>a</sup> edic. Sevilla, 2005, pp. 494-498.

De otro lado, la perspectiva objetivista como sistema de mero control de la legalidad subsiste y puede dar fruto en cualquier momento, como puede ser el moderno recurso de casación español o a través de apoyos expresos, tal y como ha sucedido en el caso francés a través del Tribunal Constitucional, que ha señalado el carácter tradicional propio de la idiosincrasia francesa, que se manifiesta en la separación entre el Poder Judicial y la Administración (o sea en la privación de la intervención judicial en la Administración).

No enerva lo que se acaba de decir, que así como la intervención Administrativa en los países de la órbita francesa lo será sobre todo por entes públicos y en los de la alemana tiene mayor cabida “la Administración en forma de Derecho Privado”, toda vez que este no es el mismo que rige las relaciones entre los particulares y se tratan más bien de un Derecho Privado sujeto a las normas esenciales del Derecho Administrativo<sup>1421</sup>.

### - LA APARENTE APROXIMACIÓN ENTRE LOS MODELOS CONTINENTAL E INGLÉS

Para pronunciarse en la actualidad a favor o en contra de la unidad o dualidad de lo Contencioso-Administrativo debemos tener en cuenta que la Revolución Francesa trajo consigo: 1) el pecado original de la justicia Administrativa y la confusión entre Administración y Justicia, a través de la creación de órganos administrativos especializados con funciones de enjuiciamiento, y 2) un ramo de Derecho especial para el Poder Ejecutivo, el Derecho Administrativo.

Sin embargo, en el Reino Unido la justicia Administrativa nacía sin sombra de pecado, estando confiada a los Tribunales comunes y sometida al Derecho común.

La aproximación entre los dos sistemas se produce a principios del s. XX con el Estado Social, ya que mientras que en Francia la justicia Administrativa comenzó a liberarse del poder Administrativo, verificándose un mayor control sobre la Administración activa, en el Reino Unido va a surgir un Derecho Administrativo resultado de la necesidad de regular las nuevas tareas de la Administración en sus nuevas competencias económicas y sociales, surgiendo los *administrative tribunals*, que eran órganos Administrativos.

Por ello y aunque la justicia británica había nacido sin sombra de pecado va a caer también en la tentación de crear confusión entre administrar y juzgar, de forma que en el sistema británico, en contrapunto a la infancia difícil del Derecho francés aparece en la adolescencia, que es mitigada por el principio Constitucional que establece, que la última palabra debe estar siempre, en manos de un tribunal (*court*).

El acercamiento se intensifica en los años 70 del siglo pasado por una doble vía, al reafirmarse la naturaleza jurisdiccional y especializada de los *administrative court*, a los que se otorgan mayores competencias y mayores poderes al juez especializado, afirmándose la dimensión subjetiva de la jurisdicción destinada a dar plena satisfacción a los derechos de los particulares, existiendo también reglas diferentes en el proceso respecto del *judicial review*, con la única diferencia, entre ellos, de la

---

<sup>1421</sup> Santiago González-Varas Ibañez, *El Derecho Administrativo Europeo*, Instituto Andaluz de Administración Pública, 3.<sup>a</sup> edic. Sevilla, 2005, pp. 491-493.

existencia o no de tribunales superiores en materia administrativa como existe en Francia, Portugal, Alemania, Brasil o España.

Vasco Pereira da Silva considera que los países más especializados son los que consiguen un control más efectivo de la Administración y la protección de los derechos particulares, ya que en los países en los que existe una mayor tradición de utilizar los Tribunales comunes existen mayores limitaciones en la actuación de los Tribunales en materia Administrativa, sea por causa de las autolimitaciones (*self-restrain* de los norteamericanos) o derivadas de restricciones en el conocimiento judicial de los actos del Gobierno, como sucede en el sistema británico, que condujo al Tribunal de Justicia de la Unión Europea a condenar el Gobierno de Su Majestad por no ser suficientemente británico mientras que en los países con mayor especialización como Alemania, tras la superación de los traumas del pecado original condujo a los Tribunales a una mayor amplitud de poderes, a mayor eficacia y a un mejor control de la Administración, dada la mayor especialización de los jueces en las materias administrativas<sup>1422</sup>.

La Constitución portuguesa de 1976, tras la reforma de 1989, otorga una garantía Constitucional a la separación de los Tribunales de la jurisdicción Administrativa y Fiscal, ya que sus arts. 209, 212 y 217, la consideran como la jurisdicción común de las relaciones jurídico-administrativas<sup>1423</sup>.

Destaca Paulo Otero<sup>1424</sup> la vocación expansiva y colonizadora del ordenamiento jurídico-administrativo respecto del resto de sectores de la ciencia jurídica, mostrando una intrínseca vocación imperialista, ya que cerca del 90% de las disposiciones publicadas en el Diario Oficial de la República se refieren a materias en la que interviene la Administración pública, puntualizando Ana Gouveia Martins, que bien puede decirse que el Derecho de la Unión Europea y el Derecho Internacional Público son, en gran medida, Derecho Administrativo, lo que unido a las técnicas privadas de la gestión administrativa han dado lugar en Portugal, al crecimiento de un 48% de los procesos de esta jurisdicción Administrativa y Fiscal entre 2004 y 2016, y a que países que, tradicionalmente, han tenido una única jurisdicción hayan creado órganos judiciales especializados (*administrative tribunals*), integrados en el Ministerio de Justicia e incluso supervisados por un Consejo Superior propio (*Administrative Justice tribunals Council*)<sup>1425</sup>, a la vez que señala la paradoja del sistema español, en el que a la vez que existe una jurisdicción especializada solo son especialistas una parte de los jueces que imparten esta jurisdicción en los órganos colegiados<sup>1426</sup>.

Esta misma idea que expone Paulo Otero resulta igualmente predicable a España, cuya motorización legislativa debe, sin duda, gran parte de su producción normativa a las normas de Derecho Administrativo.

---

<sup>1422</sup> Vasco Pereira da Silva, *Em defesa da autonomia da jurisdição administrativa e fiscal*, CEDIPRE, 2018, pp. 77, 78 y 79.

<sup>1423</sup> Que tiene su base en la Ley Constitucional 3/74 el 14 de mayo, de integración de los Tribunales Administrativos en el poder jurisdiccional, completada en el Decreto-Ley número 250/1974 de 12 de julio.

<sup>1424</sup> Paulo Otero, *Manual de direito administrativo*, I, Almedina, Coimbra, 2004, p. 152.

<sup>1425</sup> Cit. Antonio Cândido de Oliveira, "A mais recente evolução da justiça na Inglaterra: os tribunals", en *Estudos em homenagem ao professor Doutor Servulo Correia*. II, Coimbra editora, p. 225.

<sup>1426</sup> Ana Gouveia Martins, *Em defesa da autonomia da jurisdição administrativa e fiscal*, CEDIPRE, 2018, pp. 11-23. La autora considera, erróneamente, que los jueces de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo españoles son especializados.

De otro lado, también es consecuencia de esta hiperinflación normativa, el fenómeno del que se ha hecho referencia relativo a la utilización del Derecho Administrativo nacional para la canalización de las políticas europeas a través de sus más diversos planes de intervención, lo que ha determinado un notable incremento de los casos en la Jurisdicción contencioso-administrativa<sup>1427</sup>, que desde 1975 ha crecido en torno al 15% anual hasta alcanzar, según estadísticas del CGPJ, un número superior a los doscientos cincuenta mil casos anuales.

La integración económica social y política que se pretende a través de la Unión Europea dentro de los parámetros de eficacia, eficiencia y desarrollo económico constituyen, sin duda, elementos jurídicos de primera magnitud, sobre todo porque muchos de estos fines se llevan a cabo, no solo a través de las Administraciones públicas de los Estados miembros sino que también se llevan a cabo a través de las técnicas del Derecho Administrativo.

No es el lugar de desarrollar su sistema de fuentes (Tratados originarios, con terceros países, Reglamentos, Directivas, etc...) ni de pormenorizar el ámbito a que se extiende este Derecho (agricultura, pesca, extranjería contratación administrativa, agua, empleo etc...) pero sí que debe hacerse mención, aunque en parte ya se ha tratado, por el empeño de la doctrina Administrativa española de introducirlo en el Derecho interno, a pesar de que su ámbito era, realmente, el Comunitario, en la cuestión de las medidas cautelares sobre la base de las STJUE *Factortame* de 1990, *Zuckerfabrik* de 1991, *Simmenth* de 1978, *T. Port* de 1996 o *Kruger* de 2007 que han resultado bastante infructuosas en el ámbito interno, de acuerdo con una jurisprudencia española constante ( lo que hace innecesaria su cita) desde 2007, respecto del *fumus boni iuris boni iuris* con relación a actos idénticos a otros ya declarados nulos o consecuencia de un reglamento ( interno) que ya se ha declarado nulo e iniciada por el propio Eduardo García de Enterría<sup>1428</sup>.

Desde mi punto de vista no se puede abordar el tema de la unidad o dualidad de jurisdicciones desde la perspectiva del efectivo control de la actividad Administrativa, puesto que ello es una mera cuestión técnica o de desarrollo pero que pone de manifiesto un pecado original, ya que, a modo de ejemplo, nadie habla en tales términos de la jurisdicción Penal sino que lo relevante es cómo responde a las exigencias de justicia y progreso social, en tanto organización del poder público que ha asumido el monopolio de la jurisdicción.

La función del juez no es la de policía o vigilante sino la de la resolución pacífica de los conflictos entre las partes a través del Derecho, de manera que considero que quienes apelan a esta primera función para defender la dualidad de jurisdicciones, con objeto de llevar a cabo un mejor control de

---

<sup>1427</sup> En este sentido puede resultar ilustrativa la sentencia Borelli de 3-12-1992. Un comentario de la misma se lleva a cabo por Eduardo García de Enterría, "La ampliación de las competencias de las jurisdicciones contencioso-administrativas nacionales por obra del Derecho Comunitario. Sentencia Borelli del Tribunal de Justicia y el artículo 5 de la CEE", *REDA*, número 78, 1993, pp. 317-324.

<sup>1428</sup> En su libro de 1992, *La batalla por las medidas cautelares* y como ya reconoce en 2007, en *Las transformaciones de la justicia administrativa: De excepción singular a la plenitud jurisdiccional. ¿ Un cambio de paradigma?*, Thomson, Civitas, Madrid, 2007, pp. 94-95 nota 28 y 109- 110 nota 36. Estas medidas cautelares en el ámbito de la contratación administrativa pública resultan muy interesantes merced al art. 199 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

la Administración<sup>1429</sup>, apelan a una supuesta mayor racionalidad jurídica<sup>1430</sup> o de *lege data*, basada en el propio sistema que establezca la Constitución en un momento dado<sup>1431</sup> o de la propia o aparente tutela judicial efectiva<sup>1432</sup>, pero presupone no se han desprendido del pecado original con que nace este Derecho Administrativo, organización y jurisdicción administrativa, formando parte de la propia Administración, de cuyo control estaban ocupados, primero, como mera función pública objetiva del control con el que debía actuar la Administración y luego dentro de los derechos de los particulares.

## - EL MODELO BRASILEÑO

En este sentido puede tenerse en cuenta, que la Constitución brasileña de 1988 (arts. 22, 92 y 125), aunque admite la existencia de Tribunales de Trabajo o Militares y de Derecho Público prohíbe la creación de un orden jurisdiccional específico que enjuicie de forma exclusiva<sup>1433</sup>, los actos de la Administración Pública sujetos al Derecho Público<sup>1434</sup>, cuya existencia conceptual o sustantiva se admite.

---

<sup>1429</sup> Antonio Cândido de Oliveira, *Temas e problemas de processo administrativo*, Instituto de ciências jurídico-políticas, Facultad de Direito da Universidade de Lisboa, 2011, lleva a cabo un examen de los sistemas belga, italiano, holandés, francés, español, inglés y portugués desde esta perspectiva.

<sup>1430</sup> Raquel Carvalho, *Em defesa da autonomia da jurisdição administrativa e fiscal*, CEDIPRE, 2018, pp. 69. Es evidente que la cuestión de racionalidad es un tanto subjetiva y desde luego precisa de tener en cuenta muchos más elementos que los meramente aparentes.

<sup>1431</sup> Afonso D'Oliveira Martins, *Em defesa da autonomia da jurisdição administrativa e fiscal*, CEDIPRE, 2018, p. 9. Realmente la Constitución es algo más que las palabras que en un momento dado aparezcan en determinado texto legal o político, como tienen acreditado los padres del Constitucionalismo, los ingleses.

<sup>1432</sup> Mário Aroso de Almeida, *Em defesa da autonomia da jurisdição administrativa e fiscal*, CEDIPRE, 2018, p. 61. Desde la real tutela que el Derecho debe prestar a los ciudadanos veremos que ello, aunque aparentemente sea así, no lo es tras un análisis completo y sistemático de todos los elementos y la función llamada a desempeñar por el Derecho.

<sup>1433</sup> Dentro del Título II, de los derechos y garantías fundamentales, su Capítulo I, de los derechos y deberes individuales y colectivos, su art. 5 señala que:

“Todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaleza, garantizándose a los brasileños y a los extranjeros residentes en el País la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la prioridad, en los siguientes términos”. Señala en el apartado XXXV que: “La ley no excluirá de la apreciación del Poder Judicial la lesión o la amenaza de derechos”. Es decir, que siempre la controversia puede residenciarse por la parte ante la jurisdicción ordinaria, incluso cuando se ha dictado la resolución de fondo por el Tribunal Administrativo.

<sup>1434</sup> Debe tenerse en cuenta que una Ley de 1840 creó el Consejo de Estado en Brasil y le dio competencias para el control específico de la Administración local a los jueces Municipales y de Paz, que en atención a sus nombramientos resultó ser un sistema que beneficiaba a los latifundistas locales, no teniendo este Consejo de Estado otras funciones que las consultivas, incluida la de apelación en asuntos contenciosos, que creaban una doctrina con la *ratio decidendi* para los casos subsiguientes, si bien en la Constitución Republicana de 1889, con la reforma Constitucional de 3 de septiembre de 1926, siguiendo el modelo de la Constitución Norteamericana de 1891, determinó la competencia judicial única en todas las cuestiones en que interviniese la Administración y extinguió el Consejo de Estado. Tal y como señala Bacellar Filho, la Constitución de 1891 creó el sistema de jurisdicción única o modelo inglés (*una lex, una jurisdictio*), sin presencia de órganos judiciales Administrativos, que se admiten en la de 1967 pero que, en cualquier caso, al igual que la actual Constitución de 1988 siempre permiten al ciudadano acudir a la ordinaria, incluso una vez dictada una resolución de fondo por los Tribunales Administrativos, lo que determina su escaso uso. Romeu Felipe Barcelar Filho, “Breves reflexões sobre a jurisdição administrativa: uma perspectiva de Direito Comparado”, *Revista de Direito Administrativo*, 65-67, enero-marzo,

En la Constitución de 1834 adquirió carta de naturaleza, que el control de la Administración por los Tribunales se llevara a cabo a través de una figura contenida en las *Ordenações Filipinas* ( de nuestro Felipe II, I de Portugal) de 1603 contenidas en el Libro tercero, título 78 con el nombre de *mandado de segurança*, que preveía que si alguien temiese una ofensa de otro, en su persona o en sus bienes, pudiese requerir al juez para que lo asegurase y evitase la ofensa, actuándose en su contra después si ignorase el mandato judicial.

La Constitución de 1891 creó los remedios posesorios para la protección de los derechos personales a través de una acción sumaria especial e inclusive para apreciar la vulneración por su inconstitucionalidad (con analogía con el *mandamus* e *injunction* norteamericana) y posteriormente con un *habeas corpus* y *habeas data*, referidos, no solo la libertad de movimientos sino a la eficacia del ejercicio de la libertad frente a una actuación ilegal de la Administración e incluso para la protección de los derechos fundamentales, normalmente, a través de actos administrativos<sup>1435</sup>.

La Constitución de 1988 permitió, a través de un *mandado de segurança coletivo*, la legitimación procesal de los partidos políticos con representación en el Congreso Nacional así como de las entidades sindicales y asociaciones interesadas e incluso la acción popular y todo ello con un Ministerio Público que actúa en ocasiones como parte y en otras para velar por la pureza del interés público de la Administración y dentro del proceso<sup>1436</sup>.

#### 4. ORDEN JURISDICCIONAL ÚNICO

Se ha estado razonando que el sistema del *common law* otorga mayores garantías para la estabilidad económica y el respeto de las libertades, con un concepto de Derecho diferente del enfoque eminentemente político del Continental, lo que tiene una implicación directa en el aspecto que se trata.

El sistema de *common law* no es solo un sistema jurídico sino que también lo es político, ya que se dice que este concepto de Derecho tiene trascendencia política mientras que en el Derecho Continental es, el poder político el que crea el Derecho.

El Derecho francés, que sin duda constituye el origen del sistema contencioso-administrativo, no es más que el *desideratum* del monarca Absoluto, como se ha expuesto al tratar del origen de la casación francesa (origen de las demás) en la Edad Media y del erróneo concepto de separación de poderes que manejan los no informados o manipuladores, conforme a las Leyes de 1790 y la Constitución francesa de 1791, y que no consistía sino en que el poder judicial no pueda juzgar a la Administración o la prohibición de los jueces de conocer de los asuntos de la Administración, hasta el punto de considerar que la intromisión de los jueces ordinarios en las funciones Administrativas era considerada una infracción grave y en determinadas circunstancias hasta delito.

---

1998, pp. 65-77.

<sup>1435</sup> El art. 72, § 22, de la Constitución de 1891 decía:

“Dar-se-á habeas-corpus sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação, por ilegalidade ou abuso de poder”.

<sup>1436</sup> Sérvulo Correia, *Direito do contencioso administrativo*, Lex, Lisboa, 2005, pp. 193-286.

Ya se ha hecho mención de la pretensión del rey Absoluto de dominar al Derecho, primero a través de la ley como reconocimiento del Derecho existente y después abiertamente como creación, y también a través del control en su aplicación a través de los *parlements* y del desgajamiento de sus órganos consultivos, cuya manifestación más explícita puede ser el Edicto de Saint Germain de 1641, por el que se prohibía al poder judicial conocer de los asuntos del rey<sup>1437</sup>.

Como se ha señalado, aún hoy en Francia y como principio Constitucional se considera que el Consejo de Estado no se encuentra dentro del Poder Judicial sino dentro de la Administración y formado por funcionarios (incluso en activo), que ora asesoran ora juzgan en última instancia y ello a pesar de las exigencias de independencia que exigen tanto el TEDH como la Unión Europea.

En el Derecho Alemán, que al principio siguió la estela del francés, se ha terminado de orientar por la tutela de los derechos subjetivos e intereses legítimos sobre la base de los conferidos previamente (de ahí la identificación que lleva cabo García Enterría), es decir, con la artificialidad de otorgar lo reconocido y sobre las trampas previas del solitario de considerar la construcción del Derecho Público sobre la base del Privado, de la mano, no de una Codificación (lo que no es cierto, ya que la Compilación de Justiniano también lo es) sino del espíritu del pueblo, con las peligrosas connotaciones de pueblo, nación y Estado, de la que ya hemos recibido muestras de sus peligrosas manifestaciones y que desde luego no se han agotado.

Este modelo continúa ahora bajo la estela de Social y como siempre que las palabras no responden a los conceptos, bajo bonitos enunciados: Estado de Derecho, realmente de ley controlada por el Estado sin posibilidad de control por su autorreferencia (Kelsen) y olvidando que su fundamento no es la sociedad (Hobbes, Rousseau) sino el ser humano (Francisco de Vitoria), con todas sus perspectivas conjuntas sin abstracción ni deconstrucción (persona o sujeto).

Ese ser humano y su actividad, que constituyen el objeto y sujeto del Derecho, adquiere sus características más auténticas ante la realidad, que se pone de manifiesto en el proceso en el que el juez resuelve la contienda entre las partes.

Es el juez independiente el que mejor juzga ese conjunto de circunstancias concurrentes, razona sobre la base de su dignidad y descubre sus derechos inalienables y fundamentales.

El ordenamiento jurídico es único como la jurisdicción, con sus principios comunes y las especialidades no pueden esquivar esa unidad del ser humano.

Los grandes imperios del mundo Occidental (romano, español e inglés) ni tenían Derecho Administrativo ni una jurisdicción especializada.

Francia, que hasta la Ilustración no había tenido imperio o le duró muy poco, pretende dar lecciones de cómo se deben gobernar y su mayor dictador (Napoleón) pretende darlas de modernidad sobre la base de ideas cuando no falsas, abiertamente absurdas, que para ocultar su verdadera naturaleza se elevan exponencialmente a la categoría de principios, fenómeno general del que ya nos alertó Coke y lo mismo puede decirse de Alemania.

Esa unidad es, sin duda, útil en la perspectiva integral del ser humano y en la plasmación del origen y causa del Derecho.

---

<sup>1437</sup> Santiago Rosado Pacheco, *Modelos Europeos de Justicia contencioso-administrativa*, Dykinson, 2007, p. 248.

Estas especialidades del servicio público o del control de la Administración, lo son sobre la base de las abstracciones imaginarias y previas establecidas por ley o reglamento, de cuyo alcance no puede perderse la perspectiva de quién es su autor, lo que desemboca en el fenómeno más totalizador imaginable, que pierde todo su poder con la función tradicional del juez y del Derecho.

A este fenómeno totalizador del Derecho no le son ajenos ni la autorreferencialidad del Derecho ni menos aun la naturaleza del sistema político que dirige a la Administración, que con todos los recursos a su alcance pretende, como objetivo básico, su permanencia en el poder, con las técnicas correspondientes, igualmente disfrazadas bajo falsos ropajes: discrecionalidad administrativa, fomento, servicio público, huida del Derecho Administrativo, etc... y que no han servido al Derecho Administrativo ni a la jurisdicción contencioso-administrativa para dar una respuesta adecuada a la sociedad por la contradicción que el propio sistema contiene en su seno.

En consecuencia, al no dotárseles de las herramientas correspondientes (ni de Derecho ni en el ámbito de la jurisdicción) ha determinado, ante su consumado fracaso, su residenciación en la vía penal, también inadecuada, ya que opera bajo principios bien diferentes de los ordinarios de enjuiciamiento.

Las tesis de Dicey expuestas y la prevención de los sistemas señalados hacia el sistema dualista pueden hacernos pensar, como nos ha enseñado la historia, que el sistema napoleónico contencioso-administrativo, basado en las ideas Absolutistas de fomento (servicio público) pero luego generalizadas a todos los campos de actuación administrativa sobre la base de una interpretación inadecuada ( tanto de Montesquieu como de sus aplicadores prácticos) de la separación de poderes puede escorarse con facilidad hacia un sistema totalitario, que carece de parangón en la historia sobre la base de no permitir, realmente, una resolución heterocompositiva de los conflictos, que también pueden acontecer entre el individuo y la colectividad.

Debe tenerse presente también la confusión creada por los conceptos de interés público o interés general de la sociedad ( sobre todo si se compara con el bien común en sentido Tomasino) sobre la base de las ideas que contienen en su seno y que son la consecuencia de la doctrina derivada de las Iglesias Reformadas y su consiguiente consideración o sublimación de la cosa o causa pública y su respaldo dogmático, con un sometimiento total del individuo a la sociedad, a través del contrato social o de las teorías positivistas.

Todo ello conduce a consecuencias todavía más perturbadoras de la mano del denominado Estado de Derecho en Alemania (Hegel y Mayer), con el monopolio en la creación del Derecho por el Estado, como forma superior de organización pública sobre la base de organizaciones sociales de base, de corte corporativista e idealista, y en donde los estudiosos del Derecho llevan a cabo un análisis formal, en el que no tiene cabida el examen de su justicia<sup>1438</sup>, que resulta *per se* o de forma autorreferencial.

Pero esas cuestiones ideológicas no enervan que la Administración se encuentra sometida al Derecho en sus relaciones con los particulares e históricamente se ha formado un Derecho para regir los términos que son característicos de esta relación, tanto de su organización como de su actividad, como en la forma de relacionarse con los particulares, lo que, sin embargo, se considera, como nos ha

---

<sup>1438</sup> En este sentido, téngase presente la famosa afirmación de Bachof, decisiva en la evolución práctica y en la interpretación del Derecho alemán, según la cual todas las ventajas derivadas del ordenamiento para cada ciudadano se han constituido en verdaderos derechos subjetivos, un principio capital del actual Estado de Derecho, Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, II, cuarta edición, editorial Civitas, 1988, pp. 47-54.

enseñado la Historia que no determina, necesariamente, una jurisdicción exclusivamente Administrativa, una vez superadas las farsas de la jurisdicción retenida y delegada, ya que puede suceder que dentro de la jurisdicción única existan jueces especializados en Derecho Administrativo.

Lo que realmente supone una contradicción es que exista un orden contencioso-administrativo cuyos jueces carezcan de especialización en Derecho Administrativo, como sucede en nuestro país, con la tendencia que existe en un doble sentido: de un lado, a través de la huida del Derecho Administrativo hacia formas privadas de gestión especialmente societarias, que el Derecho inglés y alemán han determinado, a pesar de su mera forma, una aplicación de control propia de su sustantividad e interés al que se refiere; y de otra parte, la invasión del Estado de las tradicionales materias del Derecho Civil y Mercantil, publicitando cualquier forma de Derecho y desbordando las tradicionales técnicas legislativas del Parlamento, que la cuna de la democracia, el inglés, conserva.

Hayek nos alerta del fácil desliz que hacia el totalitarismo puede producir esta situación con las consecuencias que en materia de la libertad personal o de desarrollo económico puede suponer, lo que es más difícil en el Derecho inglés<sup>1439</sup>.

Por todo ello no es extraño que sea China, el país donde eficazmente se ha asentado el comunismo sobre la base de la eficacia que otorga a los valores colectivos.

El confucionismo valora sobre todo la autoridad, la jerarquía y la subordinación del individuo a la colectividad, por similitud con el mundo natural y su equilibrio, en contraposición al ideal de libertad que se dice caracteriza a la civilización Occidental y en este sentido incluso hoy en China, los contratos económicos contrarios a los planes del Estado se consideran nulos.

Como se ha dicho, el Derecho Privado de la Codificación obedecía a la autoridad propia de la razón constatada por obra de los jurisconsultos y consecuencia de la actividad del pretor pero frente a este Derecho Privado aparece una modificación de este Derecho Privado a través de un Derecho Público, que aunque es un acto del legislador o de la Administración, en detrimento de lo privado y de su autonormación no produce beneficio directo en lo estatal.

Tradicionalmente se entendía como Derecho Público al que se ocupaba de la cosa pública, lo que comenzará a alterarse en los Parlamentos Continentales a partir de Napoleón, al invadir el interés público o general también las reglas de recta conducta (Hayek<sup>1440</sup>) y adquirió especial protagonismo en el Estado de Derecho alemán por vía del Derecho Administrativo y de la motorización legislativa ideologizada, que iniciada por el Iusnaturalismo racionalista, en atención a la fuente de los derechos subjetivos, tendrá su plena culminación en el Estado Social de Derecho y que afectará a la propia concepción del Derecho.

De ahí que modernamente exista un Derecho Público constituido de una doble manera: un Derecho público que atiende inmediatamente a lo estatal y otro el Derecho Público que, sin incumbir directamente a lo estatal, afecta de forma determinante a lo privado porque la sociedad, a través de sus órganos de representación, llegó a considerar que no podía dejarse a la libertad de los particulares,

---

<sup>1439</sup> Friedrich A. Hayek, *Derecho, legislación y libertad. Una nueva formulación de los principios liberales de la justicia y de la economía política*, 2ª edición, Unión Editorial, 2014, especialmente en las pp. 361 y sgts.

<sup>1440</sup> *Ibidem*, pp. 162-163.

la regulación de determinados aspectos de su esfera natural, competencia propia y tradicional del Derecho Privado.

Estas relaciones obligatorias provenientes de la ley pública que afectan a la esfera privada también constituyen un Derecho Público, cuyo efecto es el indicado de privar a los particulares de su libertad para actuar como quieran o para regular como deseen sus actos jurídicos en la esfera de competencia que, tradicionalmente, les era propia.

Se trata de leyes que imponen al particular un estatuto relativo a su propia esfera privada con carácter necesario, no tratándose, propiamente, de Derecho Privado sino de Derecho Público aunque intervengan en la materia normalmente reservada al Privado, por lo que el Derecho Público adquiere un segundo significado, cual es la intervención pública en la esfera privada, al regular, mediante leyes públicas, los ámbitos propios de los particulares, lo que se justifica porque la esfera privada ha pasado a tener incidencias interesantes en lo público, lo que pone al descubierto que la finalidad del Derecho, además de regular las relaciones sociales es la de reorientarlas.

Pero esto no ha sido siempre así, ya que tal preeminencia de la ley pública solo se ha llegado tras un largo proceso histórico iniciado en el periodo Napoleónico, en la que como buen Dictador consideraba muy interesante, no que la sociedad le controlase a él a través del Parlamento, que era su función tradicional sino que era él el que controlaría a la sociedad libre a través de esta forma de legislación.

Este Parlamento, además, ahora se constituía como la fuente directa de los derechos subjetivos.

Esta situación se acentuó y acrecentó notablemente en el Estado de Derecho alemán, cuya glorificación del Estado termina con una sublimación de lo público, que le envalentona para una mayor intervención en la esfera privada a través de su medio más habitual, el reglamento.

Lo que entiendo que alcanza su cénit en el Estado Social de Derecho, que reclama una más abierta intervención del Estado, con un ensanchamiento de lo público, en un mundo poblado de ideologías propias de la Modernidad, en que realmente una parte de la sociedad pretende imponer a la otra su concepción privada del mundo y no puede hacerlo sino por la vía impositiva que significa el Derecho.

Que la resolución de las diferencias jurídicas se solventa en una misma jurisdicción, en la misma que lo hacen los particulares, acrecienta la sensación de que el poder público no es algo separado de la sociedad.

Un ejemplo puede servirnos para descubrir que existen diferencias de concepción que resultan relevantes.

Señala como doctrina legal, la STS 295/2021 de 3 de marzo, rec. 3983/2019, que la aportación a título gratuito por un cónyuge de un bien privativo a su sociedad de gananciales no se encuentra sujeta al ITPAJD, ni puede ser sometida a gravamen por el Impuesto sobre Donaciones.

Se justifica tal decisión en que solo pueden ser sujetos pasivos de la relación jurídica tributaria las personas físicas o jurídicas y aquellas instituciones o entes que especialmente se prevea legalmente por lo que la sociedad de gananciales, al ser un patrimonio separado solo puede serlo si existe una norma jurídica que lo prevea expresamente al efecto, lo que no sucede y sin que quepa confundirse

esta operación con la aportación a título gratuito por un cónyuge de un bien privativo a favor del otro cónyuge<sup>1441</sup>.

La cuestión que se plantea es si la Administración por su sujeción al principio de legalidad va a proceder a la devolución de las cantidades abonadas a quienes pagaron tal impuesto con la convicción

---

<sup>1441</sup> Las razones para adoptar tal decisión se basan también en los razonamientos jurídicos que se contienen en su FJDCO segundo en el que se razona sobre la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales y su proyección fiscal en el impuesto que se trata señalando que:

“interesa ahora destacar, por lo que luego se dirá y su relevancia en el ámbito fiscal, que la aportación gratuita de bienes privativos a la sociedad de gananciales, en modo alguno constituye una donación al otro cónyuge, sino que la destinataria del acto de disposición, la beneficiaria de la aportación, es la sociedad de gananciales, esto es, el patrimonio separado que es la comunidad de gananciales. Ha de rechazarse, pues, que la aportación se haga a favor de persona física alguna; la aportación de un bien privativo realizada a favor del otro cónyuge constituye un negocio jurídico completamente distinto del que nos ocupa. No es, por tanto, un negocio entre los cónyuges; el bien aportado no llega a formar parte del patrimonio privativo del otro cónyuge -sin perjuicio del resultado de la liquidación de la sociedad de gananciales, y el posible beneficio indirecto fruto de la aportación-; es erróneo, por tanto, entender que el bien privativo aportado a la sociedad de gananciales pasa a ser copropiedad de ambos cónyuges.

Desde la perspectiva del Derecho civil la aportación gratuita de un bien privativo a la sociedad de gananciales, es un negocio atípico del Derecho de Familia que da lugar a un desplazamiento patrimonial y correlativa adquisición, y cuyo rasgo característico y definidor, en lo que ahora interesa, es su gratuidad. A falta de un tratamiento singular de la figura en las normas tributarias, visto que no estamos ante un negocio jurídico oneroso, que es la nota que caracteriza a las transmisiones patrimoniales sujetas al ITPO, art. 7.1.A del Real Decreto Legislativo 1/1993, “Son transmisiones patrimoniales sujetas: A) Las transmisiones onerosas por actos “inter vivos” de toda clase de bienes y derechos que integren el patrimonio de las personas físicas o jurídicas”, y se trata, por tanto, de un supuesto no contemplado, ni sujeto, en este gravamen, tiene su encaje, en principio y sin perjuicio de lo que a continuación decimos, en “...cualquier otro negocio jurídico a título gratuito, “intervivos””, que constituye uno de los hechos imposables del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, art. 3.1.b) de la Ley 29/1987.

Analizada la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales, y conceptualizada como patrimonio separado, carece la misma de personalidad jurídica.

El Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones se autodefine como impuesto directo y subjetivo, cuyo objeto es gravar los incrementos de patrimonio obtenidos a título lucrativo por personas físicas. Así se destaca en la Exposición de Motivos de la Ley, “El Impuesto de Sucesiones y Donaciones cierra el marco de la imposición directa, con el carácter de tributo complementario del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas; grava las adquisiciones gratuitas de las personas físicas y su naturaleza directa...” y así se presenta en su art. 1, “El Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, de naturaleza directa y subjetiva, grava los incrementos patrimoniales obtenidos a título lucrativo por personas físicas, en los términos previstos en la presente Ley”.

Conforme al principio de legalidad, reserva de ley que prevé el art. 8.c) de la LGT, debe determinarse por ley los obligados tributarios. Ya se ha dicho que el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones posee carácter personal, por lo que, en principio, dada la relación entre el sujeto pasivo con el presupuesto objetivo, esto es la adquisición del sujeto pasivo del bien objeto de la transmisión lucrativa, legalmente circunscrito a las personas físicas, la sociedad de gananciales, como patrimonio separado, no puede ser sujeto pasivo del impuesto; pues legalmente, con la matización que a continuación se hace, el sujeto pasivo del impuesto debe ser una persona física; se excluye tanto las personas jurídicas, como los entes sin personalidad, por lo que en principio la sociedad de gananciales, como patrimonio separado, que carece de personalidad jurídica, no puede ser sujeto pasivo del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

El art. 35.4 de la LGT considera que además de los obligados tributarios que contempla el apartado 2, tendrán la consideración de obligados tributarios “las herencias yacentes, comunidades de bienes y demás entidades que, carentes de personalidad jurídica, constituyan una unidad económica o un patrimonio separado susceptibles de imposición”, si bien lo supedita a que una norma con rango de ley así lo prevea expresamente. En el caso que nos ocupa ni norma especial al efecto, ni la Ley del Impuesto, que sí prevé supuestos en los que se recogen instituciones a las que se le otorga dicha condición de forma indirecta o más compleja, así en supuestos de sustituciones hereditarias, fideicomisos, reservas o repudiaciones de las herencias, por ejemplo, en cambio, nada se prevé respecto de sociedades de gananciales o, más extensamente, respecto de patrimonios separados. Por lo que las sociedades de gananciales, adquirente y beneficiaria del bien privativo aportado gratuitamente por uno de los cónyuges no puede ser sujeto de gravamen por el impuesto sobre donaciones.

de que era exigible, ya que no solo dispone de mecanismos legales para ello sino que se trata de una actuación obligatoria.

Desde un punto de vista hipotético me planteo que, si en vez de esta sentencia se hubiese dictado otra merced a la que se entendiese que el tipo aplicable debe ser superior. ¿ La Administración hubiese girado complementarias basadas en esta sentencia?

Señala el fundamento jurídico cuarto de la sentencia del Tribunal Supremo 832/2020 de 23 de junio, recaída en el recurso de casación 4692/2017:

“En ese sentido, a diferencia de lo que acontece en el proceso que nos ocupa (en el que se pretende la devolución del IBI correspondiente a las liquidaciones firmes de los ejercicios 2010, 2011, 2014 y 2015), en los asuntos resueltos en las sentencias 196/2019, de 19 de febrero (recurso de casación núm. 128/2016), 273/2019, de 4 de marzo (recurso de casación núm. 11/2017) y 443/2019, de 2 de abril (recurso de casación núm. 2154/2017), los contribuyentes habían impugnado en plazo las liquidaciones tributarias giradas por el Ayuntamiento de Badajoz en concepto de IBI por la razón esencial de que en esas mismas liquidaciones se valoraban los inmuebles afectados como urbanos -a tenor de su clasificación catastral- cuando, en realidad, no tenían esa naturaleza.

En definitiva, mientras que en dichos recursos no se impugnaron en la instancia liquidaciones de IBI firmes -como ahora sucede-, ni, por tanto, se planteó si tal firmeza obligaba o no a la Hacienda municipal a revisar retroactivamente las liquidaciones ya giradas, en el supuesto que ahora analizamos la cuestión está relacionada con la eventual nulidad de los actos tributarios firmes como consecuencia de una jurisprudencia que ha establecido que, a efectos catastrales, los suelos urbanizables sin planeamiento de desarrollo detallado o pormenorizado deben ser clasificados como bienes inmuebles de naturaleza rústica.

Como decíamos en la Sentencia 528/2019, de 14 de mayo (recurso de casación 3457/2017) en el ámbito del IBI, la revisión de liquidaciones firmes como consecuencia de la necesidad de que el suelo, para ser urbano, cuente con desarrollo urbanístico establecido por instrumento urbanístico apto (exigencia derivada de la jurisprudencia posterior a esas liquidaciones y de la modificación legal efectuada en su aplicación) debe efectuarse por los cauces establecidos en el Capítulo II del Título V de la Ley General Tributaria, lo cual no se ha realizado esta vez<sup>1442</sup>.

---

<sup>1442</sup> Las SSTs 435 y 454/20 de 18 de mayo recaídas en los rec.1068/2019 y 1665/2019 señalan que:

“La Sala reitera la respuesta conferida al recurso de casación RCA/1665/2019 en la sentencia de la misma fecha, en el sentido siguiente: a) En el ámbito del Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana, la solicitud de devolución de ingresos indebidos derivados de liquidaciones firmes como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad contenida en la sentencia 59/2017, de 11 de mayo, debe efectuarse por los cauces del Capítulo II del Título V de la Ley General Tributaria; b) Tal declaración de inconstitucionalidad no determina que las liquidaciones giradas con anterioridad y que hayan ganado firmeza en vía administrativa incurran en los supuestos de nulidad de pleno derecho del artículo 217.1, letras a), e), f) y g), de la Ley General Tributaria, pues aquellos actos tributarios: (i) no han lesionado derechos fundamentales susceptibles de amparo constitucional, ya que el principio de capacidad económica no es un derecho fundamental de esa naturaleza; (ii) no han prescindido por completo del procedimiento legalmente establecido; (iii) no han provocado que el solicitante adquiera facultades o derechos careciendo de los requisitos para esa adquisición y (iv) no cabe identificar una norma con rango de ley que establezca dicha nulidad radical y, desde luego, ésta no puede ser la aducida por la parte recurrente en su demanda, referida a disposiciones generales y no a actos administrativos. El recurso de casación, por consiguiente, se estima. La solicitud de devolución de ingresos indebidos derivados de una

Estos razonamientos invalidan lo que se disponía en la sentencia de apelación 104/2017 (rollo 57/2017) de 1 de junio de la Sala de Extremadura, que señalaba en su FJDCO tercero que:

“La lucha contra las inmunidades del poder y el principio de legalidad al que se encuentra sometida la Administración han determinado la preceptiva obligación de la revisión de oficio de los actos nulos en la Ley 30/92 frente a la de 1958 y las mayores puntualizaciones que con la revocación de señalan en el art. 219 de la LGT de 2003 frente a lo previsto en el art. 105 de la Ley 30/92 y sobre todo, frente a lo que se establecía en la LGT de 1963.

Si se viene admitiendo la revocación en determinadas condiciones por razones de oportunidad, cómo puede negarse cuando se trata de la aplicación de mera legalidad, en la que existe un compromiso de aplicación igualitaria de la Ley (STC 49/82, fundamento jurídico 3º) y STC 63/84 y 125/86, entre otras<sup>1443</sup>.

Los límites de la revocación que contienen los arts. 219.1 párrafo 2º de la LGT y 105 de la ley 30/92, al igual que el art. 109 de la ley 39/2015, deben sin duda interpretarse en sentido orientador positivo, de manera que deben admitirse teniendo en cuenta el ordenamiento jurídico y el principio de igualdad expuesto. Ninguna duda debe albergar la Administración sobre los actos

---

liquidación firme de dicho impuesto en el IIVTNU amparada en la declaración de inconstitucionalidad contenida en la STC 59/2017. La solicitud de devolución de ingresos indebidos derivados de liquidaciones firmes como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad contenida en la indicada sentencia debe efectuarse por los cauces establecidos en el Capítulo II del Título V de la Ley General Tributaria. La declaración de inconstitucionalidad de los artículos 107.1 y 107.2 a) del texto refundido de la Ley de Haciendas Locales en la medida en que (pueden) someter a tributación situaciones inexpressivas de capacidad económica no determina que las liquidaciones firmes del impuesto giradas con anterioridad y que hayan ganado firmeza en vía administrativa incurran en el supuesto de nulidad de pleno derecho previsto en el artículo 217.1.a) de la vigente Ley General Tributaria. En estas materias de IBI pueden consultarse las SSTC 196/19, 273/19 y 443/19, entre otras.

<sup>1443</sup> Dicen la referidas SSTC que :

“Este Tribunal ha señalado reiteradamente que el derecho a la igualdad ante la ley, que reconoce y consagra el art. 14 de la Constitución, es, en primera línea, un medio de defensa del ciudadano frente a las discriminaciones de que pudiera ser objeto por parte del Poder Legislativo y, en este sentido, comporta la interdicción de que en las leyes se establezcan las discriminaciones típicas a que el precepto alude (el nacimiento, la raza, el sexo, la religión, etc.), así como la imposibilidad de que reciban un trato jurídico diferente, situaciones jurídicas o supuestos de hecho que han de ser reconocidos como iguales por coincidir en ellos los mismos elementos o por carecer de la necesaria trascendencia jurídica aquellos que permitieran considerarlos como distintos, y comporta también el derecho a un trato uniforme y no discriminatorio en los actos de aplicación de la ley, pues sólo respetando esta regla, la ley es verdaderamente igual para todos”. “Por eso ha podido decir este T. C. en sus Sentencias núms. 49/1982, de 14 de julio («Boletín Oficial del Estado» de 4 de agosto); 52/1982, de 22 de julio («Boletín Oficial del Estado» de 18 de agosto), y 2/1983, de 24 de enero («Boletín Oficial del Estado» de 17 de febrero), que el derecho a la igualdad consagrado en el art. 14 de la C. E. incluye no sólo la igualdad en la Ley, sino también la igualdad en la aplicación de la Ley, lo que implica que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales y que cuando el órgano en cuestión considera que debe apartarse de sus precedentes tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable”. “Y así planteadas las cosas, no es impertinente recordar que como tiene con reiteración señalado este Tribunal el art. 14 de la Constitución, al establecer el principio general de que «los españoles son iguales ante la Ley» establece un derecho subjetivo a obtener un trato igual, impone una obligación a los poderes públicos, de llevar a cabo ese trato igual y, al mismo tiempo, limita el poder legislativo y los poderes de los órganos encargados de la aplicación de las normas jurídicas. La igualdad a que el art. 14 se refiere, que es la igualdad jurídica o igualdad ante la Ley, no comporta necesariamente una igualdad material o igualdad económica real y efectiva. Significa que a los supuestos de hecho iguales deben serles aplicadas unas consecuencias jurídicas que sean iguales también y que para introducir diferencias entre los supuestos de hecho tiene que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados”.

de referencia, y su vulneración de la Ley según se deduce de sentencias judiciales firmes, lo que no es puesto en tela de juicio por la Administración en el caso que nos ocupa.

El principio de legalidad con que debe operar la Administración obliga a que despliegue todos los efectos en los supuestos en que es posible su desarrollo, siendo el caso que nos ocupa uno de ellos, teniendo en cuenta el principio de igualdad material que constituye la base del principio democrático en que se basa nuestra convivencia.

Si la Administración Tributaria sobre la base de una línea jurisdiccional firme actúa correctamente en legítimo ejercicio de sus potestades administrativas sobre los particulares en el periodo de prescripción, y sin que a ello sean oponibles razones de seguridad jurídica, entendemos que de igual manera sea lícita, correcta, conforme a Derecho e incluso exigible sobre la base de los principios de legalidad (art. 103 de la C.E .) e igualdad (art. 14 C.E .) en su vertiente de aplicación práctica (art.9.3 de la C.E .) tal conducta de revocar tales actos tributarios.

El Ayuntamiento podía, según ha actuado sobre la base de la disposición transitoria séptima de la Ley de Catastro , haber actuado sobre los ejercicios no prescritos. El Ayuntamiento no alega en el recurso judicial que sobre la base de la doctrina sentada por las sentencias citadas tal suelo tenga naturaleza urbana a efectos del IBI, es más, se viene a reconocer que no lo tenía según el procedimiento simplificado realizado de acuerdo con lo previsto en la disposición transitoria 7ª de la ley del Catastro , que consideramos no se infringe con lo que exponemos en esta Sentencia”.

Se había señalado por la STS 471/20 (rec. 4093/2017) que:

OCTAVO. Resolución de las pretensiones deducidas en el recurso de casación.

1. La lógica consecuencia de lo hasta aquí expuesto no puede ser otra distinta a la desestimación del recurso de casación, pues la sentencia recurrida -al declarar la nulidad de las liquidaciones del IBI por ser rústicos, y no urbanos, los terrenos afectados- ha tenido en cuenta, acertadamente, una circunstancias excepcional sobrevenida de las que, según la doctrina que acaba de establecerse, permiten la impugnación de la valoración catastral con ocasión del recurso dirigido contra la liquidación del impuesto municipal.

2. Para reforzar tal afirmación, conviene tener en cuenta que el juez a quo fundamenta su decisión estimatoria en dos circunstancias esenciales (el carácter rústico de los inmuebles tras la sentencia de la Sala de Cáceres y la impugnación ante el TEAR de la clasificación catastral), que el ayuntamiento de Badajoz no ha desmentido en absoluto en la actual casación, habida cuenta que su único argumento -que ha de reputarse insuficiente en este caso, en los términos vistos- ha consistido en considerar que el Juzgado no tuvo en cuenta la dualidad “gestión catastral” y “gestión tributaria” y que, como conciencia de ellos, incurrió en las infracciones que ya hemos dicho que no se han producido [...]”.

Dice el art. 219 de la LGT respecto de la revocación de los actos de aplicación de los tributos y de imposición de sanciones que:

“1. La Administración tributaria podrá revocar sus actos en beneficio de los interesados cuando se estime que infringen manifiestamente la ley, cuando circunstancias sobrevenidas que afecten a una situación jurídica particular pongan de manifiesto la improcedencia del acto

dictado, o cuando en la tramitación del procedimiento se haya producido indefensión a los interesados.

La revocación no podrá constituir, en ningún caso, dispensa o exención no permitida por las normas tributarias, ni ser contraria al principio de igualdad, al interés público o al ordenamiento jurídico.

2. La revocación sólo será posible mientras no haya transcurrido el plazo de prescripción.

3. El procedimiento de revocación se iniciará siempre de oficio, y será competente para declararla el órgano que se determine reglamentariamente, que deberá ser distinto del órgano que dictó el acto.

En el expediente se dará audiencia a los interesados y deberá incluirse un informe del órgano con funciones de asesoramiento jurídico sobre la procedencia de la revocación del acto.

4. El plazo máximo para notificar resolución expresa será de seis meses desde la notificación del acuerdo de iniciación del procedimiento.

Transcurrido el plazo establecido en el párrafo anterior sin que se hubiera notificado resolución expresa, se producirá la caducidad del procedimiento.

5) Las resoluciones que se dicten en este procedimiento pondrán fin a la vía administrativa.”

El artículo 109.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas respecto de la revocación de actos y rectificación de errores que las Administraciones Públicas podrán revocar, mientras no haya transcurrido el plazo de prescripción, sus actos de gravamen o desfavorables, siempre que tal revocación no constituya dispensa o exención no permitida por las leyes, ni sea contraria al principio de igualdad, al interés público o al ordenamiento jurídico.

Dos cuestiones se nos plantean a continuación: una primera, ¿si cuando se pide la devolución de ingresos indebidos, la Administración, no tiene la obligación, en virtud del principio de sustanciación, ya tradicional en nuestro sistema jurídico y ahora recogido en el art. 115 de la Ley 39/2015, de entender que es inherente la petición de nulidad del acto impugnado?.

La segunda guarda relación con el aparentemente facultativo “podrá” que recogen los arts. 219 y 109 citados, que entiendo que no tiene ese carácter facultativo cuando existen razones evidentes de legalidad sino que es obligatorio como en su día celebró con júbilo la doctrina científica respecto de la aclaración que se hizo con el art. 102.1 de la Ley 30/92, que pasó del aparentemente erróneo “podrá” a “declarará” y que hoy recoge el art. 106.1 de la Ley 39/2015. Diferentes son los casos que se puedan presentar por motivos de oportunidad.

Nótese que el art. 219 de la LGT se refiere no solo a situaciones en que se estime que se infrinja manifiestamente la ley o cuando en la tramitación del procedimiento se haya producido indefensión a los interesados sino también cuando circunstancias sobrevenidas que afecten a una situación jurídica particular pongan de manifiesto la improcedencia del acto dictado que, lógicamente, entiendo que concurre cuando existe una serie de sentencias firmes del Tribunal Supremo, como en el caso sucedía en el cobro del IBI urbano, cuando realmente era rústico.

La Sala de lo Contencioso-administrativo de Extremadura ha dicho en multitud de sentencias, entre las que podemos mencionar la 191/20 de 23 de julio, rec. 506/2019, que el principio *nemo auditur*

*propriam turpitudinem allegans* consagra que nadie puede alegar válidamente o causar perjuicios a terceros por causa de su propia torpeza, de manera que la Administración no puede perjudicar los derechos de terceros por una causa de la que es responsable<sup>1444</sup>.

Señala también la STC 227/1988 de 28 de noviembre, que las deficiencias y carencias en el funcionamiento de un órgano administrativo no pueden perjudicar al particular porque no es lícito beneficiarse de la propia torpeza, constituyendo un principio general del derecho que nadie puede beneficiarse de su torpeza, entendiéndose obviamente por la misma, el incumplimiento de las normas de Derecho imperativo, del que no pueden extraerse ventajas ni perjudicar con ello a un tercero, principio que se ha aplicado por este TSJ de Extremadura en diversas sentencias 31-10-2006 (rollo 446/2005) ó en la 485/2013 de 24 de abril (recurso 279/2009), entre otras muchas.

Pero realmente es la propia legislación la que, en el fondo, viene a ratificar ese modo olvidadizo de actuar de la Administración sobre la desigual base de 4 años en contra del particular y 1 ó 2 meses de plazo para que pueda reclamar, tesis que en el fondo, además de su injusticia da pábulo a una burocracia y formalidades de primera magnitud.

El art. 110.5 de la LJCA señala que el incidente para extensión de una sentencia en materia de personal o tributaria se desestimarán, en todo caso, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: Si existiera cosa juzgada o si para el interesado se hubiere dictado resolución que, habiendo causado estado en vía administrativa, fuere consentida y firme por no haber promovido recurso contencioso-administrativo y ello siempre y cuando, como señala el apartado 1. c de este precepto se solicite la extensión de la sentencia en el plazo de un año desde la última notificación de esta quienes fueron parte en el proceso.

En suma, que como la Administración no actúa correctamente, el perjudicado salvo que tenga dotes adivinatorias o de una gran diligencia ( la ordinaria no le valdría) resultará perjudicado.

Lo que debemos preguntarnos ahora es, si es realmente justo y ordinario, de acuerdo con el principio de igualdad, que tanto la Administración como el particular estén, igualmente, sujetos en sus reclamaciones al plazo de 4 años desde el punto de vista de lo que debe ser la legalidad y la justicia, ya que desde la realidad todo ello negado por una nube de leyes, reglamentos, funcionarios y burocracia incluida la mentalidad judicial contencioso-administrativa<sup>1445</sup>, como acabamos de examinar, incapaces de atisbar una cuestión que en el orden civil es ordinaria, fácilmente perceptible y aplicada.

En este sentido considero que cobra toda su virtualidad, la tesis defendida por Vasco Pereira da Silva para quien la bóveda de crucero del Derecho Administrativo en la actualidad no debe encontrarse en el acto administrativo sino en la relación jurídica, ya que entiende que no solo es que el concepto de acto administrativo no consigue abarcar la integridad de las relaciones de los particulares con la Administración (inactividad, reglamentos, contratos, comportamiento fáctico, acontecimiento natural, peticiones, etc....) mientras que el concepto de relación jurídica permite encuadrar todo ese universo de relaciones, siendo la tesis que mayoritariamente se defiende por la

---

<sup>1444</sup> Sobre la negligencia administrativa como causa relevante de la decisión a tomar pueden tenerse en cuenta en las SSTJUE de 12 de mayo y de 16 de julio de 1998, que la determina relevante para ser causa de improcedencia de la revocación de una ayuda Comunitaria.

<sup>1445</sup> Hija del juez funcionario alemán y nieta del juez administrador francés.

doctrina alemana (Bachof, Brohm, Erichsen, Haeberle, Henke, Bauer, Achterberg, Fleiner-Gerster, Sudhof ) y también entiende que es la que mejor explica el fenómeno en Portugal.

Ya se ha hecho mención de que este autor defiende, con claridad, que el origen de nuestro sistema contencioso- administrativo debe situarse en el Antiguo Régimen, no solo en atención al principio de autocontrol de sus actuaciones y de forma definitiva por la propia Administración sino de todo su aparataje dogmático y conceptual utilizado por los *parlements* para el control verdaderamente judicial: incompetencia, vicio de forma o infracción de ley, además de ser el Consejo de Estado heredero del Consejo Real<sup>1446</sup>.

A todo ello se une lo que se podría considerar una voluntad ciertamente suplantadora, ya que Otto Mayer asimila el acto administrativo a la sentencia judicial, en tanto que ambos representan la manera en que el poder público se torna eficaz, representando este concepto de acto administrativo la materialización de la herencia del Estado Liberal procedente del Absoluto, en cuanto organización centralizada de poder, como Leviatán u hombre artificial de mayor altura y fuerza que el natural para cuya defensa y fuerza fue proyectada una Administración de poder investida de *imperium* y aplicadora y ejecutora de la ley a través de actos unilaterales y que en el s. XIX e inicios del XX constituyó la figura central de la dogmática del Estado Derecho<sup>1447</sup>.

Apoyándose igualmente en Otto Mayer considera que el acto administrativo es la más completa manifestación de la Administración autoritaria y soberana sobre un particular determinado, como Administración agresiva de los particulares<sup>1448</sup>.

Considera que no solo abarca mejor la tradicional postura unilateral sino más específicamente aquellas en las que la Administración adopta una postura consensual o informal pero sobre todo porque canaliza de una forma más correcta el factor tiempo en el que se desenvuelve la relación y no solo por razones técnicas sino también de principios.

Como considera Schmitdt hace surgir, más intensamente, los derechos de los ciudadanos, armonizando las exigencias de la actuación administrativa en defensa de los intereses generales y las garantías de los particulares en la defensa de sus derechos e intereses legítimos (Freitas do Amaral) superada la etapa que denunciaba Henke de la relación de poder ante un Estado todopoderoso, teniendo en cuenta, como señala García de Enterría, que no puede negarse a los particulares una posición equivalente a la de la Administración, ya que si la Administración esgrime su función la defensa del interés general, los ciudadanos pueden apelar a su estatus jurídico Constitucional derivado de respeto de los derechos fundamentales, en tanto que derechos subjetivos Constitucionalmente garantizados<sup>1449</sup>.

---

<sup>1446</sup> Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva, *Em busca do acto administrativo perdido*, Almedina, 1995, pp. 24-28.

<sup>1447</sup> *Ibidem*, pp. 35-41.

<sup>1448</sup> *Ibidem*, pp. 40, 41 y 69.

<sup>1449</sup> *Ibidem*, pp. 149, 165, 186-196. El autor realiza en las pp. 149-206, un examen de la evolución de tales relaciones entre la Administración y los administrados, desde las posturas negativas defendidas por los positivistas, especialmente por sus padres fundadores Kelsen y Merkl, la de quienes no rechazaban la figura de la relación jurídica pero configurada como una relación de poder, completamente desequilibrada, defendida por G. Jellinek, Mayer, W Jellinek, Fleiner o Caetano, las que la defendían pero solo como prestadora, Krauser o Maurer, o la de quienes la entendían como tal y consideran que mejor se sujetaba a la realidad de lo que es y debe ser la relación entre los administrados y la Administración.

Si tradicionalmente se entendía que el acto administrativo era un acto de autoridad, que garantizaba los derechos ciudadanos no parece que tal función la encuentre desempeñando actualmente de forma correcta, en donde la parte de la autoridad y el interés público que se manifiesta no corresponden adecuadamente a la función que deben desempeñar en una sociedad desarrollada, con una postura claramente autoritaria y agresiva para los particulares, que es la que se pone de manifiesto en la cuestión que se acaba de tratar.

En esta jurisdicción contencioso-administrativa estamos más que preocupados por la lucha contra las inmunidades del poder o el debido control de la actividad de la Administración, como si el simple planteamiento de la cuestión no significase, *per se*, la inadmisibilidad del modelo o confortados por el creciente control de la Administración, que no solo denota los espúreos orígenes del orden contencioso-administrativo sino la clara cuestión de que nunca puede ser una función judicial, otra que la justicia.

La postura de la Administración Tributaria y de los órganos judiciales de control administrativo vienen a denotar, a las claras en los casos que comentamos, que no se ha abandonado en España la postura del juez-administrador de la que hablaba Tocqueville.

Aunque el artículo 17 de la LGT de 2003 define la relación jurídica tributaria como el conjunto de obligaciones y deberes, derechos y potestades originados por la aplicación de los tributos sigue siendo palpable, a mi juicio, la concepción supremacista que le otorgan las potestades administrativas propias de una relación de poder de que hablaban Laband o Jellinek en la segunda mitad del s. XIX ó de forma más bilateral, como se comenzó a conceputar a principios del S. XX, si bien sobre la base de la prestación económica en evolución, como comienza a observarse en la década de los 70 que defendían Fantozzi en Italia o Rodríguez Bereijo y Martín Delgado en España<sup>1450</sup> y de la que se destaca de la relación jurídica tributaria el hecho y la base imponible, el objeto del tributo, el devengo, los sujetos tributarios<sup>1451</sup>, el tipo de gravamen, la cuota y la deuda tributaria, la repercusión del tributo, el pago o la prescripción, etc... pero no se tratan con la debida extensión los denominados por Tomás Ramón Fernández, actos jurídicos del administrado, de los que forman parte las reclamaciones o recursos o los deberes a que se encuentra sometida la Administración por su sujeción al principio de legalidad, que a su vez constituyen derechos del administrado y propios de la relación jurídica tributaria ordinaria, tal y como expresamente señala el citado autor<sup>1452</sup>.

---

<sup>1450</sup> Juan Martín Queralt y otros, *Curso de derecho financiero y tributario*, vigésimo novena edición, Tecnos, 2018, pp. 255 y 256.

<sup>1451</sup> Ya hemos hecho mención de la evolución que han sufrido los conceptos del paso de ser humano a sujeto (*sub-jectum*) en condición de persona y luego de ciudadano, que en el ámbito Tributario distingue entre contribuyente y no contribuyente (ya se ha hecho mención también de los paraísos fiscales o las ventajas, que otorgadas por ley, pueden tener ciertos portentados económicos en este ámbito) y dentro del apartado de las excusas incluye también a quienes se dice que no tienen capacidad económica, a pesar de la literal afirmación del artículo 31 de la Constitución, de manera que no contribuyen quienes tienen más capacidad, ni tampoco quienes, supuestamente, carecen de ella (sin duda como coartada de los anteriores), merced a los mecanismos legales establecidos. Los contribuyentes también deben tener suerte para no tener que pagar, ya que existen las actividades exentas y no sujetas, cerrándose el cerco a los obligados tributarios convertidos, finalmente, en sujetos pasivos, lo que ya les puede servir para que se hagan una idea de sus limitaciones.

<sup>1452</sup> Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, I, cuarta edición, editorial Civitas, 1988, pp. 87-91.

El ordenamiento jurídico es único y el Código Civil se aplica supletoriamente en el resto de ramas jurídicas que han surgido y se han desgajado del mismo ( art. 3.2 del CC y Disposición Final 1ª de la LJCA), de tal manera que una interpretación unitaria se hace mejor desde esta perspectiva<sup>1453</sup>, que recoge de manera más fiel este espíritu y resalta el verdadero artífice y origen del Derecho, las personas estáticas o en evolución pero sin otorgar esa preferencia al poder público, ya que lo realmente importante es, *per se* y sin necesidad de reconocimiento alguno del poder público en cuanto natural e inherente de su dignidad esencial.

Todo lo expuesto en este punto nos conduce a la reflexión de Aritóteles respecto a las relaciones entre el *bonus homo* y *civis bonus*, ya que quien actúa basándose en el principio de confianza y atiende voluntariamente a las leyes, en vez de resultar beneficiado resultará perjudicado<sup>1454</sup>.

---

<sup>1453</sup> Por ejemplo, desde el punto de vista laboral y con relación a la causalidad de los contratos y sus efectos en el mundo laboral quiero traer, por sus trabados razonamientos desde el punto de vista de la unicidad del Derecho, la realizada por Joan Agustí Maragall en la sentencia del Juzgado de lo Social de Barcelona en el procedimiento de despido 349/2011, tratamiento unitario que no enerva la necesaria especialización a que apelaba el magistrado del Supremo Tribunal Administrativo portugués, Carlos Carvalho, en el encuentro luso-argentino de Derecho Procesal sobre la independencia judicial: especialización e independencia: ¿una relación directa?, en las jornadas celebradas el 16-4-2019 en Buenos Aires.

<sup>1454</sup> Giuseppe Graneris trae a colación la realidad citada por Maquiavelo, basándose en Aristóteles, que en una política torcida, el hombre bueno es un mal ciudadano pero en una recta, hombre bueno y buen ciudadano son equiparables, puesto que el hombre bueno solamente puede ser un mal ciudadano en una política torcida porque la bondad solo puede dañar a un ordenamiento perverso. Giuseppe Graneris, *Contribución Tomista la Filosofía del Derecho*, Olejnik, 2019, pp. 165 y 166.



# CONCLUSIONES

## 1. CONCLUSIONES EN ESPAÑOL, FRANCÉS, INGLÉS y PORTUGUÉS

1) El método heterocompositivo de resolución de los conflictos es el camino que ha usado la sociedad para alcanzar y desarrollar la civilización.

La creación de una justicia doméstica por una de las partes con que se mantiene la controversia (como se hizo por la Administración tras la Revolución Francesa, que tiene antecedentes en la monarquía Absoluta, continuidad en el Estado de Derecho alemán y posteriormente en el Estado Social de Derecho, que se atreve incluso a etiquetar toda la labor jurisprudente como el servicio público de la justicia pero que de ninguna de las maneras hace mención a servicio público legislativo) supone cruzar el puente civilizatorio en sentido inverso.

La disociación en materia jurisdiccional del poder público con la sociedad a la que dice servir tampoco favorece un desarrollo social armónico. Una de las consecuencias de lo que se expone queda de manifiesto en las limitaciones judiciales que existen en la jurisdicción Administrativa respecto de la integración de los conceptos jurídicos indeterminados, que no se producen en el resto de órdenes jurisdiccionales.

No se puede limitar y eliminar la resolución heterocompositiva de los conflictos sobre la base de la existencia de un sistema político justo, como enunciaron los Revolucionarios franceses, ya que nos abocaría al reconocimiento absurdo y falso del fin de la historia.

Precisamente tal pretensión supone el travestismo del Derecho de su función social esencial, lo que determina su ilegitimidad.

El desgajamiento del aspecto procesal hacia el derecho subjetivo atribuye un protagonismo esencial al poder público, que constituye una acumulación del poder que ya se ha acreditado innecesaria y peligrosa.

2). El desplazamiento que se produce del orden procesal al sustantivo a través del derecho subjetivo, que tiene lugar en un primer momento en la época de los Glosadores y especial continuidad en el Estado de Derecho alemán, atribuyendo su elemento de protección al Estado, desplaza el centro de gravedad de la persona a la colectividad por obra del contrato social y del Derecho Privado al Público.

Lo expuesto produce la falsa equiparación de Estado y Derecho, de la paz y armonía de la

autoridad que se desprende de la resolución heterocompositiva de las controversias, al orden y seguridad que establece el orden del poder político público, con la carga de profundidad de la velada violencia que suponen las consecuencias del incumplimiento de las leyes y la legislación motorizada.

La cuestión será la valoración de este traspaso de la *auctoritas* a la *potestas*, que se inicia en la Edad Media con el rey Absoluto, no solo como juez sino como legislador, con la consideración, más tarde, del Derecho/ derecho como voluntad, que parte de la doctrina considera que constituye una cuestión que guardan cierta analogía con el descubrimiento del fuego, en atención a los daños que puede producir.

Esta basculación del Derecho procesal al sustantivo por la vía del derecho subjetivo, que por el sistema de protección pasará al Estado como garante de los derechos y que constituirá no solo un mecanismo de banalización de los derechos humanos y de la función de los juristas sino de la hipervalorización del Derecho y sistema Administrativo, consecuencia de la glorificación del poder público y de su modo de actuación más prototípico, produciéndose una subyugación del Derecho procesal al sustantivo y con ello de la sustancia mítica del método heterocompositivo de resolución de las controversias y desplazándose la *auctoritas* por la *potestas* del Estado, revestida de la primera como concepto autorreferencial.

Pudiera considerarse que tanto el Derecho en Roma, desarrollado por obra del pretor en la *datio o denegatio actionis* como en los *writs* que otorgaba el *curator* ( dependiente del Rey) en Inglaterra constituyen una manifestación del poder público, que de esta manera condicionaba el Derecho, como puede pensarse que acontece con el derecho subjetivo en la Contemporaneidad pero frente a ello debe tenerse presente, que lo que se considera razón jurídica en Roma viene establecida, esencialmente, por la labor de los jurisconsultos y en el sistema inglés por las sentencias de los jueces, que carecen de ese elemento político, ya que los Tribunales constituyen el derecho de la tierra en esa mentalidad.

Lo relevante, en cualquier caso, no es la *potestas* sino la *auctoritas* de sus razonamientos, que si bien puede ser relevante en el primer momento es exclusiva de su mantenimiento posterior y como fuente del Derecho.

La jurisprudencia solo puede constituir una fuente del derecho cuando sea la razón jurídica la que se manifieste de esta forma y sea la que otorgue la égida de lo correcto y con ello su *auctoritas* a un sistema en el que esta idea determine su sistema político, lo que no sucede en los sistemas Continentales en que el *auctoritas* no descansa sobre un *corpus* formado por las resolución heterocompositiva de las concretas controversias sino en la elaboración, por quienes ostentan la autoridad política de un catálogo abstracto de soluciones.

3) El Derecho, reducido a la ley y sus principios, derivado de la voluntad del príncipe o de la nación, entendiéndose por esta la derivada de un sistema político de representación, sí que establece un orden y seguridad pero no la paz y armonía social.

El modelo expuesto da lugar a una revolución permanente por la lucha de las facciones, que será más destacada en aquellos que se consideran seguidores de quien consideraba a la violencia como comadrona de la historia, es decir, a un no Derecho.

La finalidad del Derecho desde siempre fue la paz social, restañar las heridas que se derivan del conflicto personal o de intereses merced a la intervención de un tercero azezado en la resolución de esta clase de diferencias entre las partes.

La función del Derecho no es la creación de un orden social determinado, ya que se trata de una función que corresponde, directamente como manifestación más espontánea, a una sociedad libre, en cuanto cuerpo cierto y total.

La democracia no puede constituir un mecanismo merced al que los políticos obligan a la ciudadanía a adoptar determinada conducta regida tradicionalmente por la autonomía personal y la libertad. El Parlamento, como entidad independiente, debe replantearse las funciones que legítimamente debe desarrollar respecto de la aprobación del presupuesto y el control del Gobierno.

4) La experiencia ha acreditado que la sociedades estables no son aquellas en las que los derechos derivan de la ley o de una Constitución elaborada sobre la base de movimientos tumultuosos o revolucionarios que, normalmente, se levantan en nombre del pueblo sino en aquellas en que la convivencia es fruto de una evolución basada en la tradición y en las costumbres jurídicas y políticas que, realmente, son las que canalizan la voluntad de la sociedad abierta y libre en su conjunto.

5) Es el Derecho el que determina lo correcto jurídicamente, tanto a nivel particular como social, incluso en su manifestación política.

Esta razón determina que no sea correcto subordinar o someter este a aquella como, sin duda, se ha pretendido de manera reiterada a lo largo de la secuencia histórica reciente.

La *auctoritas* de la *ratio jurídica* del árbitro, pretor o jurisconsultos pasó al emperador a través del *ius publicae respondendi*, que se denominará *imperator augusti*.

Justiniano hará suya la *recta ratio* con su Compilación, que Napoleón pretende con la Codificación y Savigny, dentro del romanticismo político, con el espíritu del pueblo, distinguiendo entre Derecho regular y singular, reconociendo la existencia del Derecho tradicional derivado de la razón jurídica y la tradición (regular) aunque lo subordina al político (singular).

La razón sirvió para la actualización de los textos romanos clásicos y justinianeos por los Glosadores y por la Escuela del Comentario, lo que se acentúa en los s. XVI y XVII, cuando se encuentra bien asentada la idea del rey no solo juez sino legislador, pasando de esta manera su

*auctoritas* a quien disponía de la *potestas*, lo que acrecienta Lutero, al otorgar el poder religioso al civil que, además, se considera que recibe directamente el encargo de Dios.

Aunque el Derecho romano aparece como la *ratio scripta* del caso, la cuestión que se plantea durante la Edad Media y Moderna será la de la adaptación al nuevo caso, actualización que deberá llevarse a cabo a través de la razón, de manera que el Iusnaturalismo Racionalista y los Códigos no distan esencialmente del originario método jurídico si no es por la determinación de lo jurídico, que pasa del jurista práctico a la voluntad de la Nación, de la razón ilustrada jurídicamente a que se refería Coke a la razón que se dice de conocimiento universal.

6) El Derecho debe ser el fruto de la realidad económica y social constatada a lo largo de la existencia y cuya visión exclusiva a través de la filosofía (especialmente del Idealismo), la política o la religión constituye un error metodológico.

Ni las anteojeras del Positivismo jurídico ni la abstracción del Derecho natural son adecuados para tener los ojos tan abiertos a la realidad como exige el debido enjuiciamiento del caso. La realidad es mucho más poliédrica y se encuentra llena de matices que se condicionan entre sí, de ahí que como real y como unidad propia debe abordarse, lejos de abstracciones.

Es evidente que el Derecho, como ámbito del deber ser, se encuentra influido tanto por la religión como por la política, en cuanto que constituyen ámbitos del deber ser y por ello influyen en nuestra conciencia y a través de ella en la sociedad.

El moderno concepto de Derecho, prácticamente reducido a la ley, debe mucho a las Iglesias Reformadas, especialmente a Lutero, cuyo modelo teológico y filosófico servirá de fundamento (libre examen) a una dimensión individual de la razón que se canalizará en el Iluminismo francés (no en los Iluminismos inglés ni norteamericano) y que servirá de soporte (hasta cierto punto de manera indebida por el cambio de interpretación de los autores que se dice la inspiraron) a la Revolución Francesa, dando lugar al primer desarrollo significativo (el germen se encuentra en la monarquía Absoluta) del Derecho Administrativo. La cuestión trascendente es determinar de qué sirve la razón sin autoridad o tradición.

No es admisible que el Derecho Público vaya progresivamente invadiendo el tradicional campo del Derecho Privado en la coordinación de actividades individuales y ello sobre la base de considerar que el poder público, no solo presta servicios en pro de un orden sino que realmente hace funcionar el país y por ello la consideración del Privado como temporalmente tolerado.

El concepto y ámbito del Derecho Administrativo, como manifestación más típica del Derecho del poder, se va a extender significativamente en todas las ramas del Derecho, incluido el Privado y va a influir, de manera notable, en el propio concepto de Derecho.

7) La burguesía con la finalidad de desgastar a la sociedad nobiliaria y estamental apoya al rey.

Es el monarca quien a lo largo de la Edad Media y Moderna, mediante la potenciación de la ley en la determinación de las fuentes del Derecho y de su control aplicativo a través de sus Tribunales encumbra la unificación del poder público.

En un momento determinado, la burguesía pretende controlar directamente la nave del poder público, lo que lleva a cabo, esencialmente, a la Revolución francesa, en la que se produce el magnicidio Real y el desplazamiento de la nobleza de los núcleos del poder.

Desde la segunda mitad del S. XX, la burguesía va a convivir con cierta simbiosis con el marxismo cultural en tanto no perjudica de manera sustancial sus intereses económicos y sirve de elemento de distracción a la ciudadanía.

8) Del poder del Derecho ( entendido como la razón jurídica expuesta con reiteración en la resolución de conflictos reales por imparciales juristas expertos) es propio de un sistema muy tecnificado, pasándose por obra de la atribución de la *auctoritas* a la *potestas* , como obra del poder público, a la pasión de la voluntad y de la ideología.

En este sistema de voluntad e ideología, el jurista pierde su función tradicional para transcribir lo que los políticos, a través de las normas jurídicas y de la organización judicial, les imponen.

La supuesta legitimación de este modelo político capitalizado en el Estado es usado como coartada de este modelo voluntarista e ideologizado.

9) En un Estado de Derecho, en el que se dice que el Derecho controla al poder, el elemento central debe ser el Derecho y no puede serlo ni la teología ni la filosofía ni la política ( Derecho del poder).

Desde esta perspectiva, los juristas y, especialmente, los jueces no pueden encontrarse al servicio del poder político ni de sus dictados sino de la la razón jurídica ( poder del Derecho), ya que solamente el poder basado en el Derecho, no solo será legítimo ( desde la perspectiva de la justicia del caso concreto, que es la única) sino que será el único que garantice las libertades, la paz y la armonía social, y a esa labor están llamados, esencialmente, los juristas prácticos y no tanto los filósofos, los políticos, los teólogos o los informáticos en este campo jurídico.

Por esta razón, los jueces no deben formar parte de ningún poder de naturaleza política sino que sus resoluciones deben ostentar la autoridad que siempre ha desempeñado la razón jurídica, de ahí el esfuerzo que deben llevar a cabo en la fundamentación de sus resoluciones. Todas las resoluciones judiciales deben ir acompañadas de la opinión convergente o divergente, breve o extensa, de los miembros que compongan un tribunal colegiado, junto con el análisis del ponente.

La resolución judicial de última instancia se debe dictar por un órgano mixto, en el que participen titulares de todas las especialidades para darle la debida unidad al ordenamiento jurídico.

Una institución cuyo origen se encuentra en la fuerza difícilmente va a respetar el Derecho ni los derechos, llegado el momento crítico.

La pregunta referida a quién debe ser el guardián de la Constitución tiene respuesta: la conducta cívica de la ciudadanía, que se pondrá de manifiesto en la elección de las instituciones que respondan en mayor medida a la estabilidad social, lejos por tanto, de las ideologías.

10) El control político de la organización judicial afecta negativamente a la conducta de los jueces y a su independencia. La dificultad creciente de su función determina que, al contrario de lo que sucede en la actualidad en muchos casos, la Carrera judicial deba regirse, íntegramente, por los principios de mérito y capacidad.

El órgano de gobierno de los jueces debe ser de composición mixta en que los jueces ocupen la mayoría, con participación directa de las profesiones involucradas y de los representantes sociales.

11) Deben someterse a resolución judicial, en una sociedad de libre mercado, exclusivamente, aquellas materias que en atención a su interés de orden público no sean susceptibles de acuerdo o transacción del que pueda ocuparse el arbitraje, con favorecimiento y potenciación de la mediación.

Los costes del proceso judicial deben soportarlos íntegramente las partes, sin perjuicio de la existencia de un sistema de ayudas para la litigación, que sufrague la de quienes carezcan de los bienes o rentas precisas para asegurar la igualdad procesal.

Dentro de los gastos o costos del proceso judicial deben de encontrarse los derechos del juez y los honorarios del árbitro.

12) El hombre goza de capacidad para captar y comprender la realidad, que nunca parte de cero sino que tiene sus raíces, desarrollo y evolución en la autoridad derivada de la enseñanza, que los seres humanos más capaces, sabios y prudentes le han transmitido en el transcurrir de generaciones.

La racionalidad del hombre individual derivada del libre examen, además de no haber existido propiamente nunca, es falsa como lo acredita su diferencia entre los distintos seres humanos, lugares y etapas históricas.

Es cierto que la racionalidad individual existe pero es asistida por la autoridad, de ahí que el Derecho deba ser fruto de la racionalidad ilustrada, de la autoridad de los hombres sabios, prudentes y buenos que nos han precedido y por las costumbres y tradiciones jurídicas.

El hombre, aunque pudiera haber sido creado a imagen y semejanza de Dios, carece de los atributos divinos. El ser griego y el Dios cristiano son puestos en conexión por santo Tomás, que potencia a la razón humana y la capacidad otorgada al hombre por el Creador para conocer el mundo, desarrollar la civilización y realizar buenas obras, Realismo que tiene su trascendencia en el Derecho.

13) La práctica reducción del Derecho a la ley como obra del poder público potencia a este, tanto a través de su diseño teórico como en su dimensión práctica aplicativa, incidiendo en una disociación de la realidad que afecta a la propia dinámica de la sociedad abierta.

El poder público no debe procurar la reeducación de la ciudadanía sino que debe respetar su discurrir espontáneo, al que tienen derecho las personas adultas y capaces en ejercicio de su libertad.

El Estado, que se intitula de Derecho como fuente de autoridad, intervendrá abiertamente en la sociedad, dando lugar al modelo Social, especialmente a través de la ley y del reglamento, potenciando al Derecho Administrativo, característico de la subordinación y fagocitando al Privado.

Por ello puede decirse que junto al Derecho Administrativo propio de la organización aparecerá otra especie de normas jurídicas que, igualmente, se catalogan de Administrativas sobre la base de la necesidad que se dice impone el interés público pero que afectan, directamente a la vida privada, a las relaciones entre particulares y a su actividad, que para su mejor colaboración se canaliza a través de la técnica de fomento (subvenciones) , lo que tiene un desarrollo muy significativo en las políticas de la Unión Europea.

Dada la incapacidad de la Administración para el desarrollo y gestión de la magna labor encomendada reclama la participación social a través de las tradicionales formas privadas de gestión mediante entes privados: concesiones, colaboración pública-privada, sociedades mixtas, etc.

Si ya era tradicional la intervención del poder público en la sociedad a través de las técnicas de policía (limitación) o servicio público (tradicional fomento), en el Estado social adquiere gran trascendencia su actividad prestacional, que en determinados aspectos puede vulnerar la interdicción de ayudas de Estado Comunitarias, adquiriendo gran protagonismo la vía de fomento (subvencional) de las conductas privadas como medio de alcanzar las metas que se consideran de interés general.

De esta forma, el poder público deja de ser árbitro (anglosajones) para ser director de la sociedad con la consiguiente importancia del Derecho Administrativo derivado de la enorme absorción de competencias que lleva a cabo el poder público.

La absorción de competencias por los poderes públicos y su asunción de director de la sociedad conduce a una incapacidad de gestión directa y la necesidad de que participen los privados que, dada la entidad económica de los proyectos se limita a las grandes corporaciones empresariales, adquiriendo estas una importancia creciente en la sociedad, a la vez que van horadando y colonizando el espacio que legítimamente correspondía a los denominados tres poderes del Estado.

En tanto que generadoras de derechos y obligaciones van ganando espacio al Poder Legislativo y con una actividad prestacional y asistencial al Ejecutivo, que en materia de policía o autorizatoria tiene un espacio propio en la declaración responsable y del Judicial a través del arbitraje, reapareciendo la polémica referente a la satisfacción del interés público a través de los entes privados o de las funciones que el Estado debe desempeñar.

Lo expuesto incide en el orden espontáneo social en que desaparecen los tradicionalmente operadores privados de escasa o mediana capacidad económica, que manifiestan de forma más directa la voluntad social y una sociedad más libre con los efectos que ello representa para la propia democracia.

No es admisible que el Derecho Público vaya progresivamente invadiendo el tradicional campo del Privado en la coordinación de actividades individuales y ello sobre la base de considerar que el poder público, no solo presta servicios en pro de un orden sino que realmente hace funcionar el país y por ello la consideración del Privado como temporalmente tolerado.

Pero el Derecho Administrativo no es solo el de la organización (tarea que tampoco tiene entre sus metas esenciales la justicia) sino que lo es también el de la subordinación y el del verticalismo de arriba a abajo, lo que tiene trascendencia en la importancia creciente de la organización frente a las tareas sobre las que se proyecta, cuyo desempeño es el realmente trascendente y favorece de forma más directa el desarrollo económico, social y tecnológico.

Tradicionalmente, el Derecho se captaba en una operación que permeaba de abajo hacia arriba, como manifestación del orden espontáneo que debe marcar el libre desarrollo de la sociedad mientras que es característico del Derecho Administrativo su imposición de arriba a abajo. Ley y libertad son inseparables no incompatibles.

14) Para la Escolástica, la existencia de los derechos humanos no precisaba de la existencia del Derecho o de poder público sino que los derivaban de la propia existencia del ser humano.

Sin embargo, la construcción alemana del derecho subjetivo o público subjetivo capitalizada por el Estado o el poder público lo desarrolla en catálogos que constituyen una incongruencia en sí mismos, según se desprende de su evolución a través del reconocimiento o no de los de primera hasta los de quinta generación en la actualidad y pone de manifiesto su artificiosidad frente a la realidad del hombre y su dignidad.

Por lo expuesto debe considerarse que la concepción correcta de los derechos humanos es la derivada de la Escolástica Ibérica, debiéndose destacar, no sus catálogos de reconocimiento sino por el juez independiente.

Pero este juez independiente no puede existir en la actualidad en los sistemas de Derecho Continental, en virtud de la manipulación que se lleva a cabo del Derecho a través de su determinación en la ley y su control aplicativo por el poder político.

Al situar la égida de los derechos humanos en el Estado o en las organizaciones públicas que establecen (organizaciones internacionales de protección) no se debe olvidar que, hasta ahora, lo que han acreditado es ser sus mayores violadores.

La protección de los derechos humanos no es una cuestión de voluntad o ideología, de la que nos puede dar cuenta la inadmisión de forma inmotivada ante los Tribunales encargados de velar por ellos, incluso reconociéndose su vulneración.

El uso promiscuo de tales derechos humanos catalogados los desgasta y banaliza, como sucede con los derivados de situaciones colectivas aplicadas individualmente pero a individuos que incluso no pertenecen a ese colectivo.

**15)** Las ideas que exponen Hobbes, Locke, Rousseau o Kant sobre el contrato o pacto social (este último autor considera a los seres humanos con meros entes de razón) esconden un propósito nada confesable.

Aunque reconocen que se trata de modelos ideales que no reales, su aceptación teórica por los súbditos justificaría un gran poder de coacción, más débil o inexistente en la postura de Aristóteles, Santo Tomás o Suárez, al considerar su naturaleza y el carácter irrenunciable de los derechos humanos.

Este modelo realista de la sociedad y natural de los derechos humanos condiciona los conceptos tan diferentes que se mantienen sobre la soberanía y el derecho de resistencia.

Lo que para los primeros es un poder absoluto e irresistible para los Escolásticos se considera la *suprema auctoritas* que permite, propiamente, los derechos humanos naturales como límite al poder constituido y un derecho de resistencia que para los primeros consistirá en la lucha para mantener el régimen existente, como una especie de paraíso terrenal construido a través del sistema Ideal.

**16)** La cuestión de la naturaleza y concepto de derechos humanos trasciende un concepto estricto de esta materia y tiene una fuerza expansiva total sobre la sociedad y el Derecho al afectar a la libertad, que no es la que se otorga (derechos subjetivo y fuente de los derechos humanos) sino la que se tiene.

No se es *sub-jetum* sino ser humano y los derechos y la libertad, al igual que los que se consideran estrictamente humanos, se tienen *per se*. Las teorías contractualistas, especialmente hobbesianas y rusionianas, encadenan al hombre en la organización social y en el Estado del que lo hacen dependientes, especialmente tras la teoría de los derechos subjetivos, lo que condiciona la diferente postura del derecho de resistencia de la Escolástica Ibérica frente a la posterior de los modernos Estados.

La abstracción de los derechos humanos fruto del iuscentrismo del Estado como derechos públicos subjetivos, que permite la inadmisión inmotivada ante los tribunales de amparo simplemente porque carecen de trascendencia constitucional, incluso admitiendo su posible vulneración, la posible extensión a los derechos de los animales o la comunidad con los humanos de los primates superiores sin duda en el Estado de Derecho autorreferente determinará el reconocimiento de derechos humanos a los robots humanizados, lo que podría suponer el fin de la raza humana.

17) El sistema contencioso-administrativo desarrollado desde la Revolución Francesa en el sistema europeo continental posterga a la jurisdicción tradicional y es contrario al sistema heterocompositivo de resolución de controversias, disociando a la sociedad según se trate de una cuestión de poder público o no.

Juzgar a la Administración no es administrar, como entendían los Revolucionarios franceses y se sigue manteniendo en las sentencias del Tribunal Constitucional de ese país.

Este concepto no es el que se defiende normalmente por las personas que hablan de la separación de poderes y que de ninguna manera admitirían lo expuesto en el párrafo anterior, que juzgar a la Administración sea administrar en vez de juzgar.

La infancia o adolescencia difícil del Derecho Administrativo desde el punto de vista procesal, en su desarrollo objetivo y subjetivo; como jurisdicción privativa que pretende incardinarse en la ordinaria; como poder y garantía de derechos condiciona a las normas que regulan en la actualidad al proceso judicial español y portugués, cuya naturaleza mixta puede dar lugar a interpretaciones y a la aplicación de los preceptos que pueden considerarse contradictorias.

18) Al haber resistido Inglaterra, con mayor fortuna, las embestidas del Absolutismo monárquico, sobre todo por obra de Sir Eduard Coke, que destacaba la fuerza del Derecho basada en las tradiciones (Carta de Juan sin Tierra de 1215), que constituían el fundamento de su Constitución (*Petition of Right* de 1628 y *Bill of Rights* de 1689) fue tejiendo un conjunto de principios que la capacitaron para defenderse mejor frente a un poder público prepotente y desbocado, permitiendo un mayor control del mismo, una mejor garantía del respeto de los derechos humanos, una mayor estabilidad social y política y un mejor desarrollo económico.

Los ingleses siempre han considerado al *common law* como la mejor garantía de sus libertades, de manera que el sistema jurídico se convierte *per se* en un sistema político, dando satisfacción al principio natural de ser el Derecho el que determina la legalidad y legitimidad de las actuaciones particulares y sociales.

19) La desafección del Derecho inglés respecto del de Roma produjo una tendencia en la búsqueda de las fuentes autóctonas.

En este labor se debe destacar la labor desarrollada por los Jueces Itinerantes al servicio de la Corona, que consiguieron una ligación entre los Tribunales locales y el Derecho de las grandes cortes judiciales.

Esta disociación sí que se produce en el Derecho Continental entre el Derecho romano depurado por las grandes Escuelas, en que se basan los juristas que escriben las sentencias de los tribunales superiores y el *ius rusticorum* de los tribunales y prácticas jurídicas de quienes, de ordinario, practicaban profesiones jurídicas más cercanas al pueblo que, normalmente, no habían completado sus estudios de Derecho y no escribían en latín.

Mientras que los ingleses consiguen conciliar las prácticas populares con la razón jurídica, en el caso de los Continentales aparecen disociadas y distanciadas, y las respuestas jurídicas de las grandes cortes judiciales eran consideradas artificiales en la mentalidad popular.

20) La interpretación y aplicación de las normas jurídicas debe ser obra exclusiva de los jueces sin intermediación alguna de la política, ni directa ni indirecta.

21) La consideración del Derecho como razón jurídica y no como voluntad política debe atribuir a la jurisprudencia la característica de fuente del Derecho.

22) El control judicial de la actividad de la Administración debe llevarse a cabo por la misma categoría de jueces que el resto de controversias sociales y sobre la base de las pretensiones de las partes basadas, como en el resto de las ramas jurídicas, en la relación jurídica.

Nada impide que tales jueces tengan unos conocimientos cualificados de Derecho Administrativo, constituyendo una verdadera contradicción la existencia de una jurisdicción especializada con jueces que carezcan de esos conocimientos especiales.

Debe desterrarse o limitarse al máximo del campo del Derecho Administrativo tanto el acto administrativo como el principio de autotutela administrativa, consagrándose de manera efectiva el principio de igualdad y eliminando cualquier vestigio objetivista de la jurisdicción que constituyó su

origen, siendo su desarrollo más reciente el recurso de casación objetivo instaurado en la Ley Orgánica 7/2015.

23) La democracia no es un simple procedimiento de designación de gobernantes ni puede proporcionar razón alguna para pretender la incontestancia judicial, el secreto o el no enjuiciamiento jurídico de las decisiones de los gestores ni poderes públicos.

Las normas Parlamentarias, en cuanto jurídicas, deben sujetarse al control judicial de las conductas que regulan, debiéndose tener presente el principio del juez legal en la supletoriedad de la competencia de los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo.

Que una controversia entre partes tenga un trasfondo político debe afectar a su posibilidad de enjuiciamiento, tanto como el que lo tenga civil, mercantil o laboral.

Una vez aprobada la Constitución por la Nación, todos los órganos del Estado se encuentran igualmente sometidos a las normas jurídicas, que no serían tales si carecen de eficacia práctica.

Mantener sobre la base de la naturaleza política de una cuestión su no sometimiento a los Tribunales de Justicia constituye la *ficta confessio* de la prevalencia de la política sobre la justicia, de la pasión y la ideología sobre la *recta ratio* o la razón jurídica y sobre la verdadera naturaleza de las leyes y del Derecho que se deriva de las mismas, y abre las puertas a la alta tanatopolítica, de cuyos efectos ya se tienen conocimiento y que ha conducido de las revueltas constantes del s. XIX, a la Gran Guerra y la Absoluta del XX, y todos los indicios apuntan a que estos acontecimientos no se van a detener.

El Derecho fundado en la fuerza implícita de la voluntad mayoritaria no solo conduce a la revolución social permanente sino que constituye escuela para determinar la forma en que han de resolverse las controversias a gran escala.

El secuestro del Derecho por el Estado también produce el efecto en la ciudadanía del denominado síndrome de Estocolmo.

En materia Administrativa debe acontecer lo mismo que sucede con los conceptos jurídicos indeterminados en materia civil, penal, mercantil o laboral, que son determinados por el juez sin ningún tipo de cortapisas.

No actuar con tal normalidad jurisdiccional supone reconocer una reserva de jurisdicción incompatible con el Estado de Derecho, una incapacidad de los Tribunales para juzgar a la Administración y con ello un liderazgo de la política o de la Administración sobre el Derecho.

A pesar de reconocerse algún tipo de reserva de jurisdicción en materia política, y al igual que sucede con los actos discrecionales debe admitirse un control judicial del procedimiento, competencia y fin.

24) La Administración, sobre la base de su capacidad normativa, su conexión con el partido político dominante en el Parlamento, la autotutela administrativa, el acto administrativo y su habilitación a través de la vía de fomento entra de lleno, con el beneplácito de los particulares, en las relaciones intersubjetivas privadas, dando lugar a una hipertrofia normativa y a una Administración hiperactiva.

Por otro lado, el control de su actividad nunca puede ser el adecuado, puesto que se vulnera el principio que consagra el derecho natural que establece que nadie puede ser juez de su propia causa o que nadie puede ser juez y parte, dando lugar a una interminable estela de reservas de jurisdicción y al patológico sistema merced al que el verdadero control de la Administración provenga del orden penal, en más ocasiones de las que debiera ser lo ordinario.

La conceptualización del Derecho con las notas de poder y voluntad conducen, en gran medida, a una Administración activa que desemboca en esta situación.

Acredita lo que se expone, que la lucha contra las inmunidades del poder emprendida en los años 50 del siglo pasado por nuestro insigne García de Enterría sigue constituyendo hoy en día un campo de batalla cambiante y como destaca Vasco Pereira, las técnicas de control de incompetencia, desviación de poder o vicios del acto administrativo, etc... ya eran para conocidas por los *Parlements* Prerrevolucionarios.

25) Tanto en la justicia Revolucionaria como en la plasmación actual de los Códigos Civiles franceses y belgas se prohíbe a los jueces realizar interpretaciones reglamentarias, que son las que se derivan de la casación implantada en lo Contencioso Administrativo por la Ley Orgánica 7/2015.

Su articulación a través del auto de admisión contraviene la esencia de los principios que deben regir un proceso entre partes y vulnerando lo establecido en los artículos 31, 32,33 73.2 y 65.1 y 2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa da lugar a una sentencia incongruente.

26) La Revolución Francesa cerró las Facultades de Derecho entre 1789 y 1806, y a su reapertura no se restablecen sino que se reinventan, al objeto de favorecer la obra Revolucionaria.

La Universidad enseñará ahora el Derecho del Estado, reducido a la ley y los Códigos, con límites en la interpretación y dejando fuera al jurisdiccionalismo, por el peligro que suponía este pensamiento jurídico más libre y complejo, que se consideraba capaz de arruinar la obra Revolucionaria de leyes y tribunales.

Ya no existirá justicia más allá del Gobierno y las leyes.

Mientras que la influencia en la Universidad desde la segunda mitad del s. XX del posmarxismo de Gramsci es evidente sigue sin explicarse adecuadamente, la actividad que de sanción y promulgación ejercían los *parlements* en el Antiguo Régimen; se sigue atribuyendo a las ideas del Iluminismo racionalista la separación de poderes, sin decirse que su idea rectora es que juzgar a la Administración es administrar; y se considera verdad absoluta que no se precisa en este sistema legítimo de la presencia de jueces jurisdiccionales independientes sino que su función es aplicar, asépticamente, la ley y los Códigos pero sin otros razonamientos más complejos, ni se explican las consecuencias que se derivan de esta concepción, de cuya realidad ya tenemos pruebas evidentes, apartándose a los juristas de la búsqueda de la justicia del caso concreto, que siempre constituyó su función y la del Derecho.

# LE POUVOIR DU DROIT OU LE DROIT DU POUVOIR : LES CONSÉQUENCES EN DROIT ADMINISTRATIF ET DANS L'ORDRE JURIDICTIONNEL CONTENTIEUX-ADMINISTRATIF

## CONCLUSIONS

1) La méthode hétérocompositionnelle de résolution des conflits est le moyen utilisé par la société pour atteindre et développer la civilisation.

La création d'une justice interne par l'une des parties avec lesquelles le litige est entretenu (comme l'a fait l'Administration après la Révolution française, qui a des antécédents dans la monarchie Absolue, la continuité dans l'État de Droit allemand et plus tard dans l'État de Droit Social, qui ose même qualifier tout le travail jurisprudentiel de service public de la justice mais qui ne mentionne nullement le service public législatif) signifie franchir le pont civilisateur en sens inverse.

La dissociation, en matière de compétence, entre la puissance publique et la société qu'elle prétend servir n'est pas non plus propice à un développement social harmonieux. Une des conséquences de ce qui précède est évidente dans les limitations judiciaires qui existent dans la juridiction administrative en ce qui concerne l'intégration de concepts juridiques indéterminés qui ne se produisent pas dans les autres ordres juridictionnels.

La résolution hétérocompositive des conflits ne peut être limitée et éliminée sur la base de l'existence d'un système politique juste, comme l'ont énoncé les révolutionnaires français, car cela nous conduirait à la reconnaissance absurde et fautive de la fin de l'histoire. Précisément, une telle prétention suppose le travestissement du Droit de sa fonction sociale essentielle, ce qui détermine son illégitimité.

La séparation de l'aspect procédural en droit subjectif attribue un protagonisme essentiel à la puissance publique, ce qui constitue une accumulation de pouvoir qui s'est déjà avérée inutile et dangereuse

2). Le passage de l'ordre procédural à l'ordre matériel par le droit subjectif, qui s'est produit pour la première fois à l'époque des Glossateurs et s'est poursuivi surtout dans l'État de droit allemand, attribuant son élément de protection à l'État, déplaçant le centre de gravité de l'individu au collectif par le contrat social et du Droit Privé au Droit Public.

Cela conduit à la fausse équation de l'État et du Droit, de la paix et de l'harmonie de l'autorité résultant de la résolution hétérocompositionnelle des litiges, à l'ordre et à la sécurité établis par l'ordre de la puissance politique publique, avec le poids profond de la violence voilée des conséquences du non-respect de la loi et de la législation motorisée.

La question sera l'évaluation de ce transfert de *l'auctoritas* à la *potestas*, qui commence au Moyen Âge avec le Roi absolu, non seulement comme juge mais aussi comme législateur, avec la considération, plus tard, de la Loi/ Droit comme volonté, qu'une partie de la doctrine considère comme une question qui a une certaine analogie avec la découverte du feu, compte tenu des dommages qu'il peut produire.

Ce glissement du Droit procédural au Droit substantiel en passant par le droit subjectif, qui à travers le système de protection passera à l'Etat comme garant des droits et qui constituera non seulement un mécanisme de banalisation des droits de l'homme et du rôle des juristes, mais aussi l'hypervalorisation du Droit Administratif et du système Administratif, une conséquence de la glorification de la puissance publique et de son mode d'action le plus prototypique, produisant un assujettissement du Droit procédural au Droit substantiel et avec lui la substance mythique de la méthode hétérocompositionnelle de résolution des conflits, et déplaçant *l'auctoritas* par la *potestas* de l'État, revêtue dans le premier comme un concept autoréférentiel.

On peut considérer que tant le droit à Rome, développé par le travail du préteur dans le *datio* ou *denegatio actionis* que dans les *writs* accordés par le *curator* (dépendant du roi) en Angleterre constituent une manifestation de la puissance publique, qui de cette manière conditionne le Droit, cependant, il faut tenir compte du fait que ce qui était considéré comme la raison juridique à Rome était essentiellement établi par le travail des jurisconsultes et dans le système anglais par les sentences des juges, qui étaient dépourvues de cet élément politique, puisque les tribunaux constituaient la loi du pays dans cette mentalité.

Ce qui est pertinent, en tout cas, ce n'est pas la *potestas* mais *l'auctoritas* de leur raisonnement, qui, bien qu'elle puisse être pertinente en première instance, est exclusive de son maintien ultérieur et comme source de Droit.

La jurisprudence ne peut constituer une source de Droit que lorsque c'est la raison juridique qui se manifeste ainsi et donne l'égide de la justesse et donc son *auctoritas* à un système dans lequel cette idée détermine son système politique, ce qui n'est pas le cas dans les systèmes continentaux dans lesquels *l'auctoritas* ne repose pas sur un *corpus* formé par la résolution hétérocompositionnelle de controverses concrètes mais sur l'élaboration, par les détenteurs de l'autorité politique, d'un catalogue abstrait de solutions.

3) La loi, réduite au droit et à ses principes, issue de la volonté du prince ou de la nation, c'est-à-dire issue d'un système politique de représentation, établit l'ordre et la sécurité mais pas la paix et l'harmonie sociale.

Le modèle ci-dessus donne lieu à une révolution permanente par les luttes de factions, qui sera plus importante chez ceux qui se considèrent comme les disciples de celui qui considérait la violence comme l'accoucheuse de l'histoire, c'est-à-dire un non-loi.

L'objectif du Droit a toujours été la paix sociale, la guérison des blessures résultant d'un conflit personnel ou d'un conflit d'intérêts grâce à l'intervention d'un tiers expérimenté dans la résolution de ces différends entre les parties.

La fonction du droit n'est pas la création d'un ordre social spécifique, car c'est une fonction qui correspond directement, comme la manifestation la plus spontanée, à une société libre, en tant que corps certain et total.

La démocratie ne peut être un mécanisme par lequel les politiciens obligent les citoyens à adopter certains comportements traditionnellement régis par l'autonomie et la liberté personnelles. Le Parlement, en tant qu'organe indépendant, doit repenser les fonctions qu'il doit légitimement exercer en matière d'approbation du budget et de contrôle du gouvernement.

4) L'expérience a montré que les sociétés stables ne sont pas celles dans lesquelles les droits découlent de la loi ou d'une Constitution élaborée sur la base de mouvements tumultueux ou révolutionnaires qui se lèvent normalement au nom du peuple, mais celles dans lesquelles la coexistence est le résultat d'une évolution fondée sur la tradition et sur des coutumes juridiques et politiques qui, en réalité, canalisent la volonté de la société ouverte et libre dans son ensemble

5) C'est la loi qui détermine ce qui est juridiquement correct, tant au niveau individuel que social, même dans sa manifestation politique.

Cette raison détermine qu'il n'est pas correct de subordonner ou de soumettre le second au premier, comme on l'a sans doute prétendu à plusieurs reprises tout au long de la séquence historique récente.

L'*auctoritas* de la *ratio* juridique de l'arbitre, du préteur ou des jurisconsultes passait à l'empereur par le biais du *ius publicae respondendi*, qui serait appelé *imperator augusti*.

Justinien fera sienne la *recta ratio* avec sa Compilation, ce que Napoléon entend faire avec la Codification et Savigny, dans le cadre du romantisme politique, avec l'esprit du peuple, en distinguant le droit régulier et le droit singulier, en reconnaissant l'existence d'un droit traditionnel issu de la raison juridique et de la tradition (régulier) bien que le subordonnant au droit politique (singulier).

La raison a servi à l'actualisation des textes classiques romains et justiniens par les glossateurs et par l'école du commentaire, qui s'est accentuée aux XVIe et XVIIe siècles, lorsque s'est imposée l'idée

du roi non seulement comme juge mais aussi comme législateur, passant ainsi son auctoritas à celui qui avait la potestas, que Luther a augmentée en accordant le pouvoir religieux au civil qui, de plus, était considéré comme directement mandaté par Dieu.

Bien que le droit romain apparaisse comme la ratio scripta du cas, la question qui se pose au cours du Moyen Âge et de l'Époque moderne sera celle de l'adaptation au nouveau cas, une actualisation qui devra se faire par la raison, de telle sorte que le Naturalisme rationaliste et les Codes ne diffèrent pas essentiellement de la méthode juridique originelle si ce n'est par la détermination du juridique, qui passe du juriste pratique à la volonté de la Nation, de la raison juridiquement éclairée dont parle Coke à la raison dite de connaissance universelle.

6) Le Droit doit être le fruit de la réalité économique et sociale constatée tout au long de l'existence et dont la vision exclusive par la philosophie (surtout l'idéalisme), la politique ou la religion constitue une erreur méthodologique.

Ni les œillères du positivisme juridique ni l'abstraction du droit naturel ne permettent de garder les yeux aussi ouverts sur la réalité que l'exige une évaluation correcte de l'affaire. La réalité est beaucoup plus multiple et pleine de nuances qui se conditionnent mutuellement, c'est pourquoi elle doit être abordée comme une réalité et une unité à part entière, loin des abstractions.

Il est clair que le Droit, en tant que domaine du devoir-être, est influencé par la religion et la politique, dans la mesure où elles sont des domaines du devoir-être et influencent donc notre conscience et, à travers elle, la société.

Le concept moderne de droit, pratiquement réduit à la loi, doit beaucoup aux Églises réformées, en particulier à Luther, dont le modèle théologique et philosophique servira de fondement (libre examen) à une dimension individuelle de la raison qui sera canalisée dans les Lumières françaises (et non dans les Lumières anglaises ou américaines) et qui soutiendra (dans une certaine mesure indûment par le changement d'interprétation des auteurs qui l'auraient inspirée) la Révolution française, donnant lieu au premier développement significatif (le germe est dans la monarchie Absolue) du Droit Administratif. La question transcendante est de déterminer à quoi sert la raison sans autorité ni tradition.

Il est inacceptable que le Droit Public empiète progressivement sur le domaine traditionnel du droit privé en matière de coordination des activités individuelles, et ce sur la base du fait que la puissance publique ne se contente pas de fournir des services pour l'ordre mais fait fonctionner le pays, d'où la considération du Droit Privé comme temporairement toléré.

Le concept et la portée du Droit Administratif, en tant que manifestation la plus typique du Droit du pouvoir, s'étendront de manière significative à toutes les branches du Droit, y compris le Droit Privé, et auront une influence notable sur le concept de Droit lui-même.

7) La bourgeoisie, dans le but d'user la société nobiliaire et des estates, a soutenu le roi.

Tout au long du Moyen Âge et de l'époque moderne, c'est le monarque qui, en renforçant la loi dans la détermination des sources du Droit et son application par ses Tribunaux, a favorisé l'unification de la puissance publique.

À un certain moment, la bourgeoisie a cherché à contrôler directement le pouvoir public, ce qu'elle a fait, pour l'essentiel, avec la Révolution française, qui a conduit à l'assassinat du roi et au déplacement de la noblesse des centres de pouvoir.

À partir de la seconde moitié du XXe siècle, la bourgeoisie coexistera avec une certaine symbiose avec le marxisme culturel tant que celui-ci ne nuit pas substantiellement à ses intérêts économiques et sert d'élément de distraction pour les citoyens.

8) De la puissance Du droit (entendue comme la raison juridique exposée à plusieurs reprises dans la résolution de conflits réels par des juristes experts impartiaux) est typique d'un système hautement technicisé, passant de l'attribution de l'*auctoritas* à la *potestas*, comme œuvre de la puissance publique, à la passion de la volonté et de l'idéologie.

Dans ce système de volonté et d'idéologie, le juriste perd sa fonction traditionnelle pour transcrire ce que les politiques, à travers les règles juridiques et l'organisation judiciaire, leur imposent.

La légitimation supposée de ce modèle politique capitalisé dans l'Etat sert d'alibi à ce modèle volontariste et idéologisé.

9) Dans un État de droit, dans lequel on dit que le droit contrôle le pouvoir, l'élément central doit être le Droit, et ni la théologie, ni la philosophie, ni la politique ne peuvent être l'élément central (Droit du pouvoir).

Dans cette perspective, les juristes et, surtout, les juges ne peuvent pas être au service du pouvoir politique ou de ses diktats, mais de la raison juridique (le pouvoir du Droit), car seul le pouvoir fondé sur le Droit sera non seulement légitime (du point de vue de la justice du cas concret, qui est le seul) mais sera le seul à garantir les libertés, la paix et l'harmonie sociale, et ce sont essentiellement les juristes pratiques et non pas tant les philosophes, les politiciens, les théologiens ou les informaticiens de ce domaine juridique qui sont appelés à faire ce travail.

Pour cette raison, les juges ne doivent faire partie d'aucun pouvoir de nature politique, mais leurs décisions doivent avoir l'autorité que la raison juridique a toujours eue, d'où l'effort qu'ils doivent faire dans la motivation de leurs décisions. Toute décision judiciaire doit être accompagnée de l'avis

convergent ou divergent, bref ou étendu, des membres d'un Tribunal collégial, ainsi que de l'analyse du rapporteur.

La décision judiciaire de dernière instance doit être rendue par une instance mixte, à laquelle participent des membres de toutes les spécialités, afin de donner l'unité voulue à l'ordre juridique.

Une institution dont les origines se trouvent dans la force n'est guère susceptible de respecter la loi et les droits au moment critique.

La question de savoir qui doit être le gardien de la Constitution a une réponse : le comportement civique des citoyens, qui se manifestera dans le choix des institutions qui répondent le mieux à la stabilité sociale, loin, donc, des idéologies.

**10)** Le contrôle politique de l'organisation judiciaire affecte négativement la conduite des juges et leur indépendance. La difficulté croissante de leur fonction détermine que, contrairement à ce qui se passe actuellement dans de nombreux cas, la carrière judiciaire devrait être régie, dans son intégralité, par les principes du mérite et de la capacité.

L'organe directeur des juges devrait être de composition mixte, les juges étant majoritaires, avec la participation directe des professions concernées et des représentants sociaux.

**11)** Dans une société de marché libre, seules les questions qui, en raison de leur intérêt pour l'ordre public, ne sont pas susceptibles de faire l'objet d'un accord ou d'une transaction pouvant être traités par arbitrage devraient être soumises à une résolution judiciaire, la médiation étant favorisée et renforcée.

Les frais de justice devraient être entièrement à la charge des parties, sans préjudice de l'existence d'un système d'aide au contentieux, qui couvrirait les frais de ceux qui ne disposent pas des biens ou des revenus nécessaires pour assurer l'égalité procédurale.

Les dépenses ou coûts de la procédure judiciaire doivent inclure les honoraires du juge et les honoraires de l'arbitre.

**12)** L'homme a la capacité de saisir et de comprendre la réalité, qui ne part jamais de zéro mais trouve ses racines, son développement et son évolution dans l'autorité dérivée de l'enseignement que les êtres humains les plus capables, sages et prudents lui ont transmis au cours des générations.

La rationalité de l'homme individuel dérivée du libre examen, en plus de n'avoir jamais existé à proprement parler, est fausse, comme le prouve sa différence entre les différents êtres humains, lieux et étapes historiques.

Il est vrai que la rationalité individuelle existe mais elle est assistée par l'autorité, donc le Droit doit être le fruit de la rationalité éclairée, de l'autorité des hommes sages, prudents et bons qui nous ont précédés et des coutumes et traditions juridiques.

L'homme, bien qu'il ait été créé à l'image et à la ressemblance de Dieu, ne possède pas les attributs divins. L'être grec et le Dieu chrétien sont reliés par saint Thomas, qui met en valeur la raison humaine et la capacité donnée à l'homme par le Créateur de connaître le monde, de développer la civilisation et d'accomplir de bonnes œuvres, un réalisme qui a sa transcendance dans le Droit.

13) La réduction pratique du Droit à la loi comme œuvre de la puissance publique confère à cette dernière un pouvoir, tant par sa conception théorique que dans sa dimension pratique d'application, conduisant à une dissociation de la réalité qui affecte la dynamique même de la société ouverte.

La puissance publique ne doit pas chercher à rééduquer les citoyens, mais doit respecter leur flux spontané, auquel les adultes et les personnes capables dans l'exercice de leur liberté ont droit.

L'État, appelé État de Droit en tant que source d'autorité, va intervenir ouvertement dans la société, donnant naissance au modèle social, notamment par le biais de la loi et de la réglementation, renforçant le Droit Administratif, caractérisé par la subordination, et phagocytant le Droit Privé.

Par conséquent, on peut dire qu'à côté du Droit Administratif propre à l'organisation, apparaîtra un autre type de règles juridiques qui sont également classées comme Administratives sur la base de la nécessité que l'on dit être imposée par l'intérêt public, mais qui affectent directement la vie privée, les relations entre les individus et leur activité, qui pour leur meilleure collaboration est canalisée à travers la technique de la promotion (subventions), qui a un développement très significatif dans les politiques de l'Union Européenne.

Face à l'incapacité de l'Administration à développer et à gérer la grande tâche qui lui est confiée, elle fait appel à la participation sociale à travers les formes traditionnelles de gestion privée par le biais d'entités privées : concessions, collaboration public-privé, sociétés mixtes, etc.

Si l'intervention du pouvoir public dans la société à travers les techniques de maintien de l'ordre (limitation) ou de service public (promotion traditionnelle) était déjà traditionnelle, dans l'État social, son activité de prestation acquiert une grande transcendance, ce qui, sous certains aspects, peut violer l'interdiction des aides d'État Communautaires, La manière de promouvoir (subventionner) la

conduite privée comme moyen d'atteindre des objectifs considérés d'intérêt général prend une grande importance.

L'absorption des compétences par les pouvoirs publics et leur prise en charge du rôle de directeur de la société entraîne une incapacité de gestion directe et la nécessité de la participation du secteur privé qui, étant donné l'importance économique des projets, se limite aux grandes sociétés commerciales, qui acquièrent une importance croissante dans la société, tout en perçant et en colonisant l'espace qui correspond légitimement aux dits trois pouvoirs de l'État :

En tant que générateurs de droits et d'obligations, ils gagnent du terrain sur le Pouvoir Législatif et, avec une activité de prestation et d'assistance, sur l'Exécutif, qui a son propre espace en matière de police ou d'autorisation dans la déclaration responsable, et sur le Pouvoir Judiciaire à travers l'arbitrage, avec la réapparition de la controverse concernant la satisfaction de l'intérêt public à travers des entités privées ou les fonctions que l'Etat doit remplir.

Cela a un impact sur l'ordre social spontané dans lequel disparaissent les opérateurs traditionnellement privés à capacité économique faible ou moyenne, qui manifestent plus directement la volonté sociale et une société plus libre avec les effets que cela représente pour la démocratie elle-même.

Il est inacceptable que le Droit Public envahisse progressivement le domaine traditionnel du Droit Privé dans la coordination des activités individuelles et ceci est basé sur la considération que la puissance publique ne fournit pas seulement des services en faveur d'un ordre mais qu'elle fait réellement fonctionner le pays, et donc la considération du Droit Privé comme temporairement tolérée.

Mais le Droit Administratif n'est pas seulement celui de l'organisation (une tâche qui n'a pas la justice parmi ses objectifs essentiels), mais aussi celui de la subordination et du verticalisme descendant, qui trouve sa transcendance dans l'importance croissante de l'organisation par rapport aux tâches sur lesquelles elle se projette, dont la performance est réellement transcendante et favorise le développement économique, social et technologique de manière plus directe.

Traditionnellement, le Droit était compris comme une opération ascendante, comme une manifestation de l'ordre spontané qui devrait marquer le libre développement de la société, alors que le droit administratif se caractérise par son imposition descendante. Le droit et la liberté sont inséparables, pas incompatibles.

**14)** Pour la Scolastique, l'existence des droits de l'homme ne nécessite pas l'existence d'une loi ou d'une autorité publique, mais découle de l'existence même de l'être humain.

Or, la construction allemande des droits subjectifs ou publics capitalisés par l'État ou la puissance publique les développe dans des catalogues qui constituent une incongruité en soi, comme en témoigne leur évolution à travers la reconnaissance ou la non-reconnaissance de la première à la cinquième génération, et révèle leur artificialité face à la réalité de l'homme et de sa dignité.

Compte tenu de ce qui précède, il faut considérer que la conception correcte des droits de l'homme est celle issue de la scolastique ibérique, qui doit être soulignée, non par ses catalogues de reconnaissance, mais par le juge indépendant.

Cependant, ce juge indépendant ne peut exister aujourd'hui dans les systèmes juridiques continentaux, en raison de la manipulation du droit par sa détermination dans la loi et de son contrôle par le pouvoir politique.

Lorsque l'on place l'égide des droits de l'homme entre les mains de l'État ou des organisations publiques qui les établissent (organisations de protection internationale), il ne faut pas oublier que, jusqu'à présent, elles se sont avérées être les plus grands violateurs des droits de l'homme.

La protection des droits de l'homme n'est pas une question de volonté ou d'idéologie, comme en témoigne l'irrecevabilité non motivée devant les tribunaux chargés de les protéger, même lorsque leur violation est reconnue.

La promiscuité avec ces droits de l'homme catalogués les épuise et les banalise, comme c'est le cas avec ceux qui découlent de situations collectives et qui sont appliqués individuellement mais à des individus qui n'appartiennent même pas à cette collectivité.

15) Les idées avancées par Hobbes, Locke, Rousseau ou Kant sur le contrat ou le pacte social (ce dernier auteur considère les êtres humains comme de simples entités de raison) cachent un but inavoué.

Bien qu'ils reconnaissent qu'il s'agit de modèles idéaux et non réels, leur acceptation théorique par les sujets justifierait un grand pouvoir de coercition, plus faible ou inexistant dans la position d'Aristote, de Saint Thomas ou de Suarez, si l'on considère leur nature et le caractère inaliénable des droits de l'homme.

Ce modèle réaliste de la société et des droits naturels de l'homme conditionne les conceptions très différentes que l'on a de la souveraineté et du droit de résistance.

Ce qui pour le premier est un pouvoir absolu et irrésistible pour les scolastiques est considéré comme l'*auctoritas* suprême qui permet, à proprement parler, les droits naturels de l'homme comme

limite au pouvoir constitué et un droit de résistance qui pour le premier consistera à lutter pour maintenir le régime existant, comme une sorte de paradis terrestre construit à travers le système Idéal.

16) La question de la nature et du concept des droits de l'homme transcende une conception stricte de cette matière et a une force expansive totale sur la société et le Droit en affectant la liberté, qui n'est pas celle qui est accordée (droits subjectifs et source des droits de l'homme) mais celle que l'on possède.

On n'est pas un *sub-jectum* mais un être humain, et les droits et la liberté, ainsi que ceux considérés comme strictement humains, sont *per se*. Les théories contractualistes, surtout hobbesiennes et russes, enchaînent l'homme dans l'organisation sociale et dans l'Etat dont elles le rendent dépendant, surtout après la théorie des droits subjectifs, qui conditionne la position différente du droit de résistance de la scolastique ibérique par rapport à celle, plus tardive, des Etats modernes.

L'abstraction des droits de l'homme résultant de l'iuscentrisme de l'État en tant que droits publics subjectifs, qui permet l'irrecevabilité immotivée devant les tribunaux d'amparo simplement parce qu'ils manquent de signification constitutionnelle, même en admettant leur possible violation, l'extension possible aux droits des animaux ou la communauté avec les humains des primates supérieurs détermineront sans aucun doute la reconnaissance des droits de l'homme aux robots humanisés dans l'État de Droit autoréférentiel, ce qui pourrait signifier la fin de l'espèce humaine.

17) Le système contentieux-administratif développé depuis la Révolution française dans le système européen continental repousse la juridiction traditionnelle et est contraire au système hétéro-compositionnel de résolution des conflits, dissociant la société selon qu'il s'agit d'une question de puissance publique ou non.

Juger l'Administration n'est pas administrer, comme l'ont compris les révolutionnaires français et comme le soutiennent encore les arrêts de la Cour constitutionnelle française.

Ce concept n'est pas celui qui est normalement défendu par ceux qui parlent de la séparation des pouvoirs et qui n'accepteraient en aucun cas ce qui a été dit au paragraphe précédent, à savoir que juger l'Administration, c'est administrer au lieu de juger.

La difficile enfance ou adolescence du Droit Administratif du point de vue procédural, dans son développement objectif et subjectif ; en tant que juridiction privative qui cherche à s'intégrer à la juridiction ordinaire ; en tant que pouvoir et garantie des droits, il conditionne les règles qui régissent actuellement le processus judiciaire espagnol et portugais, dont la nature mixte peut donner lieu à des interprétations et à l'application des préceptes qui peuvent être considérés comme contradictoires.

18) L'Angleterre ayant résisté, avec plus de fortune, aux assauts de l'Absolutisme monarchique, notamment grâce à l'œuvre de Sir Eduard Coke, qui a mis en avant la force du Droit fondé sur les

traditions (Charte de John Landless de 1215). Les Anglais, qui ont mis l'accent sur la force du Droit fondé sur la tradition (la *Petition of Right* de 1628 et le *Bill of Rights* de 1689), ont progressivement construit un ensemble de principes qui leur ont permis de mieux se défendre contre un pouvoir public autoritaire et débridé, permettant un meilleur contrôle de celui-ci, une meilleure garantie du respect des droits de l'homme, une plus grande stabilité sociale et politique et un meilleur développement économique.

Les Anglais ont toujours considéré la common law comme la meilleure garantie de leurs libertés, de sorte que le système juridique devient en soi un système politique, satisfaisant au principe naturel selon lequel c'est la loi qui détermine la légalité et la légitimité des actions privées et sociales.

**19)** La désaffection du Droit anglais pour le Droit romain a engendré une tendance à la recherche de sources indigènes.

L'œuvre des Travelling Judges au service de la Couronne, qui ont réalisé un lien entre les tribunaux locaux et le Droit des grandes cours judiciaires, est remarquable à cet égard.

Cette dissociation s'est produite en droit continental entre le droit romain affiné par les grandes écoles, sur lequel se basaient les juristes qui rédigeaient les sentences des tribunaux supérieurs, et le *ius rusticorum* des tribunaux et des pratiques juridiques de ceux qui, ordinairement, exerçaient des professions juridiques plus proches des gens qui, normalement, n'avaient pas terminé leurs études de droit et n'écrivaient pas en latin.

Si les Anglais parviennent à concilier les pratiques populaires et la raison juridique, dans le cas des Continentaux, elles apparaissent dissociées et distantes, et les réponses juridiques des grandes cours de justice sont considérées comme artificielles dans l'esprit populaire.

**20)** L'interprétation et l'application des normes juridiques doivent être le travail exclusif des juges sans aucune intermédiation politique directe ou indirecte.

**21)** La considération du droit comme raison juridique et non comme volonté politique doit attribuer à la jurisprudence la caractéristique de source du Droit.

**22)** Le contrôle judiciaire de l'activité de l'Administration doit être effectué par la même catégorie de juges que dans les autres litiges sociaux et sur la base des prétentions des parties fondées, comme dans le reste des branches du droit, sur le rapport juridique.

Rien n'empêche ces juges d'avoir une connaissance qualifiée du Droit Administratif, et l'existence d'une juridiction spécialisée avec des juges dépourvus de cette connaissance particulière serait une véritable contradiction.

Tant l'acte administratif que le principe d'autonomie administrative doivent être bannis ou limités autant que possible du domaine du Droit Administratif, en consacrant effectivement le principe d'égalité et en éliminant tout vestige objectiviste de la juridiction qui en constituait l'origine, son développement le plus récent étant le recours objectif en cassation établi dans la Loi organique 7/2015.

23) La démocratie n'est pas une simple procédure de désignation des gouvernants, et elle ne peut fournir aucune raison de prétendre à l'incontestabilité judiciaire, au secret ou à la poursuite non légale des décisions des dirigeants ou des autorités publiques.

Les normes parlementaires, dans la mesure où elles sont légales, doivent être soumises au contrôle judiciaire des comportements qu'elles réglementent, et le principe du juge légal doit être pris en compte dans la compétence complémentaire des Tribunaux Administratifs.

Le fait qu'une controverse entre des parties ait un arrière-plan politique devrait avoir une incidence sur la possibilité d'engager des poursuites, tout autant qu'un litige civil, commercial ou de travail.

Une fois que la Constitution a été adoptée par la nation, tous les organes de l'État sont également soumis aux règles juridiques, qui ne le seraient pas si elles manquaient d'efficacité pratique.

Soutenir, sur la base de la nature politique d'une question, qu'elle n'est pas soumise aux Cours de Justice constitue la *ficta confessio* de la prévalence de la politique sur la justice, de la passion et de l'idéologie sur la *recta ratio* ou raison juridique et sur la véritable nature des lois et du droit qui en découle, et ouvre la porte à la haute tanatopolitique, dont les effets sont déjà connus et qui a conduit des révoltes constantes du XIXe siècle, à la Grande Guerre et à la Grande Guerre. Les effets de cette situation sont déjà connus et ont conduit des révoltes constantes du 19e siècle à la Grande Guerre et à la guerre absolue du 20e siècle, et tout indique que ces événements ne s'arrêteront pas.

Le Droit fondé sur la force implicite de la volonté de la majorité conduit non seulement à une révolution sociale permanente, mais constitue une école pour déterminer la manière de régler les conflits de grande ampleur.

Le détournement de la loi par l'État produit également l'effet sur les citoyens de ce que l'on appelle le syndrome de Stockholm.

En matière Administrative, il devrait se passer la même chose qu'avec les concepts juridiques indéterminés en matière civile, pénale, commerciale ou de travail, qui sont déterminés par le juge sans aucune sorte de restrictions.

Ne pas agir avec cette normalité juridictionnelle signifie reconnaître une réserve de juridiction incompatible avec l'État de droit, une incapacité des tribunaux à juger l'Administration et donc un leadership de la politique ou de l'Administration sur le Droit.

Bien que l'on reconnaisse une sorte de réserve de compétence en matière politique, et comme pour les actes discrétionnaires, il faut admettre un contrôle judiciaire de la procédure, de la compétence et de la finalité.

24) L'Administration, sur la base de sa capacité réglementaire, de son lien avec le parti politique dominant au Parlement, de l'auto-tutelle administrative, de l'acte administratif et de son habilitation par les moyens de promotion à entrer pleinement et avec l'approbation des individus dans des relations privées intersubjectives, donne lieu à une hypertrophie réglementaire et à une Administration hyperactive.

Cela conduit à une suite sans fin de réserves de compétence et à un système pathologique dans lequel le contrôle réel de l'Administration provient du système de justice pénale plus souvent qu'il ne devrait l'être dans le cours normal des choses.

La conceptualisation du Droit avec les notes du pouvoir et de la volonté conduit, dans une large mesure, à une Administration active qui conduit à cette situation.

Cela démontre que la lutte contre les immunités du pouvoir entreprise dans les années 50 par notre distingué García de Enterría constitue encore aujourd'hui un champ de bataille en évolution et, comme le souligne Vasco Pereira, les techniques de contrôle de l'incompétence, de la déviation du pouvoir ou des vices de l'acte administratif, etc... étaient déjà connues des *parlements* prérévolutionnaires.

25) Tant dans la justice révolutionnaire que dans la forme actuelle des Codes civils français et belge, il est interdit aux juges de procéder à des interprétations réglementaires, qui sont celles qui résultent de la cassation introduite dans le contentieux administratif par la loi organique 7/2015.

Son articulation par l'ordre d'admission contrevient à l'essence des principes qui doivent régir un processus entre parties et la violation des dispositions des articles 31, 32, 33 73.2 et 65.1 et 2 de la Loi sur la Juridiction Administrative contentieuse entraîne un jugement incongru.

26) La Révolution française a fermé les Facultés de droit entre 1789 et 1806, et lorsqu'elles ont rouvert, elles n'ont pas été rétablies mais réinventées, afin de promouvoir l'œuvre de la Révolution.

L'Université enseignait désormais le droit de l'État, réduit à la loi et aux Codes, en limitant l'interprétation et en laissant de côté le juridictionnalisme, en raison du danger que représentait cette

pensée juridique plus libre et plus complexe, jugée capable de ruiner l'œuvre Révolutionnaire des lois et des Tribunaux.

Il n'y aurait plus de justice au-delà du gouvernement et des lois.

Alors que l'influence sur l'université, à partir de la seconde moitié du 20<sup>e</sup> siècle, l'influence du post-marxisme de Gramsci sur l'Université depuis la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle est évidente, l'activité de sanction et de promulgation exercée par les Parlements dans l'Ancien Régime n'est toujours pas expliquée de manière adéquate ; la séparation des pouvoirs est toujours attribuée aux idées des Lumières rationalistes, sans qu'il soit dit que son idée directrice est que juger l'Administration est administrer ; et l'on considère comme une vérité absolue que dans ce système légitime, il n'y a pas besoin de la présence de juges juridictionnels indépendants, mais que leur fonction est d'appliquer, de manière aseptique, la loi et les Codes, mais sans autre raisonnement plus complexe, et l'on n'explique pas non plus les conséquences dérivées de cette conception, dont nous avons déjà des preuves claires de la réalité, éloignant les juristes de la recherche de la justice dans le cas concret, qui a toujours constitué leur fonction et du Droit.

# THE POWER OF LAW OR THE LAW OF POWER: THE CONSEQUENCES IN ADMINISTRATIVE LAW AND IN THE CONTENTIOUS-ADMINISTRATIVE JURISDICTIONAL ORDER

## CONCLUSIONS

1) The heterocompositional method of conflict resolution is the way society has used to achieve and develop civilisation.

The creation of a domestic justice by one of the parties with whom the dispute is maintained (as was done by the Administration after the French Revolution, which has antecedents in the absolute monarchy, continuity in the German State of Law and later in the Social State of Law, which even dares to label all jurisprudential work as the public service of justice but which in no way mentions legislative public service) means crossing the civilising bridge in the opposite direction.

The dissociation in jurisdictional matters of the public power from the society it claims to serve is not conducive to harmonious social development either. One of the consequences of the above is evident in the judicial limitations that exist in the administrative jurisdiction regarding the integration of indeterminate legal concepts that do not occur in the other jurisdictional orders.

The heterocompositive resolution of conflicts cannot be limited and eliminated on the basis of the existence of a just political system, as enunciated by the French revolutionaries, as this would lead us to the absurd and false recognition of the end of History. As a matter of fact, such a pretension supposes the transvestism of Law from its essential social function, which determines its illegitimacy.

The separation of the procedural aspect into Subjective Law gives an essential protagonism to public power, which constitutes an accumulation of power that has already proved to be unnecessary and dangerous.

2) The change from the procedural to the substantive order through subjective law, which first took place in the time of the Glossators and continued especially in the German rule of law, attributing its element of protection to the State, shifting the centre of gravity from the individual to the collective through the social contract and from Private to Public Law.

This leads to the false equation of State and Law, from the peace and harmony of authority resulting from the heterocompositional resolution of disputes to the order and security established by the order of public political power, with the deep burden of the veiled violence of the consequences of non-compliance with the Law and motorised legislation.

The question will be the evaluation of this transfer from *auctoritas* to *potestas*, which begins in the Middle Ages with the Absolute King, not only as judge but also as legislator, with the consideration, later on, of Law/law as will, which part of the doctrine considers to be a question that has a certain analogy with the discovery of fire, in view of the damage it can produce.

This shift from Procedural Law to Substantive Law by way of Subjective Law, which, through the system of protection, will pass to the State as the guarantor of rights and which will constitute not only a mechanism for the trivialisation of human rights and the function of jurists, but also the hyper-valorisation of law and the administrative system, a consequence of the glorification of public power and its most prototypical mode of action, this has led to the subjugation of Procedural Law to Substantive Law and with it the mythical substance of the heterocompositional method of dispute resolution, and to the displacement of *auctoritas* by the *potestas* of the State, clothed in the former as a self-referential concept.

It could be considered that both the Law in Rome, developed by the work of the praetor in the *datio* or *denegatio actionis* and in the writs granted by the *cursitor* (dependent on the King) in England constitute a manifestation of public power, which in this way conditioned the Law. However, it should be borne in mind that what was considered legal reason in Rome was essentially established by the work of the *jurisconsults* and in the English system by the sentences of the judges, which lacked this political element, since the Courts constituted the law of the land in that mentality.

What is relevant, in any case, is not the *potestas* but the *auctoritas* of their reasoning, which, although it may be relevant in the first instance, is exclusive of its subsequent maintenance and as a source of Law.

Jurisprudence can only constitute a source of Law when it is legal reason that manifests itself in this way and gives the aegis of correctness and thus its *auctoritas* to a system in which this idea determines its political system, which is not the case in continental systems, in which *auctoritas* does not rest on a corpus formed by the heterocompositional resolution of specific controversies but on the elaboration, by those who hold political authority, of an abstract catalogue of solutions.

3) Law, reduced to law and its principles, derived from the will of the Prince or the Nation, meaning that derived from a political system of representation, does establish order and security but not peace and social harmony.

The cited model leads to a permanent revolution by factional struggle, which will be more prominent in those who consider themselves followers of the one who sees violence as the midwife of History, i.e. a non-law.

The purpose of Law has always been social peace, to heal the wounds resulting from personal conflict or conflict of interests through the intervention of a third party experienced in the resolution of such differences between the parties.

The function of Law is not the creation of a specific social order, since it is a function that corresponds directly, as the most spontaneous manifestation, to a free society, as a certain and total body.

Democracy cannot be a mechanism whereby politicians force citizens to adopt certain behaviour traditionally governed by personal autonomy and freedom. Parliament, as an independent body, must rethink the functions that it legitimately has to carry out with regard to the approval of the budget and the control of the Government.

4) Experience has shown that stable societies are not those in which rights derive from the Law or from a Constitution drawn up on the basis of tumultuous or revolutionary movements that normally rise up in the name of the people, but those in which coexistence is the result of an evolution based on tradition and on legal and political customs which, in reality, are what channel the will of the open and free society as a whole.

5) It is Law that determines what is legally correct, both at the individual and social level, even in its political manifestation.

This reason determines that it is not correct to subordinate or submit the latter to the former, as has undoubtedly been repeatedly claimed throughout recent history.

The *auctoritas* of the juridical *ratio* of the arbitrator, praetor or jurisconsults passed to the emperor through the *ius publicae respondendi*, who would be called *imperator augusti*.

Justinian would make the *recta ratio* his own with his Compilation, which Napoleon intended with the Codification and Savigny, within Political Romanticism, with the spirit of the people, distinguishing between regular and singular Law, recognising the existence of Traditional Law derived from legal reason and tradition (regular) although subordinating it to Political Law (singular).

Reason served for the updating of classical Roman and Justinian texts by the Glossators and the School of Commentary, which was accentuated in the 16th and 17th centuries, when the idea of the king not only as judge but also as legislator was well established, thus passing his *auctoritas* to the one who had the *potestas*, which Luther increased by granting religious power to the civilian who, moreover, was considered to be directly commissioned by God.

Although Roman Law appears as the *ratio scripta* of the case, the question that arises during the Middle and Modern Ages will be that of adaptation to the new case, an updating that must be carried out through reason, in such a way that Rationalist Naturalism and the Codes do not essentially differ from the original legal method if it is not for the determination of the legal, which passes from the practical jurist to the Will of the Nation, from the juridically enlightened reason referred to by Coke to the reason that is said to be of universal knowledge.

6) Law must be the result of economic and social reality confirmed throughout existence and whose exclusive vision through philosophy (especially Idealism), politics or religion constitutes a methodological error.

Neither the blinders of Legal Positivism nor the abstraction of Natural Law are adequate to keep one's eyes as open to reality as is required for a proper assessment of the case. Reality is much more multifaceted and is full of nuances that condition each other, which is why it must be approached as real and as a unit in its own right, devoid of abstractions.

It is clear that Law, as an area of "ought to be", is influenced by both religion and politics, insofar as they are areas of the "ought to be" and therefore influence our conscience and society.

The modern concept of Law, practically reduced to law, owes much to the Reformed Churches, especially Luther, whose theological and philosophical model will serve as a foundation (free examination) for an individual dimension of reason which will be channelled in the French Enlightenment (not in the English or American Enlightenment) and which will support (to some extent unduly by the change of interpretation of the authors who are said to have inspired it) the French Revolution, giving rise to the first significant development (the germ is found in the absolute monarchy) of Administrative Law. The transcendent question is to determine what use reason is without authority or tradition.

It is unacceptable that Public Law is progressively invading the traditional field of Private Law in the coordination of individual activities, and this on the basis that public authority not only provides services for the sake of order but actually makes the country function, hence the consideration of Private Law as temporarily tolerated.

The concept and scope of Administrative Law, as the most typical manifestation of the law of power, was to spread significantly in all branches of Law, including private law, and was to have a notable influence on the concept of Law itself.

7) The bourgeoisie supported the King in order to wear down the nobiliary and estates society.

Throughout the Middle and Modern Ages, it was the monarch who, through the strengthening of the law in the determination of the sources of Law and its enforcement through his Courts, promoted the unification of public power.

At a certain point, the bourgeoisie sought to control public power directly. This finally happened in the French Revolution, which led to the royal assassination and the displacement of nobility from the sources of power.

From the second half of the 20th century, the bourgeoisie will coexist with a certain symbiosis with cultural Marxism as long as it does not substantially harm its economic interests and serves as an element of distraction for the citizenry.

8) The power of Law (viewed as the legal reason repeatedly set out in the resolution of real conflicts by impartial expert jurists) involves a highly technical system, passing from the attribution of *auctoritas* to *potestas*, as the work of public power, to the passion of will and ideology.

In this system of will and ideology, the jurist loses his traditional function in order to transcribe what politicians, through legal rules and judicial organisation, impose on them.

The supposed legitimisation of this political model capitalised in the State is used as an alibi for this voluntarist and ideologised model.

9) In a State governed by the rule of Law, in which it is said that Law controls power, the central element must be Law, and neither theology nor philosophy nor politics can be the central element (law of power).

From this perspective, jurists, and especially judges, cannot be at the service of political power or its dictates but of legal reason (the power of Law), since only power based on law will not only be legitimate (from the perspective of the justice of the specific case, which is the only one) but will be the only one that guarantees freedoms, peace and social harmony, and it is essentially practical jurists and not so much philosophers, politicians, theologians or computer scientists in this legal field who are called upon to do this work.

Therefore, judges should not be part of any power of a political nature, but their decisions should have the authority that legal reason has always had, hence the effort they must make in the substantiation of their decisions. All judicial decisions must be accompanied by the convergent or divergent, brief or extensive opinion of the members of a collegiate tribunal, together with the analysis of the rapporteur.

The judicial decision of last instance must be handed down by a mixed body, in which members of all specialities participate in order to give unity to the legal order.

An institution whose origins lie in force is hardly likely to respect the law and rights at the critical moment.

The question of who should be the guardian of the Constitution has an answer: the civic conduct of the citizenry, which will be reflected in the choice of institutions that respond to a greater extent to social stability, stripped from ideologies.

10) Political control of the judicial organisation negatively affects the behaviour of judges, as well as their independence. The increasing difficulty of their function determines that, contrary to what is currently happening in many cases, the judicial career should be ruled, as a whole, by the principles of merit and ability.

The governing body of judges should be of mixed composition, with judges occupying the majority, with the direct participation of the professions involved and of social representatives.

11) In a free market society, only those matters which, in view of their public policy interest, are not susceptible to agreement or transaction that can be dealt with by arbitration should be submitted to judicial resolution, with mediation being favoured and strengthened.

The costs of legal proceedings should be borne entirely by the parties, without prejudice to the existence of a system of aid for litigation, which would cover the costs of those who lack the necessary assets or income to ensure procedural equality.

The expenses or costs of legal proceedings should include the judge's fees and the arbitrator's fees.

Man has the capacity to grasp and understand reality, which never starts from scratch but has its roots, development and evolution in the authority derived from the teaching that the most capable, wise and prudent human beings have transmitted to him over the course of generations.

The rationality of the individual man derived from free examination, besides never having existed properly speaking, is false, as is proved by its difference between different human beings, places and historical stages.

It is true that individual rationality exists but it is assisted by authority, hence Law must be the fruit of enlightened rationality, of the authority of the wise, prudent and good men who have preceded us and of legal customs and traditions.

Man, although he may have been created in the image and likeness of God, lacks the divine attributes. The Greek being and the Christian God are connected by St. Thomas, who empowers human reason and the capacity given to man by the Creator to know the world, to develop civilisation and to perform good works, a Realism that has its transcendence in Law.

12) Man has the capacity to grasp and understand reality, which never starts from scratch but has its own roots, development and evolution in the authority derived from teaching, which the most capable, wise and prudent human beings have transmitted in the course of generations.

The rationality of the individual man derived from free examination, besides never having existed properly speaking, is false, as is proven by the difference between different human beings, places and historical stages.

It is true that individual rationality exists, but assisted by authority, hence Law must be the fruit of enlightened rationality, of the authority of the wise, prudent and good men who have preceded us and of legal customs and traditions.

Man, although he may have been created in the image and likeness of God, lacks divine attributes. The Greek Being and the Christian God are connected by St. Thomas, who empowers human reason and the capacity given to man by the Creator to know the world, to develop civilisation and to perform good works, a Realism that has its transcendence in Law.

13) The practical reduction of Law to the law as the work of public power empowers the latter, both through its theoretical design and in its practical dimension of application, leading to a dissociation from reality that affects the very dynamics of open society.

Public power should not seek to re-educate citizens, but should respect their spontaneous flow, to which adults and capable people in the exercise of their freedom have a right.

The State, which is called the State of Law as a source of authority, will intervene openly in society, giving rise to the Social model, especially through laws and regulations, strengthening Administrative Law, which is characterised by subordination, and phagocytising Private Law.

Therefore, it can be said that alongside the Administrative Law typical of the organisation, another type of legal rules will appear which are also classified as Administrative on the basis of the need that is said to be imposed by the public interest, but which directly affect private life, the relations between individuals and their activity, which for their better collaboration is channelled through the technique of promotion (subsidies), which has a very significant development in the policies of the European Union.

Given the inability of the Administration to develop and manage the great task entrusted to it, it calls for social participation through the traditional private forms of management by means of private entities: concessions, public-private collaboration, mixed companies, etc.

If the intervention of the public power in society through the techniques of policing (limitation) or public service (traditional promotion) was already traditional, in the social state its provision activity acquires great transcendence, which in certain aspects can violate the prohibition of Community State Aids.

The way of promoting (subsidising) private conduct as a means of achieving goals considered to be in the general interest takes on great importance, since the public power ceases to be an arbiter (Anglo-Saxons) and becomes the director of society, with the consequent importance of Administrative Law derived from the enormous absorption of competences carried out by the public power.

The absorption of competences by the public authorities and their assumption of the role of director of society leads to an incapacity for direct management and the need for the participation of the private sector, which, given the economic importance of the projects, is limited to the large business corporations, which are acquiring increasing importance in society, while at the same time they are piercing and colonising the space that legitimately corresponded to the so-called three powers of the State.

As generators of rights and obligations, they are gaining ground on the Legislative Power and, with a provision and assistance activity, on the Executive, which in matters of police or authorisation has its own space in the responsible declaration, and on the Judiciary through arbitration, with the controversy reappearing regarding the satisfaction of the public interest through private entities or the functions that the State should carry out.

This has an impact on the spontaneous social order in which the traditionally private operators with little or medium economic capacity disappear, which more directly manifest the social will and a freer society with the effects that this represents for democracy itself.

It is unacceptable that Public Law is progressively invading the traditional field of Private Law in the coordination of individual activities and this is based on the consideration that the public power not only provides services in favour of an order but that it really makes the country function and therefore the consideration of Private Law as temporarily tolerated.

But Administrative Law is not only that of organisation (a task that does not have justice among its essential goals), but also that of subordination and top-down verticalism, which has transcendence in the growing importance of organisation in relation to the tasks on which it is projected, whose

performance is really transcendent and favours economic, social and technological development in a more direct way.

Traditionally, Law was understood as a bottom-up operation, as a manifestation of the spontaneous order that should mark the free development of society, whereas Administrative Law is characterised by its top-down imposition. Law and freedom are inseparable, not incompatible.

14) For Scholasticism, the existence of human rights did not require the existence of Law or public power, since they came from the very existence of the human being.

However, the German construction of subjective or public subjective rights capitalised by the State or public power develops them in catalogues that constitute an incongruity in themselves, as can be seen from their evolution through the recognition or non-recognition of the first to the fifth generation, and reveals their artificiality in the face of the reality of man and his dignity.

Judging by what has been explained so far, it must be considered that the correct conception of human rights is the one derived from the Iberian Scholasticism, which should be emphasised not by its catalogues of recognition, but by the independent judge.

However, this independent judge cannot exist today in continental legal systems, due to the manipulation of Law through its determination in the law and its control by political power.

When placing the aegis of human rights in the hands of the State or the public organisations that establish them (international protection organisations), it should not be forgotten that, until now, they have proven to be the biggest violators of human rights.

The protection of human rights is not a matter of will or ideology, as can be seen in the unmotivated inadmissibility before the courts responsible for protecting them, even when their violation is acknowledged.

The promiscuous use of such catalogued human rights wears them down and trivialises them, as happens with those derived from collective situations applied individually, in this case to individuals who do not even belong to that collective.

15) The ideas put forward by Hobbes, Locke, Rousseau or Kant on the social contract or pact (the latter author considers human beings to be mere entities of reason) hide an unconfessed purpose.

Although they recognise that these are ideal rather than real models, their theoretical acceptance by the subjects would justify a great power of coercion, weaker or non-existent in the position of

Aristotle, St. Thomas or Suárez, when considering their nature and the inalienable character of human rights.

This realist model of society and natural human rights conditions the very different concepts held about sovereignty and the right of resistance.

What for the former is an absolute and irresistible power for the Scholastics is considered the *supreme auctoritas* that allows, properly speaking, natural human rights as a limit to constituted power and a right of resistance that for the former will consist in the struggle to maintain the existing regime, as a kind of earthly paradise built through the ideal system.

**16)** The question of the nature and concept of human rights transcends a strict concept of this subject and has a total expansive force on Society and Law by affecting freedom, which is not that which is granted (subjective rights and the source of human rights) but that which one has. One is not *sub-jetum*, but a human being, and rights and freedom, as well as those considered strictly human, that are *per se*. Contractualist theories, especially Hobbesian and Russian, chain man in the social organisation and in the state on which they make him dependent; especially in the theory of subjective rights, which conditions the different position of the “right of resistance” of the Iberian Scholasticism compared to the later one of the modern states.

The abstraction of human rights as a result of the *iuscentrism* of the State as subjective public rights, which allows the unmotivated inadmissibility before the “Amparo” courts simply because they lack constitutional transcendence, even admitting their possible violation, the possible extension to animal rights, or the community with humans of the higher primates, will undoubtedly determine the recognition of human rights to humanised robots in the self-referential State of Law, which could mean the end of the human race.

**17)** The specialized Administrative Courts system developed since the French Revolution in the continental European system postpones the traditional jurisdiction and is contrary to the heterocompositional system of dispute resolution, dissociating society according to whether it is a question of public power or not.

o judge the public Administration is not to administer, as the French Revolutionaries understood and as is still maintained in the judgements of the French Constitutional Court.

This concept is not the one that is normally defended by those who speak of the separation of powers and who would in no way accept what was stated in the previous paragraph: that judging the public administration is administering instead of judging.

The difficult infancy or adolescence of Administrative Law from the procedural point of view, in its objective and subjective development as a privative jurisdiction that seeks to become part of the ordinary jurisdiction as a power and guarantee of rights, conditionate the rules that currently regulate the Spanish and Portuguese judicial process, whose mixed nature can give rise to interpretations and the application of the precepts that can be considered contradictory.

**18)** England having resisted with greater fortune the onslaughts of monarchical Absolutism, especially through the work of Sir Eduard Coke, who emphasised the strength of the law based on traditions (Charter of John Landless of 1215) emphasizing the strength of law based on tradition (Petition of Right of 1628 and the Bill of Rights of 1689), gradually built up a set of principles that enabled it to defend itself better against an overbearing and unbridled public power, allowing greater control over it, a better guarantee of respect for human rights, greater social and political stability and better economic development.

England has always regarded the common law as the best guarantee of their liberties, so that the legal system becomes per se a political system, satisfying the natural principle that it is the law that determines the legality and legitimacy of private and social actions.

**19)** The disaffection of English law with the law of Rome produced a tendency to search for indigenous sources.

The work of the Travelling Judges at the service of the Crown, achieved a link between the local courts and the law of the Higher courts, is noteworthy in this respect.

This dissociation did occur in Continental Law between the Roman Law, refined by the great Schools, where the jurists who wrote the decisions of the higher courts based themselves, and the *ius rusticorum* of courts and legal practitioners, (those who, ordinarily, practised legal professions closer to the people who, normally, had not completed their legal studies and did not write in Latin).

While England managed to reconcile popular practices with legal reason, in the case of the Continent, they appeared dissociated and distanced, and the legal responses of the Higher courts were considered artificial in the popular mindset.

**20)** The interpretation and application of legal norms should be the exclusive work of judges without any direct or indirect political intermediation.

**21)** The consideration of law as legal reason, and not as political will, should attribute jurisprudence the characteristic of a source of law.

22) Court control of the activity of Government should be carried out by the same category of judges as in other social disputes and on the basis of the claims of the parts, based, as in the rest of the legal branches, on legal relationship.

There is nothing to prevent such judges from having a qualified knowledge of administrative law, and the existence of a specialised jurisdiction with judges who lack this special knowledge would be a real contradiction.

Both the administrative act and the principle of administrative self-government must be banished or limited as much as possible from the field of Administrative Law, effectively enshrining the principle of equality and eliminating any objectivist vestige of the jurisdiction that constituted its origin, its most recent development being “the objective appeal for cassation” established in the Spanish Organic Law 7/2015.

23) Democracy is not a simple procedure for appointing rulers, nor can it provide any reason to claim judicial uncontroversy, secrecy or non-legal prosecution of the decisions of public officials or public authorities.

Parliamentary norms, insofar as they are legal, must be subject to judicial control of the conducts they regulate; and the principle of the legal judge must be borne in mind in the supplementary jurisdiction of Administrative Courts.

The fact that a controversy between the parts may have a political background, should affect its possibility of prosecution, just as much as a civil, commercial or labour dispute.

Once the Constitution has been adopted by the nation, all state organs are equally subject to its legal rules, which would not be such if they lacked practical effectiveness.

To maintain on the basis of the political nature of a question, that it is not defensible in front of the Courts of Justice, constitutes the *ficta confessio* of the prevalence of politics over justice; of passion and ideology over *recta ratio* or legal reason and over the true nature of the laws and the law that derives from them, and opens the door to high tanatopolitics, the effects of which are already known and which has led from the constant revolts of the 19th century, to the First Great War and to the Second Great War. And all indicates that these events will not stop.

Law founded on the implicit force of the majority will not only lead to permanent social revolution but is also a school for determining the way in which large-scale disputes are to be settled.

The hijacking of law by the State also produces the effect on citizens of the so-called Stockholm syndrome.

In Administrative matters, the same thing should happen as with indeterminate legal concepts in civil, criminal, commercial or labour matters, which are determined by the judge without any kind of restriction.

Not acting with such jurisdictional normality means recognising a reserve of jurisdiction incompatible with the rule of law, an incapacity of the Courts to judge the Government and thus a leadership of politics or governments over the Law.

Despite recognising some kind of reservation of jurisdiction in political matters, and as with discretionary acts, Court control of procedure, competence and purpose must be admitted.

**24)** Government, on the basis of its regulatory capacity, its connection with the dominant political party in Parliament, administrative self-government, the administrative act and its empowerment through the promotion channel, enters fully, with the approval of private individuals, into private inter-subjective relations, giving rise to a regulatory hypertrophy and an overactive administration.

On the other hand, the control of its activity can never be adequate, since it violates the principle enshrined in natural law that “no one can be the judge in his own case” or that “no one can be both judge and part”, giving rise to an endless trail of reservations of jurisdiction and a pathological system whereby the real control of the administration comes from the criminal justice system more often than it should.

**25)** Both in the Revolutionary justice and in the current form of the French and Belgian Civil Codes, judges are forbidden to carry out regulatory interpretations, which are those resulting from the Cassation Procedure introduced in the Spanish Administrative Litigation by the Organic Law 7/2015.

Its articulation through the Order of Admission contravenes the essence of the principles that should govern a process between parties and, violating the provisions of articles 31, 32, 33 73.2 and 65.1 and 2 of the Spanish Law on Contentious Administrative Jurisdiction, gives way to an incongruent decision.

**26)** The French Revolution closed the Faculties of Law between 1789 and 1806, and when they reopened they were not re-established but reinvented, in order to promote the work of the Revolution.

The University now taught State Law, reduced to the law and the Codes, with limits on interpretation and leaving out jurisdictionalism, because of the danger posed by this freer and more complex legal thinking, which was considered capable of ruining the Revolutionary work of laws and courts.

There would no longer be justice beyond the government and the laws.

While the influence on the university from the second half of the 20th century onwards of Gramsci's post-Marxism, the role of sanction and promulgation exercised by the *parlements* in the Ancien Régime is still not adequately explained; the separation of powers is still attributed to the ideas of rationalist enlightenment, without it being said that its guiding idea is that to judge the Government Administration it is to administer; and it is considered an absolute truth that in this legitimate system there is no need for the presence of independent jurisdictional judges, but that their function is to apply, aseptically, the law and the Codes, but without other more complex reasoning, nor are the consequences derived from this conception explained, of whose reality we already have clear evidence, leading jurists away from the search for justice in the specific case, which has always constituted their function and that of the Law.

**O PODER DO DIREITO OU O DIREITO DO PODER.SUAS CONSEQUÊNCIAS NO  
DIREITO ADMINISTRATIVO E NA  
ORDEM JURÍDICO-ADMINISTRATIVA CONTENCIOSA**

**CONCLUSÕES**

1) O método heterocompositivo de resolução de conflitos é a forma que a sociedade utilizou para alcançar e desenvolver a civilização.

A criação de uma justiça privativa e domesticada por uma das partes com a qual se mantém a disputa ( como foi feito pela Administração após a Revolução Francesa, que tem antecedentes na Monarquia Absoluta, continuada no Estado de Direito Alemão e posteriormente no Estado Social de Direito, que ainda se atreve a rotular todo o trabalho jurisprudencial como serviço público da justiça, sem que alguma vez se mencione o serviço público legislativo ) significa atravessar a ponte civilizacional na direção oposta.

A dissociação em matéria jurisdicional do poder público com a sociedade a que diz pretender servir também não favorece um desenvolvimento social harmonioso. Uma das consequências do exposto é evidente nas limitações judiciais existentes na jurisdição Administrativa quanto à integração de conceitos jurídicos indeterminados que não ocorrem nas demais ordens jurisdicionais.

Não é possível limitar e eliminar a resolução heterocompositiva de conflitos baseada na existência de um sistema político justo, como afirmavam os revolucionários franceses, pois isso nos levaria ao absurdo e falso reconhecimento do fim da história. Precisamente tal afirmação supõe o travestimento do Direito de sua função social essencial, que determina sua ilegitimidade.

2). A passagem da ordem processual para a ordem substantiva através do direito subjectivo, que teve lugar pela primeira vez no tempo dos Glossários e continuou especialmente no Estado de Direito alemão, atribuindo o seu elemento de protecção ao Estado, deslocando o centro de gravidade do indivíduo para o colectivo através do contrato social e do Direito privado para o Direito público.

Isto produz a falsa equação de Estado e lei, da paz e harmonia de autoridade que resulta da resolução heterocompositiva de disputas, à ordem e segurança estabelecida pela ordem do poder político público, com a acusação profunda da violência velada que as consequências do não cumprimento das leis e da legislação motorizada implicam.

A questão será a avaliação desta transferência de *auctoritas* para *potestas*, iniciada na Idade Média com o rei Absoluto, não só como juiz mas também como legislador, com a consideração, mais tarde,

do Direito/ direito como vontade, que parte da doutrina considera ser uma questão que tem uma certa analogia com a descoberta do fogo, tendo em conta os danos que pode causar.

Esta passagem do Direito processual para o Direito substantivo através do direito subjectivo, que através do sistema de protecção passará para o Estado como garante de direitos e que constituirá não só um mecanismo de banalização dos direitos humanos e do papel dos juristas, mas também a hipervalorização do Direito Administrativo e do sistema Administrativo, uma consequência da glorificação do poder público e do seu modo de acção mais prototípico.

Isto levou à subjugação do Direito processual ao Direito substantivo e com ele à substância mítica do método heterocompositivo de resolução de disputas, e à deslocação das *auctoritas* pelas *potestas* do Estado, vestidas com o primeiro como um conceito auto-referencial.

Poder-se-ia considerar que tanto a Lei em Roma, desenvolvida pelo trabalho do pretor na *datio* ou *denegatio actionis* como nos escritos concedidos pelo *cursor* (dependente do Rei) em Inglaterra constituem uma manifestação de poder público, o que desta forma condicionou o Direito. No entanto, há que ter em conta que o que foi considerado razão legal em Roma foi essencialmente estabelecido pelo trabalho dos jurisconsultos e no sistema inglês pelas sentenças dos juizes, aos quais faltava este elemento político, uma vez que os Tribunais constituíam a lei da terra nessa mentalidade.

O que é relevante, em qualquer caso, não são as *potestas* mas as *auctoritas* do seu raciocínio, que, embora possa ser relevante em primeira instância, é exclusivo da sua manutenção subsequente e como fonte de Direito.

A jurisprudência só pode constituir uma fonte de Direito quando é a razão jurídica que se manifesta desta forma e que dá a égide da correcção e portanto da sua *auctoritas* a um sistema em que esta ideia determina o seu sistema político, o que não é o caso dos sistemas continentais em que a *auctoritas* não assenta num *corpus* formado pela resolução heterocompositiva de controvérsias concretas, mas na elaboração, por aqueles que detêm autoridade política, de um catálogo abstracto de soluções.

3) O Direito, reduzido à lei e aos seus princípios, derivado da vontade do príncipe ou da nação, entendendo-se esta como derivada de um sistema político de representação, ainda que estabeleça uma ordem e segurança, já não aporta a paz e uma vida social harmoniosa.

O modelo exposto dá lugar a uma revolução permanente devido à luta das facções, ou seja, a um não-Direito.

A finalidade do Direito foi desde sempre a paz social, curar as feridas que derivam dos conflitos pessoais ou de interesses, graças à intervenção de um terceiro experiente na resolução deste tipo de divergências entre as partes.

A função do Direito não é a criação de uma ordem social específica, já que se trata de uma função que corresponde, diretamente como manifestação mais espontânea, a uma sociedade livre, como corpo certo e total.

A democracia não pode constituir um mecanismo através do qual os políticos obrigam os cidadãos a adotar determinadas condutas regidas tradicionalmente pela autonomia e liberdade pessoais. O Parlamento, como entidade independente, deve repensar as funções que deve legitimamente desempenhar no que diz respeito à aprovação do orçamento e ao controlo governamental.

4) A experiência provou que as sociedades estáveis não são aquelas em que os direitos derivam da lei ou de uma Constituição elaborada com base em movimentos tumultuosos ou revolucionários que normalmente surgem em nome do povo, mas sim aquelas em que a convivência é o resultado de uma evolução baseada na tradição e nos costumes jurídicos e políticos que, na verdade, são o que canalizam a vontade da sociedade aberta e livre como um todo.

5) É o Direito que determina o que é juridicamente correto, tanto ao nível individual como colectivo/social, mesmo na sua manifestação política.

Por esta razão não é correto subordinar ou submeter o Direito à política como, sem dúvida, tem sido reivindicado repetidamente ao longo da sequência histórica recente.

A auctoritas da ratio jurídica do árbitro, pretor ou jurisconsultos passou ao imperador através do ius publicae respondendi, que será denominado imperator augusti.

Justiniano fará sua a recta ratio com a sua Compilação, que Napoleão pretende com a Codificação e Savigny, no âmbito do Romantismo político, com o espírito do povo, distinguindo entre Direito regular do singular, reconhecendo a existência do Direito tradicional derivado da razão jurídica e da tradição (regular), embora o subordine ao político (singular).

A razão serviu para a actualização dos textos clássicos e Justinianos romanos pelos Glossários e pela Escola de Comentários, que se acentuou nos séculos XVI e XVII, quando a ideia do rei não só como juiz mas também como legislador estava bem estabelecida, passando assim a sua auctoritas àquele que tinha as potestas, que Lutero aumentou ao conceder poder religioso ao civil que, além disso, era considerado como recebendo a comissão directamente de Deus.

Embora o Direito Romano apareça como a razão scripta do caso, a questão que se coloca durante a Idade Média e Moderna será a da adaptação ao novo caso, uma actualização que deve ser feita através da razão, de modo a que o Naturalismo Racionalista e os Códigos não difiram essencialmente do método jurídico original se não for para a determinação do jurídico, que passa do jurista prático à vontade da Nação, da razão juridicamente esclarecida referida por Coke à razão que se diz ser de conhecimento universal.

6) O Direito dever ser o fruto da realidade económica e social, constatada ao longo da existência e cuja visão exclusiva através da filosofia (especialmente do Idealismo), da política ou da religião constitui um erro metodológico.

É evidente que o Direito, como área do que deveria ser, sofre influência tanto da religião quanto da política, na medida em que constituem áreas do dever ser e, portanto, influenciam nossa consciência e por meio dela a sociedade. Mas a realidade é muito mais poliédrica e encontra-se cheia de nuances ou matizes que se condicionam entre si e daí que, portanto, como realidade e como unidade própria deve ser abordada, longe de abstrações.

O conceito moderno de Direito deve muito às Igrejas surgidas da Reforma, especialmente a Lutero, um modelo teológico e filosófico que servirá de fundamento (livre exame individual) para uma dimensão individual da razão que será canalizada para o Iluminismo francês (não para o Iluminismo inglês ou norte-americano) e que servirá de suporte (até certo ponto de forma indevida devido à mudança de interpretação dos autores que dizem tê-la inspirado) à Revolução Francesa, dando origem ao primeiro desenvolvimento importante (o gérmen encontra-se na Monarquia Absoluta) do Direito Administrativo.

Não é admissível que o Direito público invada progressivamente o campo tradicional do Privado na coordenação de actividades individuais, e isto com base na consideração de que o poder público não só presta serviços a favor de uma ordem, mas que realmente faz funcionar o país, e portanto a consideração do Direito privado como temporariamente tolerado.

O conceito e âmbito do Direito Administrativo, como manifestação mais típica do Direito do poder, estender-se-á significativamente a todos os ramos do Direito, incluindo o Direito Privado, e influenciará, de forma notável, o próprio conceito de Direito.

7) A burguesia, com o fim de desgastar a nobreza e a sociedade estratificada, apoia o rei.

É o monarca quem, ao longo da Idade Média e Moderna, por meio do empoderamento da lei na determinação das fontes do Direito e do controle da sua aplicação através dos seus Tribunais, irá exaltar a unificação do poder público.

Em determinado momento, a burguesia pretende controlar diretamente o poder público, que realiza graças ao movimento Revolucionário da Revolução Francesa, em que ocorre o assassinato do rei e o afastamento da nobreza dos núcleos/centros de poder.

Desde a segunda metade do século XX, a burguesia coexistirá numa certa simbiose com o marxismo cultural desde que não prejudique substancialmente os seus interesses económicos e sirva como elemento de distração para os cidadãos.

8) O poder do Direito, entendido como a razão jurídica repetidamente exposta na resolução de conflitos reais por juristas especialistas imparciais, típico de um sistema altamente técnico, passa pela atribuição de auctoritas à potestas, como obra do poder público, à paixão de vontade e ideologia. Neste sistema de vontade e de ideologia o jurista perde sua função tradicional para passar a transcrever ou reproduzir o que os políticos, por meio das normas jurídicas e da organização judiciária, lhes impõem.

A suposta legitimação deste modelo político capitalizado no Estado é utilizada como álibi para esse modelo voluntarista e ideológico.

9) Num Estado de Direito, no qual se afirma que o Direito controla o poder, o elemento central deve ser o Direito e não podem sê-lo nem a teologia, nem a filosofia, nem a política (Direito do poder).

Desde esta perspectiva, os juristas e, principalmente, os juízes não podem estar ao serviço do poder político nem dos seus ditames, mas apenas da razão jurídica (poder do Direito), pois somente o poder fundado no Direito não só é o legítimo (do ponto de vista da justiça do caso concreto, que é o único), como será o único que garante as liberdades, a paz e a harmonia social, e a esta tarefa são essencialmente chamados os juristas práticos e não tanto os filósofos, os políticos, os teólogos ou os cientistas informáticos no campo jurídico.

Por este motivo, os juízes não devem fazer parte de nenhum poder de natureza política, embora a suas decisões devem ter a autoridade que a razão jurídica sempre teve, e daí o esforço que devem fazer para fundamentar suas decisões, razão pela qual todas as decisões judiciais devem ser acompanhadas do parecer convergente ou divergente, breve ou extenso, dos membros que compõem a formação de julgamento colegial, juntamente com a análise do relator.

A decisão judicial de última instância deve ser proferida por órgão misto, do qual participem titulares de todas as especialidades para dar a devida unidade ao ordenamento jurídico.

Uma instituição cuja origem se encontra na força dificilmente respeitará o Direito, ou os direitos, quando chegar o momento crítico.

A questão de quem deve ser o guardião da Constituição tem uma resposta: a conduta cívica dos cidadãos, que se manifestará na escolha das instituições mais receptivas à estabilidade social e, portanto, distantes das ideologias.

**10)** O controlo político da organização judiciária afeta negativamente a conduta dos juízes e a sua independência, e a dificuldade crescente de sua função determina que, ao invés do que ocorre atualmente em muitos caos, a carreira judiciária se deva reger, integralmente, pelos princípios do mérito e da capacidade.

O órgão de governo dos juízes deve ser de composição mista em que os juízes ocupem a maioria, com participação direta das profissões envolvidas e dos representantes da sociedade civil.

**11)** Numa sociedade de livre mercado, devem ser objeto de decisão judicial exclusivamente os assuntos que, em razão do seu interesse de ordem pública, não sejam objeto passível de acordo ou negócio de arbitragem, com o favorecimento e fortalecimento da mediação.

As custas do processo judicial devem ser suportadas integralmente pelas partes, sem prejuízo da existência de um sistema de apoio judiciário, que abranja todos os que careçam dos bens ou rendimentos necessários para assegurar a igualdade processual.

Dentro das despesas ou custas do processo judicial devem ser encontrados os direitos do juiz e os honorários do árbitro.

**12)** O homem goza da capacidade de captar, apreender e compreender a realidade, que nunca começa do zero, mas que tem suas raízes, desenvolvimento e evolução na autoridade derivada do ensinamento, que os seres humanos mais capazes, sábios e prudentes lhe transmitiram no passar das gerações.

A racionalidade do homem individual derivada do livre exame, além de nunca ter existido propriamente, é falsa, como o evidencia a diferença entre os diferentes seres humanos, lugares e etapas ou fases históricas.

O homem, embora pudesse ter sido criado à imagem e semelhança de Deus, carece de atributos divinos. O ser grego e o Deus cristão foram ligados por São Tomás, que fortalece a razão humana e a capacidade dada ao homem pelo Criador de conhecer o mundo, desenvolver a civilização e fazer boas ações, realidade que tem seu significado no Direito.

**13)** A redução prática do Direito à lei como obra do poder público fortalece-o, tanto na sua concepção teórica quanto na sua dimensão de aplicação prática, influenciando uma dissociação da realidade que afeta a própria dinâmica da sociedade aberta. O poder público não deve procurar a reeducação da cidadania, especialmente se a reeducação é deliberadamente procurada, antes deve respeitar o seu

dever espontâneo, a que têm direito as pessoas maiores e dotadas de capacidade de exercício da sua liberdade.

O Estado, que se intitula de Direito como fonte de autoridade, intervirá abertamente na sociedade, dando origem ao modelo Social, sobretudo por meio da lei e dos regulamentos, promovendo o Direito Administrativo, caracterizado e marcado pela subordinação, e absorvendo o Privado.

Por esta razão, pode-se dizer que, juntamente com o Direito Administrativo próprio da organização, surgirão outro tipo de normas jurídicas que também são classificadas como administrativas em função da necessidade que se diz ser imposta pelo interesse público, mas que afectam directamente a vida privada, as relações entre os indivíduos e a sua actividade, que para uma melhor colaboração é canalizada através da técnica do fomento e promoção (apoios/subsídios), que tem um desenvolvimento muito significativo nas políticas da União Europeia.

Dada a incapacidade da Administração para desenvolver e gerir a grande tarefa que lhe é confiada, apela à participação social através das formas tradicionais de gestão privada através de entidades privadas: concessões, parcerias público-privadas, joint ventures, sociedades de participação mista, etc.

Se a intervenção do poder público na sociedade já era tradicional através das técnicas de policiamento (limitação) ou serviço público (obras públicas), no Estado social adquire grande transcendência na sua actividade de prestação, o que em certos aspectos pode violar a interdição dos auxílios estatais Comunitários, a forma de promover (subsidiar) a conduta privada como meio de atingir objectivos considerados de interesse geral assume grande importância.

Desta forma, a autoridade pública deixa de ser um árbitro (anglo-saxões) e torna-se um director da sociedade, com a conseqüente importância do direito administrativo derivado da enorme absorção de competências levada a cabo pela autoridade pública.

A absorção de competências pelos poderes públicos e a sua assunção do papel de director da sociedade conduz a uma incapacidade de gestão directa e à necessidade de participação do sector privado que, dada a natureza económica dos projectos, se limita às grandes empresas, que estão a adquirir uma importância crescente na sociedade, ao mesmo tempo que perfuram e colonizam o espaço que legitimamente correspondia aos chamados três poderes do Estado.

Como geradores de direitos e obrigações, estão a ganhar terreno no Poder Legislativo e com uma actividade de prestação e assistência ao Executivo, que em matéria de policiamento ou autorização tem o seu próprio espaço na declaração responsável, e ao Judiciário através da arbitragem, reaparecendo a controvérsia sobre a satisfação do interesse público através de entidades privadas ou sobre as funções que o Estado deve desempenhar.

Isto tem um impacto na ordem social espontânea em que desaparecem os operadores tradicionalmente privados com pouca ou média capacidade económica, que manifestam mais directamente a vontade social e uma sociedade mais livre com os efeitos que isto representa para a própria democracia.

Não é admissível que o direito público invada progressivamente o campo tradicional do direito privado na coordenação de actividades individuais, e isto baseia-se na consideração de que o poder público não só presta serviços a favor de uma ordem, mas que realmente faz funcionar o país, e portanto a consideração do direito privado como temporariamente tolerado.

Mas o Direito Administrativo não é apenas o da organização (uma tarefa que não tem justiça entre os seus objectivos essenciais), mas também o da subordinação e do verticalismo de cima para baixo, que tem transcendência na crescente importância da organização em relação às tarefas sobre as quais é projectada, cujo desempenho é realmente transcendente e favorece o desenvolvimento económico, social e tecnológico de uma forma mais directa.

Tradicionalmente, o Direito era entendido como uma operação de baixo para cima, como uma manifestação da ordem espontânea que deveria marcar o livre desenvolvimento da sociedade, enquanto que o Direito Administrativo se caracteriza pela sua imposição de cima para baixo. O direito e a liberdade são inseparáveis, não incompatíveis.

14) Para a Escolástica, a existência dos direitos humanos não exigia a existência prévia do Direito ou do poder público, pois derivava, simplesmente, da própria existência do ser humano.

No entanto, a construção alemã do direito subjetivo ou do subjetivo público capitalizado pelo Estado ou poder público desenvolve-os em catálogos que constituem uma incongruência em si mesmo, conforme se depreende da sua evolução através do reconhecimento ou não dos da primeira aos da quinta geração, revelando-se hoje ser artificial ante a realidade do homem e da sua dignidade.

Pelo exposto, deve-se considerar que a concepção correta dos direitos humanos é aquela derivada da Escolástica Ibérica, devendo ser observados, seus catálogos de reconhecimento pelo juiz independente.

Mas esse juiz independente não pode existir atualmente nos sistemas de Direito Continental, em virtude da manipulação que se leva a cabo do Direito por meio da sua determinação na prática e exclusivamente através da lei e do seu controle de aplicação pelo poder político.

Ao colocar a égide dos direitos humanos no Estado ou nas organizações públicas que eles estabelecem (organizações internacionais de proteção), não se deve esquecer que, até agora, o que provaram é que são os seus maiores violadores.

A proteção dos direitos humanos não é uma questão de vontade ou de ideologia, fenómeno de que nos podemos dar conta na inadmissibilidade não fundamentada dos pedidos de amparo perante os tribunais responsáveis pelo assegurar da sua tutela e garantia mesmo reconhecendo sua violação.

O uso promíscuo de tais direitos humanos catalogados desgasta-os e banaliza-os, como acontece com os derivados de situações coletivas aplicadas individualmente e quanto a indivíduos que nem sequer pertencem a esse grupo (contratos a tempo parcial, trabalhadores domésticos...).

**15)** As ideias que Hobbes, Locke, Rousseau ou Kant expõem sobre o contrato ou pacto social (este último considera os seres humanos como meros seres de razão) escondem um propósito inconfessável.

Embora reconheçam que estes são modelos ideais e que não são reais, a sua aceitação teórica pelos sujeitos justifica um grande poder de coacção, mais fraco ou inexistente na posição de Aristóteles, São Tomás ou Suárez, ao se considerar a sua natureza e o carácter irrenunciável e inalienável dos direitos humanos.

Esse modelo realista de sociedade e natural dos direitos humanos condiciona os conceitos tão diferentes que se mantêm sobre soberania e direito de resistência.

O que para os primeiros é um poder absoluto e irresistível para os Escolásticos é considerado a *auctoritas suprema* que permite, propriamente, os direitos humanos naturais com limite ao poder constituído e um direito de resistência que para os primeiros consistirá na luta pela manutenção do regime existente, como uma espécie de paraíso terrestre construído através do sistema ideal.

**16)** A questão da natureza e do conceito dos direitos humanos transcende um conceito estrito desta matéria e tem uma força total expansiva sobre a sociedade e o Direito ao afetar a liberdade, que não é o que é concedido (direitos subjetivos e fonte de direitos) sino aquele que temos.

Não se é um *sub-jectum*, mas um ser humano e os direitos e a liberdade, assim como os considerados estritamente humanos, são *per se*. As teorias contratualistas, sobretudo hobbesiana e roussoniana, acorrentam o homem na organização social e no Estado de que o tornam dependente, sobretudo após a teoria dos direitos subjetivos, que condiciona a diferente posição do direito de resistência da Escolástica ibérica contra após a Estados modernos.

A abstracção dos direitos humanos resultante do *iuscentrismo* do Estado como direitos públicos subjetivos, que permite a inadmissibilidade desmotivada perante os tribunais de amparo simplesmente por não terem significado constitucional, admitindo mesmo a sua possível violação, a possível extensão aos direitos dos animais ou à comunidade com humanos de primatas superiores determinará sem dúvida o reconhecimento dos direitos humanos aos robôs humanizados no Estado de Direito auto-referencial, o que poderá significar o fim da raça humana.

17) O sistema contencioso-administrativo desenvolvido desde a Revolução Francesa no sistema europeu continental posterga a jurisdição tradicional e é contrário ao sistema heterocompositivo de resolução de conflitos, dissociando a sociedade conforme se trata de uma questão de poder público ou não.

Julgar a Administração não é administrar como entendiam os Revolucionários franceses e continua a ser mantido nas decisões do Tribunal Constitucional daquele país.

Este conceito não é aquele que normalmente é defendido por aqueles que falam da separação de poderes em outros países e que de forma alguma admitiriam o que foi dito no parágrafo anterior.

A infância ou adolescência difícil do Direito Administrativo do ponto de vista processual, em seu desenvolvimento objetivo e subjetivo; como jurisdição privativa que pretende incorporar a ordinária; como poder e como garantia de direitos, condiciona as normas que actualmente regulam o processo judicial espanhol e português, cuja natureza mista pode dar lugar a interpretações e à aplicação de preceitos que possam ser considerados contraditórios.

18) A Inglaterra resistiu, com maior sucesso, às investidas do absolutismo monárquico, especialmente por obra de Sir Eduard Coke, que destacou a força do Direito baseado nas tradições (Carta de João sem Terra de 1215), que constituiu a base da sua Constituição (Petição de Direito de 1628 e Declaração de Direitos de 1689), e foram tecidos um conjunto de princípios que lhe permitiram defender-se melhor contra um poder público prepotente e arrogante, permitindo um maior controle do mesmo, uma melhor garantia do respeito dos direitos humanos, uma maior estabilidade social e política e um melhor desenvolvimento económico.

Os ingleses sempre consideraram a common law como a melhor garantia de suas liberdades, de modo que o sistema jurídico se torna per se um sistema político, satisfazendo o princípio natural de ser o Direito que determina a legalidade e a legitimidade das acções privadas e sociais.

19) O afastamento do Direito inglês em relação ao de Roma produziu uma tendência na busca de fontes autóctones.

Nesse trabalho, deve-se destacar a atuação dos Juízes Itinerantes ao serviço da Coroa, que conseguiram uma ligação entre os Tribunais locais e o direito definido nos grandes Tribunais Judiciais da Coroa.

Essa dissociação produz-se no Direito Continental entre o Direito romano refinado pelas grandes Escolas, em que se baseiam os juristas que escreveram os julgamentos dos tribunais superiores e o *ius rusticorum* dos tribunais e das práticas jurídicas daqueles que, ordinariamente, exerciam profissões

jurídicas mais próximas do povo e das pessoas comuns que, normalmente, não concluíram os estudos de Direito e não escreviam em latim.

Enquanto os ingleses conseguiram conciliar as práticas populares com a razão jurídica, no caso dos Continentais elas aparecem dissociadas e distanciadas, e as suas respostas jurídicas foram consideradas pela mentalidade popular como artificiais.

20) A interpretação e aplicação das normas jurídicas deve ser tarefa exclusiva dos juízes, sem qualquer mediação direta ou indireta da política.

21) A consideração do Direito como razão jurídica e não como vontade política deve atribuir ou conferir à jurisprudência a natureza de fonte do Direito.

22) O controlo judicial da atividade da Administração deve ser exercido pelo mesmo tipo de juízes que decidem as demais litígios e controvérsias sociais e com base nas pretensões das partes baseadas, como nos demais ramos de direito, em relações jurídicas.

Nada impede que tais juízes tenham conhecimento qualificado de Direito Administrativo, constituindo uma verdadeira contradição a existência de uma jurisdição especializada com juízes que detenham conhecimentos especiais.

Tanto o ato administrativo como o princípio da autotutela administrativa devem ser banidos ou limitar-se ao máximo da área do Direito Administrativo,

consagrando-se efetivamente o princípio da igualdade e eliminando qualquer vestígio objetivista da jurisdição que constituiu sua origem, sendo seu desenvolvimento mais recente o recurso de cassação objetivo instaurado na Lei Orgânica 7/2015.

23) A democracia não é um procedimento simples de nomeação de governantes nem pode fornecer qualquer motivo para pretender a ausência de controlo judicial, o segredo/sigilo ou a falta de controlo judicial das decisões dos gestores ou dos poderes públicos.

As normas Parlamentares, enquanto normas jurídicas, devem estar sujeitas ao controle judicial das condutas que regulam, devendo o princípio do juiz legal ser levado em conta na natureza suplementar da competência dos Tribunais Administrativos.

Uma disputa entre as partes que tenha um fundo político não deve afetar a sua possibilidade de controlo jurisdicional, tal como aquele que a tem uma disputa civil ou comercial.

Uma vez adoptada a Constituição pela nação, todos os órgãos do Estado estão igualmente sujeitos às normas legais, que não o estariam se não tivessem eficácia prática.

Manter pela natureza política de uma questão a sua não submissão aos Tribunais judiciais constitui a ficta confessio da prevalência da política sobre a justiça, da paixão e da ideologia sobre a *recta ratio* ou razão jurídica e sobre a verdadeira natureza da leis e do Direito que delas deriva, e abre as portas para a alta tanatopolítica, cujos efeitos já são conhecidos e que tem levado às constantes revoltas dos s. XIX, à Grande Guerra e ao Absoluto do XX, e todos os sinais indicam que estes acontecimentos não vão parar.

O Direito fundado na força implícita da maioria não só conduz à revolução social permanente, como também constitui uma escola para determinar a forma como as controvérsias em grande escala devem ser resolvidas.

O rapto do Direito pelo Estado tem também o efeito sobre os cidadãos da chamada “síndrome de Estocolmo”.

Em matéria administrativa, o mesmo deve acontecer com conceitos jurídicos indeterminados em matéria civil, penal, comercial ou laboral, que são determinados pelo juiz sem quaisquer restrições.

Não agir com tal normalidade jurisdicional significa reconhecer uma reserva de jurisdição incompatível com o Estado de Direito, uma incapacidade dos Tribunais para julgar a Administração e, portanto, uma liderança da política ou da Administração sobre o Direito.

Apesar de reconhecer algum tipo de reserva de jurisdição em matéria política, e tal como acontece com os actos discricionários, deve ser admitido o controlo judicial do procedimento, competência e finalidade.

**24)** A Administração, com base na sua capacidade normativa, sua ligação com o partido político dominante no Parlamento, na autotutela executiva da Administração, o acto administrativo e a sua idoneidade como meio/via para na área do fomento entra plenamente, com a aprovação de particulares, nas relações inter-subjectivas privadas, dando origem a uma hipertrofia reguladora e a uma administração hiperactiva.

Por outro lado, o controlo da sua actividade nunca pode ser adequado, uma vez que viola o princípio consagrado no direito natural de que ninguém pode ser juiz por sua própria causa ou que ninguém pode ser simultaneamente juiz e parte, dando origem a um interminável rasto de reservas de jurisdição e a um sistema patológico em que o controlo real da Administração provém do sistema de justiça criminal em mais ocasiões do que deveria ser normalmente o caso.

A concepção do Direito com as notas de poder e de vontade conduzem, em grande medida, a uma Administração ativa que leva a esta situação.

Em face do exposto, a luta contra as imunidades do poder empreendida nos anos 50 do século passado pelo nosso insigne García de Enterría continua a constituir hoje em dia um campo de batalha em mudança e como assinala Vasco Pereira, as técnicas de controle de incompetência, desvio de poder ou vícios do ato administrativo, etc... já eram conhecidos pelos *Parlements* pré-revolucionários.

25) Tanto na justiça revolucionária como na atual formulação dos Códigos Civis francês e belga, os juízes estão proibidos de fazer interpretações normativas, que são as que derivam da implementação da cassação no Processo Administrativo pela Lei Orgânica 7/2015.

A sua articulação através da decisão de admissão contraria a essência dos princípios que devem reger um processo entre as partes e viola o disposto nos artigos 31.º, 32.º, 33.º, 73.2 e 65.1 e 2.º da Lei reguladora do Processo Administrativo e dá lugar a um acórdão incongruente.

26) A Revolução Francesa encerrou as Faculdades de Direito entre 1789 e 1806, e quando foram reabertas não foram restauradas, mas sim reinventadas, a fim de favorecer o trabalho Revolucionário.

A Universidade passará a ensinar o Direito do Estado, reduzido à lei e aos Códigos, com limites na interpretação e deixando de fora a jurisprudência, pelo perigo que representava esse pensamento jurídico mais livre e complexo, considerado capaz de arruinar o trabalho Revolucionário de leis e tribunais.

Não haverá mais justiça além do Governo e das leis.

Enquanto a influência na Universidade a partir da segunda metade do s. XX do pós-marxismo de Gramsci é evidente contínua sem se explicar a atividade de sanção e promulgação realizada pelos *parlements* do Antigo Regime; a separação de poderes continua a ser atribuída às ideias do Iluminismo racionalista, sem dizer que a sua ideia norteadora é a de que julgar a Administração é administrar e considera-se como uma verdade absoluta a de que a presença de juízes independentes não é necessária neste sistema, pois que a sua função é aplicar, asépticamente, a lei e os Códigos, mas sem outros raciocínios mais complexos, nem se explicam as consequências que derivam desta concepção, de cuja realidade já temos provas evidentes, separando os juristas da busca da justiça do caso concreto, que sempre constituiu a sua função e a do Direito.

## **2. ASPECTOS MÁS CONCRETOS DE LAS CONCLUSIONES**

### **1) EL DERECHO NO ES ESPECULATIVO SINO QUE OBEDECE A UNA REALIDAD Y FUNCIÓN QUE DEBE DESEMPEÑAR DENTRO DE LA SOCIEDAD CIVILIZADA**

El Derecho, dentro del desarrollo de la civilización a la que sin duda ha contribuido y debe contribuir, surge para resolver los problemas reales de la sociedad, restableciendo las relaciones sociales rotas que se restañan a través del mismo. Surge de abajo hacia arriba y otorga en las manifestaciones civiles, el marchamo de lo justo.

Es un elemento real que provoca estabilidad por lo que no debe ser una forma ideológica de conducir a la sociedad ni fruto de la revolución sino de la evolución.

La experiencia pone manifiesto, de un lado, que las Constituciones viables son aquellas que se basan en la costumbre política y en la tradición Parlamentaria y, de otro, que la experiencia acredita que el respeto de los derechos es superior en los sistemas que no se les hace depender del orden Constitucional.

#### **- DESDE UNA PERSPECTIVA JURÍDICA**

**A)** El Derecho no tiene una finalidad especulativa abstracta que después se contraste con la realidad sino que surge, directamente, de una realidad concreta que lo necesita para desarrollarse adecuadamente, de ahí que deba contemplarse, esencialmente, desde su real punto de vista práctico, lo que debe tener sus consecuencias en su concepto, enseñanza y trascendencia en el ámbito de la política.

Por ello, un conjunto de leyes, principios o teorías jurídicas no constituyen, propiamente Derecho, ya que este tiene por objeto directo la resolución de controversias reales que surgen en la sociedad y en las que confluyen diversos y variados elementos (concretos que no abstractos), por lo que debe resaltarse su realidad.

Sin embargo, la resolución de una controversia heterocompositiva entre partes e incluso autocompositiva (ilegítima) es Derecho, inclusive aunque no aplique directamente norma jurídica alguna sino la equidad.

**B)** El Derecho surge del contraste de soluciones otorgadas a particulares sobre la base de las circunstancias concretas que van convergiendo y sirven para mantener la paz social y la armonía, uniendo lo roto por la diferencia sobre la base del convencimiento de ese modo heterocompositivo y, además, es el adecuado para poner de manifiesto la justicia del caso y es más apto para explicitar los razonamientos en que debe basarse la solución, que se da a la diferencia entre las partes.

Por eso se dice que el Derecho surge de abajo hacia arriba y no de arriba a abajo, como sucede en el sistema de Derecho Continental. Esta manera de configurarse el Derecho es esencial para cumplir la función que desempeñó el Derecho en el desarrollo de la civilización, sin que pueda desconocerse

esta forma de generación del fenómeno jurídico a causa de los graves problemas que provocará.

Los juristas prácticos están llamados a desempeñar esta función esencialísima en la creación del Derecho, sobre la base de la actualización que llevan a cabo de los principios que la dinámica social va consagrando en su orden espontáneo (sociedad libre) y que se ponen de manifiesto, en los casos concretos que van resolviendo los jueces o dictaminando los juristas o árbitros.

Esta función esencialmente práctica debe conllevar varias consecuencias.

- a) Una de ellas es que frente al abordaje tradicional o formalista, que considera que el Derecho es un conjunto de normas separado del objeto de estudio (*black letter*), el Contextualismo considera que debe estudiarse desde el punto de vista del mundo real, que es el que explica, verdaderamente, las causas de su existencia y conformación, por lo tanto, teniendo en cuenta la totalidad de todas y cada una de las circunstancias que lo condicionan, sin la abstracción de alguna de ellas, que se producen en caso de no seguir este modelo de generación del Derecho o de la jurisprudencia.
- b) Constituye un error el planteamiento Constructivista, considerar que el Derecho no es sino producto de la voluntad humana o de una inteligencia superior, puesto que es, realmente, el producto de un proceso evolutivo y selección natural, no deliberadamente buscado y cuya función se puede comprender pero cuyo significado actual puede ser completamente distinto de las intenciones de sus creadores (*voluntas legis, voluntas legislatoris*, por ejemplo). Aunque el concepto de ordenamiento jurídico se atribuye a Santi Romano, la razón última un origen conceptual metafórico debe atribuirse al lingüista Nebrija, que consideraba al lenguaje como un elemento de cohesión de los más diversos elementos, más allá de las palabras, preposiciones, sustantivos o verbos, y lo mismo sucede con el Derecho, que más allá de las leyes o principios del derecho, da cabida, además de a elementos jurídicos a otros no jurídicos, como el concreto, real y complejo, aspecto de la vida a que se refiere. Lo expuesto debe tenerse presente para la determinación de la jurisprudencia y su método válido de constitución.

Este planteamiento evolucionista ligado a las realidades del Derecho tiene poco que ver con el Iusracionalismo o Positivismo jurídico y debe rechazarse tanto la interpretación del Derecho como algo construido de forma especulativa por una fuerza sobrenatural o como construcción Racional de cualquier mente humana o divina.

C) En estos países denominados de sistema Continental (*civil law*) nos encontramos con la situación fruto de la mayor antítesis, merced a la que quienes pretendieron establecer una separación de poderes del Estado (concepto inventado para su manipulación), realmente, lo concentraron y alumbraron el poder público o Estado más totalitario y, además, el Derecho no puede desempeñar, lícitamente, una función tan ideologizada. Parte de la doctrina equipara esta concepción de la ley al invento y uso del fuego por los seres humanos sobre la base de los graves problemas que puede producir su uso inadecuado y de la que, desgraciadamente, ya tenemos experiencia histórica.

## - POR SUS EFECTOS POLÍTICOS

Existe también otra vertiente en esta concepción del Derecho, que determina sus consecuencias, bien interesantes en el campo de la política, como abiertamente señala el *common law*, que aunque se reconoce como sistema jurídico es realmente político, como se ha señalado por sus valedores:

**A)** El Derecho, a pesar de todas la fundamentación que lo apoya, no deriva de la autoridad sino que la autoridad, realmente, proviene de que se respete la naturaleza y esencia del Derecho y se permita su válida ejecución.

Ha sido el Derecho el que siempre ha determinado las correctas reglas de conducta, lo que está bien o mal desde el punto de vista jurídico y constituye una perversión subyugar el Derecho a la política que, de esta forma, se convierte en título de legitimación prevalente.

**B)** El Derecho constituye un conjunto real y equilibrado de principios y valores, derivados de su realidad práctica y cotidiana, que provocan una estabilidad.

El Derecho responde a las aspiraciones más profundas de la sociedad y solo comprendiendo de esta manera el fenómeno jurídico se puede entender su excelencia y el respeto que otorga a la dignidad humana, de manera que las concepciones ambiguas como el Funcionalismo, Consensualismo, Procedimentalismo o su perspectiva de suficiencia económica o social (aspectos muy propios de la Modernidad), aunque pueden contribuir a la comprensión del fenómeno jurídico no agotan su contenido y no hacen sino confundir al cristal con las piedras preciosas.

El relativismo desemboca en el Nihilismo pero, metodológicamente, debe presuponerse que es posible alcanzar la verdad, el bien o al menos un progreso en su conocimiento, sin que pueda prescindirse de la experiencia suministrada por la realidad social y el reconocimiento de un orden moral y jurídico desde una perspectiva objetiva, ya que tales metas o fines son inalcanzables desde una visión meramente individualista, idealista o subjetiva, ya que ni el bien ni el mal se pueden determinar desde un punto de vista subjetivo y, en cualquier caso, presentan una faceta en el mundo real de carácter esencial.

Ni el bien ni el mal se pueden determinar desde un punto de vista subjetivo, que sobre la base del Nominalismo desarrollan las Iglesias Luteranas y Calvinistas y se acentúa con la Revolución Francesa, dando lugar al relativismo autorreferencial.

**C)** El Derecho no es una forma ideológica de conducir a la sociedad.

Desde una perspectiva abstracta, el Derecho no solo establece un orden sino que puede constituir un medio de control social, obedeciendo desde esta perspectiva, en gran medida, a fuerzas y principios extrajurídicos, que de una forma importante determinan a este concepto especulativo de Derecho.

- a) La forma más patológica de esta manifestación la constituye en la actualidad, sin duda, el marxismo, que ha tenido un gran desarrollo en la conocida civilización Occidental a través del marxismo cultural.

Dentro de este Idealismo, Marx considera, de un lado, que la ciencia del Derecho no tiene autonomía propia sino que forma parte de la filosofía y el concepto de Derecho, en su devenir, se encuentra fuera de la ciencia de Derecho. De la abstracción del mundo moderno se puede deducir que el ser humano no tiene verdadera realidad y se puede deconstruir, y

que la violencia es la partera de la historia (Marx), ideas, sin duda, totalmente contrarias a los principios civilizatorios y de paz social.

- b) Este concepto totalmente mayoritario en el Derecho Constitucional Continental, contiene la agravante de la devaluación de la filosofía para caer el Derecho a manos de los ingenieros informáticos, que forman parte de ese mundo irreal que introduce al ser humano como clónico (muy propio de la faceta de cierto concepto de Derecho como control social fruto del Iusracionalismo y más tarde del Idealismo), irreflexivamente, en la nube.
- c) Hegel y Kant, desde una perspectiva Idealista y como ya pretendiera Rousseau y en contra de lo que establecían los Escolásticos Ibéricos, niegan el derecho de resistencia salvo que expresamente lo reconozca la Constitución y en el sentido de defensa de lo existente, por lo que alcanza entonces la categoría de sistema político equiparado a paraíso terrenal, dentro del mito del fin de la historia, estableciendo los límites de lo políticamente correcto.

D) De lo expuesto se deduce que la norma legal coercitivamente impuesta por el Estado impone un orden, una cierta seguridad y tranquilidad pública pero no la paz y la armonía social.

La función del Derecho no es mantener la seguridad pública sino la armonía social; de convencer al que pierde, de unir a las partes enfrentadas en una solución merced a una regla jurídica.

Por eso los romanos distinguieron entre el *ius* y la *lex*, entregado el primero a los jurisprudentes, que compuesto por reglas instituye el *derectum*.

La fuerza del Derecho que impone una solución dada por la regla jurídica nada tiene que ver con la violencia del Estado ejercida al amparo de una norma legal, que legitima el uso de la fuerza para hacer valer la decisión en un caso.

Este hábito al uso implícito de la fuerza constituye un entrenamiento de cuyos efectos y matanzas ya se tiene conocimiento.

El carácter totalitario del Derecho cuando se encuentra recluso prácticamente a la ley se pone de manifiesto con la postergación que se hace de la costumbre que, indudablemente, constituye la primigenia y directa manifestación del pueblo a que se dice representar.

E) Las Constituciones viables no son aquellas que se asientan, en un momento determinado, en una voluntad manifiesta de cambio y que da lugar a una revolución, normalmente conducida por una minoría, que aunque dice actuar en nombre del pueblo, generalmente, cuenta solo con el apoyo de una minoría y que rara vez se caracteriza por la estabilidad Constitucional, ya que no garantizan, debidamente, las interferencias incorrectas del Estado en sus vidas o libertad ( ya se ha hecho mención en la primera conclusión de su equiparación al fuego en cuanto a su uso), ni aseguran los derechos políticos y civiles tradicionales.

Al considerar a los derechos derivados de la Constitución y de la ley, los deja en manos de los procesos democráticos y de esta manera, al adquirir la democracia carácter autorreferencial y determinar sus propias condiciones de funcionamiento no se aseguran correctamente los mismos.

Por la experiencia inglesa podría considerarse que la mejor salvaguarda disponible para la democracia y el orden constitucional, lo proporcionan la dependencia de la costumbre política y la tradición Parlamentaria.

El gobierno democrático es una forma difícil de establecer y mantener, ya que parece que la

democracia funciona, solamente, cuando existe una cierta forma de orden constitucional establecido sobre la base de una tradición, que a su vez utiliza una cierta forma de separación de los órganos que ejercen las funciones públicas y tienen capacidad para imponer correcciones al principio democrático, lo que constituye una democracia matizada, no una democracia pura y simple pero parece ser la única concepción viable de democracia.

De esta forma se conjugan, matizadamente, el principio democrático con el respeto de los derechos y la separación de poderes, que pueden quedar en entredicho si, solamente, se tiene presente el principio democrático.

F) De lo expuesto se concluye que el sistema jurídico es más democrático que el sistema político porque la democracia política es un ideal que se niega o se manipula mientras que la democracia jurídica es una realidad que se practica espontáneamente y no hay fuerza política capaz de evitarla.

## 2) LA RELIGIÓN

Dentro del campo del deber ser, la religión constituye el elemento más arraigado y determinante de nuestra conducta, motivo por el que un estudio riguroso sobre el Derecho no debe prescindir de su examen.

-----  
A) La religión y la filosofía se influyen recíprocamente, que a su vez lo hacen sobre los conceptos de razón y Derecho, entre los que también existe conexión.

B) Si para griegos y romanos, la ley debía ser concorde con la naturaleza humana y para los Escolásticos se identificaba con la ley divina, que era perceptible a través de la razón, Lutero, sobre la base de los efectos que el pecado ha producido en la naturaleza humana ( con cierta base en San Agustín), destaca la fe y la voluntad del Creador ( fideísmo Nominalista) frente a la razón humana conceptuada en la forma que se acaba de mencionar, encontrando su legitimidad en el gobernante y pasando la ley a pertenecer a un orden distinto e independiente del sagrado, desligándose, de alguna manera, la ley y el Derecho de la justicia, al ser autorreferente y relativa, como después dirá con toda claridad Kelsen.

C) La Reforma Protestante dio lugar a cinco rupturas: la religiosa del Luteranismo a través del libre examen, la ética del Maquiavelismo, la política del Bodinismo, la jurídica del Hobbesianismo y la más palpable, la sociológica.

- a) Al afirmar Martín Lutero, posiblemente cogiendo la antorcha del Nominalismo de Ockam, que todos los cristianos, por el hecho de serlo, son sacerdotes (de modo que pueden leer e interpretar libremente la Biblia (siempre que lo hagan como él piensa y si no que se lo pregunten a los colonos de América o a la multitud quemada en la hoguera en Ginebra por Calvino) inicia la disolución de la jerarquía doctrinal de la iglesia y provoca profundas consecuencias en el Viejo Continente, dado que posibilita el nacimiento de la conciencia individual, del individuo Nominalista, concepto que está en la base Ilustrada de la ciudadanía, y que tienen en el orden jurídico desarrollos de enorme trascendencia, entre los que se encuentra, el del Iusnaturalismo protestante, que llega a prescindir de Dios en su

filosofía del Derecho natural (Grocio comienza por reconocer como verdad absoluta la existencia de Dios pero admite que igual sería si Dios no existiese).

- b) Es evidente que el principio *cuius regio eius religio* otorga un poder determinante al poder civil sobre el religioso.

Al inclinar Lutero la balanza del lado civil, entregando los bienes y la jerarquía de la Iglesia a los Príncipes alemanes, es decir, que sobre la base de la pretendida y radical separación entre la religión y el poder civil entrega el ejercicio religioso al Estado, lo que Pío IX condenó en el *Syllabus* y también se produce en la generalidad de los Estados cristianos, incluso católicos, en la actualidad.

Esta asunción de la *auctoritas* por parte del Estado se produjo a consecuencia de la ruptura de la unidad religiosa, de la contestación a la autoridad del Romano Pontífice y de la postulación de la Iglesia como una comunidad espiritual de naturaleza carismática, lo que provocó la absorción de lo religioso en su esfera externa y comunitaria por parte del Estado y provocó los aspectos más específicamente totalitarios que se siguen del pensamiento de Lutero, en contraposición a los postulados gelasianos.

- c) Aunque se suele considerar que las iglesias Protestantes vienen a significar la libertad religiosa, la libertad real que los Protestantes otorgan para la interpretación de las Sagradas Escrituras es nula, ya que Lutero o Calvino fueron los que decidieron, lo que la gente debía creer y prohibieron cualquier otra interpretación, y las persecuciones entre las facciones Protestantes provocaron muchas más muertes que las guerras con los Católicos, sin pasar por alto las confiscaciones de los bienes de la Iglesia Católica.

D) Los Iluminismos inglés y norteamericano no eran Iusracionalistas ni anticlericalistas, si bien consideraban a la religión dependiente y protegida por el Estado.

E) El fanatismo de los apóstoles de la religión política laica carece de términos comparativos.

Si hasta ahora las grandes religiones se basaban en las palabras reveladas por el creador o los profetas, los citados apóstoles laicos de la religión política, letrados y supuestamente ilustrados se niegan a reflejarlos y se aferran a una interpretación totalmente contraria a los textos escritos, que serían los que debieran servirles de fundamento.

La religión de los modernos va a ser, a partir del último tercio del S. XIX, la que alza el uso distorsionado del ateísmo, el cual, a partir de ahí y con mayor frecuencia no será sino variedad léxica de un anticlericalismo apenas camuflado.

Las específicas variedades de esa “religión laica”, que se proyectan a sí mismas como filosofía de la historia cristalizarán muy pronto en la última, tan trágica, Teología histórica que ha conocido el pensar moderno: las hipótesis totalitarias de una historia portadora de sentido consumible, que guiaron a Europa de una guerra grande a otra absoluta, y no parece que después las cosas hayan mejorado: las purgas de Stalin, la Guerra Fría, con la posibilidad de la destrucción total del Planeta, la Revolución cultural China, Bosnia, Ruanda, etc... en fin, un sufrimiento humano cualitativo y cuantitativo, desconocido en la historia.

F) Los principios sociales que no tienen un fundamento religioso son de carácter débil y serán desplazados por los religiosos. También lo será la religión que haya consentido esa situación.

**G).** A pesar de las vueltas, el concepto de interés público o general no es sino el común que designaba Santo Tomás. No es solo el manifestado por el Legislativo, ya que en su determinación participa el Ejecutivo e incluso no de forma exclusivamente unilateral sino con participación social, haciéndolo también el Judicial, evidentemente, el Tribunal Constitucional en la depuración de tal principio en las leyes pero también los Tribunales ordinarios, poniéndose de manifiesto lo expuesto por el Santo, que en su determinación participan los miembros más cualificados de la sociedad, que no necesariamente son los representantes de todos.

### **3) LA EVOLUCIÓN DE LOS SISTEMAS POLÍTICOS**

La burguesía capitaliza la evolución del sistema político durante la Edad Media, favoreciendo el poder del rey en perjuicio de la nobleza. Esta concentración del poder en el reino se acentúa en la nación con la Revolución Francesa, que pasa a dirigir la nave del Estado. Esta concentración del poder del Estado de la mano del Idealismo y de la ideología da lugar al movimiento comunista y a la bipartición del poder en el Estado Social de Derecho por influencia del marxismo cultural.

-----

**A)** En la Edad Media existen las Cortes y el rey, basculando el poder hacia el segundo, en tanto que, incluso las leyes de Cortes serán las suyas.

El motivo por el que se produce este fenómeno se encuentra en la clase social emergente de la burguesía, que aspiraba al crecimiento del poder Real para que debilitara de esa manera a las clases sociales divergentes y estamentales, si bien, en un momento posterior bascula hacia las Cortes en el Estado-nación, para tener la burguesía, directamente, la nave de la dirección política y económica del Estado y, de esa forma también la jurídica, al atribuir el Derecho a través de la ley y su aplicación judicial, especialmente el Administrativo, al poder político sobre la base de su legitimidad por definición.

**B)** Las conclusiones expuestas sobre la religión ponen de manifiesto que se ha producido una postergación de la religión frente a la política (aunque de su mano al otorgarle el protagonismo), con un fortalecimiento del poder Absoluto, primero por parte de los reyes y luego de la Nación, en cuyo nombre se ha monopolizado el Derecho, a manos de la ley y también de la justicia, merced a su total postergación a la ley, adquiriendo de esta manera, el poder público un poder creciente, al liberarse de la jurisprudencia (que debe ir más allá de la ley y de sus principios) a través de los Revolucionarios franceses (juzgar a la Administración es administrar, con las figuras de la justicia retenida y delegada, y las pretensiones francesas actuales de considerar propia del espíritu francés esta separación de poderes (que desde luego no lo es)).

- a)** De ninguna de las maneras puede considerarse que la separación de poderes (entendida en el sentido actual) obedezca a la obra de los Revolucionarios franceses, ya que de los textos dedicados a estos principios se deduce exactamente lo contrario, la pretensión del Ejecutivo era dotar a la Administración de un control doméstico o privativo e inmune a los jueces ordinarios y contrarios a la existencia de jueces independientes.

Con antecedente en la Ley de 27 de noviembre- 1 de diciembre de 1790, que pasó al art. 21

de la Constitución de 1791, el capítulo V de la Constitución francesa en 1791, que llevaba por rúbrica “Del Poder Judicial”, en su artículo 3, que los Tribunales no pueden citar ante ellos a los administradores por razón de sus funciones, es bien elocuente que en el preámbulo de la legislación de separación de poderes de 1789 se dijese que:

” la nación no olvidó lo que debe a los Parlamentos judiciales, solo ellos resistieron a la tiranía...Nuestra magistratura estaba constituida precisamente para resistir al despotismo, que ya no existirá en lo sucesivo por lo que esta forma de Magistratura ya no es necesaria”

De las sentencias del Tribunal Constitucional francés de 1980 y 1987, igualmente se deduce lo contrario, no solo porque se quiera con una declaración expresa (innecesaria de ser cierta, sin olvidar que las Constituciones de 1946 y 1958 no se pronuncian sobre la cuestión e incluso el artículo 37 de la vigente se refiere, exclusivamente, a las funciones consultivas del Consejo de Estado) desvirtuar lo evidente sino porque, literalmente, así se desprende, pretendiéndose de esta manera, la máxima que se dijo por sir Edward Coke, que la mejor manera de que se tenga por cierta una falsedad es elevarla al paroxismo, al nivel de principio.

- b) Considerar que la separación de poderes es consecuencia del Racionalismo Ilustrado imputado a la obra de Montesquieu, *El espíritu de las Leyes*, es tanto como pretender situar los orígenes del sistema capitalista en las obras de Marx o Stalin.

Montesquieu era presidente del Tribunal Judicial de Burdeos, partidario de las tesis de la Nobleza y totalmente opuesto a que la Administración tuviera un foro judicial específico y diferente del tribunal judicial al que pertenecía, y su obra *El espíritu de las leyes* es de naturaleza sociológica.

C) La Revolución Francesa de 1789 no constituyó ninguna innovación favorable para los seres humanos en el campo de la justicia y tras florales postulados teóricos, simplemente, constituyó una forma de poder en el que la burguesía gestiona los bienes de dominio público, se apropió de parte notable de los comunales e incluso de los de la Iglesia (a precios en muchos casos irrisorios con la excusa de su mejor explotación, lo que dejó, en muchas ocasiones, en la miseria más profunda a multitud de trabajadores más modestos).

D) Este apoderamiento del poder público se ha materializado en su faceta más reconocible, el Ejecutivo, con el desarrollo de su norma jurídica más prototípica, el reglamento (incluso con reserva reglamentaria en algunos casos, como sucede en Francia), con una debilitación del Parlamento, a través de la banalización de sus funciones tradicionales (elaboración y control del Presupuesto y del Gobierno), merced a la nueva estructura de los poderes y ocupado, de lleno, en la supuesta creación del Derecho de los juristas (normas de recta conducta), produciéndose la situación de un Derecho Público que ocupa todas las facetas de la legislación y un ciudadano asfixiado, de unos contra otros, dentro de la revolución permanente del pacto social, animada por la idea de la violencia como partera de la historia y la inestabilidad de las mayorías.

No es admisible que el Derecho Público vaya progresivamente invadiendo el tradicional campo del Derecho Privado en la coordinación de actividades individuales y ello sobre la base de considerar que el poder público, no solo presta servicios en pro de un orden sino que realmente hace funcionar el país y por ello la consideración del Privado como temporalmente tolerado.

El invento que se hace en la Revolución Francesa de los poderes del Estado no es sino la escusa para balancearlos en el sentido que interesaba: vaciar al poder judicial en favor de la política, que era lo que manejaban como resorte del poder absoluto.

El Poder Judicial queda como un comisionado del Parlamento controlado y disminuido, al privársele de la tradicional función de la jurisprudencia.

E) Con el comunismo será el Partido Comunista el que se haga cargo del dominio público (y del privado), asumiendo el Estado la explotación de los mismos para llegar, de ese modo, a una supuesta democracia material, más allá de la formal, y a una justicia social, que la realidad ha desmentido de la forma más rotunda.

F) En la actualidad y dentro de las mismas coordenadas ha derivado hacia el sistema creado por las élites capitalistas, en feliz amalgama y simbiosis con el posmarxismo (marxismo cultural), previo tránsito por el extasiador Estado Social de Derecho (el fin de la historia), fenómeno que solamente es posible en una dinámica del Derecho en manos de la ley, como ciencia del poder, cuya legitimación determina en sí su justicia ( autorreferencial) y contraviniendo la función que desde siempre había desempeñado.

Un drama ( en atención a los muertos que ha producido) sin sentido que ha servido para mantener y mantiene a una clase social, la burguesía, que se ha adueñado de la explotación de los bienes de dominio público y también ha pretendido y conseguido, en parte, los de la Iglesia para su mejor disfrute, que es lo que mantiene los resortes del poder y con ello de la opinión pública y los medios de comunicación, con objeto de que la ciudadanía no perciba la situación real.

#### 4) LA RAZÓN

El uso de la razón como instrumento para desentrañar la realidad no es exclusivo de las sociedades europeas influenciadas directamente por la Revolución y el Iluminismo francés.

Sí lo es un determinado concepto de razón. Puede considerarse que la razón es el alma de la ley y que el Derecho no es otra cosa sino la razón perfeccionada por el arte, resultado de un largo estudio, observación y experiencia, y no de la razón natural de cada hombre al modo Iusracionalista.

-----

A) Los poemas Homéricos y más en concreto la *Odisea* marcan el inicio del uso de la razón y una inhibición de la inmensa riqueza vital intuitiva que posee el hombre.

En los alrededores del siglo s. VI a. de Cristo, en diversas latitudes que van desde la India a China, pasando por Persia, Grecia o Israel y sin que se tenga conocimiento de su conexión, se realizan una serie de reflexiones referentes a la toma de conciencia de la identidad individual del hombre, resultando sobre el uso de la razón en Europa, una influencia más directa del pensamiento griego de Protágoras, Demócrito y Eurípides.

- a) Platón consideraba que el cuerpo era la prisión del alma y siendo esta libre comulgaba con lo divino.
- b) El pensamiento estoico constituirá el germen del Derecho natural y Cicerón considera que

la ley debe ser conforme con la naturaleza, que siendo común a todos es inmutable, eterna y universal, y no se puede ir contra ella si no se va contra la naturaleza del hombre.

**B)** San Agustín define al hombre como animal racional, creado por Dios a su imagen y semejanza, y para la Escolástica, la ley encuentra su fundamento en el orden natural que, a su vez, lo encuentra en Dios.

**C)** Durante todo ese periodo histórico (*physis, logos, kosmos, lex aeterna*), el Derecho tiene un carácter objetivo o empírico como unidad inteligible objeto del verdadero conocimiento, criterio sustancialista que muta en subjetivista en la Modernidad, siendo autorreferente como enunciará Kelsen de modo absoluto.

- a) Sobre la base del pensamiento Nominalista, Lutero asienta la razón en el individuo, en su propia dimensión concebida de forma autónoma, lo que abrirá las puertas al Iusnaturalismo racionalista, al Contractualismo (Absolutista, Liberal o Racionalista), al Positivismo jurídico y al Idealismo que, al margen de cualquier autoridad o tradición (siendo el pensamiento inglés de Locke, Shaftesbury, Hucheson, Mandeville, Adam Smith, Newton, Hume, Dawson, etc... el que destaque la importancia de la tradición) se consideran capaces, por sí solos, de reafirmar el orden de las cosas e incluso de imponerlas, creando un sistema legislativo, de sociedad, modelos mentales o de cosas, vínculos de relaciones políticas y jurídicas.
- b) Al contrario de lo ordinariamente divulgado, los Iluministas franceses no eran partidarios de la democracia ni de modelos abiertos sino que lo eran de los monarcas Ilustrados que los protegiera y a los que lisonjeaban como modo de implantar sus ideas Racionalistas, tesis de las que no participaba Montesquieu que era sociologista, partidario de la tesis nobiliaria y de un control judicial total del poder público, entonces encarnado en el rey.
- c) El idealismo alemán (Hegel Kant y Marx) construirá el armazón del Estado Contemporáneo de Derecho, en donde lo racional es real y lo real racional, construyendo modelos abstractos que suplantán a la realidad, dando lugar a modelos de derechos débiles, gran conflictividad, vulneración en masa de los derechos humanos y débil crecimiento de la economía, dentro de la revolución permanente de las voluntades.

**D)** Aunque la cordura, que ha sido dispersada en muchas cabezas, fuera reunida dentro de una sola, todavía no podría hacer algo semejante a lo que se exige para la debida elaboración del Derecho, que debe ser y así se ha considerado tradicionalmente, el resultado de la criba y elaboración de un infinito número de hombres sabios y prudentes, en el transcurrir de muchas generaciones y que se verifica en la máxima de que ningún hombre se considere más sabio que las leyes. La razón asistida de la autoridad y de la tradición constituye un elemento de juicio más adecuado para conocer la realidad.

## 5) EL DERECHO ROMANO

Al Derecho romano se le ha considerado, en el Derecho europeo continental desde siempre, la *recta ratio*, la *ratio scripta*, la razón jurídica o regla de Derecho, lo que es igualmente válido para Inglaterra. La *auctoritas* del Derecho de esta raíz se ha utilizado por el poder político para su

legitimación, que se ve desplazado paulatinamente por los derechos humanos y la legitimación política del poder democrático.

-----

A) En Inglaterra, aunque esta afirmación pudiese ser excesiva desde un punto de vista formal, sustancialmente, es incluso más cierta sobre la base de que la estructura de su Derecho obedece, más fielmente que en el Derecho europeo continental, a este modelo jurídico, en atención al predominio, en su concepción, de la práctica sobre la teoría; existiendo también fuertes vías directas de penetración, como lo son las universidades de Oxford y Cambridge, que es donde han estudiado la mayoría de los jueces, y al propio Derecho Canónico, ya que la mayoría de los juristas de l' *equity* tenían una fuerte formación en esta disciplina.

Es decir, que la actividad judicial creadora del Derecho responde mejor y más fielmente a la tradición romana que los sistemas Continentales y constituye la esencia misma del *common law*.

B) La constitución de esta recta razón o regla jurídica no obedece a la obra de los emperadores sino de los juristas prácticos (pretor y jurisconsultos).

- a) El empleo por parte de la *potestas* (políticos) de la *auctoritas* de los juristas es constante y comienza por el propio título de los emperadores (*imperatores augusti*), continúa con el *ius publice respondendi*, en el que el emperador hace suyas las respuestas de los jurisconsultos elegidos por su superior calidad y continúa con Justiniano a través de la Compilación (especialmente a través de la *Instituciones* y el *Digesto*)
- b) El Derecho de los pueblos invasores es esencialmente el romano, ya que sus *belangines* o costumbres nos resultan desconocidas y fueron abandonadas tras el contacto con los romanos, de manera que sus códigos no solo se aplican a los romanos (principio de personalidad del Derecho) sino también a los germánicos, hasta el punto de considerar Savigny, que el espíritu del pueblo alemán ( solar de los pueblos germánicos o bárbaros) se encontraba en el Derecho romano.
- c) Este Derecho romano, tal cual o a través de los Glosadores (s. XI y XII), es también el que sirve para la creación del Derecho como voluntad del rey o del príncipe en la Baja Edad Media: "*quod principe placuit, legis habet vigorem, princeps legibus solutus est*".
- d) Esta influencia del Derecho romano continúa en el *Mos Italicum* y *Gallicum*, la Escuela Culta en Francia y la Jurisprudencia Elegante en Holanda.
- e) Aunque con la Codificación y la Escuela Histórica, se acentúa la capacidad del legislador de imponer normas de recta conducta a través del Parlamento (que merced a la nueva organización de los poderes reorganiza sus tradicionales funciones de elaboración y aprobación del presupuesto y control del Gobierno) se legitiman a través de la Codificación, lo que canaliza Savigny en la distinción entre Derecho regular o *ius commune* o singular (propio de la voluntad política y que se escapa a la dinámica del primero, pudiendo ser incluso contradictoria con aquel).

Es decir que en la Codificación, el poder político o el Derecho como voluntad del poder presenta su contrapeso con los Códigos que aprueban y cuya sustancia viene determinada por la razón jurídica romana.

De esta manera los Códigos aparecen como monumentos legislativos deseados, científicamente fundados, democráticamente legitimados y políticamente convenientes.

- f) La *recta ratio* del Derecho romano, directamente o a través de las Escuelas en que se basa, se va a ver desplazada, paulatinamente, por este Derecho creado por el poder público y a través de los derechos fundamentales, que como fuente máxima de legitimación aspira a la capitalización omnicomprendiva del universo jurídico. Este racionalismo jurídico tiene su base esencial en la aplicación de este modo de razonamiento, que también podía considerarse romano en la actualización que se aplicaba a los textos del Derecho romano clásico y justiniano.
- g) No debe olvidarse que mientras para el Derecho romano y a pesar de las más diversas circunstancias y puntualizaciones, introducidas por la moralidad cristiana, la persona constituía su razón de ser, en los modernos Estados de Derecho, la dignidad de la persona es, en ocasiones, una cuestión de doctrinas e ideologías enfrentadas, que vulgarizan a los seres humanos y fragilizan el Derecho.

## 6) LA EDAD MEDIA

La atroz imagen que se creó de esta época histórica durante la Ilustración nada tiene que ver con la realidad, ya que se trata de una época que aportó grandes avances en el desarrollo de la Humanidad, tanto desde el punto de vista científico como cultural, político o jurídico.

De esta época son la Compilación de Justiniano y *Las Partidas*, el origen del Parlamentarismo, el Realismo y el Nominalismo, la idea de soberanía o *suprema auctoritas* (mundo hispano), la ley como fuente esencial del Derecho y el control de la legalidad por parte de los jueces, el antiformalismo procesal o el derecho al juez ordinario predeterminado por ley. Precisamente, gran parte de la grandeza del *common law* se basa en la oposición a la concentración del poder público que en nombre del rey reclama la Modernidad y en el mantenimiento de las instituciones Medievales.

-----

**A)** Deben, sin duda, destacarse las catedrales góticas, el canto gregoriano, la universidad, las notas musicales, el carnaval, los villancicos, el número 0, el sistema decimal y la geometría, la pólvora, el reloj y las gafas, la fuerza hidráulica, los molinos, las velas de viento y las modernas técnicas de navegación (el astrolabio y el cuadrante), que constituyeron la base de los nuevos descubrimientos realizados en las escasas fechas posteriores.

**B)** La *Compilación* de Justiniano (529) o *Las Partidas* (S. XIII) son de esta época, en la que el Derecho no se creaba sino que se entendía formulado en la conciencia popular (no era dogma ni lógica sino praxis), en una evolución que va desde el monasterio a la catedral y finalmente al palacio.

- a) Es en esta época donde surgen otros aspectos que se desarrollan y hoy tienen toda su actualidad: la ley como fuente esencial del Derecho: primero sobre la base de la autoridad del príncipe, que aunque tiene su mejor encaje en la Edad Moderna tiene su origen en la Baja Edad Media, en que a los reyes ya se les reconoce *fazedores* de la ley; y luego sobre la autoridad de la Nación. El control de la legalidad de las normas jurídicas por parte de los

jueces, incluso de las de más alto nivel, también tiene lugar en esta época.

- b) También en este periodo se encuentra el germen del principio o derecho al juez ordinario predeterminado por ley y del antiformalismo procesal.

C) En esta época tiene origen el Parlamentarismo (Cortes de León de 1188) y el Constitucionalismo (Carta de Juan Sin Tierra de 1215) y el poder político no tenía la pretensión de controlar absolutamente todo.

Las ideas de soberanía como concentración del poder público, que evolucionará hacia el control de la justicia por el partido político ( a través del poder público del rey) surgen en esta época, en el que la cuestión religiosa, como acreditará la Modernidad a través de las Iglesias Reformadas desempeñará, aunque de forma un tanto silenciada, una función esencial, tanto en la política como en el Derecho, al que condicionarán de una forma muy importante.

D) Filósofos de la talla de San Agustín, Santo Tomás de Aquino, Duns Escoto o Guillermo de Ockham desarrollaron su sabiduría en este periodo y servirán para fundar, un lado, la tendencia Realista, que subraya el bien común y la base filosófica de los dos últimos (Nominalismo) servirán de base a las propuestas por Lutero y Calvino, y a los fenómenos Contemporáneos de deconstrucción, abstracción, formalismo e Idealismo, que tras el fortalecimiento y la deificación del Estado han desembocado en el sistema.

El bien común, respecto del que Santo Tomás entendía que no hay alternativas, es totalmente contrario al individualismo (con origen en la negación de los universales por el Nominalismo), que pierde su propia coherencia y apoyo en esta filosofía, cuando se otorga a los singulares unas mismas características, dando lugar a un fenómeno denunciado por Benedicto XVI, cual es que siendo este tipo de razón, hipotéticamente, universal, sin embargo es diferente en cada lugar y momento histórico.

## 7) LA IDIOSINCRASIA HISPÁNICA

España no tuvo colonias en Iberoamérica, respetó sus lenguas nativas y creó numerosas universidades, incluso 100 años antes que se hiciese en el Norte.

Aunque la Escolástica Hispana fue la creadora del concepto de los derechos humanos y Francisco de Vitoria pudo haber influido de una forma trascendente en el moderno constitucionalismo, con un desarrollo muy importante en todos los ámbitos de la civilización, el declinar se produjo al perder nuestras señas de identidad con el afrancesamiento, seguido de la germanización krausista y weberiana, que alumbraron las dos Españas y la división de sus territorios, existiendo en la actualidad, a pesar de sus puntos críticos, una gran ilusión con la Unión Europea.

-----

A) El saber moderno debe mucho a España y más en concreto a San Isidoro por su afán de crear bibliotecas y Estudios Generales, germen de las futuras universidades.

A finales del s. XVII existían en los virreinos españoles de América (que no eran colonias sino provincias) 30 universidades, porcentaje muy superior a las existentes en Europa, una más de su faceta civilizadora, entre cuyas manifestaciones más explícitas se encuentra que durante la larga

colonización se respetaran las lenguas aborígenes (al contrario que sucede con las modernas lenguas patrióticas, comenzando por el francés y la vulneración de los derechos humanos a que dan lugar) y si hoy tenemos gramáticas de aquellas lenguas nativas se debe a los españoles, que no obligaron a los nativos a abandonar su lengua, lo que sí se produjo tras su independencia.

Desde la segunda mitad del s. XII, Toledo, a ojos de los europeos, era el gran depósito de la obra científica, a la que era preciso acudir para lograr el crecimiento en el saber.

- a) La España realista y optimista se basa en el principio “*Rex eres si recta facias, si no facias non eris*”, que se conocía como “*suprema auctoritas*”, que Bodino designará como soberanía.
- b) Otra de las manifestaciones de este fenómeno fue su capacidad de alumbrar la primera novela Moderna, polifónica y satírica, que se publica (no digamos su gestación durante prácticamente toda la vida del autor) cuando los Tercios españoles (infantería) eran invencibles y lo serían durante decenios frente a una arcaica caballería, de que se había servido para reconquistar su territorio de la Invasión árabe. Lo expone Cervantes con toda claridad cuando pone en boca de Don Quijote que: “un hombre no vale más que otro si no hace más que otro”.

Don Quijote es el segundo libro más leído del mundo (tras la Biblia) a pesar del estigma y ponzoña que sobre ella se ha vertido (como ha sucedido con la “leyenda negra”), especialmente, por Bowle, Byron y Voltaire.

Nebrija fue capaz de crear la primera gramática de la lengua castellana y hoy es un modelo de explicación de otros fenómenos (Santi Romano y el ordenamiento jurídico) que no pueden abstraerse de su objeto (como los abstraccionistas Modernos pretenden).

Los españoles se divertían con sus creadores y artistas, y celebraban su arte.

**B)** El declinar, al perder nuestras señas de identidad, se produjo con el afrancesamiento de los Borbones, seguido de la germanización krausista (intelectual Idealista de segundo orden más conocido en España que en Alemania) y weberiana, que alumbraron las dos Españas y la división de sus territorios (ya que los países hispanos no reclamaron la independencia porque repudiasen a España sino porque había dejado de serlo), con unas élites que ya no son celebradas ni sentidas como propias, ya que, realmente, siguen modelos foráneos con que se pretende adoctrinar.

Existe en la actualidad, la ilusión de la Unión Europea y a pesar de la idea de integración, Alemania tiene el doble de renta *per capita* que España, aumentando la diferencia entre los países del Norte y del Sur. Luxemburgo, que tiene la renta *per capita* más alta del mundo, no tiene otra actividad conocida que la de ser un paraíso fiscal.

**C)** No queda más remedio que reconocer la superioridad intelectual de la Escolástica, de la primera por su realismo, y de la Ibérica por su monumental creación de los derechos humanos, anteriores y superiores a cualquier tipo de construcción social, propios e independientes de cualquier catálogo o reconocimiento.

Visto los resultados de la construcción de los derechos humanos sobre la base de los derechos públicos subjetivos, ha llegado el momento de proclamar como única y auténtica la de Francisco de Vitoria, cuya obra era conocida en Inglaterra, ya que Gentili lo cita en numerosas ocasiones en *De iure belli*.

Estas ideas que influirán en Coke y en Locke, si bien las de este último provendrán de las colonias, ya que en 1639 se redacta la primera Constitución escrita de la tradición Occidental, cuyo primer impulsor fue Hoocker y al coincidir su postura con la de Suárez, puede defenderse que, como la de este autor era conocida en Inglaterra, fue en Cambridge donde las conoció Hoocker, que las puso en práctica en el Nuevo Mundo, al que huyó desde Inglaterra pasando por Holanda por sus ideas contrarias al Absolutismo de Jacobo I, que mandó quemar la obra de Suárez en la hoguera y remitió una carta rey de España ( Felipe IV), quejándose de que permitiera vivir en su reinado, a súbditos de estas convicciones

## 8) LA TANATOPOLÍTICA

El europeo continental ha vivido en los s. XIX y XX todas las combinaciones posibles de lo político, pasando de una Guerra Grande a otra Absoluta con un sufrimiento humano cualitativo desconocido en la historia. Los orígenes de estos conflictos deben buscarse en la unidad de la ruptura de la unidad religiosa y el nacimiento de los Estados-Nación.

-----

A) Siendo cierto que la *damnatio memoriae* era practicada desde los romanos, con la Modernidad, la historia no constituye la sucesión de acontecimiento sino que al mismo tiempo se lleva a cabo y de una forma muy destacada su valoración, al punto de considerarse que esta época histórica Moderna y Contemporánea es buena, tan buena, que es capaz de dar plena satisfacción a todas las metas del hombre .

Esta deconstrucción ideológica de la realidad sacraliza el presente y la pérdida de perspectiva ha llevado al límite de hacer perder al ser humano la perspectiva, más allá del último *whatsapp*.

Pero la realidad, al margen del avance que ha tenido el hombre en los asuntos técnicos, generalmente de manos de hombres que reservaban una función decisiva a Dios y en la que España ha realizado notables aportaciones, es bastante distinta.

B) La Paz de Augsburgo de 1555 obligó a muchos Protestantes a abandonar Europa para poder preservar sus propias convicciones.

C) La paz de Westfalia de 1648 supuso el fin de los modelos de unidad basados en los conceptos de Cristiandad e Imperio y dio paso a los Estados-Nación.

Se dice que tras Westfalia, la paz se mantiene por un equilibrio que impide que cualquiera de los príncipes aspire a la hegemonía pero las paces eran simplemente periodos de descanso cuando se había llegado al agotamiento de los recursos y dejando a un lado a España e Italia, consideradas como factores secundarios, aunque importantes, primero Francia, luego Inglaterra y por último Alemania harían, en estos 350 años sucesivos, proyectos para imponer su hegemonía y la secuencia histórica continúa.

El resultado serían las guerras de Luis XIV para despojar a los Habsburgo de sus dominios, luego la de Sucesión española, la de la Pragmática que se jugaba el cambio hacia Prusia, la de los Siete años

que tuvo ya escenarios fuera de Europa, las de la Revolución y el Imperio Napoleónico, la de Crimea, la del Setenta, la del 14, la del 39 y la del 45, y cada una de ellas se diferenciaba del anterior por haber multiplicado el número de víctimas, alcanzando también y de manera creciente a los civiles.

Frente al Erasmismo, netamente español, triunfan la desunión, la razón de Estado y las monarquías Absolutas, constituyendo el Protestantismo la principal carga de profundidad con que desintegró este proyecto de unidad europea

La idea del Estado-Nación se ha saldado, no solo con episodios bélicos hasta ahora desconocidos por su crueldad e importancia sino por la vulneración cuantitativa y cualitativa de los derechos humanos y la constatación de la necesidad de órganos internacionales de cohesión e integración para la salvaguarda de los derechos humanos.

- a) El Católico no necesita pensar en el Protestante para existir, ni busca desacreditarlo para pensar que su Catolicismo es el correcto mientras que la identidad colectiva de los pueblos Protestantes está levantada frente a la denigración de los Católicos, de manera que al levantarse debía ser sobre algo muy malo y pusieron todo su empeño en la calificación.

El “Católico” imperio español representó la defensa de una Europa unida y plurinacional, que los Protestantes nacionalistas procuraron destruir, y a pesar de su evidencia nadie lo destaca ni es objeto de estudio, y como actúan todos los nacionalismos se apodera del nombre y de la palabra del pueblo.

- b) La “leyenda negra” española está vinculada por su base al subsuelo de muchos nacionalismos europeos, ya que la España católica ocupó en ellos el lugar del malvado enemigo que los nacionalismo que, normalmente, se crean contra algo para poder emerger, apoyados por las iglesias Protestantes, que nada tenían de tolerantes y que su represión ha sido, en realidad, desbordante y numerosa, y enormemente más cruel que la española.

**D)** Cuando se tenga la debida perspectiva histórica, veremos hasta qué punto es cierto que entre 1789 y 1989, el hombre de los siglos XIX y XX ha vivido todas las combinaciones posibles de lo político, un vértigo que no conoce equivalente, y que hace que un niño nacido en el París en el último decenio del S. XVIII haya vivido monarquía Absoluta, República democrática, Terror, Directorio, Dictadura, Imperio, Restauraciones varias y vuelta a empezar, hasta llegar octogenario a la Comuna...

Enseguida, vendrá el siglo del exterminio: el XX, el de la política como alta tecnología de la muerte, tanatopolítica, y ello dentro del Estado Moderno, que se inicia en el S. XVI, y en el que ya Richelieu y Nazario conocían que no puede tolerar que nada quedara fuera de sus dominios, de su territorio simbólico; el Estado Moderno es total o no es nada.

**E)** Puede mantenerse, con todo fundamento, que los grandes desastres recientes de la Humanidad se deben o tienen su causa en la prepotencia de la razón al modo Iusracionalista y al Idealismo, al enorme poder que se había otorgado al Estado y al mesianismo nacionalista, y que tuvieron como consecuencias la Ilustración, Hegel, Marx o los nacionalismo, quienes establecieron las bases filosóficas y políticas de los sueños y los monstruos generados por la misma pero que aun después de absorberlo todo y de declarar que a partir de ahora solo existía ella, el hombre descubre que aunque hace mucho que ha sido asimilado por la filosofía, él todavía sigue allí.

## 9) LA POTESTAS SE REVISTE DE AUCTORITAS

La *auctoritas* era la característica del Derecho y la ley se consideraba fruto de la *potestas* pero a partir del XVI se produce la modificación del principio de la *auctoritas* adquirido ahora por la ley y ello aunque, el saber de estos juristas romanos servirá para legitimar la obra de la *potestas*, de mano de los Códigos.

A) Dante D' Aligieri, a comienzos del S. XIV, afirmaba que todo podía ser modelado por la voluntad del monarca y Bodin, que después de Dios, nada hay de más importancia que los príncipes soberanos y que quien los menosprecia desprecia a Dios, ya que constituyen su imagen sobre la tierra y la soberanía del Estado condujo al modelo Absolutista del poder Real.

B) En Roma, la *auctoritas* era la característica del Derecho (como algo inescindible de la *prudentia*) y la ley producto de la *potestas*. A partir del XVI se produce la modificación del principio de la *auctoritas* adquirido ahora por la ley, que se consolida, aunque con bases en la Baja Edad Media, durante el Estado Moderno y Contemporáneo.

- a) La cuestión no era nueva, ya que la confusión en una misma persona de la autoridad y de la potestad, ya se produjo en Roma, a partir de la reforma constitucional llevada a cabo por Octavio en el año 27 antes de Cristo, que fue el momento en que la *auctoritas* se puso al servicio de la *potestas*, logrando así, que el poder, en vez de estar limitado por el saber, se sirviese de él, recubriéndose con su prestigio: *Imperator* era en Roma el que mandaba, *Augustus* el que sabía; y desde el momento en que Octavio y los emperadores que le sucedieron, pasaron a denominarse *Imperatores Augusti*, esto es, provistos a la vez de poder y autoridad, se hace imposible la existencia de una verdadera libertad, lo que forma parte de esa rama de la ciencia política, que es la teología política.
- b) Más tarde, el saber de estos juristas romanos servirá para legitimar la obra de la *potestas* de mano de los Códigos. La evolución continuará hasta el día de hoy, en que la ciencia del Derecho, en parte en manos de la filosofía, ahora desterrada de los planes de estudio, caerá, casi enteramente, del lado de los juristas públicos, que conciben el Derecho, sobre todo, como Derecho Público, como organización, lo que constituye la causa principal del Positivismo jurídico.

C). Aunque el Derecho romano aparece como *la ratio scripta* del caso, la cuestión que se plantea durante la Edad Media y Moderna será la de la adaptación al nuevo caso, actualización que deberá llevarse a cabo a través de la razón, de manera que el Iusnaturalismo Racionalista y los Códigos no distan esencialmente de este método jurídico si no es por la determinación de lo jurídico, que pasa del jurista práctico a la voluntad de la Nación, de la razón ilustrada jurídicamente a que se refería Coke a la razón que se dice de conocimiento universal.

La cuestión será la valoración de este traspaso de la *auctoritas* a la *potestas*, que se inicia en la Edad Media con el rey absoluto no solo como juez sino como legislador, con la consideración, más tarde, del Derecho/ derecho como voluntad, que parte de la doctrina considera que constituye una cuestión que guarda cierta analogía con el descubrimiento del fuego, en atención a los daños que puede producir, tratándose de un aspecto que se produce por la basculación del Derecho procesal al sustantivo por la vía del derecho subjetivo, que por el sistema de protección pasará al Estado como

garante de los derechos y que constituirá no solo un mecanismo de banalización de los derechos humanos y de la función de los juristas sino de la hipervalorización del Derecho y sistema Administrativo, consecuencia de la glorificación del poder público y de su modo de actuación más prototípico, produciéndose una subyugación del Derecho procesal al sustantivo y con ello de la sustancia mítica del método heterocompositivo de resolución de las controversias, desplazándose la *auctoritas* por la *potestas* del Estado, revestida de la primera como concepto autorreferencial

La pregunta referida a quién debe ser el guardián de la Constitución tiene respuesta: la conducta cívica de la ciudadanía, que se pondrá de manifiesto en la elección de las instituciones que respondan en mayor medida a la estabilidad social, lejos por tanto, de las ideologías.

## 10) LA LEY PUEDE IR CONTRA EL DERECHO Y LA DEMOCRACIA

La sociedad política basada en la centralidad de la ley puede atacar a la propia democracia, ya que el principio mayoritario nunca se puede transformar, de simple criterio decisorio en efectivo criterio de verdad ni puede determinar, que es legítimo lo ilegítimo ni lo errado un acierto.

-----

A) La sociedad política basada en la centralidad de la ley puede atacar la propia democracia y el totalitarismo surgir como fruto maduro de la mano del Estado de Derecho formal, que se convierte, realmente, en Estado de no Derecho, ya que el principio mayoritario nunca se puede transformar, de simple criterio decisorio en efectivo criterio de verdad y la mayoría, incluso la unanimidad de un Parlamento o la voluntad de la sociedad emitida en un referéndum, no puede determinar, que es legítimo lo ilegítimo ni lo errado un acierto y esta situación se agrava por la condición de que una asamblea interesada por la organización tienda a concebirse, a sí misma, como un cuerpo que no solo presta algunos servicios en pro de un orden que funciona independientemente sino que hace funcionar al país, al tener poder para controlarlo todo o lo esencial.

El principio mayoritario y de este modo la propia democracia tiene límites, so pena de su subversión de la democracia en el más cruel totalitarismo.

B) El Derecho Privado es el que se debe ocupar de la coordinación de las actividades individuales, propio de la formación del orden espontáneo y libre en que se sustenta la sociedad abierta pero al ser sustituido, progresivamente, por un Derecho Público basado en la organización y en la subordinación, el Derecho Privado se vuelve cada vez más limitado y temporalmente tolerado, lo que afecta a la iniciativa privada, dentro de la esfera omnicompreensiva del Derecho Público.

- a) La justicia, que siempre fue un factor esencial en el Derecho, se ocupa ahora en la práctica exclusividad de la adecuada interpretación para la aplicación de la ley, lo que conduce a la falsa equiparación entre el Derecho y la ley, lo que fue acogido por el Liberalismo decimonónico en términos radicales de sabor jacobino: el Derecho era la ley y nada más que ella, a la que están subordinadas todas las actividades políticas y sociales; y en el Estado de Derecho, la legitimación es recíproca.
- b) En nuestro sistema jurídico, los jueces no tienen que buscar la justicia, ya que el ordenamiento jurídico no le obliga a ello y el juez no suele ser sensible a este problema, ya que

su formación universitaria y profesional le ha enseñado que hacer justicia consiste en la aplicación correcta de la ley y el juez no debe, ni funcionalmente ni personalmente, valorar la justicia de las leyes sino que debe utilizar, acríticamente, los instrumentos que le proporciona el Estado con su manejo, supuestamente, neutral.

Como los jueces han abdicado de la justicia y son meros instrumentos de la política, al encontrarse institucionalmente tan limitados que, incluso, no pueden aplicar libremente la ley, una vez paralizados estos, el Estado de Derecho se evapora, el Gobierno se desmanda, la Administración abusa y los poderosos actúan a su ejemplo, dando lugar a una corrupción insostenible.

C) Si la figura del juez siempre había sido la del árbitro, en estos sistemas políticos ideologizados lo será el de administrador (Francia) o funcionario (Alemania), con los consabidos problemas que ocasiona la intervención política en esta función clave para la existencia de civilización.

## 11) LOS DERECHOS HUMANOS

La consideración de los derechos humanos como públicos subjetivos reconocidos por el Estado además de ser contrarios a su esencia realista no ofrecen suficiente amparo a la ciudadanía frente a los totalitarismos. No en vano han sido los Estados sus mayores vulneradores.

-----

A) Los derechos humanos que, políticamente, aparecen en las Constituciones Continentales a modo de declaraciones de principios, ya que desde finales a finales del s. XVIII y durante el s. XIX no tendrán valor jurídico y no será hasta la segunda mitad del s. XX cuando se pretendan usar como remedio para evitar futuras catástrofes como las sufridas a consecuencia de los Totalitarismos en la Europa continental, constituyen el cauce y conciliación de dos tendencias: la democrática o política, por un lado, en cuanto a su enunciación y desarrollo legislativo; y la científica, de otro, sobre todo de los jueces, especialmente de los Constitucionales, en la determinación de su alcance a través de su contraste con los casos concretos.

B) Los derechos humanos, como catálogos de los derechos públicos subjetivos, a través de declaraciones de origen político (interno o internacional) no ofrecen suficiente amparo a la ciudadanía frente al totalitarismo, en atención a su configuración como obra de ese mismo poder.

- a) Los derechos humanos no son solo principios políticos sino esencialmente jurídicos y su trascendencia no se deriva de su existencia en un catálogo sino de su aplicación práctica, como acredita el *common law*.
- b) Los derechos humanos tienen su base en la dignidad esencial del ser humano y su conceptualización a través de los derechos públicos subjetivos es contraria a su esencia, ya que se carece de aquello que se tiene merced a su otorgamiento. Se otorga aquello de lo que se carece.
- c) La constitución de los derechos humanos sobre la base de los derechos subjetivos o públicos subjetivos será la responsable de un concepto de dignidad, que a la vez que sirve para todo no sirve para nada y cuya utilización acrítica y promiscua desgasta las palabras. Gandhi, el

gran valedor de los derechos humanos critica esta unilateralidad en su creación por el poder público.

Un ejemplo paradigmático de lo que aquí se defiende viene representado por el derecho de resistencia, que no puede ser el mantenimiento del régimen vigente sobre la base del doble motivo: que este tiene sus propios mecanismos de defensa y la dignidad humana no puede negar la meta al ser humano de caminar progresivamente hacia el bien y la perfección, que no se reconoce sino estática, en los sistemas de derechos otorgados o reconocidos.

- d) Constituyen una contradicción en sí mismos, ya que considerándose autosuficientes, su número aumenta, día a día, desde los de primera hasta los de quinta generación, lo que se acrecienta con los sociales o globalistas, en este momento.

Estas realidades constituyen una *ficta confessio* de su errónea configuración, dicho ello al margen de si constituyen o no una amenaza frontal a la cultura de los derechos del hombre, como señaló Juan Pablo II en su encíclica *Evangelium Vitae*.

- e) La concepción del Normativismo o Positivismo jurídico basada en el Iusracionalismo ha de reconocerse parcial y vulnerable, propia de determinado momento histórico y mentalidad, lo que es incompatible con la propia naturaleza esencial y fundamental de los derechos del hombre, de su *auctor* y de la *auctoritas* del Derecho.

Este concepto de derechos públicos subjetivos, como base de los derechos humanos fundamentales, ha sido el instrumento para su mayor vulneración en masa conocida y el error, a pesar de ser notable, no se detiene aquí, ya que pretende colonizar el resto del Planeta al completo.

C) Los derechos humanos no se les puede considerar como una abstracción sino la constatación de una realidad cierta.

Existiendo tales derechos del hombre, al igual que el Derecho, no se crean sino que se constata su existencia, de ahí que su enumeración en catálogos, entre otras razones, es contraria a su debida concepción, como se ponía de manifiesto en la Constitución Americana de 1787, la Española de 1869 o la propia construcción constitucional inglesa, que subraya esta *maieutica* a través de los jueces independientes, aspecto que el Derecho Continental no puede conseguir, a pesar de las grandes declaraciones, por la propia estructura de su Derecho.

La concepción de los derechos del hombre propio de la Segunda Escolástica o Escolástica Ibérica sobre la base de la dignidad humana, que tiene antecedentes ciertos en los estoicos y que los católicos canalizan a través de la idea de ser los seres humanos creados a imagen y semejanza de Dios, constituye la base para la creación de una ciencia jurídica correcta y realmente necesaria para poder alcanzar las metas que enuncia García de Enterría para todo jurista: patriota y amante y defensor de la libertad, que no es la que se concede sino la que se tiene en cuanto ser humano, más que persona (máscara del teatro con la que metafóricamente se conocía al actor de la vida civil) y desde luego no como sujeto (*sub-jectum*), orillando los peligros que se crean a través del derecho subjetivo por el Estado de Derecho alemán, capaz de pulverizar el Derecho y cualquier realidad a través de abstracciones.

D) La no admisión a trámite en España de un recurso de amparo o ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos con la simple mención del precepto que no se considera infringido y, en su caso, la causa abstracta de falta de utilidad general (aunque pueda resultar cierta la violación) constituye la

constatación del fenómeno que se denuncia.

- a) Esta actuación podrá ser legal o Constitucional, conforme a la norma jurídica reguladora de la materia pero es contraria a la *auctoritas* del Derecho, que se basa en la capacidad de convencer a quien pierde, de ahí que el legítimo uso de la fuerza se base en la justicia de la solución dada, que no puede, de ninguna de las maneras, provenir de no decir nada.
- b) Lo expuesto pone a las claras de manifiesto que este Derecho legalista podrá establecer un orden, una seguridad o tranquilidad pública pero no la paz ni la armonía social a que siempre se encontró encomendado el Derecho.
- c) El desarrollo del derecho del hombre a la propiedad constituye un elemento básico de la estabilidad social y garantía del resto de sus derechos inalienables, lo que tiene trascendencia en la real separación de poderes, respecto de la aprobación de los Presupuestos de las Administraciones Públicas y de las exacciones Tributarias.

E) La cuestión de la naturaleza y concepto de derechos humanos trasciende un concepto estricto de esta materia y tiene una fuerza expansiva total sobre la sociedad y el Derecho al afectar a la libertad, que no es la que se otorga (derechos subjetivo y fuente de los derechos humanos) sino la que se tiene. No se es *sub-jetum* sino ser humano y los derechos y la libertad, al igual que los que se consideran estrictamente humanos, se tienen *per se*. Las teorías contractualistas, especialmente hobbesianas y rusionianas, encadenan al hombre en la organización social y al Estado del que lo hacen dependientes, especialmente tras la teoría de los derechos subjetivos, lo que condiciona la diferente postura del derecho de resistencia de la Escolástica Ibérica frente a la posterior de los modernos Estados.

F) Sobre la base del magisterio que nos proporciona la experiencia, los derechos derivados de la Constitución y la ley, como productos del orden Constitucional y jurídico, dan lugar a Constituciones débiles y sistemas políticos inestables en que los derechos se vulneran con mayor facilidad y ello a pesar de que, formalmente, exista una separación de poderes (que realmente no la hay), con una limitación del poder por parte del Derecho.

## **12) LA REVOLUCIÓN FRANCESA NO CONSAGRÓ LA SEPARACIÓN DE PODERES Y PREPARÓ EL TERRENO PARA UNA GRAN CONCENTRACIÓN DEL PODER PÚBLICO**

A) De la revolución, no solamente francesa, pues es madre, hay poco que celebrar y no exactamente lo previsto.

El motivo no se oculta: en ella, con todos y sin nadie, se extravió la libertad, se perdió la razón y se torció el derecho del individuo, los principios que la legitimaban, ya que no hay libertades sin libertad, considerando que los sistemas que ha mantenido un principio de Derecho, digamos los anglosajones, han podido desarrollarse orgánicamente hasta las posibilidades actuales de libertad tangible y los que pasaron a una base distinta, los europeos continentales, no han podido hacerlo.

B) Al contrario de lo que se mantiene por la doctrina oficial, la Revolución Francesa no hizo sino consagrar el modelo de control de la Administración iniciada por la monarquía Absoluta en vía de fomento (servicio público).

- a) Las funciones tradicionales de los entes públicos son alteradas merced a la configuración que se hace de los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, que a pesar de lo que se dice no plasma la separación de poderes del Estado (sino todo lo contrario, su mayor vulneración) y en el Estado Moderno o Contemporáneo, especialmente los Estados de Derecho Continental se produce una concentración del poder político y social, que haría palidecer de vergüenza a los monarcas Absolutos.
- b) Así como el *common law* no solo afecta al concepto de Derecho y jurisprudencia sino que lo hace de la estructura del poder público, también *el civil law* produce estas consecuencias.  
 Por ello puede decirse que el sistema de “jurisdicción” Administrativa no solo afecta a la separación de poderes (principio sin el que no se podía hablar de Estado de Derecho y del verdadero respeto de los derechos humanos) sino que significa la consolidación que se produce en los sistemas de Derecho Continental del sistema practicado en el Antiguo Régimen, que determinaba que fueran los funcionarios del rey (más tarde del Ejecutivo), los que controlaran las actuaciones administrativas, que no los jueces.
- c) El sistema Administrativo de la Revolución Francesa constituye un sistema que postergan a los jueces y es contrario a la separación de poderes, otorgando unos poderes exorbitantes al Ejecutivo, cuyo modelo se desarrollará en el Estado de Derecho alemán y serán los responsables de las violencias vividas en los s. XIX y XX en Europa.
- d) El principio que dispone que juzgar a la Administración es administrar afecta directamente, tanto a la separación de poderes del Estado, característica que se predica como esencial en un sistema democrático como al derecho fundamental al juez natural y al sistema heterocompositivo de resolución de los conflictos jurídicos. Esta tergiversación invadirá todos los resortes del poder y la sociedad entera, incluidos los aspectos propios del Derecho Privado.

La función de los jueces que siguen el mandato absoluto y constante del legislador motorizado, sobre la base exclusiva de los principios que previamente ha establecido, determina una estructura del poder público, en que dos poderes del Estado predominan sobre el Judicial, que queda desnaturalizado de su tradicional función jurisprudencial.

C) Pero esto no ha sido siempre así, ya que a tal preeminencia de la ley pública solo se ha llegado tras un largo proceso histórico iniciado en el periodo Napoleónico, con los antecedentes teóricos de Bentham y James Mill, y merced a la fuente directa de los derechos subjetivos y la consideración de la legítima función del Parlamento, acentuándose notablemente en el Estado de Derecho alemán.

Esta situación alcanza su cénit en el Estado Social de Derecho, que reclama la más abierta intervención del Estado.

D) Por ello no es suficiente la legitimación del sistema Administrativo sobre la base del sistema político en que se asienta, mayormente, cuando se dice que la democracia se asienta en la separación de poderes, que en el sistema de Derecho Administrativo europeo continental no se produce, siendo también una de sus exigencias, que una misma categoría de jueces sean los que enjuicien todos los casos, ya que no se puede ni debe disociar sociedad y poder público.

Esta tendencia totalizante del poder público a través del Derecho ha provocado las crisis sociales (guerras) que la sociedad europea ha vivido en los s. XIX y XX, viviéndose en la actualidad una

transición hacia “el sistema”, que presagia un control del individuo no solo opresivo sino esclavizante.

### 13) EL SISTEMA ADMINISTRATIVO FRANCÉS QUE SE EXTENDIÓ EN EUROPA CONTINENTAL NO ERA SINO LA ASPIRACIÓN DE LA MONARQUÍA ABSOLUTA, TANTO DESDE EL PUNTO DE VISTA SUSTANTIVO COMO PROCESAL

El sistema Administrativo francés, que va a extender su influencia en la Europa continental, establece la regla general por la que se entiende que juzgar a la Administración es administrar, lo que tiene su origen en la reforma comisarial en vía de fomento de los monarcas Absolutos, que a lo largo de la plena y alta Edad Media y hasta la Revolución Francesa habían conseguido un protagonismo prácticamente totalizador de la justicia ordinaria que, sin embargo, tenía competencias de control de la actividad normativa del rey.

A) El rey durante la Baja Edad Media y la Moderna fue concentrando bajo sus dominios la última instancia de la justicia, reservándose la posibilidad de intervenir y anular las sentencias de los órganos judiciales.

- a) Uno de los mecanismos merced a los que obtuvo esta competencia fue la Ordenanza Civil de 1667, que generalizó en Francia la posibilidad de los particulares de recurrir al rey para obtener la anulación de las sentencias de los *parlements* (creados originariamente en el s. XI como emanación de la justicia del rey).
- b) El Edicto de Saint Germain de 1641 prohibía a los *parlements* (órganos judiciales ordinarios) conocer de los asuntos en los que hubiese intervenido la Administración pública.

Desde este Edicto de Saint Germain de 1641 existió una reserva de jurisdicción Administrativa en favor del rey, que luego será del Ejecutivo merced a la Ley de 16-24 de agosto de 1790 y del art. art. 3 de la de 1791, y aunque la doctrina se ha esforzado en atribuir al Consejo de Estado post-Revolucionario las técnicas de control de la Administración del acto administrativo: incompetencia, vicio de forma, violación de ley, etc... las mismas ya eran conocidas y aplicadas por los *parlements*.

B) De ello se deduce que el recurso de casación Revolucionario ni era original ni obedecía a los propios designios de la Revolución Francesa sino que lo fue en el aspecto de eliminar las competencias tradicionalmente judiciales de sanción y promulgación.

Precisamente es esa falta de separación de poderes prerrevolucionaria y esa lucha contra el Absolutismo por parte de los jueces ( Montesquieu pide la celebración de “estados generales” por este motivo), la causa por la que en el Preámbulo de la Declaración de Derechos de 1789 se alaba la función que habían desempeñado pero que ya no era necesaria en su configuración de independencia, dada la legitimidad que ahora se pregona del poder político.

C) La Revolución Francesa no solo priva a los jueces de las tradicionales funciones que de sanción y promulgación habían desempeñado hasta ahora los Tribunales ( lo que modernamente se denominará control de constitucionalidad) y que constituía una fuente inacabable de controversias con el rey sino que dota al Ejecutivo de legislación propia, incluso con una reserva que constituye un blindaje frente a las Cortes o estados generales.

D) Atribuir a los Revolucionarios o a Napoleón una impresionante capacidad técnico-administrativa por la que se mantiene y exporta este sistema Administrativo considero que es completamente erróneo. En 1815 se mantiene la obra Revolucionaria en virtud de lo que supone de materialización del sistema más Absolutista, que beneficiaba a la burguesía que había cogido las riendas del poder, como expresamente reconocen los Revolucionarios en el texto legal que se acaba de transcribir en páginas precedentes.

Prueba de lo que se acaba de exponer es la lucha ideológica que se mantiene a lo largo del s. XIX, en que los progresistas son partidarios de un sistema judicial mientras que los conservadores o Realistas de la más diversa índole, lo son los del sistema Administrativo.

## 14) CONTRATO SOCIAL

Frente a las tesis realistas de Aristóteles, Santo Tomás y Suárez aparecen las artificiales de Hobbes, Locke, Rousseau y Kant, cuya explicación sobre el origen de nuestra organización política en el pacto social, dotándola de carácter voluntario, justificaría su poder de coacción, al haber sido aceptado libremente por los súbditos, lo que choca con el sentido de los derechos humanos de la tradición hispánica.

-----

A) Sobre la base de la realidad a la que se refiere deben destacarse las tesis de Aristóteles, Santo Tomás y Suárez, que consideran que la sociedad se conforma de manera natural frente a las artificiales de Hobbes, Locke, Rousseau o Kant, basadas en meras quimeras intelectuales, cuyo origen parte de la doctrina atribuye a Suárez, en tanto que aunque funda la *polis* en la base natural de Santo Tomás, como emanación del derecho natural y en cuanto viene de Dios, legítima, sin cesión de derechos pero lo hace sobre la base del consentimiento derivado de las promesas.

- a) De ello pudiera deducirse que Suárez sienta las bases de la subjetividad pero Hobbes, Locke, Rousseau y Kant, la desarrollan de una forma muy diferente y de forma incompatible con las ideas del padre Suárez.

De esta construcción de base moral, fundada en la voluntad de Dios y en el orden natural, sin transferencia de derechos defendida por Suárez, se pasará a la archiconocida de Hobbes, en la que el propio autor destaca que se trata de una construcción teórica, como si la sociedad fuese un invento o artilugio artificial y además incongruente, ya que los derechos humanos son inalienables e indisponibles; a Locke, que sin cesión de derechos reconoce la organización social para el respeto de la *property* (vida, libertad y propiedad), como si el resto de derechos humanos, inherentes a la naturaleza humana, no fuesen trascendentes (especialmente en la mentalidad anglosajona alejada de los catálogos).

Hobbes representa la postura del contractualismo Absolutista, puesto que perseguía justificar el absolutismo monárquico. Locke es considerado el ideólogo de la monarquía Constitucional de Inglaterra y Rousseau trata de la soberanía basada en la voluntad del pueblo, de los soberanos como mandatarios del pueblo y de la República como forma perfecta de gobierno.

Para Hobbes los hombres son totalmente libres de sus acciones en estado de naturaleza pero esta libertad, sin límites, no es útil a nadie y solo conduce a la anarquía y a la violencia por lo que para salir de este caos, los hombres deciden, mediante el contrato social, constituir la sociedad civil, y en consecuencia, es la necesidad de orden y el deseo de paz, lo que da origen al Estado.

- b) Con la constitución del Estado se considera que el hombre alcanza seguridad y aparece la propiedad privada, considerando que el precio que deben pagar los hombres por su seguridad es el de la renuncia a todos sus derechos y libertades, a favor del instituido como soberano.

Mediante el contrato social los hombres transfieren la soberanía irrevocablemente a la persona elegida para que los gobierne. Esta soberanía es ejercida por la autoridad de manera absoluta, sin limitaciones ni restricciones, ni siquiera las dictadas por la ley.

A diferencia del anterior, lo fundamental en Locke, es que el hombre conserva en la sociedad constituida mediante contrato, todos los derechos y libertades que disfrutaba en el estado natural pero garantizados y asegurados por el poder del Estado.

Para Rousseau, los derechos y libertades de los individuos carecen de existencia previa, excepto en la medida en que los hombres son ya miembros del grupo.

Kant va más allá y sostiene que la salida del estado de naturaleza se da a través del pacto originario, que es un imperativo de la razón práctica, de tal suerte que el Estado debe ser construido de acuerdo con la idea del pacto, siendo la voluntad general regida, exclusivamente, por la razón y los sujetos del contrato, más que hombres considerados en su realidad fenoménica individual son entes de razón, que contienen aquello que es concorde con su naturaleza racional.

**B)** Frente a tan pintorescas construcciones debe decirse que la sociedad existe en tanto que el hombre es un ser social por naturaleza, constituyendo tales tesis contractualistas, además de artificialidades y por ello falsas, un grave peligro para la convivencia por la dinámica a que sujetan a la sociedad dentro de una revolución permanente.

Estos teóricos, que suelen explicar nuestra organización política a través del denominado pacto social tienen, realmente, como objetivo dotar al Estado de un carácter voluntario, que justificaría su poder de coacción, consecuencia haber sido libremente aceptado por los súbditos. Tan lejos de la situación que proporciona la teoría de los derechos humanos en la concepción Escolástica y su innato derecho de resistencia.

**C)** Por ello, los hispánicos se resisten a aceptar la noción de soberanía de Bodin, ya que para ellos, lo que existe es la *suprema auctoritas* (*Partidas* 3, 18,29, lo resuelto en las Cortes de Valladolid de 1420 y la ley 3 del título 36 del Fuero de Vizcaya de 1427, entre otras manifestaciones), dado que la soberanía es un poder ilimitado que se encuentra por encima de los cuerpos sociales mientras que la *suprema auctoritas* implica que cada cuerpo político, incluidas las potestades del monarca, están encerradas dentro de unos límites.

El pacto social opera así como una piedra angular del sistema público, de la misma forma que el pecado original en la teología cristiana, aunque con una importante diferencia, ya que aunque ahora poca gente cree esta cuestión religiosa se admite la civil como un dogma de fe.

## 15) LOS DERECHOS SUBJETIVOS

El actual concepto de derecho subjetivo no debe buscarse en el Derecho romano, en Santo Tomás ni tampoco en Suárez sino que es el que es el elaborado dentro de la doctrina del Estado de Derecho alemán, que tiene su antecedente en el Iusracionalismo, que traslada el centro de gravedad del Derecho desde el individuo al ordenamiento jurídico y al Estado como sistema que garantiza su protección.

-----

A) En el Derecho romano y en el Justiniano, constantemente aparecen las palabras *ius* y *iure* pero no se identifican con *potestas* o *facultas*, y de existir este concepto como derecho, Paulo lo hubiese registrado. Incluso en el Derecho romano antiguo, débito y responsabilidad eran conceptos independientes y separados, no bilaterales

El Derecho romano no concibió derechos sustanciales, solo acciones, y los supuestos derechos o facultades a que se referían los Glosadores no eran sino las consecuencias de la acción, puesto que lo fundamental y único existente era la acción frente al incumplimiento, de manera que la acción constituía la afirmación de potencia total y absoluta del Derecho (objetivo).

- a) Por ello, lo que resulta llamativo es la adjetivación de subjetivo a la palabra derecho, que conduce al nombre técnico de derecho subjetivo, derivándose del mismo, la noción de facultad o poder, algo connatural al ser humano, del que los juristas romanos hablan constantemente con expresiones verbales como *potest* o *licet*, o sustantivas como *facultas* o *potestad*, ya que lo relevante de estas construcciones es que se diga, que eso es derecho y ningún texto romano legal, jurisprudencial o literario dice que *ius* significa el poder o facultad de las personas.
- b) Suárez, ciertamente, utiliza el término derecho subjetivo como *facultas*, que ya había utilizado Santo Tomás como facilidad en la potencia, es decir, la posibilidad de hacer algo, de una *facultas moralis*, de un juicio de valor de índole mental Gabriel Biel (1425-1495) establece que *objetivus* tiene el significado de intelectual o en la mente, que utilizan tanto Descartes (1595-1650) como Leibniz (1646-1716), lo que es alterado por Kant (1724-1804) cuya postura tiene antecedentes en Darjen (1724-1791), discípulo de Wolf, que apenas utilizan Thibaut y Savigny, y para el que lo *subjetive* o subjetivo es intramental y *objective* es extramental, que le sirve para diferenciar entre máximas, que se establecen sobre la base de fundamentos subjetivos y la ley universal general, que vale objetivamente.

De lo expuesto se deduce que la categoría de *subjetive* para la consideración de *ius*, no constituyó una categoría propia sino dentro de un concepto generalizado.

B) Windscheid la utiliza al titular su obra, por razones no científicas, *Subjetives recht* en 1878, que es a partir del momento en que se generaliza como derecho- facultad, tanto en Europa como en América en el S. XX.

Esta Escuela alemana llega a la conclusión de que el derecho subjetivo existe cuando el individuo logra su consagración política, habiendo considerado ya el Iusnaturalismo racionalista que el derecho subjetivo es un derecho natural, que encuentra protección en la creación de la norma positiva establecida por el Estado.

- a) Jellinek introdujo en el campo jurídico público, la noción de derecho subjetivo como obligada consecuencia de las relaciones entre el Estado y sus súbditos, que de esta manera se consideran relaciones jurídicas, lo que constituirá la base fundamental del Derecho Público moderno, en la medida en que todo Derecho es una relación o conjunto de relaciones entre sujetos de Derecho.

La eficacia de los derechos públicos subjetivos se encontró, según su tesis, que también admitía Santi Romano, ligada al Estado de Derecho, en la medida en que el contenido material de esta concepción del Estado se encuentra en la consideración del valor político de los súbditos como portadores de derechos, cuya pervivencia exige una organización de Estado que les proteja.

Todo ello determina que el centro de gravedad pase del individuo en el cristianismo, al ordenamiento jurídico en el Iusnaturalismo racionalista de la mano del contrato social y posteriormente, en el mundo de la evolución de las ideas, al Estado.

Tras la simbiosis del capitalismo globalista con el marxismo cultural pasará al sistema como abstracción legitimadora.

C) Al ser el derecho subjetivo un poder jurídico, los pleitos entre voluntaristas y seguidores de la teoría del interés desaparecen pues no se precisa de la existencia de voluntad ni de un interés propio para poder hablar de la existencia de un derecho subjetivo sino que lo relevante será el medio de protección y la seguridad jurídica del disfrute, considerándose que lo relevante no es lo que la norma jurídica concede al protegido sino el actor determinante: el Estado; rotando el centro de gravedad de nuevo desde el ordenamiento jurídico hasta el Estado, que es el que garantiza y produce la reacción frente al desconocimiento y merced al cual, la protección se transforma en el elemento esencial y aun definidor del derecho subjetivo.

Es decir, que se otorga una importancia preponderante a la norma de protección, tesis que se sigue en la actualidad por la mayoría de la doctrina alemana y Continental.

El desplazamiento que se produce del orden procesal al sustantivo a través del derecho subjetivo, que tiene lugar en un primer momento en la época de los Glosadores y especial continuidad en el Estado de Derecho alemán, atribuyendo su elemento de protección al Estado, pasando el centro de gravedad de la persona a la colectividad por obra del contrato social y del Derecho Privado al Público, produciéndose la falsa equiparación de Estado y Derecho, de la paz y armonía de la autoridad que se desprende de la resolución heterocompositiva de las controversias, al orden y seguridad que establece el orden del poder político público, con la carga de profundidad de la velada violencia que suponen las consecuencias del incumplimiento de las leyes y la legislación motorizada

La cuestión será la valoración de este traspaso de la *auctoritas* a la *potestas*, que se inicia en la Edad Media con el rey Absoluto, no solo como juez sino como legislador, con la consideración, más tarde, del Derecho/ derecho como voluntad, que parte de la doctrina considera que constituye una cuestión que guardan cierta analogía con el descubrimiento del fuego, en atención a los daños que puede producir, tratándose de un aspecto que se produce por la basculación del Derecho procesal al sustantivo por la vía del derecho subjetivo, que por el sistema de protección pasará al Estado como garante de los derechos y que constituirá no solo un mecanismo de banalización de los derechos humanos y de la función de los juristas sino de la hipervalorización del Derecho y sistema Administrativo, consecuencia de la glorificación del poder público y de su modo de actuación más

prototípico, produciéndose una subyugación del Derecho procesal al sustantivo y con ello de la sustancia mítica del método heterocompositivo de resolución de las controversias y desplazándose la *auctoritas* por la *potestas* del Estado, revestida de la primera como concepto autorreferencial.

Pudiera considerarse que tanto el Derecho en Roma, desarrollado por obra del pretor en la *datio o denegatio actionis* como en los *writs* que otorgaba el *curator* ( dependiente del Rey) en Inglaterra constituyen una manifestación del poder público, que de esta manera condicionaba el Derecho, como puede pensarse que acontece con el derecho subjetivo en la Contemporaneidad pero frente a ello debe tenerse presente, que lo que se considera razón jurídica en Roma viene establecida, esencialmente, por la labor de los jurisconsultos y en el sistema inglés por las sentencias de los jueces, que carecen de ese elemento político, ya que los Tribunales constituyen el derecho de la tierra en esa mentalidad.

Lo relevante, en cualquier caso, no es la *potestas* sino la *auctoritas* de sus razonamientos, que si bien puede ser relevante en el primer momento es exclusiva de su mantenimiento posterior y como fuente del Derecho.

**D)** En estas circunstancias, carece de sentido atribuir algún protagonismo al derecho subjetivo desde el punto de vista sustancial, que podría derivarse del Derecho romano o de su consecuencia del Derecho objetivo, en tanto que lo esencial es el orden que lo crea y asegura, instalándose en la autorreferencia jurídica, reflejo de la sujeción del súbdito al poder estatal y con ello de su inestabilidad y peligrosidad, especialmente, al constituir la base de los derechos humanos.

- a) Este modelo de derechos subjetivos y públicos subjetivos se independiza de lo que pudo constituir su cierto origen lícito como lo es el reflejo del Derecho objetivo para volatilizarlo de la mano del sistema que asegura su protección, que pasa a ocupar el lugar esencial, de ahí que se mude en este sistema de abstracción, el tradicional sistema de derechos y obligaciones, de débito y responsabilidad de la relación jurídica para abstraerse en la generalidad, lo que permite la supuesta creación de derechos sin hipotéticas obligaciones concretas que los respalden, fenómeno muy típico de la política actual.
- b) Esta función de adalid atribuida al Estado en la Modernidad producirá varios efectos, además del propio creado por el Iusnaturalismo racionalista: el primero, la intervención en todos los ámbitos, a través del instrumento más directo que posee el Estado y de su ente más implicado, el Ejecutivo, que a través de los reglamentos, no solo va a regular las relaciones entre los entes públicos administrativos entre sí o con los ciudadanos sino de los ciudadanos entre sí, en atención a la alta legitimación concedida que, conceptualmente, se desliza hacia la consideración de lo público.

Derivando de ello, la motorización legislativa del Derecho Público, que incide en el tradicional Privado y da también lugar al crecimiento exponencial de los recursos judiciales, especialmente en el ámbito contencioso-administrativo, en atención al principio de legalidad en que se basa y que torna la cuestión más complicada sobre la base de la naturaleza de orden público indisponible en que se transforma la cuestión, unido al terrible problema de justicia entendida como concepto sustancial, derivado de su conceptualización como retenida o delegada, alejada de su elemento consustancial: el método heterocompositivo.

**E)** Considerar que solamente existe Derecho cuando el Estado puede garantizar su cumplimiento es ignorar la experiencia derivada de nuestra existencia, ya que sin Estado hay Derecho, siempre lo hubo,

ya que la existencia de la civilización se produce cuando se lleva a cabo la resolución heterocompositiva de las controversias con la paz y armonía social que constituye el elemento más significativo del Derecho, más que el orden y seguridad que proporciona el Estado a través de la velada apelación a la violencia que supone la amenaza que contempla en caso del incumplimiento de las leyes.

## 16) ESTADO SOCIAL DE DERECHO

El Estado Social de Derecho se configura como un actor cualificado en materia económica merced al reconocimiento de los derechos fundamentales de tercera generación y utiliza al Derecho Público como su elemento de intervención más cualificado, lo que determina, también por su activo uso en el mundo de las ideologías, una modificación del concepto de Derecho.

-----

**A)** El carácter sustancialista y activo del Estado de Bienestar ha configurado unos derechos subjetivos de tercera generación constituidos sobre la base de prestaciones positivas por parte del Estado, que responden a demandas de igualdad y solidaridad, y que determinan la extensión de la intervención estatal en la esfera económica.

Este ensanchamiento del poder público a través del Estado Social de Derecho, que se ve constreñido por su ineficacia e ineficiencia a la utilización de nuevas técnicas organizativas que provienen del Derecho alemán ( Administración, en forma de Derecho Privado) o anglosajón sobre la base de lo que se entiende por interés público desde un punto de vista sustancial, realizando actuaciones a través de entes privados que tradicionalmente eran propias del Estado o del poder público.

**B)** Esta intervención del Estado Social va a producir, también, un cambio en el concepto de Derecho.

De un lado, a través de la invasión del Derecho Privado, acentuando el viraje iniciado en el Estado de Derecho alemán y que tuvo realmente su inicio en el Iusnaturalismo racionalista de la legislación motorizada y fuertemente ideologizada a través de la abierta intervención de la Administración en la sociedad ( ya se verá la diferente postura del legislador inglés y la de los Continentales).

- a) Esta situación se produce por el motivo de lo que se considera interés de orden público en materias de Derecho Privado, en un bosque muy poblado de conceptos fabricados en el mundo de las ideologías propias de la Modernidad y, especialmente, de las surgidas de los movimientos sociales que solo interesan a una parte de la sociedad y que quieren imponerlas a la totalidad, de la mano de la legislación, sobre la base de su carácter obligatorio del orden público que se dice que caracterizan a estas leyes.
- b) Como ya se ha dicho, el Derecho Privado de la Codificación obedecía a la autoridad propia de la razón jurídico-práctica, constatada por obra de los jurisconsultos y consecuencia de la actividad del pretor.

Frente a este concepto aparece una modificación de este Derecho Privado a través de un Derecho Público, que aunque es un acto del legislador o de la Administración, en detrimento de lo privado y de su autonormación, no produce beneficio directo en lo estatal,

entendido como la cosa pública tradicional, como Derecho Público propio en la organización del poder público.

Este fenómeno comenzará a producirse en los Parlamentos Continentales a partir de Napoleón y adquirirá especial protagonismo en el Estado de Derecho alemán por vía del Derecho Administrativo y de la motorización legislativa ideologizada, que iniciada por el Iusnaturalismo racionalista, en atención a la fuente de los derechos subjetivos, tendrá su plena culminación en el Estado Social de Derecho y que, como se ve, afectará a la propia concepción del Derecho.

- c) De ahí que modernamente exista un Derecho Público constituido de una doble manera: un Derecho Público que atiende inmediatamente al poder público y otro Derecho Público que, sin incumbir directamente al poder público, afecta de forma determinante a lo privado porque la sociedad, a través de sus órganos de representación, llegó a considerar que no podía dejarse a la libertad de los particulares, por las consecuencias que conlleva, la regulación de determinados aspectos de su esfera natural, competencia propia y tradicional del Derecho Privado.

Se trata de leyes que imponen al particular un estatuto relativo a su propia esfera privada con carácter necesario, no tratándose propiamente de Derecho Privado sino de Derecho Público aunque intervengan en materias normalmente reservadas al Privado, por lo que el Derecho Público adquiere un segundo significado, derivado de la intervención pública en la esfera privada, al regular mediante leyes públicas ámbitos que, tradicionalmente, se atribuían a la libre actuación de los particulares, lo que se justifica porque la esfera privada ha pasado a tener incidencias interesantes en lo público.

- d) Pero esto no ha sido siempre así, ya que a tal preeminencia de la ley pública solo se ha llegado tras un largo proceso histórico iniciado en el periodo Napoleónico con la determinación de la fuente directa de los derechos subjetivos y la consideración de la legítima función del Parlamento, acentuándose, notablemente, en el Estado de Derecho alemán cuya glorificación del Estado termina con una sublimación de lo público.

C) La apelación a una justicia más independiente del Estado choca con el concepto derecho subjetivo y más tarde con el derecho de carácter sustantivo de carácter procesal como derecho fundamental e indirectamente público subjetivo.

Este llamamiento a la elusión del Estado en el Derecho no es sino una consecuencia de la insatisfacción del modelo aplicado en que el Estado se apropia del Derecho y la constatación embrionaria del principio civilizatorio heterocompositivo de resolución de los conflictos que ahora pasa por la citada elusión del Estado.

## 17) COMMON LAW

La organización jurídica inglesa tiene trascendencia en el orden político que ha acreditado una mayor estabilidad social y política, una mayor capacidad de crecimiento económico, una mejor garantía de respeto por los derechos humanos, ha permitido un freno más fiable de las voluntades

generales desbocadas y es más dinámico en la respuesta jurídica a las nuevas situaciones sociales.

-----

A) La organización jurídica inglesa tiene trascendencia en el orden político, ya que la Monarquía o el Parlamento son tan pertenecientes al *common law* como el derecho de propiedad o la posibilidad de interponer una demanda. Un tercio de la población mundial se rige por este sistema de Derecho, que condiciona al sistema político.

B) En el origen de esa tradición jurídico-política emerge por su energía y clarividencia la figura de Edward Coke, por defenderlo con valentía frente a las pretensiones Absolutistas que defendían los primeros Estuardos, basadas en el supuesto derecho divino de los reyes. Fue el mentor de la *Petition of Rights* de 1628, precedente inmediato del *Bill of Rights* de 1689 y de la vigencia de la Carta Magna de 1215 y recogió en sus *Reports*, los principios jurídicos de consecuencias políticas, que se consideran y así se pretendía, como la mejor manera de recoger y defender la tradición jurídica.

C) Estos países del *common law* han acreditado una mayor estabilidad social y política, una mayor capacidad de crecimiento económico, una mejor garantía de respeto por los derechos humanos, han permitido un freno más fiable de las voluntades generales desbocadas, por lo que podemos decir que son más democráticos, aspecto que también se mide por la capacidad de controlar el poder, además de ser más dinámicos en la respuesta jurídica a las nuevas situaciones sociales.

- a) Si hoy es esencial el control de los poderes dentro del termómetro democrático, el Derecho concebido al modo inglés, lo permite en mayor medida que los países Continentales, en los que la ley, fruto de la voluntad popular, ocupa los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, tanto a través del órgano de gobierno de los jueces y por suministrar la práctica totalidad del instrumento que deben utilizar para resolver las controversias, es decir, la práctica totalidad del Derecho y su aplicación.
- b) En la actualidad son los países del *common law* los mayores suministradores de las soluciones y de los instrumentos de desarrollo mercantil y social.
- c) El motivo por el que los ingleses han considerado siempre al *common law* como la mejor garantía de sus libertades se basa en la consideración de entender, que respeta las costumbres de los súbditos y no viene impuesta desde arriba como sucede con el europeo continental.

C) Que la resolución de las diferencias jurídicas se solvente en una misma jurisdicción, en la misma que lo hacen los particulares, acrecienta la sensación de que el poder público no es algo separado de la sociedad.

## 18) REALISMO VERSUS IDEALISMO

El Idealismo alemán, de la mano de Hegel, Kant y Marx, construyen el armazón del concepto abstracto del Estado de la Contemporaneidad, su imputación política y jurídica, desterrando al Derecho al campo de la filosofía mientras que el *common law* es más realista, al concebir al Derecho como manifestación directa del orden espontáneo y típico del quehacer de los juristas.

-----

A) Antecedentes de este Idealismo son el Voluntarismo y el Nominalismo de Escoto y Ockam, desarrollado por Lutero y en cuya abstracción conceptual participó la Revolución Francesa.

Frente a estos Idealismos totalitarios que niegan hasta el derecho de resistencia (salvo que Constitucionalmente se reconozca, al modo de derechos otorgados y para defender el modelo de sociedad existente) que reconocía abiertamente la Escolástica se alza el Realismo, que a diferencia de Marx, sí reconoce que el ser humano tiene una verdadera realidad, que constituye el origen del Derecho, de la política y de todo orden social desarrollado de manera natural.

La identificación que en este modelo Idealista se produce entre el Derecho y el poder, de manera que siendo este el mismo que aquel, es imposible, por definición, el control del poder por el Derecho, que se pregonaba en el Estado de Derecho.

B) El *common law* es más realista, al concebir al Derecho como manifestación directa del orden espontáneo, que constituye una ciencia autónoma e independiente como unidad de los más diversos elementos: filosofía, sociología, política, etcétera...tal cual la realidad y, por lo tanto, huyendo de las abstracciones que significan como ciencias independientes.

Griegos y romanos, al observar que la naturaleza no era caótica sino ordenada, comprendieron que era bueno respetar el orden natural, cuya existencia es objetiva; dicho ello teniendo presente que el relativismo es subjetivo y tiende a confundir la realidad con otros intereses como las voluntades o los deseos.

## 19) OPTIMISMO FRENTE A PESIMISMO

El fracaso de los Idealismos totalitarios colectivistas fundados en el laicismo emancipan al hombre de Dios sobre la base de un error (sin duda de forma deliberada), abriéndose paso el individualismo Protestante que fundó el Positivismo jurídico de carácter pesimista, que se va abriendo paso en la sociedad española, a pesar de sus antitéticas raíces.

-----

A) La perversión de la carne, según Lutero y en contra de la opinión de Santo Tomás, incapacita a la razón como medio de alcanzar la guía política y jurídica correcta, y la sola fe (según Lutero con base en el Nominalismo) basta al margen de los hechos, elementos que avanzarán hacia la secularización y el subjetivismo, tanto en la moral como en el Derecho, devaluando a este, a manos de la ley civil.

Cuando Grocio (que abre el camino al laicismo) señala en *De Iure Belli ac Pacis* (1625), que el derecho natural en el que debe inspirarse de algún modo la sociedad deriva de la misma naturaleza racional del hombre, que existiría incluso si considerásemos que Dios no existe “*etsy daremus Deum non esse*” viene a reconocer la sustancia única de lo natural basada en Dios (la fe es la realización plena de la razón según Santo Tomás) o en la propia naturaleza del hombre (Dios no ha hecho nos ha hecho a su imagen y semejanza). Es decir que, con unos u otros conceptos, no se trata sino de una misma realidad.

B) Reaccionando del colectivismo que había alumbrado el Estado de Derecho alemán, base de los

desastres de la II Guerra Mundial, surge el pesimismo Nórdico Existencialista, que resalta al individuo concebido con las limitaciones del Protestantismo.

España, país realista y optimista se encuentra en la actualidad muy influida por las manifestaciones de este Existencialismo, del que pueden considerarse sus frutos más característicos, el kelsenianismo como manifestación jurídica autorreferencial y Habermas como su filósofo por excelencia, con sus ( aparentes) procesos neutros de deliberación.

Este optimismo hispánico que le ha llevado a realizar empresas muy por encima de su capacidad siempre se ha reconocido y se le sigue reconociendo como el país de la alegría hasta que el pesimismo Existencialista, la ideología deconstructiva y la dialéctica, le han hecho desembocar en la demogresca.

## 20) LA INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS JURÍDICAS

La interpretación de las normas correspondía al Parlamento según la Revolución Francesa.

-----

A) Consideraba Robespierre que la palabra jurisprudencia debía ser borrada de la lengua en un Estado que tuviese Constitución y legislación, ya que la jurisprudencia de los Tribunales no era otra cosa que la ley, lo que Napoleón amplió al aspecto aplicativo, al atribuir al Parlamento la determinación de las reglas de recta conducta o meramente propias de particulares y que tradicionalmente eran objeto de la autonomía de la voluntad.

- a) A la vez que se suprimía la competencia de control de las normas jurídicas que ostentaban los *parlements*, en lo que hoy se podría considerar las vacías de sanción y promulgación, se instauraba la interpretadora legal a través del Tribunal de casación que, como especie de comisionado del Parlamento, anulaba las sentencias que entendía que no se acomodaban al verdadero espíritu de la ley; además del *référé facultative*, que podían usar los jueces voluntariamente, a modo de cuestión prejudicial pero que ante la sobrecarga y rechazo sistemático por parte del Parlamento se suprimió.
- b) El Parlamento solo se pronunciaba en el *référé obligatoire au législateur* en la tercera casación (desde 1830 tras la segunda y para ese concreto caso), en que tras su admisión dictaba una sentencia interpretativa a que se debía sujetar el Tribunal en el cuarto reenvío, lo que acentuó Napoleón en 1804, otorgando al Tribunal de Casación ciertas competencias en la determinación de los hechos, pronunciándose en casación el Consejo de Estado, en principio, también sobre la interpretación normativa en el segundo salvo que se dispusiera de todos los elementos de enjuiciamiento.
- c) Antes de la Revolución, los jueces, salvo los *parlements*, se encontraban obligados, en caso de que suscitase dudas la interpretación de las leyes, a acudir al rey para solicitarle su aclaración, tradición que se remontaba a Roma. No obstante, el rey a través de la casación, también podía hacer valer su interpretación.
- d) En la actualidad se considera que diferente de la *voluntas legislatoris* (que defendían como predominante tanto los Revolucionarios franceses como la Pandectística alemana) es la *voluntas legis*, que hoy se considera preferente en España, si bien, en un órgano de casación

no debería alcanzar carácter reglamentario, como expresamente se prohíbe en los artículos 5 de los Códigos civiles francés y belga.

**B)** Las jurisprudencias francesa e italiana no presentan objeciones a las leyes interpretativas, que el Tribunal Constitucional español considera ilegales (STC de 5 de agosto de 1983) cuando no tienen otro fundamento, contenido y fin, que la interpretación de la Constitución.

## 21) NUESTRA ORGANIZACIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

El imperio español, como el romano, portugués o inglés no tuvo una organización de lo Contencioso-Administrativo sin la que Francia o Alemania parecen entender que no se puede gobernar lo público.

Nuestra organización contencioso-administrativa, creada a imagen de estos países, no puede obedecer conceptualmente a la simple idea de ser el sistema que mejor controla a la Administración, ya que tal función debe constituir el objeto de los propios elementos de control de que debe disponer la Administración y es una cuestión allende de cualquier sistema procesal heterocompositivo de resolución de las controversias: la justicia del caso concreto que se somete a su enjuiciamiento.

-----

**A)** Con antecedentes en la Monarquía Absoluta y las técnicas de fomento (servicio público), nuestros Tribunales han seguido, salvo algún cortísimo periodo, al sistema de lo Contencioso Administrativo francés, que al igual que sucede con nuestros faros (in)civilizadores pasa por la influencia del Estado de Derecho alemán, que introduce el elemento subjetivo y sin que siglos más tarde se haya alcanzado la plenitud jurisdiccional en el ámbito del Derecho Público.

- a) A este sistema Administrativista, que era el propio de los Realistas y conservadores, se oponían los progresistas (judicialistas), llegándose a través de la Ley de Santamaría de Paredes de 1888 a una armonización de criterios dispares y hasta entonces antagónicos, produciéndose con el correr del tiempo la satisfacción de los particulares afectados, la progresiva generalización del control judicial de algunos aspectos de los actos discrecionales, de gobierno, políticos y el estatus judicial del personal que integra este control.
- b) Dentro de un concepto de derechos otorgados (derechos públicos subjetivos), nuestros Administrativistas son partidarios de este sistema Administrativo al considerar que es el que establece un mejor control de la Administración, lo que rectamente entendido no constituye sino la confesión de su inadecuada conceptualización.
- c) Esta conclusión no se enerva porque en el orden jurisdiccional civil se haya implantado un régimen semejante, ya que lo que se destaca en esta tesis es la colonización Administrativa e ideológica de esta conceptualización del poder público en todos sus ámbitos y en la que el poder judicial no es sino un servicio público.

**B)** En este sentido parte de la doctrina española considera que no debe distinguirse conceptualmente entre derechos subjetivos e intereses legítimos, entre las titularidades de Derecho Civil y los poderes reaccionales ciudadanos ante un interés legítimo en la reparación de lo que ha sido objeto de una supuesta actuación ilegal de la Administración, considerándose que, en el fondo, no implican una

división de naturaleza sino que estamos en presencia de derechos subjetivos y su función es, con independencia de ciertos matices, sustancialmente la misma.

## 22) LA FUNCIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN LA POTENCIACIÓN DEL PODER PÚBLICO

El acrecentamiento del poder público a través de la Revolución Francesa, el Estado de Derecho alemán y el Estado Social, con la utilización de su instrumento más característico, el Derecho Administrativo, es potenciado por la Unión Europea, que a través de la homogenización y concentración política y jurídica intervienen en todos los ámbitos sociales incluidos los privados.

-----

A) Al constituirse el Derecho como voluntad del poder ( legítimo), más tarde democrático ( en sus diversas facetas desde el censitario exclusivamente masculino hasta su desarrollo material como proclamaban las República socialistas, en las que se consideraba que los derechos fundamentales no eran simplemente políticos o formales sino que se decía que tenían una verdadera realización material, sobre todo en el aspecto económico) se produce una sublimación del poder político, público, que utiliza su poder más característico (el Ejecutivo) y su elemento ordinario, ( el reglamento), dando lugar a la hipertrofia normativa e interventora en la sociedad, lo que, ineludiblemente, afectará a su autonomía y régimen de libertades, y trascenderá al régimen económico y la corrupción.

B) Si tradicionalmente la función de juzgar se había atribuido a los jueces, con la excepción de la vía de fomento ( servicio público) en la época final de la Monarquía Absoluta, la llegada de los Revolucionarios al poder, al otorgar la función de juzgar a la Administración, a la propia Administración no hacía sino aumentar el poder público de la Administración y por ello puede decirse que la Revolución Francesa favoreció al Derecho Administrativo, tanto desde el punto de vista sustantivo como procesal.

Desde el punto de vista sustantivo, al pasar a la órbita burguesa los bienes de dominio público, este Derecho sectorial y particular, que más directamente podían manejar en cuanto ocupantes del poder, constituía la mejor vía para su regulación.

C) La sublimación del Estado como centro operativo del poder y del Derecho que se produce en el Estado de Derecho alemán determina que el poder más característico del mismo (Ejecutivo) se utilice con mayor intensidad (reglamentos), lo que determina una acentuación de la legislación motorizada (unión del Parlamento, ahora regulador de las reglas de recta conducta con la intervención administrativista de la sociedad), lo que se produce de una forma más acentuada en el Estado Social, en el que se une su carácter benefactor con la intervención vía de fomento.

D) Esta situación se acrecienta con la aparición de un nuevo ente de imputación, la Unión Europea, que acentúa las anteriores vías del Estado Social y como poder público interviene de forma preponderante, utilizando las vías propias de la Administración del Estado Social en todos los elementos que constituyen sus grandes metas: integración y desarrollo económico, político y social.

E) En estas circunstancias aparece el Derecho Administrativo, el general de las Administraciones públicas, como aquel que regula entes y órganos públicos y su actividad, y a través de ella y de las

nuevas metas que se asignan al poder público, incluso lo que tradicionalmente constituía el ámbito del Derecho Privado.

- a) Este Derecho Administrativo, bajo la excusa del fomento, invade todos los ámbitos particulares de los ciudadanos con su consentimiento, claro está, retribuido (subvenciones y corrupción), lo que dificulta el desarrollo económico de la propia sociedad, al no ser los precios sino meros anuncios que no obedecen a los costes sino a las políticas ideológicas o a intereses varios.
- b) Este fenómeno sustantivo tiene consecuencias en lo Procesal, de manera que los pleitos en el orden contencioso-administrativo mantendrán durante años un crecimiento anual superior al 15%.
- c) Mientras que el frontispicio del Derecho siempre ha sido siempre la justicia no les tanto en el caso de las normas de organización, que es una parte esencial del Derecho Administrativo y cuyo déficit se produce también al abarcar parte de la regulación de las relaciones sociales que eran, tradicionalmente, objeto del Derecho Privado.

### **23) LAS RESERVAS DE JURISDICCIÓN. DE LA EXENCIÓN JURISDICCIONAL A LA JURISDICCIÓN IMPOSIBLE**

Ni el sistema francés de jurisdicción retenida o delegada ni el alemán de tendencia subjetivista ni el servicio público de la justicia han acabado con las inmunidades del poder, en el que el poder público ha secuestrado el Derecho y este “pecado original” con el que surge el Derecho Administrativo tendrá sus constantes consecuencias en reservas de jurisdicción.

-----

**A)** Los Revolucionarios franceses, lejos de establecer una separación de poderes, lo que hicieron, con la inestimable ayuda de Napoleón, es constituir una reserva de jurisdicción, al considerar que juzgar a la Administración era administrar en vez de juzgar, lo que es incompatible con el más básico y elemental principio de civilización, cual es la resolución heterocompositiva de las controversias.

- a) En vez de heterocomposición, autotutela o autoimposición como formas de poder sobre el propio pueblo, al que se sujeta con fantasías y falsas premisas de pactos previos que, supuestamente, habilitan a lo que resulte.
- b) De ahí surge la jurisdicción retenida ( más bien podría decirse que secuestrada) como forma de poder y totalmente ajena al derecho concreto del particular por su vertiente objetiva, que posteriormente se irá subjetivando (a través del recurso de anulación o de plena jurisdicción) y dando lugar a la delegada (como si la jurisdicción fuese disponible o manipulable).
- c) Esta infancia difícil del Derecho Administrativo derivada de este pecado original condiciona su madurez, ya que el secuestrador tiende a abusar de su posición a la primera oportunidad, por lo que siempre va a introducir elementos perniciosos en lo que constituyen los principios ordinarios de la jurisdicción, ora en su aspecto estático ( composición de los miembros de enjuiciamiento), ora en su aspecto dinámico o procesal e incluso en el

Derecho todo, en atención a su origen.

**B)** La democracia no es un simple procedimiento designación de gobernantes y en línea con el principio de voluntad legal, la norma jurídica debe ser imperativa y por lo tanto constatable su mandato, lo que no puede llevarse a cabo en realidad sino ante los Tribunales de Justicia, lo que tiene mayor importancia en situaciones de crisis de confianza en sociedades golpeadas de una forma muy importante por la corrupción.

Esa intermediación de los partidos políticos ha venido a hacer, precisamente, más acuciante la exigencia de un Gobierno sometido a reglas objetivas, no dejado al arbitrio de los elegidos; y no hay otras reglas objetivas en la sociedad que las que constituyen la ley y el Derecho, como se señala en el artículo 103 de la CE, que no son tales si se les priva de su imperatividad jurídica.

- a) La teoría de la democracia no puede proporcionar razón alguna para pretender la incontestancia de las decisiones de los gestores públicos y, más bien, la posibilidad de su impugnación se adecúa, exactamente, al carácter abierto de la sociedad democrática, no por mitos globales ni por la imposición forzosa de los valores de las mayorías.
- b) La debida normalización jurisdiccional debe realizarse luchando contra las inmunidades del poder pero por lo expuesto nunca podrá alcanzarse plena y adecuadamente, como sucede en la jurisdicción ordinaria.

Debe reconocerse que se han llevado a cabo grandes avances a través de la tecnificación del personal al servicio de la Administración como método de sujetar a Derecho la actuación Administrativa: primero a través de especiales cuerpos técnicos y después de la Administración toda, constituyendo una notable marcha atrás, la Ley de la Función Pública 30/1984.

Debe eliminarse la temporalidad en la Administración, ya que la misma ataca directamente a los valores intrínsecos de estabilidad del funcionario público y, en general, del personal al servicio de la Administración pública, favoreciendo el nepotismo y la corrupción, en sus más amplias manifestaciones.

- c) En esta línea de la lucha contra las inmunidades del poder, que de por sí ya acreditan los defectos del diseño, debe destacarse la labor judicial desarrollada en la determinación de los conceptos jurídicos indeterminados, la discrecionalidad administrativa e incluso en la determinación del interés público y general.
- d) Un punto de debate en la actualidad se produce en torno a los actos políticos como característica esencial o peculiaridad de sistema Administrativo, lo que en realidad no es cierto, ya que de los actos políticos del Gobierno debe decirse que tienen su equivalente en el ámbito privado en la autonomía de la voluntad, sobre la que existe un núcleo de libre determinación que los jueces no pueden variar por pertenecer a su titular en exclusiva, lo que en el ámbito del Derecho Público se reviste de gran parafernalia fruto de aquellos resquicios que consideraban a estos órganos contencioso-administrativos como simples controladores del poder, sin ningún resquicio subjetivo pero dentro de una tendencia que no se ha llegado ni se llegará a consumir por los indudables frutos tardíos que produce, sin duda, “esta infancia difícil” de la jurisdicción Administrativa.
- e) Esta inacabada labor pone de manifiesto la quiebra de este sistema, ya que el verdadero

control de la Administración se está llevando a cabo en vía penal.

C) Este secuestro del Derecho y de la justicia, a través, primero de jurisdicción retenida y luego delegada, trasplantada más tarde al servicio público de la justicia en el Estado Social de Derecho sigue manteniendo el estigma a que responde la idea originaria como sistema que, a pesar de su subjetivación, sigue manteniendo los vicios de jurisdicción privativa, ya que el pecado original o la infancia difícil, dicho en términos metafóricos, no tuvo lugar sino por unas ideas e intereses que subsisten en términos generales.

- a) El desarrollo de este sistema Administrativo determinará, inexorablemente, que reaparezcan las tendencias a que respondía su objetivación y autosuficiencia como sistema y del que, cuando menos, permanecen la configuración del acto administrativo como elemento central, en aparente suplantación de la sentencia, sin permitir desarrollar el concepto de lo que realmente es, una relación jurídica, que explicaría mejor el desarrollo de las actuaciones que se producen, tal y como sucede en el ámbito privado.
- b) Lo mismo sucede con los excepcionales poderes del Juez en el Proceso Administrativo, de orígenes y tendencias muy diversas (objetivas y subjetivas, de la Administración *Contentieuse* u ordinaria subjetiva) pero diferentes del propio Civil y del que sus ideas rectoras, ahora ya en manos del sistema, darán a conocer nuevas manifestaciones, por ejemplo, el nuevo recurso de casación implantado por Ley Orgánica 7/2015.

D) En suma, la evolución de un sistema contencioso-administrativo de poder (francés) a otro de perspectiva subjetivista (alemán) tras su evolución sobre la base del Derecho Civil y Procesal (como medio este último de reaccionar ante los intereses legítimos incluyendo los derechos fundamentales ) a través de órganos jurisdiccionales insertos en un orden jurisdiccional propio no aleja ni los peligros totalizadores que representa ni las reservas de jurisdicción, dada la sublimación del poder político que representan frente a las fuentes materiales del Derecho (sociedad).

- a) Debe destacarse la naturaleza y efectos inmediatos del *rule of law*, especialmente tras la Revolución Gloriosa, que establece la prohibición de evasión de la jurisdicción de los Tribunales ordinarios y la consideración de los derechos, más que como consecuencia de la reglas Constitucionales Británicas como continuidad de los principios de Derecho Privado, a través de la actuación de los Tribunales y del Parlamento, que constituyen la idea del Estado material de Derecho: la limitación jurídica del Estado y la protección de los derechos individuales, más allá de la concepción Administrativista del Estado de Derecho.
- b) El Derecho Continental no garantiza, realmente, los derechos fundamentales frente al poder del que son rehenes, de alguna maneras de los catalogados, y la justicia se convierte por obra de la política, que obedece a la voluntad general, en organizadora del poder público y en eficaz coartada de sus designios.
- c) La propia existencia de una jurisdicción contencioso-administrativa implica una sublimación del poder público, con las consecuencias que de ello se deducen de una mayor colonización social, tanto desde un punto de vista normativo (al disponer incluso de sus propias normas jurídicas como por naturaleza son los reglamentos) como por el reconocimiento tácito, hasta determinado punto cierto, de su jurisdicción privativa.

E) El poder judicial sigue al poder político e incluso se enfrentará, en nombre de la ley y de las

normas fundamentales que le suministre la política contra quien, realmente y con peligro para el sistema, alce su voz, incluso aunque lo haga en nombre de los derechos fundamentales, es decir, contra la opresión del poder.

El Derecho y la justicia no serán los mecanismos que podrán utilizar los oprimidos contra el poder sino que será, en gran medida, el instrumento que podrá utilizar el poder contra los oprimidos, ya que será lo que sucederá cuando alguien invoque sus derechos humanos no reconocidos todavía en el catálogo contra el poder establecido.

#### 24) EL RÉGIMEN JURÍDICO IMPLANTANDO POR LEY ORGÁNICA 7/2015

Este modelo de casación incide en el sistema objetivo de control del poder que constituyó el origen francés de lo Contencioso-Administrativo, un retroceso histórico que nos rememora a la Exposición de Motivos de la Ley de 1956, que se consideraba definitivamente abandonado y no solo permite sino que obliga a aquello prohibido desde Roma, cual es la sentencia reglamentaria, desbordando, incluso, los excesos de los Revolucionarios franceses.

-----

A) La reforma operada en nuestro sistema jurisdiccional contencioso-administrativo por Ley Orgánica 7/2015, que establece un recurso de casación sobre la base de un supuesto interés casacional objetivo, no supone sino una reversión hacia un sistema que se creía abandonado (el sistema objetivo de jurisdicción francés), ya que como confesaba abiertamente la Exposición de Motivos de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1956, el ciudadano no se encontraba en esta jurisdicción en iguales circunstancias que en el resto de jurisdicciones, en cuanto que tiene su razón de ser, precisamente, en cuanto organización.

No solo es que se encuentre allende de lo que, propiamente, ha sido la jurisprudencia, a la manera hasta ahora adecuadamente entendida (al margen de los intentos totalitarios de los reyes Absolutos) y que se practica en los países del *common law* sino que sobrepasa los límites infranqueables que para este control político tiene establecido el sistema francés de casación, que constituye su modelo.

- a) Este sistema beneficia a los titulares de procesos en masa, especialmente, a la Administración por la capacidad continuada de argumentar sobre determinadas materias con el propio devenir de los tiempos y los recursos que versen sobre las mismas.
- b) Se ha pretendido, sin éxito, instalar en Francia por las críticas de los juristas prácticos.
- c) Cierta sector doctrinal francés considera que los *référés* a que se ha hecho referencia en el apartado referido a la interpretación de las leyes, lo que realmente pretendían era evitar que los jueces hicieran interpretaciones reglamentarias, extremo que expresamente se veda en el artículo 5 del Código Civil francés, que prohíbe a los jueces que se pronuncien por vía de disposición general y reglamentaria sobre las causas que les son sometidas pero que, de facto, es lo que se produce a través de este nuevo recurso de casación.

B) La función que otorga la ley al auto de admisión en la determinación del interés casacional objetivo determina su inconstitucionalidad al situarse, también, en atención a la forma de nombramiento de los miembros que forman el Tribunal Supremo español, en el campo político (artículo 123 de la

Constitución Española), allende las partes (ignorando esta manera la esencia, naturaleza y fin de todo proceso judicial) y resultando incongruente ( arts. 31, 32, 33, 63.2 y 65. 1 y 2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa).

Si difícil es distinguir y separar los hechos y el Derecho en cualquier controversia (no se olvide que el supuesto de hecho forma parte imprescindible de la norma jurídica de la que no se puede con claridad separar), de ahí la crítica de los jurisprudentes al sistema legista por sublimar solo una parte de la realidad mientras que la jurisprudencia ( entendida al modo tradicional y anglosajón) lo contempla en su totalidad relacional, desde el punto de vista de la vocación y naturaleza práctica que tiene el Derecho.

El actual recurso de casación supone la total abstracción de un aspecto, que hasta ahora había sido enjuiciado por el conjunto de elementos que lo constituían y en el que ahora se silencian todos salvo uno, que además se abstrae y por lo tanto se separa de la realidad y función que por esencia está llamada a desempeñar todo proceso judicial, en el que junto a normas específicas aparecen principios condicionados por los hechos todos, que se encuentran en la controversia y que en conjunto sirven para su resolución.

## 25) LA UNIVERSIDAD

Tras la Revolución Francesa, que cerró la Facultad de Derecho entre 1789 y 1806, no se restablece establece sino que se inventa de nuevo su enseñanza por el peligro que suponía que el jurisdiccionalismo truncase la obra Revolucionaria, que implanta un constitucionalismo de poderes frente al de derechos, lo que corrobora la incapacidad de los jueces para juzgar a la Administración y al Legislativo. Incluso hoy en día son muy pocos los autores que destacan que la verdadera voluntad de la Revolución Francesa era, realmente, evitar la separación de poderes a la manera que se entiende en la actualidad.

-----  
**A)** La Revolución Francesa cerró las Facultades de Derecho entre 1789 y 1806, y después de su apertura, ya no serán las mismas.

Tanto las universidades como los tribunales de justicia fueron profundamente modificados tras la Revolución Francesa, ya que a ambos se les consideraba un baluarte de la cultura jurisdiccional que, haciendo prevalecer el Derecho tradicional, comprometían o podían impedir el propio éxito de la Revolución, de manera que a principios del siglo XIX, la universidad no se restablece sino que se inventa de nuevo, por lo que entre la universidad napoleónica y la tradicional, nada existe en común.

**B)** La universidad enseñará, exclusivamente, el Derecho del Estado, que es la ley y sus Códigos, y nada más, por el peligro que el caballo de Troya del jurisdiccionalismo puede significar al acabar situándose por encima de la ley, no existiendo, en un principio, siquiera, lugar para la doctrina de esta base legal.

Los Códigos son manuales para los jueces y para la universidad, que llegan donde lo hace la justicia, de manera que la Codificación napoleónica corrobora su incapacidad para juzgar a los Poderes Administrativo y Legislativo porque no había justicia Administrativa o al menos no se admitía, en manos de los jueces y, solamente, como forma de controlar el poder, más que contra

reclamaciones ciudadanas.

C) En Francia, hasta hoy, no se ha hecho el intento de recuperar el constitucionalismo de derechos frente al de poderes o si se prefiere decir, de justicia ante la ley, y la propia declaración de derechos, como la de 1789, comienza por desconocer la función constitucional de la justicia, lo que constituye un síntoma elocuente, entendiendo que la misma subsistencia relativa del jurisdiccionalismo pudiera no ser un obstáculo sino un incentivo para un constitucionalismo de derechos, que situase la justicia por delante de la ley y del Gobierno.

D) Esta función que la universidad presta al ponerse al servicio del modelo creado a partir de la Revolución Francesa y que tiene sus antecedentes en el Estado Absoluto en vía de fomento (servicio público) es la única que puede explicar el seguidismo y glorificación, que de este modelo lleva a cabo la universidad. No debe olvidarse que este modelo implantado tras la Revolución prestigia y da preferencia a los juristas teóricos sobre los prácticos.

- a) Dada su claridad, la universidad debería resaltar la clamorosa contradicción existente entre el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 con el Preámbulo, el artículo 3 de la Constitución de 1791 y la obra napoleónica y francesa posterior, completamente contradictoria por la total reserva de jurisdicción que se produce respecto de la Administración y del Legislativo, en perjuicio de las leyes y de la jurisprudencia entendida en el sentido tradicional. Este aspecto es prácticamente silenciado por la universidad toda, salvo muy concretas excepciones.

Aunque sea solo una pequeña parte de la universidad, la que lo destaca es evidente que la idea que sostiene que juzgar a la Administración es administrar choca frontalmente con la separación de poderes del Estado y la eliminación del tradicional control de las normas jurídicas por los tribunales de justicia, abocando a una sanción y promulgación vacías de contenido, que no favorecen al Estado de Derecho ( ni de ley).

De igual manera se habla pomposamente de un Estado de Derecho cuando, realmente y en mejor de los casos, lo es de ley ( pero aun así se dice que en determinados aspectos no puede comprobarse su jurisdiccionalidad, como sucede con los actos políticos o procedimientos Parlamentarios).

En la universidad se exalta con grandes proclamas la idea de la entronización política de los derechos humanos con la Revolución Francesa pero solo en la letra pequeña aparece que los mismos carecían de efectos jurídicos para la ciudadanía. No se destaca el verdadero peligro que impone esta concepción en la mano de sus verdaderos guardianes, que han llevado a cabo su mayor vulneración práctica.

- b) Gramsci, años más tarde, también pondrá sus miras en la universidad, con una finalidad igualmente ideológica e instrumental como lo es es la propagación del marxismo cultural, con los frutos que hoy en día son más que evidentes.

## 26) UNIDAD O DUALIDAD DE JURISDICCIONAL

La apelación a que el sistema de jurisdicción Continental o separado favorece un mayor control

de la actividad de la Administración no constituye sino una *ficta confessio* del apartamiento que se produce respecto de la función llamada a desempeñar por los jueces. De todos modos se trataría de una justificación que no sería cierta, a la vista de que el verdadero control de la Administración se está llevando a cabo, en la actualidad, en vía penal, lo que viene a poner de manifiesto también su fracaso.

-----

**A)** La realidad debe imponerse sobre la abstracción y la elección de uno u otro sistema, ya ha manifestado sus consecuencias en la política y en la sociedad. Los países de jurisdicción única han acreditado su mayor capacidad de crecer económicamente y de permitir un mayor desarrollo de la autonomía y libertad personal.

El sistema Continental de Derecho Administrativo, que incluso se atreve a establecer reservas reglamentarias en favor de la Administración, favorece la colonización de la mano de este Derecho en todas las facetas de la vida social y humana, con el acreditado peligro de totalitarismo y no solo legislativo, que desde el poder público se puede imponer con cierta facilidad, lo que tiene su reflejo en el juez administrador ( francés) o funcionario ( alemán).

Lo que se ha denominado “infancia difícil” o “pecado original” del Derecho Administrativo o de la confrontación en nuestro Derecho Procesal Administrativo de principios enfrentados, en atención a su origen como sistema objetivo o de su posterior subjetivismo ( como simple organización de poder o en la que deban tener cabida los intereses de los ciudadanos) o como el simple paso de una organización despótica a otra legitimada (no olvidemos que en esta época el sufragio era censitario y los derechos fundamentales un mero catálogo sin posible invocación imperativa ante los Tribunales).

No debe desconocerse que en todo tiempo el poder público se ha encontrado legitimado, con los deseables títulos exigidos en cada momento, a salvo que se considere cierto el fin de la historia.

**B)** En atención a su origen, la jurisdicción Administrativa separada no se debe fundar en su carácter de control de la actuación de la Administración sino en la tutela de los derechos ciudadanos, respetando unos criterios de actuación que no se plantean sino en atención a la función que debe desempeñar la justicia en un sistema subjetivo como el Civil.

**C)** Se dice que no existe Estado de Derecho sin separación de poderes y desde luego que el control judicial de los actos de la Administración, por órganos insertos en la misma y por personal dependiente de la propia Administración, contraría este principio por esencia.

**D)** En la práctica sucede que en sistemas de jurisdicción única existe la especialización de quienes imparten justicia en los órganos en que se produce la aplicación ordinaria de las normas Administrativas mientras que en jurisdicciones especializadas, los jueces encargados de su aplicación carecen, en muchas ocasiones, de esta especialización.

El sistema de jurisdicción única favorece la integración de la Administración en la sociedad, a la que debe servir de forma vicaria y no al revés.

- a) De otro lado, también esta bipartición de la jurisdicción plantea problemas técnicos derivados de la formación del material fáctico en el proceso judicial, especialmente por su evolución desde un esquema objetivo ( francés ) a uno más subjetivo ( alemán), subsistiendo en los sistemas español y portugués, preceptos derivados de ambas tendencias, que pueden dar lugar a posturas judiciales contradictorias sobre la base de los preceptos en que se debe

basar la actuación del juez.

- b) El modelo brasileño, como manifestación de derecho fundamental a la revisión judicial de las actuaciones administrativas, permite que se pueda acudir a la jurisdicción ordinaria para resolver la controversia con la Administración, incluso cuando el Tribunal Administrativo se hubiese ya pronunciado sobre el fondo de la cuestión

## 27) LA JURISPRUDENCIA

La jurisprudencia basada, como sucede desde antiguo y en el modelo inglés, en la *recta ratio* debe constituir fuente del Derecho. Solo puede constituir una fuente del Derecho cuando sea la razón jurídica la que se manifieste de esta forma y sea la que otorgue la égida de lo correcto y con ello su *auctoritas* a un sistema en el que esta idea determine su sistema político, lo que no sucede en los sistemas Continentales, en que el *auctoritas* no descansa sobre un *corpus* formado por las resoluciones heterocompositivas de las concretas controversias sino en la elaboración, por quienes ostentan la autoridad política, de un catálogo abstracto de soluciones.

-----  
A) Tanto en Roma como en el *common law*, la jurisprudencia era y es una de las fuentes del Derecho y su ámbito de actuación se circunscribe a la aplicación de la *recta ratio* en el caso concreto.

Su poder de imposición se basa en la autoridad, la paz social y la armonía, más allá del orden y seguridad pública, y se sustenta, no en el *imperium* en sí sino en un elemento esencial de todo Derecho, cual es la convicción derivada de ella, de ahí el valor del precedente, de las *opinions* y la técnica del *distinguihing*.

B) La Revolución Francesa también supone un punto de inflexión en el concepto de jurisprudencia, dando total satisfacción, como en otros muchos campos, a la voluntad del rey Absoluto y arrastrando al jurista del campo de la *auctoritas* a la de subordinado de la política.

Resulta por ello que mientras que la jurisprudencia es por carácter constitutivo fuente del Derecho en el modelo anglosajón debe negarse tal categoría (directa o indirecta) en el modelo Continental, ya que su diseño político, únicamente permitiría, a través de los órganos situados en la cúspide judicial, aumentar, cuando menos, el totalitarismo legislativo, de ahí que no deba sobrepasar la función complementadora del ordenamiento jurídico.

## 28) LA RESIGNACIÓN DE LOS JURISTAS

En el Derecho del poder no cabe la figura del jurista por el desplazamiento de la *auctoritas* del Derecho a la ley, que produce una neutralización política de la decisión jurídica.

-----  
A) El Derecho teórico ideologizado tiene también consecuencias en su aplicación.

- a) La figura del jurista se construye en Europa durante la Edad Media sobre la base del recuerdo mítico del pasado imperial romano pero las figuras de jurista y Estado terminarán constituyendo entidades contradictorias, un auténtico oxímoron, hasta el punto que el desarrollo del Estado supondrá la desaparición del concepto histórico de jurista.
- b) El desplazamiento de la *auctoritas* del Derecho a la ley produce una neutralización política de la decisión jurídica, en la que no tiene cabida la figura del jurista romano ni Tomasino, que ya no podrá contemplar la realidad y establecer en ella una forma de justicia, puesto que la ley tiene autoridad en sí misma y debe imponerse de forma mecánica, pasando el jurista a ser un agente despersonalizado, el mero instrumento de un discurso ajeno y del que se construye una imagen como académico, del que se considera que sus preocupaciones son abstractas, eruditas y completamente alejadas de la vida real y concreta.

**B)** Pero las grandes construcciones teóricas y abstractas son falibles porque para la adopción de una solución justa, todo o casi todo depende de las circunstancias concretas del caso particular, ya que no serían las reglas generales, las que nos ofrecería la respuesta correcta a los casos, ya que el razonamiento práctico dependería, en realidad, de las circunstancias del caso particular, puesto que la noción estándar no se puede capturar de forma exhaustiva *ex ante*.

- a) El jurista sabio no se conformará con la emisión de un juicio que, simplemente, contenga las consecuencias que las reglas relacionadas con el caso genérico dan al concreto sometido a enjuiciamiento, ya que su ideal es el de determinar lo justo en el caso concreto.
- b) El Derecho debe conformarse con nuestras razones y como no se puede actuar de modo irracional, arbitrario o inmoral, todos nuestros saberes y personalidad que componen el razonamiento práctico, se considera que está formado por varios niveles, uno, más superficial, habitado por las directivas de conducta que establecen cómo se debe actuar en cierto tipo de casos y otro, más profundo, del que depende, en cada caso individual, la respuesta a la pregunta sobre cómo se debe actuar en concreto en ese caso, ya que la justicia, aunque en sus últimas manifestaciones es un mito, también es un bien común reconocido y apreciado socialmente.
- c) Estas diferentes maneras de actuar crean juristas de diverso signo, desde el estoico que aborda los conflictos con honestidad y dignidad, que da lugar a personas admiradas y proporcionan a los ingenuos la esperanza de que algún día, si todos obran justamente la sociedad entera se volvería justa; la de quienes con cierta desesperanza consideran a la justicia una utopía y por lo tanto se despreocupan; y la de aquellos que se encuentran cómodos dentro del sistema y participan activamente.

En general puede decirse que como el poder político interviene de manera directa en el Derecho, parte de los juristas, resignados ante el subjetivismo y ambigüedad de los valores, que constantemente están manejando los políticos y les imponen, han optado por retirarse a los campos seguros y más neutrales de la técnica aséptica, por la conciencia de que nada útil pueden hacer fuera de ese campo.

- d) En esta actitud se encuentran los jueces, técnicos que no se preguntan por la justicia material de las sentencias que dictan y que se contentan por la aplicación, sabiamente argumentada de las leyes y los abogados que defienden a sus clientes sin otra ayuda que la del ordenador; y la situación es desesperada porque los juristas no solo están encadenados a una labor

técnica, que apenas les deja libertad para escoger sus objetivos sino que, por otro lado, cuando pretenden librarse de esta presión pueden caer en el abismo de la ideología, lo que significa que cuando quieren obrar con sinceridad y honestidad se convierten, sin saberlo, en marionetas que se manejan desde muy lejos.

C) Ciertamente que preguntarse sobre el sentido de las palabras justicia, derecho y ley produce vértigo pero la política da una larga cambiada que desconcierta al toro intelectual y le engaña con el capote que no es más que trapo y aire, metiéndole en el terreno de una leyenda tan hermosa como irreal : el imperio de la ley, el Estado de Derecho, el principio de legalidad y otros latiguillos semejantes ( de ahí que los principios generales de la legislación hayan caído, casi enteramente, en manos de los expertos del Derecho Público, ya que así se viene a entender al Derecho todo), que entretiene a los estudiosos del Derecho, ahora reducido a la ley pero que presenta ventajas irresistibles, dado que ofrecen la seguridad de una compañía numerosa y son cómodos, puesto que están bien fabricados, no necesitan reflexión individual propia y mantienen buena conciencia, produciendo, más bien, sentimientos que estados intelectuales.

Si se ha producido un secuestro del Derecho a manos de la ley por parte del Estado, la ciudadanía y especialmente los propios juristas viven la situación del denominado síndrome de Estocolmo.

## 29) PROPUESTAS DE SOLUCIÓN

Las resoluciones de los jueces y árbitros, los dictámenes de los juristas deben basarse en la *recta ratio* para lo que es preciso llevar a cabo las reformas consiguientes y solamente se debe someter a resolución judicial aquellas materias que por razones de orden público no sean susceptibles de acuerdo o transacción.

-----

A) Los jueces no deben formar parte de ningún poder de naturaleza política sino que sus resoluciones deben ostentar la autoridad que siempre ha desempeñado la razón jurídica, de ahí el esfuerzo que, de manera constante, han de llevar a cabo en la fundamentación de sus resoluciones.

Este es el motivo por el que todas las resoluciones judiciales deben ir acompañadas de la opinión convergente o divergente, breve o extensa, de los miembros que compongan un tribunal colegiado, junto con el análisis del ponente.

Es evidente que si nos encontramos en un Estado de Derecho, en el que el Derecho controla al poder, según todos los autores, el elemento central debe ser el Derecho y no puede serlo ni la teología ni la filosofía ni la política (Derecho del poder) y desde esa perspectiva, los juristas y, especialmente, los jueces no pueden encontrarse al servicio del poder político ni de sus dictados (poder del Derecho), ya que solamente el poder basado en el Derecho, no solo será legítimo (desde la perspectiva de la justicia del caso concreto, que es la única) sino que será el único que garantice las libertades, la paz y la armonía social, y a esa labor están llamados, esencialmente, los juristas prácticos y no tanto los filósofos, los políticos, los teólogos o los informáticos en este campo jurídico.

Como una potestad intrínseca a las potestades del juez debe encontrarse la facultad de adoptar medidas contra aquellos que no obedezcan sus decisiones o perturben el correcto funcionamiento de

la justicia, entre los que se pueden encontrar las medidas contra los procesos paralelos de la prensa.

Una institución cuyo origen se encuentra en la fuerza difícilmente va a respetar el Derecho ni los derechos, llegado el momento crítico.

- a) No puede hablarse, propiamente, de resolución heterocompositiva de las controversias si el órgano resolutor de la controversia es activo partidario de una determinada ideología, ya que fuera del Estado de Derecho se encuentra todo lo que no es Derecho y la *recta ratio* se encuentra tan alejada de la ideología como lo es un elemento propio y esencial constitutivo de la conformación esencial del Derecho.
- b) La Carrera judicial debe regirse, íntegramente, por los principios de mérito y capacidad, cuya determinación debe llevarse a cabo a través de un órgano de gobierno de composición mixta, en el que los jueces ocupen la mayoría, con participación de los cuerpos involucrados y representantes sociales.

En los principios de mérito y capacidad no deben integrarse los derivados de nombramientos discrecionales porque supondría una base ficticia de valoración de los méritos, en los que se otorgaría un protagonismo ajeno para esos casos, especialmente, si se ha tratado de cubrir órganos gubernativos en que, además como tales, predomina el Derecho de la organización, que también se encuentra allende de la función judicial.

- c) Los órganos de gobierno de los jueces deben huir de cualquier intervención política y de los partidos políticos por lo pernicioso que supone su intervención en el razonamiento jurídico y también debe restringirse al máximo de la posible, la intervención de las asociaciones judiciales, en tanto que consecuencia del posmarxismo constituyen un obstáculo a la plena aplicación de la *recta ratio* jurídica en que consiste el Derecho.
- d) La resolución de última instancia se debe dictar por un órgano mixto, en el que participen titulares de todas las especialidades para darle la debida unidad al ordenamiento jurídico.

Por ello debe favorecerse la especialización en todos los ámbitos del Derecho que supongan un añadido a los principios generales propios de la idiosincrasia de las distintas ramas del Derecho, debiendo existir órganos que garanticen su realidad como ordenamiento único.

Estas resoluciones dictadas constituirán la base esencial del Derecho como constatación práctica de la expresión social.

Debe repudiarse la intervención de la política en el Derecho o su manifestación como voluntad del poder político, a salvo que de alguna manera puntual se le solicite su intervención por parte de los órganos que canalizan esa constatación práctica del Derecho, directamente o a través de la sociedad.

- e) Las resoluciones dictadas para resolver tales controversias sociales deben ser dictadas por juristas que ostenten tales competencias, sin distinción, de ninguna de las maneras, de cuestiones de índole mercantil, administrativa, laboral, etc... o de Tribunales que resuelvan conflictos sociales o con el poder público salvo en lo relativo a la especialización del órgano.
- f) Los costes del proceso judicial deben soportarlos íntegramente las partes, sin perjuicio de la existencia de un sistema de ayudas para la litigación que sufrague la de quienes carezcan de los bienes o rentas precisas para asegurar la igualdad procesal. Dentro de los gastos o costos

del proceso judicial deben de encontrarse los derechos del juez y los honorarios del árbitro.

B) Deben someterse a resolución judicial, en una sociedad de libre mercado, exclusivamente, aquellas materias que en atención a su interés de orden público no sean susceptibles de acuerdo o transacción del que pueda ocuparse el arbitraje, con favorecimiento y potenciación de la mediación.

C) Órganos de análogas características al judicial deben regir a las Cámaras legislativas y al Gobierno, que son los que deben fijar y controlar su estatus: emolumentos, régimen de derechos pasivos, provisión de salud, licencias, vacaciones y permisos, etc...; en fin, el propio régimen que se encuentra establecido para los funcionarios públicos o el personal laboral al servicio de la Administración.

D) La jurisdicción contencioso-administrativa, superados los reparos de control de los conceptos jurídicos indeterminados, la discrecionalidad administrativa, la determinación del interés público o general debe persistir en el debido control de los actos políticos, la legitimación o los procedimientos Parlamentarios, dada la naturaleza de normas jurídicas que los regulan, lo que es inherente a un control judicial sin el que no se puede comprobar el marchamo de su imperatividad connatural.

- a) Cualquier cuestión que se somete a un control judicial es de naturaleza jurídica y los Tribunales contencioso-administrativos deben tener el mismo criterio de legitimación que la jurisdicción común.
- b) Superados los límites organizativos propios del Derecho Administrativo debe abandonarse, en un Estado Social y Democrático de Derecho, al acto administrativo como su elemento central para bascular hacia la relación jurídica, ya que aquel es un concepto superado que pretende suplantar el modelo judicial de sentencia, propio de los sistemas en que se gestó y de su conceptualización de subordinación ciudadana, otorgando una ventaja injustificada a la Administración en las relaciones jurídicas que mantiene con la ciudadanía.
- c) Aun siendo legítima la autotutela según nuestro Tribunal Constitucional y de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea no se perjudican los principios de eficacia que se pretenden a través de la misma, si en vía cautelar se resuelve sobre si nos encontramos ante un uso ordinario o abusivo de la misma, más allá de los supuestos de acto idéntico a otro anulado o basado en una norma anulada sobre la base de la eficiencia del gasto público.

Por ello debe admitirse un antejuicio o justicia cautelar sobre este aspecto, intensificando el poder de los elementos del *fumus boni iuris*, ponderando el *periculum in mora*, la proporcionalidad y los intereses públicos y privados en conflicto, con los efectos que produciría una u otra solución cautelar.

E) La universidad debe olvidar la obra Revolucionaria y su seguidismo, especialmente a Gramsci y sus consecuencias, y volver a la evolución de lo que siempre constituyó la labor de los juristas.

F) En materia Administrativa debe acontecer lo mismo que sucede con los conceptos jurídicos indeterminados en materia civil, penal, mercantil o laboral, que son determinados por el juez sin ningún tipo de cortapisas y de la misma manera, que una controversia tenga sustancia política debe resultar tan irrelevante para el juez como la circunstancia de tenerla de otra naturaleza.

No actuar con tal normalidad jurisdiccional supone reconocer una reserva de jurisdicción incompatible con el Estado de Derecho, una incapacidad de los Tribunales para juzgar a la

Administración y con ello un liderazgo de la política o de la Administración sobre el Derecho.

Una vez aprobada Constitución por la Nación todos los órganos del Estado se encuentran igualmente sometidos a las normas jurídicas, que no serían tales carecen de eficacia práctica.

En materia política y al igual que sucede con los actos discrecionales debe admitirse un control judicial del procedimiento, competencia y fin.



### 3. RESUMEN DE LA TESIS EN ESPAÑOL, FRANCÉS, INGLÉS Y PORTUGUÉS

#### RESUMEN DE LA TESIS

La tesis doctoral pretende responder a diversas cuestiones, esencialmente, a si el Derecho es ¿razón o voluntad, se crea o se capta, es la razón de los juristas prácticos o la voluntad del príncipe o de la nación, o ambas cosas? Desde una postura intermedia pudiera considerarse que el Derecho como voluntad de la nación también es razón pero qué tipo de razón y ¿hasta qué punto la razón jurídica no es también voluntad de los juristas prácticos? Las peculiares características del Derecho Administrativo ¿pueden afectar a la propia naturaleza del Derecho a la vista de su expansión e impacto social en la actualidad?

El Derecho Administrativo, además de ser el que se utiliza para la organización de la propia Administración es el instrumento a través del que se relaciona con la sociedad e incluso por razones de orden público en el Estado Social y para la implantación del Derecho Comunitario regula las relaciones entre particulares, produciéndose su expansión hacia ramas de la actividad que hasta ahora habían sido reguladas de manera exclusiva por el Derecho Privado, tratándose de un fenómeno que puede tener consecuencias en el propio concepto de Derecho, en atención a la naturaleza, características e idiosincrasia del Derecho Administrativo, merced al impacto que produce en la sociedad y de lo que puede constituir una manifestación la creciente importancia del Derecho de organización, aspecto en el que no poca trascendencia puede tener el concepto de poder público como árbitro (anglosajones) o director de la sociedad (modelo Continental).

El nacimiento de la jurisdicción Administrativa como privativa de la Administración (contencioso-administrativa) provoca una situación ya conocida como lucha contra las inmunidades del poder y una polémica sobre la independencia de los poderes del Estado ( ¿ juzgar a la Administración es juzgar o administrar? ), con trascendencia en la organización de los Tribunales, con objeto de alcanzar el pleno control judicial del poder público, planteándose también la cuestión referida a la conveniencia de la existencia de diferentes Tribunales para el enjuiciamiento de las relaciones entre los entes privados y públicos, y si debe hacerse sobre la base de los mismos o diferentes principios procesales.

A todas ellas se pretende dar respuesta desde la perspectiva de la función civilizatoria que ha desempeñado y debe desempeñar el Derecho en la sociedad, para garantizar la paz y el desarrollo armónico y sostenible de las aspiraciones de las personas que la forman.

Se considera que la historia más que para explicar el pasado constituye un elemento esencial para conocer el presente y que quien lo conoce honestamente puede pronunciarse con mayor rigor sobre lo que sucederá en el futuro.

Se entiende que el estudio del Derecho Administrativo no puede separarse sino integrarse dentro del fenómeno jurídico general ni al Derecho de la realidad a que se refiere.

El Derecho, dentro del desarrollo de la civilización a la que sin duda ha contribuido y debe contribuir, surge para resolver los problemas reales de la sociedad, restableciendo las relaciones sociales rotas que se restañan a través del mismo. Surge de abajo hacia arriba y otorga, en las manifestaciones civiles, el marchamo de lo justo.

Es un elemento real, no especulativo, que para dar estabilidad no debe ser una forma ideológica de conducir a la sociedad ni fruto de la revolución sino de la evolución.

La historia y el examen de la evolución del Derecho ponen de manifiesto, de un lado, la *auctoritas* que siempre ha representado la resolución heterocompositiva de los conflictos que surgen entre los miembros o elementos que componen la sociedad y, de otro, la importancia del bagaje práctico de los juristas prestigiosos aplicados a la resolución de los conflictos que se planteaban.

El Derecho romano ha gozado de un gran prestigio en la civilización Occidental pero no aquella parte que se contenía en las constituciones imperiales o en los edictos de los emperadores sino la razón jurídico-práctica de los jurisconsultos que, superada la Edad Media y Moderna mediante diversas Escuelas y a través de su actualización merced a la razón jurídica ( Glosadores, Escuela del Comentarios, Jurisprudencia Elegante etc...) desembocó en la Codificación, en que se funde la potestad del poder político con la autoridad de la razón jurídica que representaba el Derecho romano actualizado, lo que en Alemania, merced al Romanticismo político, se produce a través de una supuesta captación del espíritu del pueblo.

El *common law* reconoce a la ley la primacía en las fuentes del Derecho, que también atribuye a la jurisprudencia basada en la razón jurídico-práctica.

La jurisprudencia solo puede constituir una fuente del Derecho cuando sea la razón jurídica la que se manifieste de esta forma y sea la que otorgue la égida de lo correcto y con ello transmita su *auctoritas* a un sistema en el que esta idea determine su sistema político, lo que no sucede en los sistemas Continentales, en que la *auctoritas* no descansa sobre un *corpus* formado por las resolución heterocompositiva de las concretas controversias sino en la elaboración, por quienes ostentan la autoridad política, de un catálogo abstracto de soluciones.

En la Edad Media van apareciendo diversos elementos que tendrán continuidad y se consolidarán en la modernidad, entre ellos la concentración del poder público, primero en las manos de los monarcas Absolutos y más tarde en los estados-nación. Esta concentración del poder público propia de la modernidad y su desarrollo puede inducir a pensar que la modernidad es, realmente, pre-medieval ya que, sin duda, es admitido que la entronización del Derecho romano clásico en la Baja Edad Media, con continuidad en la Moderna, obedece al deseo de emulación de la Roma Imperial, lo que vendría a certificar esta corriente de pensamiento.

El poder público va a determinar que, cualitativa y cuantitativamente, sea la ley la base esencial del Derecho, norma jurídica que ya no se considera captada sino creada, lo que se produce merced a la siguiente evolución: el rey, de juez supremo pasa a *fazedor* de las leyes a través, primero, de sus Pragmática e incluso de las leyes aprobadas en Cortes, que serán propiamente las suyas y más tarde, tras la Revolución Francesa y en los Estados Contemporáneos, merced a las leyes aprobadas en los Parlamentos.

Las Reformas luterana y calvinista no son irrelevantes para el fenómeno político ni tampoco para el jurídico, especialmente al haberse ya iniciado la senda de los efectos del poder político en el Derecho, cuyo origen ya puede situarse en Roma.

Las Iglesias Reformadas otorgarán todo el poder al civil y se pondrán bajo su égida. El libre examen constituye el antecedente del concepto de razón propio de la Ilustración, que privada de la autoridad (catolicismo) y de la tradición (Derecho inglés) va a traer consigo la glorificación del presente y el individualismo que se pretende canalizar en colectividad, ya que frente a las tesis realistas de Aristóteles, Santo Tomás y Suárez, y a través de las ficciones contractuales, Hobbes, Locke, Rousseau y Kant, le dotan de un carácter voluntario y al ser libremente aceptada por los súbditos justificaría un mayor poder de coacción y el no reconocimiento del derecho de resistencia frente a determinado orden constituido, lo que choca con el sentido de los derechos humanos de la tradición hispánica.

Esta glorificación del presente ha desembocado en una sociedad que se caracteriza por el ruido constante de nuestros oídos y la captación de nuestros ojos a través de los más variados instrumentos tecnológicos, quedando sujetos a la manifestación misma de los valores comerciales y del centro comercial que se ha creado de nosotros mismos, siendo deseable una reflexión sincera y un diálogo razonado con los demás, silenciando los ruidos externos para que no seamos esclavos del entorno y que nos impida cuestionar los diferentes imperativos a los que nos someten estos supuestos ideales de progreso, éxito y felicidad, perdiendo nuestras fuentes personales por lo que parece confirmarse el pensamiento orweliano de persecución del pensamiento independiente y el individualismo original.

La preponderancia del poder civil frente al religioso y la concentración del poder en los monarcas Absolutos, junto con la mejora de su Hacienda, permite el creciente desarrollo de su actividad para el desarrollo de las obras públicas, actividad que para no ser entorpecida establece un sistema privativo de control de sus propios actos, al margen de los justicias ordinarios, que debía

celebrarse con estrépito de juicio si existía un tercero interesado y ello aunque la lucha señorial/Real se había saldado con la imposición de este, apareciendo conatos de resistencia en estos jueces ordinarios respecto de las facultades judiciales de sanción y promulgación de las normas jurídicas ( *enregistrement* ), que sobre la base del enjuiciamiento a través de la razón, jurídicamente entendida al modo romano y con la que se consideraba que debían responder, determina que Montesquieu formulara la petición de celebrar “estados generales”, lo que significará el origen de la Revolución Francesa, que a resultados tan diferentes condujo.

El uso de la razón como instrumento para desentrañar la realidad no es exclusivo de las sociedades europeas influenciadas directamente por la Revolución y el Iluminismo francés, que defiende la utilización de un determinado concepto de razón, pudiendo considerarse, también, que la razón es el alma de la ley y que el Derecho no es otra cosa sino la razón perfeccionada por el arte, resultado de un largo estudio, observación y experiencia, y no de la razón natural de cada hombre al modo Iusracionalista.

Se considera que la Revolución Francesa no obedece al Iluminismo francés (menos al inglés y norteamericano) y no favoreció sino la tendencia Absolutista de concentración del poder público y la distracción de la justicia, pero ahora en manos de la nación, es decir de la burguesía, que durante la Baja Edad Media y la Modernidad apoyó al rey para fagocitar a la nobleza y terminó por cortarle la cabeza, al considerar que podía dirigir directamente la nave del Estado.

La denominada separación de poderes no es más que el juego de prestidigitación o el “verde Véronèse” que nos distrae en la consecución del poder que se acaba de exponer. En cualquier caso, las palabras de Montesquieu han sido tergiversadas, en tanto que él era partidario de la tesis de la nobleza, o sea, de la sujeción total al control judicial de la actividad administrativa, que los Revolucionarios integraron como separación de poderes en la reserva de jurisdicción Administrativa.

Fruto de lo que consideraban mayor capacidad gestora, la burguesía y a través de los poderes del Estado se apoderó de gran parte de los bienes patrimoniales públicos y también de una parte de los privados de la Iglesia (a semejanza de lo actuado por las Iglesias Reformadas), con grave perjuicio de las clases menestrales que las trabajaban, más tarde, con los más diversos títulos, del aprovechamiento de los bienes de dominio público.

En estas circunstancias, en las que incidirá Napoleón de forma eficaz, se produjo el primer desarrollo del Derecho Administrativo o Público sobre la teórica base de los principios de la división de poderes, la soberanía popular, los derechos fundamentales, la idea todavía difusa de constitución, la ley como expresión de la voluntad general, su formación a través de una cámara de representantes y supremamente soberana, el principio de legalidad y la posición de la Administración frente a los Tribunales con un sistema de control propio.

Este Poder Público comienza con la regulación creciente de las relaciones entre particulares, originariamente, a través de las leyes, y en la segunda etapa del Derecho Administrativo, con la crisis del Liberalismo y la aparición de los partidos políticos, de los sindicatos de clase y la sociedad de masas, a través del Gobierno y de su elemento más característico de actuación, el reglamento, lo que tiene su desarrollo más acentuado en el Estado Social y Democrático de Derecho.

Se considera en la tesis que la concepción correcta de los derechos humanos ( seres humano, no persona ni *sub-jectum*) es la Hispánica, que se plasmó en la Segunda Escolástica y que merced a la conexión de Felipe II con Inglaterra, y desde ese país y los Países Bajos pasó a las colonias inglesas de Norteamérica, que los deformaron, ya que lo que se mantenía era la individualidad, lo que es contrario a la tendencia moderna a definir lo político-jurídico por su referencia a la voluntad colectiva.

Los derechos humanos son consecuencia y obedecen a una determinada concepción y desarrollo histórico sobre la base de la consideración de ser propios de la dignidad humana, anteriores y superiores a cualquier forma de organización, que no los crea sino que los reconoce, lo que se entiende que no es coherente con su configuración en catálogos de reconocimiento y se ha acreditado con las diversas generaciones desde la primera a la quinta, que los sitúa bajo el protagonismo del Estado, que hasta ahora ha desempeñado una función muy negativa en su respeto y protección, y pone de manifiesto el error de la conceptualización como voluntad colectiva, como se acaba de exponer.

Si en la monarquía Absoluta todos los poderes emanaban del rey que los recibía directamente de Dios y aunque se mantiene el origen de los derechos humanos inherentes en la dignidad humana, en realidad, provienen de tal poder absoluto ahora en manos de las naciones-Estado o por cesión de su soberanía en los organismos internacionales en que la depositan.

El sistema inglés es contrario a tales catálogos y considera que constituyen una manifestación del Derecho que debe ir aflorando a través del juez independiente.

Puede considerarse que de la revolución, no solamente la francesa que es madre, poco se puede celebrar y no exactamente lo previsto, ya que con todos y sin nadie se extravió la libertad, se perdió la razón y se torció el derecho del individuo, que eran los principios que la legitimaban, puesto que no hay libertades sin libertad y los derechos solo pueden ser los individuales.

La Revolución Francesa declaró el Derecho y constituyó el Estado, la Revolución Constitucional, que es como mejor puede calificarse pero solo instituyó la entidad política no el derecho individual, de manera que la razón de Estado se ha hecho en efecto Derecho, y la Codificación es la que, particularmente, instaura y eficazmente mantiene la suplantación, ya sobre la base de la *auctoritas* del Derecho tradicional se legitima el poder político y comienza, a gran escala, la tergiversación de lo político como jurídico.

La no admisión a trámite por parte del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de un recurso de amparo por vulneración de los derechos humanos con la mera mención del precepto que lo permite, sin más motivación e incluso aun cuando se reconozca su vulneración pero sin mayor trascendencia que la del caso es contraria al propio concepto de derechos humanos y pone en manifiesto su concepción artificial sobre la base inestable del derecho subjetivo o público subjetivo.

No cabe una disociación entre la sociedad y el poder público que lo sirve sin que sea factible la existencia de una jurisdicción diferente y privativa que resuelva las diferencias en una u otra, dado el carácter civilizatorio del principio heterocompositivo.

La apelación a que el sistema de jurisdicción Continental o separado favorece el mayor control de la actividad de la Administración no constituye sino la *ficta confessio* del apartamiento que se produce respecto de la función llamada desempeñar por los jueces. Se trataría, además, de una justificación que no es cierta, a la vista de que el verdadero control de la Administración se lleva a cabo en vía penal como tienen acreditados los últimos tiempos, lo que pone de manifiesto también su fracaso.

Se mantiene por la doctrina que durante el siglo XIX se produce una disociación entre poder público y sociedad, que se concilia en la segunda etapa del Derecho Administrativo a través del Estado Social, adquiriendo recientemente un mayor protagonismo la sociedad en las tareas que había asumido el Estado pero no se debe perder de vista en estos análisis, que el núcleo esencial del Derecho es la persona, lo que determina un concepto subjetivo de jurisdicción, fuera del sistema objetivo propio de los Tribunales como órganos de control del poder y como cauce de elementos diversos chocan en la determinación del objeto del proceso a través de los poderes del juez en el proceso contencioso- administrativo español y portugués.

Como reminiscencia de lo que se entendía superado florece el nuevo recurso de casación implantado en España por la Ley 7/2015, que abstrayendo parte del proceso (y por ello desnaturalizándolo a través del auto de admisión en la determinación del interés casacional objetivo) lleva a cabo, propiamente, una interpretación reglamentaria de las normas, que se encontraba prohibida a los tribunales de justicia desde Roma, prohibición que incluso aparece de forma expresa en la actualidad en algunos Códigos civiles.

Tras la Revolución Francesa va adquiriendo un protagonismo creciente el Derecho Administrativo, que como manifestación del poder público tiene una gran implantación en el Estado Social, ocupando parcelas de la realidad, no solo merced de la creciente actividad de los poderes públicos y su reflejo en la sociedad sino en la regulación de las relaciones particulares sobre el concepto de interés público que se defiende, fruto de los principios que se consideran adecuados.

El Derecho Administrativo es el utilizado también de manera preferente por el Comunitario europeo para alcanzar la unidad e integración, ya sea a través de las normas jurídicas directamente ejecutivas (Reglamentos) como a través de la canalización de la obra de los Estados tendentes a la consecución de un fin (Directivas).

No es admisible que el Derecho Público vaya progresivamente invadiendo el tradicional campo del Privado en la coordinación de actividades individuales y ello sobre la base de considerar que el poder público, no solo presta servicios en pro de un orden sino que realmente hace funcionar el país y por ello, la consideración del Privado como temporalmente tolerado.

Pero el Derecho Administrativo es el de la organización (tarea que tampoco tiene entre sus metas esenciales la justicia), el de la subordinación y el del verticalismo de arriba a abajo, lo que tiene trascendencia en la importancia creciente de la organización frente a las tareas sobre las que se proyecta, cuyo desempeño es el realmente trascendente y favorece de forma más directa el desarrollo económico, social y tecnológico.

Tradicionalmente, el Derecho se captaba en una operación que permeaba de abajo hacia arriba, como manifestación del orden espontáneo que debe marcar el libre desarrollo de la sociedad mientras que es característico del Derecho Administrativo su imposición de arriba a abajo. Ley y libertad son inseparables no incompatibles.

La creación de una jurisdicción privativa del Derecho Administrativo por el poder público genera el fenómeno ya conocido por la doctrina como secuestro, y como el secuestrador tiende a abusar de su posición, da lugar a fenómenos como el designado como lucha contra las inmunidades del poder, que tiene como campos de batalla, entre otros, la discrecionalidad administrativa, la competencia para la determinación de los conceptos jurídicos indeterminados, las reservas de jurisdicción, los actos políticos del Gobierno y la sujeción o no a su ámbito de determinados actos y procedimientos Parlamentarios fuera del control atribuido al Tribunal Constitucional.

Se defiende en la tesis doctoral, que en materia Administrativa debe acontecer lo mismo que sucede con los conceptos jurídicos indeterminados en materia civil, mercantil o laboral, que son determinados por el juez sin ningún tipo de cortapisas y no actuar con tal normalidad jurisdiccional supone reconocer una reserva de jurisdicción incompatible con el Estado de Derecho, una incapacidad de los Tribunales para juzgar a la Administración y, con ello, un liderazgo de la política o de la Administración sobre el Derecho. Que una controversia tenga sustancia política debe resultar tan irrelevante para el juez y el Derecho como tenerla civil, penal, mercantil o laboral.

Unas vez aprobada la Constitución por la nación, todos los órganos del Estado se encuentran igualmente sometidos a las normas jurídicas, que no serían tales si carecen de eficacia práctica. Al igual que sucede con los actos discrecionales debe, cuando menos, admitirse un control judicial del procedimiento, competencia y fin.

Se dice que en el Estado de Derecho este controla al poder político pero si es creado por su voluntad, en realidad, no se trata sino de una tautología. Sin embargo, el Derecho participado de una forma importante por la razón jurídico-práctica determinada por los jurisconsultos expertos sí que es coherente con la afirmación, de ahí la diferencia que se señala entre los sistemas político-jurídicos y jurídico-políticos y las diferencias que se producen en la realidad. La democracia es solo un sistema o una vía que puede conducir a la libertad o a la servidumbre, a la civilización o a la barbarie, al bienestar o a la miseria, depende de sus ciudadanos.

A pesar de las vueltas, el concepto de interés público o general no es sino el común que designaba Santo Tomás. No es solo el manifestado por el Legislativo, ya que en su determinación participa el Ejecutivo e incluso no de forma exclusivamente unilateral sino con participación social, haciéndolo también el Judicial, evidentemente, el Tribunal Constitucional en la depuración de tal principio en las leyes pero también los Tribunales ordinarios, poniéndose de manifiesto lo expuesto por “el Santo”, que en su determinación participan los miembros más cualificados de la sociedad, que no necesariamente son los representantes de todos.

Sin duda, que un sistema jurídico condicione el modelo y desarrollo político, como sucede con el *common law*, favorece la estabilidad y el desarrollo civilizatorio, en mayor medida, que aquel en que el Derecho es fruto de la voluntad política, que se manifiesta, no solo en la ley sino en un control importante de su modo aplicativo a través de la creciente importancia de la organización, merced los órganos de gobierno de los jueces y de la conformación, esencialmente política, del Tribunal Constitucional. Se analiza los compromisos internacionales suscritos por España tendentes a conseguir la deseada independencia judicial así como la STC 108/ 86 y las SSTEDH de 6 de noviembre de 2018 y la previa dictada por la Sección Cuarta del mismo respecto de un asunto referente a Portugal pero cuya doctrina debe entenderse aplicable a todo el ámbito del Convenio.

Otro fenómeno que produce esta situación de secuestro del Derecho por el Estado es el conocido como “síndrome de Estocolmo”, que se deriva de la falta de reacción ciudadana ante este modelo político-jurídico por la acreditada diferencia de los resultados con el jurídico-político. El *common law* es un sistema político, no estrictamente jurídico como no se cansan de repetir los anglosajones y al contrario de como se le considera en el Continente.

Sin duda, el Derecho debe ser el campo de los juristas prácticos como sucedió cuando el Derecho romano alcanzó su máxima autoridad y sucede en el Derecho inglés, en cuanto constituyen la mayor expresión del reconocimiento de las libertades ciudadanas y la mayor estabilidad social, económica y política.

El Idealismo alemán, de la mano de Hegel, Kant y Marx, construyó el armazón del concepto abstracto y racional del Estado de la Contemporaneidad, que al igual que el Positivista Comte consideran capaz de autodirigirse con carácter objetivo y hasta científico por encima de coyunturas y turbulencias políticas y, por ello, su imputación política y jurídica, desterrando al Derecho al campo de la filosofía mientras que el *common law* es realista, al concebir al Derecho como manifestación

directa del orden espontáneo y típico quehacer de los juristas.

En el Derecho del poder no cabe la figura del jurista entendida en su sentido histórico y tradicional por el desplazamiento de la *auctoritas* del Derecho a la ley, que produce una neutralización política de la decisión jurídica.

La causa por lo que se aborda de esta manera el estudio del Derecho Administrativo tiene por objeto acreditar que, aunque su origen más próximo debe situarse en el fenómeno del poder público producido tras la Revolución Francesa, sus antecedentes deben situarse en un fenómeno que se localiza en las monarquías Absolutas ( tras el Edicto de Saint Germain de 1641 no podían conocer los justicias ordinarios de las cuestiones Administrativas), con el fenómeno de concentración del poder público y su creciente actividad y protagonismo, lo que debe producir un cambio de interpretación del fenómeno, en el que tampoco la idea que se defiende en la tesis respecto de la Revolución Francesa puede considerarse ortodoxa con lo que habitualmente se considera.

También se aborda desde esta perspectiva más amplia el fenómeno de configuración de los Tribunales, en que no se puede postergar el principio heterocompositivo y el carácter vicarial del poder público respecto de la sociedad.

En la tesis doctoral se aborda la cuestión referida al trasfondo moral de la democracia y los peligros que encierra la partitocracia, el elevado número de leyes en el actual Estado de Derecho, sus fallas de calidad y claridad y su poco riguroso cumplimiento, también dependiendo de los casos, a lo que se une la polémica de las categorías de las leyes materiales y formales, las leyes singulares y plan, y el intento que se lleva a cabo en algunas ocasiones de dictar leyes para evitar el cumplimiento de la sentencias, lo que ya se ha analizado por el Tribunal Constitucional español.

Se considera necesario tener presente los elementos precisos para llevar a cabo un examen del debido concepto de Derecho sin los que no se puede valorar el fenómeno del Derecho Administrativo. No se puede llevar a cabo un adecuado examen del Derecho Administrativo sin el examen de lo que se debe considerar Derecho, para lo que es preciso tener presente la evolución de este concepto y la determinación del examen en que alcanzó su máximo esplendor. Tampoco se debe obviar el análisis del poder público que lo alumbró y en que se desarrolla como elemento más cualificado de su actuación. No se debe dejar de analizar a los Tribunales creados para el control de su actuación, especialmente, por los efectos que producen en la ciudadanía, lo que además nos puede aportar ideas sobre la naturaleza de tal fenómeno jurídico sustantivo.

Se trata de elementos críticos que deben constituir la base de cualquier estudio como especialmente lo constituye una tesis doctoral.

No se puede dissociar al Derecho de la realidad a que se refiere y en este sentido la jurisprudencia se acomoda de mejor manera a este postulado, ya que para cierta doctrina, tanto la ley

como el reglamento se centran en un aspecto de la realidad pero hacen abstracción del resto.

Tras la Revolución Francesa, que cerró las Facultades de Derecho entre 1779 y 1806 no se restablece la enseñanza del Derecho sino que se reinventa (ahora limitado a la ley y sus Códigos) por el peligro que suponía que el jurisdiccionalismo truncase la obra Revolucionaria (que implantó un constitucionalismo de poderes frente al de derechos), lo que se corrobora con la incapacidad de los jueces ordinarios para juzgar a la Administración y al Legislativo. Incluso hoy en día son muy pocos los autores que destacan que la verdadera voluntad de la Revolución francesa era evitar la separación de poderes, al modo en que hoy podía entenderse este concepto.

España y Portugal, que son dos países con una gran tradición jurídica y que han organizado durante siglos un imperio situado a más de 10.000 kilómetros, no siguen en el siglo XIX su modelo tradicional como hizo Inglaterra sino que tras derrotar a Napoleón, en líneas generales, copian su sistema, de ahí la importancia que se ha otorgado en cada momento histórico a su Constitución escrita, cuyo número, en España solo ha sido superado por la propia Francia, destacando diversos autores su fracaso, especialmente, por haber sido derribadas todas ellas merced a fenómenos tumultuosos o violentos, en vez de a través del sistema que preveía el propio texto Constitucional.

Se destaca en la tesis doctoral que los mayores imperios: romano, español, portugués e inglés no han tenido un Derecho Administrativo como tal, que Francia y Alemania (que no lo han tenido o les ha durado apenas décadas) consideran necesario para el gobierno de lo público y que, precisamente, han resultado los más directos protagonistas de las mayores desgracias conocidas por la Humanidad.

A diferencia del Continente no puede considerarse que en Inglaterra triunfara la monarquía Absoluta sino el Parlamentarismo, al que lo basculó el Liberalismo y evitando el Absolutismo enervó el fenómeno de concentración del poder público y su manifestación en la creación de una justicia privativa del rey, o sea del poder público, extremo que no se consiguió en la Península Ibérica, en donde aparecen fugaces intentos con el fin de someter a la Administración a los Tribunales ordinarios y del que puede ser un ejemplo elocuente, la Constitución Española de 1869. Esta tensión finalmente desapareció en España y en el resto del Continente con la creación de los Tribunales Administrativos, incluso con normas de rango constitucional (como sucede en Portugal).

Se analizan en la tesis doctoral uno y otro sistema, merced a cuyo examen histórico parece acreditarse, por la experiencia anglosajona, que la mejor garantía de los derechos, la democracia y el orden constitucional se produce cuando la Constitución no escrita y, por lo tanto, más flexible, deriva de la costumbre política y la tradición Parlamentaria y ello frente a textos escritos de los que se hacen depender los derechos y que difícilmente otorgan estabilidad, contribuyendo a esta situación crítica el concepto de derecho subjetivo que volatiliza el sistema procesal realmente heterocompositivo (que constituye el núcleo duro civilizatorio) y que traslada el imaginario colectivo a los derechos, que pueden servir para una modificación del Derecho objetivo y esta inflación de los derechos ciudadanos constituye otra de las cuestiones propias de la modernidad.

Aunque originariamente el derecho subjetivo podía considerarse el reflejo del Derecho objetivo (Glosadores), su sustantivación (incluidos los derechos fundamentales) puede modificar al objetivo, adquiriendo verdadera trascendencia su ente garantizador (Estado), con los correspondientes efectos jurídicos de autorreferencia.

Este desplazamiento que se produce del orden procesal al sustantivo a través del derecho subjetivo, que tiene especial continuidad en el Estado de Derecho alemán, que es el que atribuye su elemento de protección al Estado, traslada, de un lado, el centro de gravedad de la persona a la colectividad por obra del contrato social y, de otro, gran parte del objeto del Derecho Privado al Público, lo que produce la falsa equiparación de Estado y Derecho, de la paz y armonía de la autoridad que se desprende de la resolución heterocompositiva de las controversias, al orden y seguridad que establece el orden del poder político público, con la carga de profundidad de la velada violencia que suponen las consecuencias del incumplimiento de las leyes y la legislación motorizada.

Lo que Bodín denomina soberanía era conocido en la monarquía hispánica como *suprema auctoritas* y cuya simple mención pone de manifiesto la diferencia entre una y otra concepción del poder.

Pudiera considerarse que tanto el Derecho en Roma, desarrollado por obra del pretor en la *datío o denegatio actionis* como en los *writs* que otorgaba el *curator* (dependiente del Rey) en Inglaterra constituyen una manifestación del poder público, que de esta manera condicionaba el Derecho, como puede pensarse que acontece con el derecho subjetivo en la Contemporaneidad. Frente a ello debe tenerse presente, que lo que se considera razón jurídica en Roma viene establecida, esencialmente, por la labor de los jurisconsultos y en el sistema inglés por las sentencias de los jueces, que carecen de ese elemento político, ya que los Tribunales constituyen el derecho de la tierra en esa mentalidad.

Lo relevante, en cualquier caso, no es la *potestas* sino la *auctoritas* de sus razonamientos, que si bien puede ser relevante en el primer momento es exclusiva de su mantenimiento posterior y como fuente del Derecho.

La independencia del Derecho respecto del poder político está basada en la jurisprudencia, que tiene de un modo muy específico por objeto, la ciencia que versa sobre lo tuyo y lo mío, ya que lo de cada uno es sagrado e indisponible para cualquiera que no sea su legítimo titular, lo que significa que el gobernante carece de potestad alguna para tomar, sin su consentimiento, lo de otro, para quedárselo para sí o para dárselo a un tercero.

Se analiza la expresión de García Enterría referida a la debida dedicación de los juristas, que para no constituir una vana ilusión, debe ser el patriotismo y la lucha por la libertad, subrayándose en la tesis doctoral, que nuestro sistema contencioso-administrativo es de paternidad y consanguinidad francesa y alemana, y que la libertad es la que se tiene no la que se otorga, una conclusión a la que se llega sobre la base del sistema de los derechos públicos subjetivos.

La “infancia difícil” del Derecho Administrativo (francesa) dio lugar a una adolescencia convulsa y peligrosa (alemana) y como es natural, a una madurez insatisfactoria, llena de lagunas en que no se alcanzan las deseables metas de la plena jurisdicción propia de un sistema heterocompositivo pleno, con una autoejecución de la sentencias por la propia Administración (en España que no en Portugal); declaraciones de inadmisibilidad por falta de jurisdicción o con relación al objeto del proceso en asuntos de interés general; la previsión legal de un excesivo número de recursos administrativos internos como medios de control del poder que perturban el restablecimiento del derecho del particular; el tratamiento del Derecho Parlamentario como si no se tratase de verdaderas normas jurídicas; los Tribunales Administrativos con perspectiva objetiva de control y ordenación de la Administración en vez de la subjetiva propia de la jurisdicción; y el otorgamiento al juez Administrativo, de unos poderes en la determinación del objeto del proceso que aparecen mezclados y obedecen a diferentes principios, arrojando al proceso a un resultado incierto según se apliquen unos u otros.

El resultado no puede ser más insatisfactorio cuando las supuestas técnicas avanzadas en las últimas décadas para el efectivo control de la Administración por los Tribunales con relación a los vicios de los actos administrativos, ya eran aplicadas en los *parlements* hace siglos.

Se aborda en la tesis la cuestión referente al desplazamiento del acto administrativo por la relación jurídica, como sucede en el resto de ramas del Derecho y no solo por la trascendencia que está adquiriendo en los últimos tiempos la actividad de los particulares en todos sus ámbitos: prestacional, servicio público, fomento e incluso en el ámbito de policía dentro de las autorizaciones de vínculo permanente sino porque la mención de acto administrativo nos sitúa en el superado ámbito de la Administración *contentieuse*.

También se trata la cuestión de la posible pérdida del derecho sustantivo sobre la base de aspectos procedimentales, breves de uno o dos meses para los particulares, con lo que implica de desigualdad, ya que la Administración dispone, en general, del plazo de prescripción para pronunciarse definitivamente sobre la materia.

En caso de mantenerse la jurisdicción Administrativa separada de la común, sin ningún tipo de integración, es procedente un replanteamiento de la misma a la vista del sistema subjetivo y de plena jurisdicción heterocompositiva de las controversias, con un trasvase importante en los principios y criterios de aquella a esta y una actuación de la Administración sin privilegios.

Si ya era tradicional la intervención del poder público en la sociedad a través de las técnicas de policía (limitación) o servicio público (tradicional fomento), en el Estado Social adquiere gran trascendencia su actividad prestacional, que en determinados aspectos puede vulnerar la interdicción de ayudas de Estado Comunitarias, adquiriendo gran protagonismo la vía de fomento (subvencional) de las conductas privadas como medio de alcanzar las metas que se consideran de interés general, ya que el poder público deja de ser árbitro (anglosajones) para ser director de la sociedad ( modelo Continental) con la consiguiente importancia del Derecho Administrativo, derivado de la enorme

absorción de competencias que lleva a cabo el poder público.

En este nuevo modelo de sociedad afectada por la globalización van adquiriendo gran protagonismo y ocupando un lugar preferente las multinacionales, horadando y colonizando el espacio que legítimamente correspondía a los denominados tres poderes del Estado: ya que, en tanto que generadoras de derechos y obligaciones van ganando espacio al Poder Legislativo, y con su actividad prestacional y asistencial al Ejecutivo, que en materia de policía o autorizatoria tiene un espacio propio en la declaración responsable y del Judicial a través del arbitraje, reapareciendo la polémica referente a la satisfacción del interés público a través de los entes privados o de las funciones que el Estado debe desempeñar. Estos cambios determinan que una parte de la doctrina, al referirse a la situación actual, consideren que el Estado ha basculado en el sistema.

En lugar del Derecho oficial aparece el que resulta del pacto o la autonormación social, con las consiguientes consecuencias en la resolución de los conflictos, imponiendo la correspondiente descentralización y desoficialización de las soluciones conflictivas, que adquieren incluso carácter institucional ( arbitraje) y un Derecho flexible denominado *soft law*.

La polémica es antigua y la pregunta de quién debe ser el guardián de la Constitución tiene una única respuesta: las virtudes cívicas de la ciudadanía, que determinarán una determinada organización social y política, como nos ha enseñado la historia. En Derecho inglés se conoce como “herencia invisible” a la civilización romana en cuanto que transmite, de generación en generación, un valor superior a los bienes materiales que se reciben por parte de aquellas sociedades que acreditan una estabilidad social, económica y política dentro del respeto de los derechos humanos.

## RÉSUMÉ DE LA THÈSE DOCTORALE

La thèse de doctorat vise à répondre à plusieurs questions, essentiellement, si le Droit est raison ou volonté, s'il est créé ou capté, s'il est la raison des juristes pratiques ou la volonté du prince ou de la nation, ou les deux ? Dans une position intermédiaire, on pourrait considérer que le Droit en tant que volonté de la nation est aussi une raison, mais quel type de raison et dans quelle mesure la raison juridique n'est-elle pas aussi la volonté des juristes pratiques ? Les caractéristiques particulières du Droit Administratif peuvent-elles affecter la nature même du Droit compte tenu de son expansion et de son impact social de nos jours ou est-il opportun que les litiges avec l'Administration soient résolus devant les mêmes Tribunaux que les litiges civils ou sur la base de principes identiques ou différents ?

Le Droit Administratif, en plus d'être utilisé pour l'organisation de l'Administration elle-même, est l'instrument par lequel celle-ci entre en relation avec la société et même, pour des raisons d'ordre public dans l'État Social et pour l'application du Droit Communautaire, il réglemente les relations entre les particuliers, ce qui conduit à son expansion dans des branches d'activité qui étaient jusqu'alors régies exclusivement par le Droit Privé, Il s'agit d'un phénomène qui peut avoir des conséquences sur le concept même de Droit, compte tenu de la nature, des caractéristiques et de l'idiosyncrasie du Droit Administratif, grâce à l'impact qu'il a sur la société, et dont l'importance croissante du Droit organisationnel peut être une manifestation, un aspect dans lequel le concept de puissance publique comme arbitre (anglo-saxons) ou directeur de la société (modèle continental) peut avoir une importance non négligeable.

La naissance de la juridiction Administrative comme juridiction exclusive de l'Administration (contentieux-administratif) provoque une situation déjà connue comme la lutte contre les immunités du pouvoir et une controverse sur l'indépendance des pouvoirs de l'État (est-ce que l'Administration juge ou administre ?), avec une transcendance dans l'organisation des Tribunaux, dans le but d'obtenir un contrôle judiciaire total du pouvoir public, en soulevant aussi la question de la commodité de l'existence de différents Tribunaux pour juger les relations entre les entités privées et publiques. Il s'agit de répondre à toutes ces questions dans la perspective de la fonction civilisatrice que le Droit a joué et doit jouer dans la société, afin de garantir la paix et le développement harmonieux et durable des aspirations des personnes qui la composent.

On considère que l'histoire, plutôt que d'expliquer le passé, est un élément essentiel pour connaître le présent et que ceux qui la connaissent honnêtement peuvent se prononcer avec plus de rigueur sur ce qui se passera dans le futur.

Il est entendu que l'étude du droit administratif ne peut être séparée, mais plutôt intégrée au phénomène juridique général et au droit de la réalité à laquelle il se réfère.

Le Droit, dans le cadre du développement de la civilisation auquel il a sans doute contribué et doit contribuer, naît pour résoudre les problèmes réels de la société, en rétablissant les relations sociales rompues qui sont restaurées par son intermédiaire. Elle naît de la base et donne, dans les manifestations civiles, le cachet de la justice.

C'est un élément réel, et non spéculatif, qui, pour assurer la stabilité, ne doit pas être une manière idéologique de diriger la société, ni le fruit d'une révolution mais d'une évolution.

L'histoire et l'examen de l'évolution du droit révèlent, d'une part, l'*auctoritas* qui a toujours représenté la résolution hétérocompositionnelle des conflits qui surgissent entre les membres ou les éléments qui composent la société et, d'autre part, l'importance des connaissances pratiques de juristes prestigieux appliquées à la résolution des conflits qui surgissent.

Le Droit romain a joui d'un grand prestige dans la civilisation Occidentale, mais pas la partie qui était contenue dans les constitutions impériales ou dans les édits des empereurs, mais le raisonnement juridico-pratique des jurisconsultes qui, après le Moyen-Âge et l'époque moderne à travers diverses Écoles et à travers son actualisation grâce au raisonnement juridique (Glossateurs, École des commentaires, Jurisprudence élégante, etc.... ) a conduit à la Codification, dans laquelle le pouvoir du pouvoir politique était fondé sur l'autorité de la raison juridique représentée par le Droit romain actualisé, lequel, en Allemagne, grâce au romantisme politique, est né d'une supposée captation de l'esprit du peuple.

La *common law* reconnaît la primauté de la loi comme source de Droit, qu'elle attribue également à la jurisprudence fondée sur la raison juridico-pratique.

La jurisprudence ne peut constituer une source de Droit que lorsque c'est la raison juridique qui se manifeste ainsi et donne l'égide de la correction et transmet ainsi son *auctoritas* à un système dans lequel cette idée détermine son système politique, ce qui n'est pas le cas dans les systèmes continentaux, dans lesquels l'*auctoritas* ne repose pas sur un corpus formé par la résolution hétérocompositionnelle de controverses concrètes mais sur l'élaboration, par ceux qui détiennent l'autorité politique, d'un catalogue abstrait de solutions.

Au Moyen Âge, divers éléments sont apparus qui allaient se poursuivre et se consolider à l'époque moderne, notamment la concentration du pouvoir public, d'abord entre les mains de monarques absolus, puis d'États-nations. Cette concentration de la puissance publique caractéristique de la modernité et de son développement peut laisser penser que la modernité est en réalité pré-médiévale, puisqu'il est sans doute admis que l'intronisation du droit romain classique à la fin du Moyen Âge, avec une continuité à l'époque moderne, est due à la volonté d'imiter la Rome impériale, ce qui certifierait ce courant de pensée.

La puissance publique déterminerait que, qualitativement et quantitativement, la loi serait la base essentielle du Droit, une norme juridique qui n'était plus considérée comme captée mais créée, ce qui s'est produit grâce à l'évolution suivante : le roi, de juge suprême, est devenu le faiseur de lois, d'abord par sa Pragmatique et même par les lois votées aux Cortes, qui seraient les siennes, et plus tard, après la Révolution française et dans les États contemporains, par les lois votées aux Parlements.

Les Réformes luthérienne et calviniste ne sont pas sans rapport avec le phénomène politique, ni avec le phénomène juridique, d'autant que les effets du pouvoir politique sur le droit, dont les origines remontent à Rome, avaient déjà commencé. Les Églises réformées ont donné tout pouvoir au civil et se sont placées sous son égide. Le libre examen est le précurseur du concept de raison des Lumières qui, privé d'autorité (catholicisme) et de tradition (droit anglais), entraînera la glorification du présent et de l'individualisme que l'on voulait canaliser dans la collectivité, puisque, contrairement aux thèses réalistes d'Aristote, de Saint Thomas et de Suarez, Hobbes, Locke, Rousseau et Kant, le dotent d'un nouveau concept de raison, et à travers les fictions contractuelles, Hobbes, Locke, Rousseau et Kant, lui confèrent un caractère volontaire et, étant librement acceptée par les sujets, elle justifierait un plus grand pouvoir de coercition et la non-reconnaissance du droit de résister contre un certain ordre constitué, ce qui se heurte au sens des droits de l'homme dans la tradition hispanique.

Cette glorification du présent a conduit à une société qui se caractérise par le bruit constant de nos oreilles et la captation de nos yeux par les instruments technologiques les plus variés, nous laissant soumis à la manifestation même des valeurs commerciales et au centre commercial qui a été créé à partir de nous-mêmes, là où une réflexion sincère et un dialogue raisonné avec les autres sont souhaitables, faire taire les bruits extérieurs afin que nous ne devenions pas esclaves de notre environnement et que nous soyons empêchés de remettre en question les divers impératifs auxquels nous soumettent ces prétendus idéaux de progrès, de réussite et de bonheur, en perdant nos sources personnelles, de sorte que la pensée orwellienne de persécution de la pensée indépendante et de l'individualisme original semble se confirmer.

La prépondérance du pouvoir civil et la concentration du pouvoir dans les monarchies absolues, ainsi que l'amélioration de leur Trésor, ont permis le développement croissant de leur activité pour le développement des travaux publics, activité qui, pour ne pas être entravée, a établi un système privé de contrôle de leurs propres actes, en dehors de la justice ordinaire, qui devait se tenir avec le bruit d'un procès s'il y avait un tiers intéressé, même si la lutte féodale/royale avait été réglée avec l'imposition de cette dernière, Cela a conduit à des tentatives de résistance de la part de ces juges ordinaires aux pouvoirs judiciaires de sanction et de promulgation des normes juridiques (enregistrement), qui, sur la base du jugement par la raison, juridiquement compris à la manière romaine et auquel on considérait qu'ils devaient répondre, ont conduit Montesquieu à formuler la demande de tenue d'"états généraux", qui devait être à l'origine de la Révolution française, laquelle a abouti à des résultats si différents.

L'utilisation de la raison comme instrument pour démêler la réalité n'est pas exclusive aux sociétés européennes directement influencées par la Révolution et les Lumières françaises, qui

défendent l'utilisation d'un certain concept de la raison. On peut également considérer que la raison est l'âme du droit et que le droit n'est rien d'autre que la raison perfectionnée par l'art, le résultat d'une longue étude, d'une observation et d'une expérience, et non la raison naturelle de chaque homme à la manière des Iusrationalistes.

On considère que la Révolution française n'obéit pas aux Lumières françaises (moins aux Anglaises et aux Américaines) et ne favorise rien d'autre que la tendance absolutiste de concentration de la puissance publique et de distraction de la justice, mais désormais entre les mains de la nation, c'est-à-dire de la bourgeoisie, qui pendant le Moyen Âge tardif et la Modernité a soutenu le roi pour phagocyter la noblesse et a fini par lui couper la tête, considérant qu'il pouvait diriger directement le navire de l'État.

La prétendue séparation des pouvoirs n'est rien d'autre qu'un tour de passe-passe ou un "vert Véronèse" qui nous détourne de la poursuite du pouvoir qui vient d'être exposé. En tout cas, les propos de Montesquieu ont été déformés, dans la mesure où il était favorable à la thèse de la noblesse, c'est-à-dire de la soumission totale au contrôle judiciaire de l'activité administrative, que les Révolutionnaires ont intégrée comme séparation des pouvoirs dans la réserve de la juridiction administrative.

En raison de ce qu'elle considérait comme une plus grande capacité de gestion, la bourgeoisie, à travers les pouvoirs de l'État, prit le contrôle d'une grande partie des biens publics et aussi d'une partie des biens privés de l'Église (à l'instar des actions des Églises réformées), au grave détriment des classes paysannes qui les travaillaient, et plus tard, avec les titres les plus divers, de l'utilisation des biens publics.

Dans ces circonstances, que Napoléon influencera effectivement, le premier développement du Droit Administratif ou public se fait sur la base théorique des principes de la division des pouvoirs, de la souveraineté populaire, des droits fondamentaux, de l'idée encore vague de la constitution, de la loi comme expression de la volonté générale, de sa formation par une chambre de représentants souveraine, du principe de légalité et de la position de l'Administration vis-à-vis des Tribunaux avec son propre système de contrôle.

Ce Pouvoir Public commence par la régulation croissante des relations entre les individus, à l'origine, par le biais des lois, et dans la deuxième étape du Droit Administratif, avec la crise du Libéralisme et l'apparition des partis politiques, des syndicats de classe et de la société de masse, par le biais du Gouvernement et de son élément d'action le plus caractéristique, la régulation, qui a son développement le plus accentué dans l'Etat de Droit Social et Démocratique.

On considère dans la thèse que la conception correcte des droits de l'homme (êtres humains, et non personne ou sous-objet) est la conception hispanique, qui s'est incarnée dans la seconde scolastique et qui, grâce au lien de Philippe II avec l'Angleterre, et de ce pays et des Pays-Bas, est passée aux colonies anglaises en Amérique du Nord, ce qui les a déformées, puisque ce qui a été maintenu

était l'individualité, ce qui est contraire à la tendance moderne de définir le politique-juridique par sa référence à la volonté collective.

Les droits de l'homme sont la conséquence et obéissent à une certaine conception et à un développement historique basé sur la considération d'être propres à la dignité humaine, antérieurs et supérieurs à toute forme d'organisation, qui ne les crée pas mais les reconnaît, ce qui s'entend en contradiction avec leur configuration dans les catalogues de reconnaissance et a été accrédité avec les différentes générations de la première à la cinquième, ce qui les place sous le protagonisme de l'État, qui jusqu'à présent a joué un rôle très négatif dans leur respect et leur protection, et met en évidence l'erreur de la conceptualisation comme volonté collective, comme cela vient d'être expliqué.

Si dans la monarchie absolue tous les pouvoirs émanaient du roi qui les recevait directement de Dieu, et bien que l'origine des droits de l'homme inhérents à la dignité humaine soit maintenue, en réalité, ils proviennent d'un tel pouvoir absolu désormais entre les mains des États-nations ou par cession de leur souveraineté aux organismes internationaux dans lesquels ils la déposent.

Le système anglais est opposé à de tels catalogues et les considère comme une manifestation du droit qui doit remonter à la surface par le biais du juge indépendant. On peut considérer que de la révolution, et pas seulement de la révolution française, qui en est la mère, peu de choses peuvent être célébrées et pas exactement ce qui était prévu, puisqu'avec tout le monde et personne on a perdu la liberté, on a perdu la raison et on a tordu le droit de l'individu, qui étaient les principes qui la légitimaient, puisqu'il n'y a pas de libertés sans liberté et que les droits ne peuvent être que des droits individuels.

La Révolution française a déclaré le Droit et constitué l'État, la Révolution constitutionnelle, c'est ainsi qu'elle peut être le mieux décrite, mais elle n'a institué que l'entité politique, pas le droit individuel, de sorte que la raison d'État est en fait devenue le Droit, et c'est la Codification qui, en particulier, établit et maintient effectivement la supplantation, puisque sur la base de l'auctoritas du Droit traditionnel, le pouvoir politique est légitimé et la déformation du politique en juridique commence, à grande échelle.

La non-admission par le Tribunal constitutionnel et la Cour européenne des droits de l'homme d'un recours d'amparo pour violation des droits de l'homme avec la simple mention du précepte qui le permet, sans autre motivation, et même si la violation est reconnue mais sans plus d'importance que celle de l'affaire, est contraire au concept même des droits de l'homme et révèle sa conception artificielle sur la base instable de droits subjectifs ou publics subjectifs.

Il ne peut y avoir de dissociation entre la société et la puissance publique qui la sert sans que l'existence d'une juridiction différente et privative pour résoudre les divergences de l'une ou l'autre soit réalisable, étant donné le caractère civilisateur du principe d'hétérocomposition.

L'appel selon lequel le système de la juridiction continentale ou séparée favorise un plus grand contrôle de l'activité de l'Administration n'est rien d'autre que la ficta confessio de la déviation de la fonction à exercer par les juges. Il s'agirait également d'une justification qui n'est pas vraie, compte tenu du fait que le véritable contrôle de l'administration s'effectue dans le cadre de la procédure pénale, comme cela a été accrédité ces derniers temps, ce qui montre également son échec.

La doctrine soutient qu'au cours du XIXe siècle, il y a eu une dissociation entre le pouvoir public et la société, qui s'est réconciliée dans la deuxième étape du Droit Administratif à travers l'État Social, la société ayant récemment acquis un plus grand rôle dans les tâches qui avaient été assumées par l'État, mais elle ne doit pas être perdue de vue dans ces analyses, cependant, il ne faut pas perdre de vue que le noyau essentiel du Droit est la personne, ce qui détermine un concept subjectif de juridiction, en dehors du système objectif des Tribunaux comme organes de contrôle du pouvoir et comme canal de divers éléments qui s'affrontent dans la détermination de l'objet du procès à travers les pouvoirs du juge dans le procès contentieux-administratif espagnol et portugais.

Comme réminiscence de ce que l'on croyait avoir surmonté, a fleuri le nouveau pourvoi en cassation, introduit en Espagne par la Loi 7/2015, qui, en abstrayant une partie du procès (et donc en le dénaturant par l'ordonnance d'admission dans la détermination de l'intérêt objectif du recours) réalise, à proprement parler, une interprétation réglementaire des règles, ce qui était interdit aux cours de justice depuis Rome, interdiction qui figure même expressément dans certains Codes civils aujourd'hui.

Après la Révolution française, le Droit Administratif a pris une importance croissante et, en tant que manifestation de la puissance publique, il est très présent dans l'État social, occupant une grande partie de la réalité, non seulement en raison de l'activité croissante des pouvoirs publics et de son reflet dans la société, mais aussi dans la régulation des relations privées basée sur le concept d'intérêt public qui est défendu, en raison des principes qui sont considérés comme appropriés.

Le Droit Administratif est également utilisé de manière privilégiée par la Communauté européenne pour réaliser l'unité et l'intégration, que ce soit par des règles juridiques directement applicables (règlements) ou par la canalisation du travail des États vers la réalisation d'un objectif (directives).

Il est inacceptable que le Droit Public envahisse progressivement le domaine traditionnel du Droit Privé dans la coordination des activités individuelles, et ceci en se basant sur la considération que la puissance publique ne fournit pas seulement des services en faveur d'un ordre mais qu'elle fait réellement fonctionner le pays, et donc, la considération du Droit Privé comme temporairement tolérée.

Mais le Droit Administratif est celui de l'organisation (une tâche qui n'a pas non plus la justice parmi ses objectifs essentiels), celui de la subordination et du verticalisme descendant, qui a une transcendance dans l'importance croissante de l'organisation par rapport aux tâches sur lesquelles elle se projette, dont la performance est réellement transcendante et favorise le développement

économique, social et technologique de manière plus directe.

Traditionnellement, le Droit était compris comme une opération qui imprégnait de bas en haut, comme une manifestation de l'ordre spontané qui devait marquer le libre développement de la société, alors que le Droit Administratif se caractérise par son imposition de haut en bas. Le Droit et la liberté sont inséparables, pas incompatibles.

La création d'une juridiction privative de Droit Administratif par le pouvoir public génère le phénomène déjà connu par la doctrine comme kidnapping, et comme le kidnapper tend à abuser de sa position, il donne lieu à des phénomènes tels que celui désigné comme la lutte contre les immunités du pouvoir, qui a comme champs de bataille, entre autres, la discrétion administrative, la compétence pour la détermination de concepts juridiques indéterminés, les réserves de juridiction, les actes politiques du Gouvernement et l'assujettissement ou non à son champ d'application de certains actes et procédures Parlementaires hors du contrôle attribué à la Cour Constitutionnelle.

La thèse doctorale soutient qu'en matière Administrative, il devrait se passer la même chose qu'avec les concepts juridiques indéterminés en matière civile, commerciale ou de travail, qui sont déterminés par le juge sans aucune sorte de restrictions, et ne pas agir avec cette normalité juridictionnelle signifie reconnaître une réserve de juridiction incompatible avec l'État de Droit, une incapacité des Tribunaux à juger l'Administration et, avec cela, un leadership de la politique ou de l'Administration sur le Droit. La question de savoir si un conflit a une substance politique devrait être aussi peu pertinente pour le juge et la loi que les conflits civils, criminels, commerciaux ou du travail.

Une fois que la Constitution a été adoptée par la nation, tous les organes de l'État sont également soumis aux règles de droit, qui ne le seraient pas si elles manquaient d'efficacité pratique. Comme c'est le cas pour les actes discrétionnaires, il faut au moins permettre un contrôle judiciaire de la procédure, de la compétence et de la finalité.

## SUMMARY OF THE DOCTORAL THESIS

This doctoral thesis aims to answer several questions, essentially whether Law is reason or will, whether it is created or captured, whether it is the reason of practical jurists or the will of the prince or the nation, or both. From an intermediate position, it could be considered that law as the will of the nation is also reason, but what kind of reason and to what extent is legal reason not also the will of practical jurists? Can the peculiar characteristics of administrative law affect the very nature of law in view of its expansion and social impact today?

Administrative Law, in addition to being used for the organisation of the Government Administration itself, is the instrument through which it is related to society; and even, for reasons of public order in the Social State and for the implementation of Community Law, regulates relations between private individuals, leading to its expansion into branches of activity which until now had been regulated exclusively by Private Law. This is a phenomenon that may have consequences for the concept of law itself, in view of the nature, characteristics and idiosyncrasy of Administrative law, due to the impact it has on society and of which the growing importance of organisational law may be a manifestation, an aspect in which the concept of public power as arbitrator (Anglo-Saxon model) or director of society (Continental model) may have no little significance.

The birth of Administrative jurisdiction as a jurisdiction exclusive to the Administration (contentious-administrative) provokes a situation already known as the struggle against the immunities of power and a controversy over the independence of the powers of the State (Is judging the administration an act of judging or an act of administering?), with transcendence in the organisation of the Courts, with the aim of achieving full judicial control of public power and also raising the question of the advisability of the existence of different Courts to judge relations between private and public entities; and whether this should be done on the basis of the same or different procedural principles.

The aim is to respond to all of these questions from the perspective of the civilising function that Law has played and should play in society, in order to guarantee peace and harmonious and sustainable development of the aspirations of the people.

It is considered that history, rather than explaining the past, is an essential element for knowing the present and that those who understand it honestly can say with greater rigour what will happen in the future.

It is understood that the study of administrative law cannot be separated from, but rather integrated, with the general legal phenomenon; nor the law from the reality to which it refers.

Law, within the development of civilisation to which it has undoubtedly contributed and to which it must contribute, arises to solve the real problems of society, re-establishing broken social relations that are restored through it. It arises from the bottom up and gives, in civil manifestations, the stamp of justice.

It is a real element, not a speculative one, which, in order to provide stability, must not be an ideological way of managing society, nor the fruit of revolution, but of evolution.

History and an examination of the evolution of law reveal, on one hand, the *auctoritas* that has always represented the heterocompositional resolution of conflicts that arise between the members or elements that make up society and, on the other hand, the importance of the practical knowledge of prestigious jurists applied to the resolution of conflicts.

Roman Law has enjoyed great prestige in Western civilisation, but not the part that was contained in the imperial constitutions or in the edicts of the emperors, but the legal-practical reasoning of the juriconsults which, after the Middle and Modern Ages through various Schools and through its updating thanks to legal reasoning (Glossators, School of Commentaries, Elegant Jurisprudence, etc.... ) led to the Codification, in which the power of political power was founded with the authority of legal reason, which represented the updated Roman Law, which in Germany, thanks to political Romanticism, was produced through a supposed capture of the spirit of the people.

The common law recognises the primacy of the law as the source of law, which it also attributes to jurisprudence based on legal-practical reasoning.

Jurisprudence can only constitute a source of Law when it is legal reason, that manifests itself in this way and is what gives the aegis of correctness and thereby transmits its *auctoritas* to a system in which this idea determines its political system; which is not the case in Continental systems, where *auctoritas* does not rest on a corpus formed by the heterocompositional resolution of factual controversies but on the elaboration, by those who hold political authority, of an abstract catalogue of solutions.

In the Middle Ages, various elements appeared that were to continue and be consolidated in modern times, including the concentration of public power, first in the hands of absolute monarchs and later in nation-states. This concentration of public power characteristic of modernity and its development may lead to think that modernity is really pre-medieval, since it is undoubtedly accepted that the enthronement of classical Roman Law in the late Middle Ages, with continuity in the Modern Age, is due to the desire to emulate Imperial Rome.

Public power would determine that, qualitatively and quantitatively, norms and regulations would be the essential basis of Law, a legality that was no longer considered to be captured but created, which occurred thanks to the following evolution: the king, as supreme judge, became the maker of

laws through, firstly, his Pragmatics and even the laws passed in Parliament, which would be his own, and later, after the French Revolution and in contemporary states, thanks to the laws passed in Parliaments.

The Lutheran and Calvinist Reformations are not irrelevant to the political and legal phenomena, especially since the effects of political power in law, whose origins can already be traced back to Rome, had already begun.

The Reformed Churches will give all power to the civilian authorities and placed themselves under their aegis. Free examination was the forerunner of the Enlightenment concept of reason, which, deprived of authority (Catholicism) and tradition (English law), would bring with it the glorification of the present and the individualism that was to be channelled into collectivity, as opposed to the realist theses of Aristotle, St. Thomas and Suárez, and through contractual fictions, Hobbes, Locke, Rousseau and Kant, endow it with a voluntary character and, being freely accepted by the citizens, it would justify a greater power of coercion and the non-recognition of the right to resist against a certain constituted order, which clashes with the sense of human rights in the Hispanic tradition.

This glorification of the present has led to a society that is characterised by the constant noise of our ears and the capture of our eyes through the most varied technological instruments, being subjected to the very manifestation of commercial values and the commercial centre that has been created of ourselves, being desirable a sincere reflection and a reasoned dialogue with others, silencing external noises so that we do not become slaves to our surroundings and are prevented from questioning the various imperatives to which these supposed ideals of progress, success and happiness bond us, losing our personal sources, so that the Orwellian thought of persecution of independent thought and original individualism seems to be confirmed.

The preponderance of civil power and the concentration of power in the Absolute monarchs, together with the improvement of their Treasury, allowed the growing development of their activity for the development of public works, an activity which, in order not to be hindered, established a private system of control of their own acts, outside the ordinary justice system, which had to be held with the noise of a trial if there was an interested third party, even though the feudal/royal struggle had been settled with the imposition of the latter.

This led to attempts of resistance from these ordinary judges to the judicial powers of sanction and promulgation of legal norms (*enregistrement*), which, on the basis of judgement through reason, legally understood in the Roman way and with which it was considered that they had to respond, led Montesquieu to formulate the request to hold “estates general”, which was to be the origin of the French Revolution, which led to such different results.

The use of reason as an instrument to unravel reality is not exclusive to European societies directly influenced by the Revolution and French Enlightenment, which defends the use of a certain

concept of reason, and it can also be considered that reason is the soul of Law and that Law is nothing other than reason perfected by art, the result of long study, observation and experience, and not of the natural reason of each man in the Iusrationalist way.

It is considered that the French Revolution does not obey the French Enlightenment (less so the English and American) and only favoured the Absolutist tendency of concentration of public power and the distraction of justice, but now in the hands of the nation (i.e. the bourgeoisie, which during the Late Middle Ages and Modernity supported the king to phagocytise the nobility and ended up cutting off his head) considering that he could directly steer the ship of state.

The so-called separation of powers is nothing more than the sleight of hand or the “Green Véronèse” that distracts us from the pursuit of the power that has just been outlined. In any case, Montesquieu's words have been distorted, insofar as he was in favour of the thesis of nobility, that is, of total subjugation to judicial control of administrative activity, which the Revolutionaries integrated as separation of powers in the reserve of administrative jurisdiction.

As a result of what they considered to be a greater capacity to manage, the bourgeoisie, through the powers of the State, took control of a large part of the public property and also of a part of the private property of the Church (similar to the actions of the Reformed Churches), to the serious detriment of the peasant classes who worked them, and later, with the most diverse titles, of the use of public property.

In these circumstances, which Napoleon would effectively influence, the first development of administrative or public law took place on the theoretical basis of the principles of the division of powers, popular sovereignty, fundamental rights, the still vague idea of the constitution, the law as an expression of the general will, its formation by a supremely sovereign chamber of representatives, the principle of legality and the position of the Administration vis-à-vis the courts with its own system of control.

This public power begins with the growing regulation of relations between individuals, originally through laws, and in the second stage of Administrative Law, with the crisis of Liberalism and the emergence of political parties, class unions and mass society, through the Government and its most characteristic element of action, regulations, which has its most accentuated development in the Social and Democratic State of Law.

It is considered in the thesis that the correct conception of human rights (human beings, not person or *sub-jectum*) is the Hispanic one, which was embodied in the Second Scholasticism and that thanks to the connection of Philip II with England, and from that country and the Netherlands it passed to the English colonies of North America, which deformed them, since what was maintained was individuality, which is contrary to the modern tendency to define legal politics by its reference to the collective will.

Human rights are a consequence and obey a certain conception and historical development based on the consideration of being proper to human dignity, prior and superior to any form of organisation, which does not create them, but recognises them, which is understood to be inconsistent with their configuration in catalogues of recognition and has been accredited with the various generations from the first to the fifth, which places them under the protagonism of the State, which until now has played a very negative role in their respect and protection, and highlights the error of the conceptualisation as collective will, as has just been explained.

If in the Absolute monarchy all powers emanated from the king who received them directly from God, and although the origin of human rights inherent in human dignity is maintained, the truth is that they come from such absolute power now in the hands of the nation-states or by cession of their sovereignty to the international bodies in which they deposit it.

The English system is opposed to such catalogues and considers them to be a manifestation of the law which must come to the surface through the independent judge.

It can be considered that from revolutions, not only the French revolution, which is the mother, little can be celebrated and not exactly what was foreseen, since with everyone and no one, freedom was lost, reason was lost and the right of the individual was twisted, which were the principles that legitimised it, since there are no liberties without freedom and rights can only be individual rights.

The French Revolution declared Law and established the State, the Constitutional Revolution, which is how it can best be described, but it only instituted the political entity, not individual law, so that the reason of the State has in effect become Law, and it is the Codification that, in particular, establishes and effectively maintains the supplanting, since on the basis of the *auctoritas* of traditional Law, political power is legitimised and the distortion of the political as legal begins, on a large scale.

The non-admission by the Constitutional Court and the European Court of Human Rights of an application for “amparo” for violation of human rights with the mere mention of the precept that allows it, without further reasoning, and even when the violation is recognised but without greater significance than that of the case, is contrary to the very concept of human rights and reveals its artificial conception on the unstable basis of subjective or public subjective rights.

There can be no dissociation between society and the public power that serves it without the existence of a different and privative jurisdiction to resolve differences in one or the other being feasible, given the civilising character of the heterocompositional principle.

The appeal that the system of Continental, or separate jurisdiction, favours greater control over the activity of the Administration is nothing more than the *ficta confessio* of the departure from the function to be carried out by the judges. It would also be a justification that is not true, in view of the

fact that the real control of the administration is carried out in criminal proceedings, as has been accredited in recent times, which also shows its failure.

Authors maintain that during the 19th century there was a dissociation between public power and society, which was reconciled in the second stage of Administrative Law through the Social State, with society recently acquiring a greater role in the tasks that had been assumed by the State, but we should not lose sight in these analyses. We should not lose sight of the fact that the essential nucleus of Law is the person, which determines a subjective concept of jurisdiction, outside the objective system of the Courts as organs of control of power and as a channel of diverse elements that clash in the determination of the object of the process through the powers of the judge in the Spanish and Portuguese contentious-administrative process.

As a reminiscence of what was understood to have been overcome, the new "Appeal in Cassation" flourished, introduced in Spain by Law 7/2015, which, by abstracting part of the process (and therefore denaturalising it through the admission order in the determination of the objective appeal interest) carries out, properly speaking, a regulatory interpretation of the rules, which was prohibited to the courts of justice since Rome, a prohibition that even appears expressly in some civil codes today.

After the French Revolution, Administrative Law became increasingly important and, as a manifestation of public power, it has a strong presence in the Social State, occupying a large part of reality, not only due to the growing activity of the public authorities and its reflection in society, but also in the regulation of private relations based on the concept of public interest that is defended, as a result of the principles that are considered appropriate.

Administrative law is also used in a preferential manner by the European Community to achieve unity and integration, whether through directly enforceable legal rules (Regulations) or through the channelling of the work of the States towards the achievement of an end (Directives).

It is unacceptable that Public Law is progressively invading the traditional field of Private Law in the coordination of individual activities, and this is based on the consideration that the public powers not only provide services in favour of an order but that it really makes the country work, and therefore, the consideration of Private Law as temporarily tolerated.

But Administrative Law is that of organisation (a task that does not have justice among its essential goals either), of subordination and top-down verticalism, which has transcendence in the growing importance of organisation in relation to the tasks on which it is projected, the performance of which is the truly transcendent and most directly favours economic, social and technological development.

Traditionally, Law was understood as a bottom-up operation, as a manifestation of the spontaneous order that should mark the free development of society, whereas Administrative Law is characterised by its top-down imposition. Law and freedom are inseparable, not incompatible.

The creation of a privative jurisdiction of Administrative Law by the public power generates the phenomenon already known by the doctrine as kidnapping; and as the kidnapper tends to abuse his position, it gives rise to phenomena such as that designated as the fight against the immunities of power, which has as battlefields, among others, administrative power of decision, competence for the determination of indeterminate legal concepts, reservations of jurisdiction, the political acts of the Government and the subjection or not to its scope of certain acts and Parliamentary procedures outside the control attributed to the Constitutional Court.

This doctoral thesis argues that in administrative matters, the same thing should happen as happens with indeterminate legal concepts as in civil, commercial or labour matters, which are determined by the judge without any kind of restrictions; and not acting with such jurisdictional normality means recognising a reservation of jurisdiction incompatible with the Rule of Law, an incapacity of the Courts to judge the Administration and, with this, a leadership of politics or government over the Law. Whether a controversy has political substance should be as irrelevant for the judge and the law as a civil, criminal, commercial or labour dispute.

Once the Constitution has been adopted by the nation, all state organs are equally subject to the legal rules, which would not be such if they lacked practical effectiveness. As in the case of discretionary acts, judicial control of procedure, competence and purpose must at the very least be admissible.

It is said that the rule of law controls political power, but if it is created by the will of political power, this is in fact nothing more than a tautology. However, the fact that the law is significantly influenced by the legal-practical reason determined by expert legal experts is consistent with the statement, hence the difference that is pointed out between the political-legal and legal-political systems and the differences that occur. Democracy is only a system or a path that can lead to freedom or servitude, to civilisation or barbarism, to well-being or misery, depending on its citizens.

Despite the twists and turns, the concept of public or general interest is nothing other than the common interest designated by St. Thomas. It is not only that expressed by the legislature, since the government participates in its determination, and not only unilaterally, but also with social participation, including the judiciary, and obviously the Constitutional Court, in the purification of this principle in the laws; but also the ordinary courts, making clear what "The Saint" said: that the most qualified members of society, who are not necessarily the representatives of all, participate in its determination.

Undoubtedly, the fact that a legal system conditions the political model and development, as is the case with common law, favours stability and civilisational development to a greater extent than one in which the law is the fruit of political will, which is manifested not only in the law but also in an important control of its application through the growing importance of organisation, thanks to the governing bodies of the judges and the essentially political conformation of the Constitutional Court. An analysis is made of the international treaties signed by Spain aimed at achieving the desired judicial independence, as well as STC 108/86 and the SSTEDH of 6 November 2018 and the previous one handed down by the Fourth Section of the same court in a case concerning Portugal, but whose doctrine must be understood as applicable to the entire scope of the Convention.

Another phenomenon that produces this situation of hijacking of the law by the State is known as the “Stockholm syndrome”, which derives from the lack of citizen reaction to this political-legal model due to the proven difference in the results with the legal-political model. Common law is a political system, not a strictly legal one, as the Anglo-Saxons never get tired of repeating, as contrary to the way it is considered on the continent.

Undoubtedly, law must be the field of practical jurists, as it was when Roman law reached its highest authority and as it is in English law, insofar as this constitute the greatest expression of the recognition of civil liberties and the greatest social, economic and political stability.

German Idealism, with the help of Hegel, Kant and Marx, built the framework of the abstract and rational concept of the contemporary state, which, like the positivist Comte, consider capable of being self-directed with an objective and even scientific character, above political conjunctures and turbulences and, therefore, its political imputation to the state, and therefore its political and legal imputation, banishing law to the field of philosophy; whereas common law is realist, conceiving law as a direct manifestation of the spontaneous order and typical work of jurists.

In the law of power, there is no place for the character of the jurist understood in its historical and traditional sense, due to the displacement of the *auctoritas* of law to norms, which produces a political neutralisation of legal decisions.

The reason why the study of Administrative Law is approached in this way is to prove that, although its closest origin must be found in the phenomenon of public power produced after the French Revolution, its antecedents must be found in a phenomenon that can be traced back to the Absolute monarchies (after the Edict of Saint Germain in 1641, the ordinary justices could not hear administrative matters), This must produce a change of interpretation of the phenomenon, in which the idea defended in the thesis with respect to the French Revolution cannot be considered orthodox with what is usually considered. The phenomenon of the configuration of the courts, in which the heterocompositional principle and the vicarious nature of public power in relation to society cannot be postponed, is also approached from this broader perspective.

This doctoral thesis deals with the question of the moral background of democracy and the dangers of partitocracy, the high number of laws in the current Rule of Law, their lack of quality and clarity and their lack of rigorous compliance, also depending on the case, to which is added the controversy of the categories of material and formal laws, singular and plan laws, and the attempt that is sometimes made to dictate laws to avoid compliance with sentences, which has already been analysed by the Spanish Constitutional Court.

It is considered necessary to bear in mind the elements necessary to carry out an examination of the proper concept of law, without which the phenomenon of administrative law cannot be assessed. An adequate examination of Administrative Law cannot be carried out without an examination of what should be considered Law, for which it is necessary to bear in mind the evolution of this concept and the determination of the examination in which it reached its maximum splendour. Nor should the analysis of the public power that gave birth to it and in which it develops as the most qualified element of its action be overlooked. We should not fail to analyse the Courts created to control its actions, especially because of the effects they produce on the citizenry, which can also provide us with ideas on the nature of this substantive legal phenomenon.

These are critical elements that should form the basis of any study, especially a doctoral thesis.

Law cannot be dissociated from the reality to which it refers, and in this sense, jurisprudence is best suited to this postulate, since for certain doctrine, both law and regulation focus on one aspect of reality but abstract from the rest. After the French Revolution, which closed the Faculties of Law between 1779 and 1806, the teaching of Law was not re-established but reinvented (now limited to the law and its Codes) due to the danger of jurisdictionalism truncating the work of the Revolution (which established a constitutionalism of powers as opposed to that of rights), which is corroborated by the inability of ordinary judges to judge the Administration and the Legislature. Even today, very few authors stress that the real intention of the French Revolution was to avoid the separation of powers, in the way in which this concept could be understood today.

Spain and Portugal, two countries with a long legal tradition that during centuries have organised an empire more than 10,000 kilometres apart, did not follow in the 20th century the same legal tradition as the French. In the 19th century, they did not follow their traditional model as England did, but after defeating Napoleon, in general terms, they copied his system, hence the importance given at each historical moment to their written Constitution, the number of which, in Spain, has only been surpassed by France itself, with various authors highlighting its failure, especially because they were all overthrown thanks to tumultuous or violent phenomena, rather than through the system envisaged by the Constitutional text itself.

This doctoral thesis highlights the fact that the major empires: Roman, Spanish, Portuguese and English, have not had an Administrative Law as such, which France and Germany (which have not had it or have only had it for decades) consider necessary for the government of the public sphere

and which, precisely, have been the most direct protagonists of the greatest misfortunes known to mankind.

Unlike on the Continent, it cannot be considered that in England the Absolute monarchy triumphed, but rather Parliamentarism, which was overturned by Liberalism and avoided by Absolutism, which encouraged the phenomenon of concentration of public power and its manifestation in the creation of a justice system exclusive to the king, that is, of public power, an extreme that was not achieved in the Iberian Peninsula, where fleeting attempts were made to subjugate the Administration to the ordinary Courts. The Spanish Constitution of 1869 is an eloquent example. This tension finally disappeared in Spain and in the rest of the continent with the creation of the Administrative Courts, even with rules of constitutional rank (as in Portugal).

This doctoral thesis analyses both systems, whose historical examination seems to prove, based on the Anglo-Saxon experience, that the best guarantee of rights, democracy and constitutional order is produced when the unwritten and therefore more flexible Constitution derives from political custom and Parliamentary tradition, as opposed to written texts on which rights are made to depend and which hardly provide stability, Contributing to this critical situation is the concept of subjective law, which volatilises the truly heterocompositional procedural system (which constitutes the hard core of civilisation) and transfers the collective imaginary to rights, which can serve to modify objective law, and this inflation of citizens' rights is another of the issues of modernity.

Although originally subjective law could be considered a reflection of objective law (Glossators), its substantification (including fundamental rights) can modify objective law, with its guarantor (the State) acquiring true transcendence, with the corresponding legal effects of self-reference.

This shift from procedural to substantive normativism through the subjective right has a special continuity in the German rule of law, which attributes its element of protection to the State, shifts, on the one hand, the centre of gravity from the individual to the collectivity through the social contract and, on the other, a large part of the object of private law to public law, which produces the false equating of State and Law, of the peace and harmony of authority resulting from the heterocompositional resolution of disputes, to the order and security established by the order of public political power, with the depth charge of the veiled violence of the consequences of non-compliance with laws and motorised legislation.

What Bodin calls sovereignty was known in the Hispanic monarchy as *suprema auctoritas*, the mere mention of which reveals the difference between the two conceptions of power.

It could be considered that both the Law in Rome, developed by the work of the praetor in the *datío* or *denegatio actionis* and in the writs granted by the cursitor (dependent on the King) in England constitute a manifestation of public power, which in this way conditioned the Law, as could be thought

to be the case with subjective law in the contemporary period. In contrast, it should be borne in mind that what is considered legal reason in Rome is essentially established by the work of the jurists; and in the English system by the decisions of the judges, which lack that political element, since the Courts constitute the law of the land in that mentality.

What is relevant, in any case, is not the potestas but the auctoritas of their reasoning, which, although it may be relevant in first instance, is exclusive of its subsequent preservation and as a source of Law.

The independence of Law with respect to political power is based on Court Decisions, which has, in a very specific way as its object, the science which deals with what is yours and mine, since what belongs to everyone is sacred and unavailable to anyone other than its legitimate owner, which means that the ruler has no power whatsoever to take, without his consent, what belongs to another, to keep it for himself or to give it to a third party.

We analyse García De Enterría's expression referring to the due dedication of jurists, which, in order not to constitute a vain illusion, must be patriotic and the fight for freedom, is analysed, underlining in the doctoral thesis that our contentious-administrative system is of French and German parentage and consanguinity, and that freedom is that which is had, not that which is granted, a conclusion reached on the basis of the system of subjective public rights.

The "difficult childhood" of Administrative Law (French) gave way to a convulsive and dangerous adolescence (German) and, naturally, to an unsatisfactory maturity, full of gaps in which the desirable goals of full jurisdiction proper to a full heterocompositional system are not achieved, with self-execution of sentences by the Administration itself (in Spain but not in Portugal); declarations of inadmissibility for lack of jurisdiction or in relation to the object of the process in matters of general interest; the legal provision of an excessive number of internal administrative appeals as means of control of the power that disturb the restoration of the right of the individual; the treatment of Parliamentary Law as if they were not true legal rules; Administrative Courts with an objective perspective of control and organisation of the Administration instead of the subjective perspective of jurisdiction and the granting of powers to the administrative judge to determine the object of the process which appear to be mixed and obey different principles, leading process to an uncertain result depending on whether one or the other is applied.

The result could not be more unsatisfactory when the supposedly advanced techniques in recent decades for the effective control of the Administration by the Courts in relation to the defects of administrative acts were already applied in Parliaments centuries ago.

This thesis deals with the question of the displacement of the administrative act by the legal relationship, as happens in other branches of Law, and not only because of the transcendence that the activity of private individuals is acquiring in recent times in all its fields: service provision, public

service, promotion and even in the field of police within the authorisations of permanent link, but also because the mention of the administrative act places us in the surpassed field of the contentious Administration.

The question of the possible loss of the substantive right on the basis of procedural aspects (short. one or two months for individuals), is also addressed, with all that this implies in terms of inequality, since the Administration generally has the statute of limitations period to make a definitive pronouncement on the matter.

If the Administrative jurisdiction is kept separate from the common jurisdiction, without any kind of integration, it should be reconsidered in view of the subjective system and full heterocompositional jurisdiction of disputes, with a significant transfer of principles and criteria from the former to the latter, and action by the administration without privileges.

If the intervention of the public power in society was already traditional through the techniques of police (limitation) or public service (traditional promotion), in the Social State, its provision activity acquires great transcendence, which in certain aspects can violate the interdiction of Community State aid. The way of promoting (subsidising) private conduct as a means of achieving goals considered to be in the general interest takes on great importance, since the public power ceases to be an arbitrator (Anglo-Saxons) and becomes the director of society (Continental model) with the consequent importance of Administrative Law, derived from the enormous absorption of competences carried out by the public power.

In this new model of society affected by globalisation, multinationals are acquiring great prominence and occupying a preferential place, piercing and colonising the space that legitimately corresponded to the so-called three powers of the State: legislative power, as generators of rights and obligations, is gaining ground from the executive, which has its own space in the area of policing or authorisation in the declaration of responsibility, and from the judiciary through arbitration; and the controversy over the satisfaction of the public interest through private entities or the functions that the state should perform is reappearing. These changes have led some authors, when referring to the current situation, to consider that the state has been tilted in the system.

In the place of official law, the law resulting from social pacts (or self-formation) appears, with the consequent significances in the resolution of conflicts, imposing the corresponding decentralisation and unofficialisation of conflict solutions, which even acquire an institutional character (arbitration) and a flexible law, known as soft law.

The controversy is an old one and the question of who should be the guardian of the Constitution has only one answer: the civic virtues of the citizenry, which will determine a certain social and political organisation, as history has taught us. In English law, Roman civilisation is known

as the “invisible inheritance”, so that it transmits, from generation to generation, a higher value than the material goods received by those societies that demonstrate social, economic and political stability with respect for human rights.

## RESUMO DA TESE DE DOUTORAMENTO

A tese de doutoramento visa responder a várias questões, essencialmente se a lei é razão ou vontade, se é criada ou capturada, se é a razão dos juristas práticos ou a vontade do príncipe ou da nação, ou ambas? De uma posição intermédia, poder-se-ia considerar que o Direito como vontade da Nação também é razão, mas até que ponto a razão jurídica não é também a vontade dos juristas práticos?

O Direito Administrativo, além de ser utilizado para a organização da própria Administração, é o instrumento através do qual se relaciona com a sociedade e mesmo, por razões de ordem pública no Estado Social e para a implementação do Direito Comunitário, regula as relações entre indivíduos, levando à sua expansão para ramos de actividade que até agora eram regulados exclusivamente pelo Direito Privado, fenómeno que pode ter consequências para o próprio conceito de Direito, tendo em conta a natureza, características e idiosincrasia do Direito Administrativo, devido ao impacto que tem na sociedade e do qual a crescente importância do Direito organizacional pode ser uma manifestação e não pouca importância o conceito de poder público como árbitro (anglo-saxão) ou director da sociedade (modelo continental).

O nascimento da jurisdição Administrativa como jurisdição exclusiva da Administração (contencioso administrativo) provoca uma situação já conhecida como luta contra as imunidades de poder e uma controvérsia sobre a independência dos poderes do Estado (está a julgar a Administração a julgar ou a administrar? ), com transcendência na organização dos Tribunais, com o objectivo de alcançar o pleno controlo judicial do poder público, levantando também a questão da oportunidade dos diferentes Tribunais para o julgamento das relações entre entidades privadas e públicas.

O objectivo é responder a todos eles a partir da função civilizadora que o Direito tem desempenhado e deve desempenhar na sociedade, a fim de garantir a paz e o desenvolvimento harmonioso e sustentável das aspirações das pessoas que a compõem.

Considera-se que a história, em vez de explicar o passado, é um elemento essencial para conhecer o presente e que aqueles que o conhecem honestamente podem pronunciar-se com maior rigor sobre o que irá acontecer no futuro.

Entende-se que o estudo do Direito Administrativo não pode ser separado, mas sim integrado no fenómeno jurídico geral e da realidade a que se refere.

O Direito, no âmbito do desenvolvimento da civilização para o qual sem dúvida contribuiu e para o qual deve contribuir, surge para resolver os verdadeiros problemas da sociedade, restabelecendo

relações sociais quebradas que são restauradas através dele. Surge de baixo para cima e dá, em manifestações civis, o selo da justiça.

É um elemento real, não especulativo, que a fim de proporcionar estabilidade, não deve ser uma forma ideológica de liderar a sociedade, nem o fruto da revolução mas sim da evolução.

A história e um exame da evolução do direito revelam, por um lado, as *auctoritas* que sempre representaram a resolução heterocompositiva dos conflitos que surgem entre os membros ou elementos que compõem a sociedade e, por outro lado, a importância do conhecimento prático dos prestigiados juristas aplicado à resolução dos conflitos que surgiram.

O Direito romano gozou de grande prestígio na civilização ocidental, mas não a parte que estava contida nas constituições imperiais ou nos decretos dos imperadores, mas a razão jurídico-prática dos jurisconsultos, que, uma vez passada a Idade Média e a Idade Moderna através da sua actualização por meio da razão jurídica (Glossários, Escola de Comentários, Jurisprudência Elegante etc.... ) levou à codificação, na qual o poder do poder político foi fundado na autoridade da razão jurídica, representada pela lei romana actualizada, e que na Alemanha, graças ao romantismo político, surgiu através de uma suposta captura do espírito do povo.

O *common law* reconhece a primazia da lei como a fonte do Direito, que também atribui à jurisprudência baseada na razão jurídico-prática.

A jurisprudência só pode constituir uma fonte de Direito quando é a razão jurídica que se manifesta desta forma e que dá a égide da correcção e portanto transmite sua *auctoritas* a um sistema em que esta ideia determina o seu sistema político, o que não é o caso dos sistemas Continentais em que a *auctoritas* não assenta num *corpus* formado pela resolução heterocompositiva de controvérsias concretas, mas na elaboração, por aqueles que detêm autoridade política, de um catálogo abstracto de soluções.

Na Idade Média, surgiram vários elementos que iriam continuar e consolidar-se nos tempos modernos, entre eles, a concentração do poder público, primeiro nas mãos dos monarcas absolutos e mais tarde nos estados-nação. Esta concentração do poder público característica da modernidade e do seu desenvolvimento pode levar a pensar que a modernidade é realmente pré-medieval, uma vez que é sem dúvida aceite que a entronização do Direito romano clássico no final da Idade Média, com continuidade na Idade Moderna, se deve ao desejo de emular a Roma Imperial, que certificaria esta corrente de pensamento.

O poder público determinará que, qualitativa e quantitativamente, a lei será a base essencial do Direito, uma norma jurídica que já não é considerada capturada mas criada, que é produzida graças à seguinte evolução: o rei, do juiz supremo, torna-se o criador das leis através, primeiro, da Pragmática e mesmo das leis aprovadas nas Cortes, que serão suas, e mais tarde, após a Revolução Francesa e nos Estados contemporâneos, graças às leis aprovadas nos Parlamentos.

As reformas luterana e calvinista não são irrelevantes para os fenómenos políticos e jurídicos, especialmente porque os efeitos do poder político sobre o Direito já começaram, e a sua origem já pode ser rastreada até Roma.

As Igrejas Reformadas darão todo o poder às autoridades civis e colocar-se-ão sob a sua égide. O livre exame foi o precursor do conceito do Iluminismo da razão, que, privado de autoridade (catolicismo) e tradição, traria consigo a glorificação do presente e do individualismo, que seria canalizado para a colectividade, em oposição às teses realistas de Aristóteles, São Tomás e Suárez, e através das ficções de contrato, Hobbes, Locke, Rousseau e Kant, dotam-no de um carácter voluntário e, sendo livremente aceite pelos súbditos, justificaria um maior poder de coerção e o não reconhecimento do direito de resistência a uma certa ordem constituída, que colide com o sentido dos direitos humanos na tradição hispânica.

Esta glorificação do presente levou a uma sociedade que se caracteriza pelo constante ruído dos nossos ouvidos e pela captação dos nossos olhos através dos mais variados instrumentos tecnológicos, sendo sujeita à própria manifestação dos valores comerciais e do centro comercial que nos foi criado, sendo desejável uma reflexão sincera e um diálogo fundamentado com os outros, silenciando os ruídos externos para que não sejamos escravos do nosso ambiente e que nos impeçam de questionar os diferentes imperativos a que estes supostos ideais de progresso, sucesso e felicidade nos sujeitam, perdendo as nossas fontes pessoais, para que o pensamento orwelliano de perseguição do pensamento independente e do individualismo original pareça confirmar-se.

Esta glorificação do presente levou a uma sociedade que se caracteriza pelo ruído constante dos nossos ouvidos e pela captação dos nossos olhos, sujeitando-se à própria manifestação dos valores comerciais e ao centro comercial que foi criado de nós próprios. É desejável uma reflexão sincera sobre nós próprios e um diálogo fundamentado com os outros, silenciando os ruídos externos para que não sejamos escravos do nosso ambiente e impedindo-nos de questionar os diferentes imperativos a que estes supostos ideais de progresso, sucesso e felicidade nos sujeitam, perdendo as nossas fontes pessoais.

A preponderância do poder civil e a concentração do poder nos monarcas absolutos, juntamente com a melhoria do seu Tesouro, permitiram o desenvolvimento de uma actividade para o desenvolvimento de obras públicas, uma actividade que, para não ser impedida, estabeleceu um sistema privativo de controlo dos seus próprios actos, fora dos juizes comuns, que tinha de ser realizada com forma de julgamento se houvesse um terceiro interessado e isto apesar da luta feudal/royal ter sido resolvida com a imposição deste último, com tentativas de resistência por parte destes juizes comuns aos poderes judiciais de sanção e promulgação de normas legais (*enregistrement*), que, com base no julgamento pela razão, legalmente entendido à maneira romana e com o qual se considerou que tinham de responder, levou Montesquieu a formular o pedido de “estados gerais”, que viria a ser a origem da Revolução Francesa, o que levou a resultados tão diferentes.

O uso da razão como instrumento para desvendar a realidade não é exclusivo das sociedades europeias directamente influenciadas pela Revolução e pelo Iluminismo francês, que defende o uso de um certo conceito de razão, e também pode-se considerar que a razão é a alma da lei e que a lei não é mais do que a razão aperfeiçoada pela arte, o resultado de um longo estudo, observação e experiência, e não da razão natural de cada homem à maneira Iusracionalista.

Considera-se que a Revolução Francesa não obedeceu ao Iluminismo francês (menos os ingleses e americanos) e apenas favoreceu a tendência Absoluta de concentração do poder público e a distração da justiça, mas agora nas mãos da nação, ou seja da burguesia, que durante o final da Idade Média e a Modernidade apoiou o rei a fagocitar a nobreza e acabou por lhe cortar a cabeça quando considerou que ele podia dirigir directamente o navio de Estado.

A chamada separação de poderes nada mais é do que o truque da mão ou o “verde veronês” que nos distrai da busca do poder que acaba de ser descrito. Em todo o caso, as palavras de Montesquieu foram distorcidas, na medida em que ele era um defensor da tese da nobreza, ou seja, da total sujeição ao controlo judicial da actividade administrativa, que os Revolucionários integraram como separação de poderes na reserva da jurisdição administrativa.

Como resultado do que consideravam ser a sua maior capacidade de gestão, a burguesia, através dos poderes do Estado, assumiu uma grande parte da propriedade patrimonial dos poderes públicos e também parte da propriedade privada da Igreja (semelhante às acções das Igrejas Reformadas), em grave prejuízo das classes camponesas que as trabalhavam, e mais tarde, com os mais diversos títulos, da utilização dos bens públicos.

Nestas circunstâncias, que Napoleão iria efectivamente influenciar, o primeiro desenvolvimento do Direito Administrativo ou Público teve lugar com base teórica nos princípios da divisão de poderes, soberania popular, direitos fundamentais, a ideia ainda difusa da constituição, o direito como expressão da vontade geral, a sua formação através de uma câmara de representantes supremamente soberana, o princípio da legalidade e a posição da Administração face aos Tribunais com o seu próprio sistema de controlo.

Este poder público começa com a crescente regulação das relações entre particulares, originalmente através de leis, e na segunda fase do Direito Administrativo, com a crise do Liberalismo e a emergência de partidos políticos, sindicatos de classe e sociedade de massas, através do Governo e do seu elemento de acção mais característico, o regulamento, que tem o seu desenvolvimento mais acentuado no Estado social e democrático sob o Estado de Direito.

Considera-se na tese que a concepção correcta dos direitos humanos (seres humanos, não pessoa ou subjecto) é a hispânica, que foi encarnada no Segundo Escolasticismo e que, graças à ligação de Filipe II com a Inglaterra, e desse país e dos Países Baixos passou para as colónias inglesas na América do Norte, que os deformou, uma vez que o que se manteve foi a individualidade, o que é

contrário à tendência moderna de definir o político-jurídico pela sua referência à vontade colectiva.

Os direitos humanos são uma consequência e obedecem a uma certa concepção e desenvolvimento histórico baseado na consideração de serem próprios da dignidade humana, anteriores e superiores a qualquer forma de organização que não os crie mas os reconheça, o que é entendido como inconsistente com a sua configuração nos catálogos de reconhecimento e foi acreditado com as várias gerações da primeira à quinta, o que os coloca sob o protagonismo do Estado, que até agora desempenhou um papel muito negativo no seu respeito e protecção, e destaca o erro da conceptualização como vontade colectiva, como acaba de ser explicado.

Se na monarquia absoluta todos os poderes emanavam do rei que os recebeu directamente de Deus, e embora a origem dos direitos humanos inerentes à dignidade humana seja mantida, na realidade eles provêm agora de um poder tão absoluto nas mãos dos Estados-nação ou cedendo a sua soberania aos organismos internacionais nos quais a tenham depositado.

O sistema inglês opõe-se a tais catálogos e considera-os como uma manifestação da lei que deve ser trazida à superfície pelo juiz independente.

A não admissão a trámite pelo Tribunal Constitucional e pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem de um pedido de amparo por violação dos direitos humanos com a simples menção do preceito que o permite, sem qualquer outro raciocínio, e mesmo quando a violação é reconhecida mas sem maior significado do que o do caso, é contrária ao próprio conceito de direitos humanos e revela a sua concepção artificial sobre a base instável do direito subjectivo ou público subjectivo.

Pode-se considerar que da revolução, não só da Revolução francesa, que é a mãe, pouco pode ser celebrado e não exactamente o que foi previsto, uma vez que com todos e ninguém se perdeu a liberdade, perdeu-se a razão e o direito do indivíduo, que foram os princípios que a legitimaram, foi torcido, uma vez que não há liberdades sem liberdade e os direitos só podem ser direitos individuais.

A Revolução Francesa declarou o Direito e constituiu o Estado, a Revolução Constitucional, que é a melhor forma de o descrever, mas apenas instituiu a entidade política, não o direito individual, de modo que a razão do Estado se tornou efectivamente Direito, e é a Codificação que, em particular, estabelece e mantém efectivamente a suplantação, uma vez que, com base nas auctoritas do Direito tradicional, o poder político é legitimado e a distorção em grande escala do político como jurídico começa.

Não pode haver dissociação entre a sociedade e o poder público que a serve sem a existência de uma jurisdição diferente e privativa que resolva as diferenças numa ou noutra, dado o carácter civilizador do princípio heterocompositivo.

A alegação de que o sistema de jurisdição Continental ou separada favorece um maior controlo

da actividade da Administração nada mais é do que uma *ficta confessio* do desvio da função que é suposto desempenhar pelos juízes. Seria também uma justificação que não é verdadeira, tendo em conta que o controlo real da administração é efectuado em processos penais, como tem sido acreditado nos últimos tempos, o que também demonstra o seu fracasso.

A doutrina defende que durante o século XIX houve uma dissociação entre o poder público e a sociedade, que foi reconciliada na segunda fase do Direito Administrativo através do Estado social, com a sociedade a adquirir recentemente um papel maior nas tarefas que tinham sido assumidas pelo Estado, mas não se deve perder de vista nestas análises que o núcleo essencial do Direito é a pessoa, Isto determina um conceito subjectivo de jurisdição, fora do sistema objectivo dos Tribunais como órgãos de controlo do poder e como canal para vários elementos que colidem na determinação do objecto do processo através dos poderes do juiz no processo contencioso administrativo espanhol e português.

Como reminiscência do que se entendeu ter sido ultrapassado, floresce o novo recurso de cassação implementado em Espanha pela Lei 7/2015, que, ao abstrair parte do processo (e portanto desnaturalizando-o através da ordem de admissão na determinação do interesse objectivo do recurso) leva a cabo, devidamente falando, uma interpretação reguladora das regras, que foi proibida aos juízes desde Roma, uma proibição que ainda hoje aparece expressamente em alguns Códigos Civis.

Após a Revolução Francesa, o Direito Administrativo adquiriu uma proeminência crescente, e como manifestação do poder público, tem uma forte presença no Estado social, ocupando uma grande parte da realidade, não só devido à crescente actividade dos poderes públicos e à sua reflexão na sociedade, mas também na regulação das relações privadas baseadas no conceito de interesse público que se defende, em resultado dos princípios considerados apropriados.

O Direito Administrativo é também utilizado de forma preferencial pela União Europeia para alcançar a unidade e a integração, quer através de normas jurídicas directamente aplicáveis (Regulamentos), quer através da canalização do trabalho dos Estados para a consecução de um fim (Directivas).

Não é admissível que o Direito Público invada progressivamente o campo tradicional do Privado na coordenação de actividades individuais, e isto com base na consideração de que o poder público não só presta serviços a favor de uma ordem, mas que realmente faz funcionar o país, e portanto a consideração do Direito Privado como temporariamente tolerado.

Mas o Direito Administrativo é o da organização (uma tarefa que também não tem justiça entre os seus objectivos essenciais), o da subordinação e do verticalismo de cima para baixo, que tem transcendência na importância crescente da organização em relação às tarefas sobre as quais é projectada, cujo desempenho é verdadeiramente transcendente e favorece o desenvolvimento económico, social e tecnológico de uma forma mais directa.

Tradicionalmente, o Direito era entendido como uma operação de baixo para cima, como uma manifestação da ordem espontânea que deveria marcar o livre desenvolvimento da sociedade, enquanto que o Direito Administrativo se caracteriza pela sua imposição de cima para baixo. O direito e a liberdade são inseparáveis, não incompatíveis.

A criação de uma jurisdição exclusiva do Direito Administrativo pelas autoridades públicas gera o fenómeno já conhecido pela doutrina como raptó, e como o raptor tende a abusar da sua posição, dá origem a fenómenos como a luta contra as imunidades de poder, cujos campos de batalha incluem, entre outros, a discricionariedade administrativa, a competência para a determinação de conceitos jurídicos indeterminados, as reservas de jurisdição, os actos políticos do Governo e se determinados actos e procedimentos Parlamentares fora do controlo atribuído ao Tribunal Constitucional estão ou não sujeitos à sua esfera de competência.

É defendida na tese de doutoramento que em matéria Administrativa, o mesmo deve acontecer com os conceitos legais indeterminados em matéria civil, penal, comercial ou laboral, que são determinados pelo juiz sem qualquer tipo de restrições, e não agir com tal normalidade jurisdicional significa reconhecer uma reserva de jurisdição incompatível com o Estado de Direito, uma incapacidade dos Tribunais para julgar a Administração e, portanto, uma liderança da política ou da Administração sobre o Direito. Se uma controvérsia tem substância política deve ser tão irrelevante para o juiz e para o Direito como uma disputa civil, criminal, comercial ou laboral.

Uma vez adoptada a Constituição pela nação, todos os órgãos do Estado estão igualmente sujeitos a regras legais, que não seriam tais se não tivessem eficácia prática. Tal como no caso de actos discricionários, o controlo judicial do procedimento, da competência e do objectivo deve, pelo menos, ser admissível.

Diz-se que no Estado de Direito, o Direito controla o poder político, mas se for criado pela sua vontade, na realidade isto não é mais do que uma tautologia. No entanto, o Direito que tem sido significativamente influenciado por razões jurídico-práticas é consistente com a afirmação, daí a diferença que é apontada entre os sistemas político-jurídico e jurídico-político e as diferenças que ocorrem na realidade. A democracia é apenas um sistema ou um caminho que pode conduzir à liberdade ou à servidão, à civilização ou à barbárie, ao bem-estar ou à miséria, dependendo dos seus cidadãos.

Apesar das reviravoltas, o conceito de interesse público ou geral nada mais é do que o comum designado por São Tomás. Não é só o expresso pela Legislatura, uma vez que o Executivo participa na sua determinação, e não só unilateralmente, mas também com a participação social, incluindo o Judiciário, obviamente, o Tribunal Constitucional na purificação deste princípio nas leis, mas também os Tribunais comuns, tornando claro, como “o Santo” afirmou, que os membros mais qualificados da sociedade participam na sua determinação, que não são necessariamente os representantes de todos.

Sem dúvida, o facto de um sistema jurídico condicionar o modelo político e o desenvolvimento, como é o caso do *common law*, favorece mais a estabilidade e o desenvolvimento civilizacional do que um sistema em que o Direito é fruto da vontade política, que se manifesta não só na lei mas também num importante controlo do seu modo de aplicação através da crescente importância da organização através dos órgãos dirigentes dos juízes e da conformação essencialmente política do Tribunal Constitucional. São analisados os compromissos internacionais assumidos pela Espanha para alcançar a desejada independência judicial, bem como o STC 108/86 e o SSTEDH de 6 de Novembro de 2018 e o anterior proferido pela Quarta Secção do mesmo Tribunal num processo relativo a Portugal, mas cuja doutrina deve ser entendida como aplicável a todo o âmbito de aplicação da Convenção.

Outro fenómeno que produz esta situação de rapto é a chamada “síndrome de Estocolmo”, que deriva da falta de reacção dos cidadãos a este modelo político-jurídico devido à diferença comprovada entre os resultados e o modelo jurídico-político. O *common law* é um sistema político, não um sistema estritamente legal, uma vez que os anglo-saxões nunca se cansam de repetir, e ao contrário da forma como é considerado no Continente.

O Direito deve ser o campo dos juristas práticos, como foi o caso quando o Direito romano atingiu a sua máxima autoridade e é o caso do Direito inglês, na medida em que constituem a maior expressão do reconhecimento das liberdades dos cidadãos e a maior estabilidade social, económica e política.

O Idealismo alemão, com a ajuda de Hegel, Kant e Marx, construiu o quadro do conceito abstracto e racional do estado contemporâneo, que, tal como o Comte Positivista, é considerado capaz de se auto-dirigir com um carácter objectivo e mesmo científico, acima de conjunturas e turbulências políticas, e portanto da sua imputação política e jurídica, banindo o direito para o campo da filosofia, enquanto o *common law* é realista, concebendo o direito como uma manifestação directa da ordem espontânea e típica do que os juristas fazem.

No Direito do poder, não há lugar para a figura do jurista entendida no seu sentido histórico e tradicional devido à deslocação das auctoritas da lei para a lei, o que produz uma neutralização política das decisões jurídicas.

A razão pela qual o estudo do Direito Administrativo é abordado desta forma é para provar que, embora a sua origem mais próxima deva estar localizada no fenómeno do poder público produzido após a Revolução Francesa, os seus antecedentes devem estar localizados num fenómeno que se situa nas monarquias Absolutas (Após o Édito de Saint Germain em 1641, os juízes ordinários não puderam ouvir questões administrativas) após o fenómeno da concentração do poder público e a sua crescente actividade e proeminência, o que deve produzir uma mudança de interpretação do fenómeno, em que a ideia defendida na tese de doutoramento com respeito à Revolução Francesa não pode ser considerada ortodoxa com o que é normalmente considerado.

O fenómeno da configuração dos Tribunais, no qual o princípio heterocompositivo e a natureza vicária do poder público em relação à sociedade não podem ser adiados, também é abordado a partir desta perspectiva mais ampla.

A tese de doutoramento aborda a questão do contexto moral da democracia e os perigos da partitocracia, o elevado número de leis no actual Estado de Direito, a sua falta de qualidade e clareza e a sua falta de cumprimento rigoroso, também dependendo do caso, ao que se acrescenta a controvérsia das categorias de leis materiais e formais, leis singulares e planificadas, e a tentativa por vezes feita de ditar leis para evitar o cumprimento de sentenças, que já foi analisada pelo Tribunal Constitucional espanhol.

Considera-se necessário ter em conta os elementos necessários para levar a cabo um exame do próprio conceito de Direito sem os quais o fenómeno do Direito Administrativo não pode ser avaliado.

Um exame adequado do Direito Administrativo não pode ser realizado sem um exame do que deve ser considerado Direito, para o qual é necessário ter em conta a evolução deste conceito e a determinação do exame em que atingiu o seu máximo esplendor. Também não deve ser descurada a análise do poder público que lhe deu origem e no qual se desenvolve como o elemento mais qualificado da sua acção. Não devemos deixar de analisar os Tribunais criados para controlar as suas acções, especialmente devido aos efeitos que produzem nos cidadãos, o que também nos pode fornecer ideias sobre a natureza deste fenómeno jurídico substantivo.

O Direito não pode ser dissociado da realidade a que se refere, e neste sentido a jurisprudência é mais adequada a este postulado, uma vez que para alguma doutrina tanto a lei como o reglamento se concentram num aspecto da realidade, mas abstracta do resto.

Estes são elementos críticos que devem constituir a base de qualquer estudo, especialmente de uma tese de doutoramento.

Após a Revolução Francesa, que encerrou as Faculdades de Direito entre 1779 e 1806, o ensino do Direito não foi restabelecido mas reinventado (agora limitado à lei e aos seus Códigos) devido ao perigo de o juridicionismo truncalizar a obra da Revolução (que estabeleceu um constitucionalismo de poderes em oposição a uma constituição de poderes versus aos direitos), o que é corroborado pela incapacidade dos juízes de julgar a Administração e a Legislatura. Ainda hoje, muito poucos autores sublinham que a verdadeira intenção da Revolução Francesa era evitar a separação de poderes na forma como este conceito poderia ser compreendido hoje em dia.

Espanha e Portugal são dois países com uma grande tradição jurídica e que durante séculos organizaram um império com mais de 10.000 quilómetros de distância. No século XIX, não seguiram o seu modelo tradicional como fez a Inglaterra, mas depois de derrotar Napoleão, em termos gerais, copiaram o seu sistema, daí a importância que foi dada em cada momento histórico à sua Constituição

escrita, cujo número em Espanha só foi ultrapassado pela própria França, com vários autores a salientarem o seu fracasso, especialmente porque todos eles foram derrubados graças a fenómenos tumultuosos ou violentos, e não através do sistema previsto no próprio texto constitucional e não através do sistema previsto pelo próprio texto Constitucional.

A tese de doutoramento sublinha o facto de que os grandes impérios: romano, espanhol, português e inglês não tiveram um Direito Administrativo enquanto tal, que a França e a Alemanha (que não o tiveram ou apenas duraram décadas) consideraram necessária para o governo dos assuntos públicos e que, precisamente, têm sido os protagonistas mais directos das maiores desgraças conhecidas pela Humanidade.

Ao contrário do que acontece no Continente, não se pode considerar que a monarquia Absoluta triunfou em Inglaterra, mas sim o Parlamentarismo, que trouxe o Liberalismo, e ao evitar o Absolutismo, que encorajou o fenómeno da concentração do poder público e a sua manifestação na criação de um sistema de justiça exclusivo do rei, ou seja, do poder público, um extremo que não foi alcançado o que não foi conseguido na Península Ibérica, onde foram feitas tentativas fugazes de submeter a Administração aos Tribunais ordinários, de que a Constituição espanhola de 1869 é um exemplo eloquente. Esta tensão desapareceu finalmente no Continente com a criação dos Tribunais Administrativos, inclusive, com regras Constitucionais.

A tese de doutoramento analisa ambos os sistemas, cujo exame histórico parece provar, com base na experiência anglo-saxónica, que a melhor garantia de direitos, democracia e ordem constitucional ocorre quando a constituição não escrita, e portanto mais flexível, deriva dos costumes políticos e da tradição parlamentar, por oposição aos textos escritos dos quais os direitos são tornados dependentes e que dificilmente proporcionam estabilidade, Contribuindo para esta situação crítica está o conceito de direito subjectivo, que volatiliza o sistema processual verdadeiramente heterocompositivo (que constitui o núcleo duro da civilização) e transfere a imaginação colectiva para direitos, que podem servir para modificar o Direito objectivo e esta inflação dos direitos dos cidadãos é outra das questões da modernidade.

Embora originalmente o direito subjectivo pudesse ser considerado o reflexo do Direito objectivo (Glossários), a sua substantivização (incluindo os direitos fundamentais) pode modificar o Direito objectivo, com o seu garante (o Estado) a adquirir um verdadeiro significado, com os correspondentes efeitos jurídicos de auto-referência. Esta passagem da ordem processual para a ordem substantiva através do direito subjectivo, que tem uma continuidade especial na lei alemã, que é a que atribui o seu elemento de protecção ao Estado, desloca, por um lado, o centro de gravidade do indivíduo para a colectividade através do contrato social e, por outro, uma grande parte do objecto de Direito privado para o Direito público, que produz a falsa equação de Estado e Direito, desde a paz e harmonia de autoridade que resulta da resolução heterocompositiva de disputas, até à ordem e segurança estabelecida pela ordem do poder político público, com a acusação profunda da violência velada que as consequências do não cumprimento das leis e da legislação motorizada implicam.

O que Bodin chama soberania era conhecido na monarquia hispânica como *auctoritas suprema*, cuja simples menção realça a diferença entre as duas concepções de poder.

Tanto o Direito de Roma, desenvolvido pelo trabalho do pretor na *datío* ou *denegatio actionis*, como os escritos concedidos pelo *cursor* (dependente do Rei) em Inglaterra poderiam ser considerados como uma manifestação do poder público, o que condicionou assim o Direito. No entanto, há que ter em conta que o que foi considerado razão legal em Roma foi essencialmente estabelecido pelo trabalho dos juriconsultos e no sistema inglês pelas sentenças dos juizes, aos quais faltava este elemento político, uma vez que os Tribunais constituíam a lei da terra nessa mentalidade.

O que é relevante, em qualquer caso, não são as potestas mas as *auctoritas* do seu raciocínio, que, embora possa ser relevante em primeira instância, é exclusivo da sua manutenção subsequente e como fonte de Direito.

A independência do Direito do poder político baseia-se na jurisprudência, que tem como objecto, de uma forma muito específica, a ciência do que é seu e meu, uma vez que o que pertence a todos é sagrado e indisponível a qualquer outro que não seja o seu legítimo proprietário, o que significa que o governante não tem qualquer poder para tomar, sem o seu consentimento, o que pertence a outro, para o guardar para si próprio ou para o dar a um terceiro.

Analisa-se a expressão de García Enterría referindo-se à devida dedicação dos juristas que, para não ser uma ilusão vã, deve ser o patriotismo e a luta pela liberdade, é analisada, sublinhando na tese de doutoramento que o nosso sistema contencioso-administrativo de paternidade e consanguinidade francesa e alemã, e que a liberdade é a que não tem a que é concedida, conclusão a que se chega com base no sistema de direitos públicos subjectivos.

A “infância difícil” do Direito Administrativo (francês) deu lugar a uma adolescência convulsiva e perigosa (alemão) e, naturalmente, a uma maturidade insatisfatória, cheia de lacunas em que os objectivos desejáveis de plena jurisdição própria de um sistema heterocompositivo completo não são alcançados, com a auto-execução de sentenças pela própria Administração (em Espanha mas não em Portugal); declarações de inadmissibilidade por falta de jurisdição ou em relação ao objecto do processo em questões de interesse geral; a previsão legal de um número excessivo de recursos administrativos internos como meio de controlo do poder que perturbam a restauração do direito do indivíduo; o tratamento do Direito Parlamentar como se não fossem verdadeiras normas legais; os Tribunais Administrativos com uma perspectiva objectiva de controlo e organização da Administração em vez da perspectiva subjectiva de jurisdição; e a atribuição de poderes ao juiz Administrativo na determinação do objecto do processo, que parecem mistos e obedecem a princípios diferentes, conduzindo a um resultado incerto consoante se aplica um ou outro.

O resultado não poderia ser mais insatisfatório quando as alegadas técnicas avançadas nas últimas décadas para o controlo efectivo da Administração pelos Tribunais sobre os vícios dos

administrativos já eram aplicadas nos *parlements* há séculos atrás.

A tese de doutoramento aborda a questão da deslocação do acto administrativo pela relação jurídica, como acontece nos outros ramos do Direito, não só devido à importância que a actividade dos particulares está a adquirir nos últimos tempos em todos os seus domínios: prestação de serviços, serviço público, promoção e mesmo no domínio do policiamento no âmbito das autorizações de ligação permanente, mas também porque a menção do acto administrativo nos coloca no domínio da Administração “contentieuse”.

Se a jurisdição Administrativa for mantida separada da jurisdição comum sem qualquer tipo de integração, deverá ser reconsiderada tendo em conta o sistema subjectivo e a plena jurisdição heterocompositiva das controvérsias com uma importante transferência de princípios e critérios da primeira para a segunda e uma acção da Administração sem privilégios.

A intervenção do poder público na sociedade já era tradicional através das técnicas de policiamento (limitação) ou serviço público ( obras públicas ), no Estado social adquire grande transcendência na sua actividade de prestação, o que em certos aspectos pode violar a interdição dos auxílios estatais Comunitários, A forma de promover (subsidiar) a conduta privada como meio de atingir objectivos considerados de interesse geral assume grande importância, uma vez que o poder público deixa de ser um árbitro (anglo-saxónicos) e passa a ser o director da sociedade, com a consequente importância do Direito Administrativo derivada da enorme absorção de competências levadas a cabo pelo poder público.

Os instrumentos que caracterizam o poder público moderno permitem uma maior intervenção em todos os sectores, mas devido à incapacidade de os gerir directamente e à magnitude económica das actividades a que se referem, são realizados indirectamente por grandes empresas multinacionais que, tendo em conta a natureza e funções que desempenham, podem dizer-se co-participantes nos poderes do Estado, o que conduz a uma espécie de novo feudalismo ao afectar a sociedade espontânea, os pequenos e médios operadores económicos e os trabalhadores, e assim a qualidade da democracia, bem como outros fenómenos patológicos tais como a concorrência estatal em matéria fiscal, tratados fiscais com certas empresas e paraísos fiscais.

Neste novo modelo de sociedade, a globalização e as multinacionais estão a adquirir um papel importante e a ocupar um lugar preferencial, perfurando e colonizando o espaço que correspondia legitimamente aos chamados três ramos do poder público: Na medida em que geram direitos e obrigações, estão a ganhar terreno sobre o Poder Legislativo, e com uma actividade que presta serviços e assistência ao Executivo, que em matéria de policiamento ou autorização tem o seu próprio espaço na declaração de responsabilidade, e ao Poder Judiciário através da arbitragem, reaparecendo a controvérsia sobre a satisfação do interesse público através de entidades privadas ou das funções que o Estado deve desempenhar.

Em vez do Direito oficial, surge o resultante de pactos sociais ou de autoformação, com as consequentes consequências na resolução de conflitos, impondo a correspondente descentralização e oficialização das soluções de conflitos, que adquirem mesmo um carácter institucional (arbitragem) e uma lei flexível conhecida como *soft law*.

A controvérsia é antiga e a questão de quem deve ser o “guardião da Constituição” tem, como já foi dito, apenas uma resposta: as virtudes cívicas dos cidadãos, que determinarão uma certa organização social e política, como a história nos ensinou. No Direito inglês, a civilização romana é conhecida como a “herança invisível” na medida em que transmite de geração em geração um valor superior aos bens materiais que são recebidos pelas sociedades que acreditam a estabilidade social, económica e política, dentro do respeito dos direitos humanos.

# BIBLIOGRAFÍA

## A

- Jorge Agudo González, “Evolución y negación del derecho subjetivo”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, nº 5, septiembre, 2011, pp. 9-42.
- Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, “ O formalismo valorativo no confronto com o formalismo excesivo”, *Revista da Faculdade de Direito de Lisboa*, V. 47,1-2, 2006, pp. 253-277.
- Enrique Álvarez Conde y Rosario Tur Ausina, “la normativización de la jurisprudencia y las fuentes del derecho” *Revista General de Derecho Público Comparado*, 3, 2008, pp. 1-30.
- Rafael Alvira, “Sobre algunos conceptos políticos fundamentales en el pensamiento de Tomás de Aquino”, *Revista Española de Filosofía Medieval*, 10, 2003, pp. 345 y 350.
- Paolo Alvazzi del Frate, “Aux origines du référé législatif: interprétation et jurisprudence dans les cahiers de doléances de 1789”, *Revue historique de droit français et étranger*, V. 86, nº 2, avril-juin, 2008, pp. 253-262.
- João de Andrade Nunes, *O principio do juiz natural na tradição romanística*, Revista da Faculdade de Direito de Lisboa, V. 60,1, 2019, pp. 217-242.
- Angela Aparisi Miralles, “Notas sobre la jurisprudencia como fuente del Derecho”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, IX, 1992, pp. 249-268.
- Xavier Arbós Marín y otros, “Laicidad: Historia. Filosofía. Orden constitucional”, *La laicidad desde el Derecho*, Marcial Pons, 2010.
- Mário Aroso de Almeida, *Em defesa da autonomia da jurisdição administrativa e fiscal*, CEDIPRE, 2018.
- José María Asencio Mellado, “El recurso de casación. una reflexión sobre sus funciones” *Revista General de Derecho Procesal*, 37, Iustel, 2015.
- Gerardo Ávalos Tenorio, “Dossier repensar el Estado”, “Actualidad del concepto de Estado de Hegel”, *Argumentos*, V. 23, nº 64, septiembre-diciembre 2010, pp. 9-33.
- José Ramón Ayllón, *Ética actualizada*, Homolegens, 2020.
- El mundo de las ideologías*, Homolegens, 2019.
- Miguel Ayuso, *Constitución, el problema y los problemas*, Marcial Pons, 2016.
- “¿ocaso o eclipse de la cultura política católica?”, *Cultura política y los católicos: del siglo XX al XXI*, Fundación Elías de Tejada, 2018, pp. 929-951.
- "La matriz protestante de la política y el Derecho Modernos". *Consecuencias político-jurídicas del protestantismo*,

Marcial Pons, 2016, pp. 207-226.

----- “Concreción del derecho y separación de poderes”, *Ethos*, Revista de filosofía práctica, Buenos Aires, 2011, pp. 121-137

----- “Las aporías presentes del derecho natural ( De retorno en retorno)”, *Direito e Justiça, Verdade, Pessoa Humana e Ordem político-Jurídica* Universidad Católica Portuguesa, Faculdade de Direito, 2008, pp. 51-75.

## B

Romeu Felipe Barcellar Filho, “Breves reflexões sobre a jurisdição administrativa: uma perspectiva de Direito Comparado”, *Revista de Direito Administrativo*, 65-67, enero -marzo, 1998, pp. 65-77.

Julio Banacloche Pérez, *Impuestos*, nº 5, marzo, 2010.

Javier Barcelona Llop, *Propiedad, privación de la propiedad y expropiación forzosa en el sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, 2013.

Javier Barraycoa, “La disolución del pensamiento político católico en España” en *La Cultura política y los católicos: del siglo XX al XXI*, Fundación Elías de Tejada, 2018, pp. 201-231.

Miguel Beltrán de Felipe, *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1995.

José Bermejo Vera, *Derecho Administrativo. Parte Especial*, Civitas, 1994.

Natalia del Barrio, *La jurisprudencia en el common law (desde la perspectiva del jurista continental)*, Thomson Reuters Aranzadi, 2018.

Emílio Bigotte Chorão, Apêndice, “ Memória de uma experiência pedagógica ( Apontamentos de lições propedêuticas sobre o conceito de Direito”, *Direito e Justiça, Verdade, Pessoa Humana e Ordem político-Jurídica, Universidad Católica Portuguesa, Faculdade de Direito*, 2008, pp. 249- 316.

José María Boquera Oliver, “Los legisladores”, *Derecho Constitucional para el siglo XXI*, Actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, T. I, 2006, pp. 427-431.

Gustavo Bueno, “La idea de España en Ortega”, *El basilisco*, 32, 2002, pp. 11-22.

Mauro Bussani, *El derecho de Occidente. Geopolítica de las reglas globales*, Marcial Pons, 2018.

José Enrique Bustos Pueche, “Los derechos humanos y la doctrina del derecho subjetivo”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*, VIII, 2015, pp. 1-36.

## C

- María Claudia Cachapuz, “A configuração e a restrição de direitos subjetivos a partir do exercício de posições jurídicas fundamentais em Hohfeld”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, V. 56,1, 2018, pp. 223-248.
- Isabel Calahorra García, “Separación de poderes: imprescindible para garantizar la igualdad ante la ley”, *La Ley*, 29 de junio del 2020.
- Sonia Calaza Lopez, “El papel estelar del “ interés casacional objetivo” en la inminente regulación de la casación civil”, *Estudios sobre el recurso de Casación Civil: fase de admisión*, dirección Ibon Hualde López, Thomson Aranzadi, 2020, pp. 208-211.
- Raúl C. Cancio Fernández, “Requisitos de admisión del recurso, en especial el interes casacional objetivo” en *Estudios sobre el recurso de Casación Civil: fase de admisión*, dirección Ibon Hualde López, Thomson Aranzadi, 2020, p. 357 y 358.
- Marcos Caldeira, “A “soberanía popular” em Jean Jacques Rousseau e em Benjamin Constant: duas visões (assim tão diferentes)”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, V. 51, 1-2, 2010, pp. 527-572.
- Estanislao Cantero Núñez, *Auguste Comte, revolucionario a su pensar. El control social contra la libertad y el derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2016.
- Carlos Carvalho, “Breves notas sobre os poderes de pronúncia do juiz administrativo no actual contencioso-limites e conflitos”, *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, nº 13, 2010, pp. 179-207.
- “Governance” e o Direito na Sociedade da Informação e do Conhecimento” en *Modelos de Governação na Sociedade da Informação e do Conhecimento*, Asociación para la Promoción y Desarrollo de la Sociedad de la Información ( APDSI) , Lisboa, 2009, pp. 58-63.
- Raquel Carvalho, *Em defesa da autonomia da jurisdição administrativa e fiscal*, CEDIPRE, 2018, p. 69.
- Alfonso Casado Gómez-Aguado, " Legislación española sobre secretos oficiales y su comparación con otras legislaciones OTAN. a propósito de wikileaks", *La ley*, 8 de marzo de 2021.
- José Castán Tobeñas, *Derecho civil Español, Común y Foral*, T. I , V. II, editorial Reus, Madrid, 1987, pp. 25-55 y 79-87 y T. II, V. I, Madrid, 1982, pp. 27-31.
- “Contemporary legal system of the western world”, *Contemporary judicial review*, 88, 1964, pp. 152 y 153.
- Marcelo Caon Pereira, “O ativismo judicial e a democracia”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, V. 52, 1-2, 2011, pp. 305-352.
- Néstor Carmona Fernández, (coordinador), *Convenios fiscales internacionales y fiscalidad de la Unión Europea*, Wolters Kluwer, 2015.
- Manuel A. Carneiro da Frada, “Relativismo, valores, directo”, *Revista da Faculdade de Direito de Lisboa*, V. 51,1-2, 2010, pp. 141-192.
- Isidoro Casanueva Sánchez, *El concepto del Derecho*, Dykinson, 2019.

- Danilo Castellano, *Martín Lutero. El canto del gallo de la Modernidad*, Marcial Pons, 2016.
- Federico Castillo Blanco, *La interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico público*, INAP, Madrid, 2008.
- Clemente Checa González, “La inseguridad jurídica en la esfera tributaria: causas de la misma y perniciosos efectos que genera”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, n.º 36, 2020, pp.165-218.
- Philippe Chiaverini y Denis Mardesson, *Tribunaux Administratifs et cours d’ appel*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1996.
- Noam Chomsky y Edward S. Herman, *Manufacturing Consent*, 1993, Buenos Aires, 2004.
- Bartolomé Clavero Salvador, *Razón de Estado, razón de individuo, razón de historia*, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- “Justicia en España entre historia y Constitución, historias y Constituciones”, *De Justicia de jueces a Justicia de leyes: hacia la España de 1870*, Cuadernos de Derecho judicial, Consejo General del Poder judicial, Madrid, 2007, pp. 406 y sgts.
- José Clavijo y Fajardo, “Sobre la necesidad de formar un cuerpo de leyes completo en el idioma patrio y corriente”, *El pensador*, II, 1762, “Pensamiento S. XVIII”, pp. 74 y sgts.
- Emile Chénon, *Le droit coutumier et l’unité législative en France*, Lyon, Briday, 1880.
- Francisco José Contreras, *La Filosofía del Derecho en la Historia*, Tecnos, 2016.
- Edward S. Corwin, “Higher Law” *Background of American Constitutional Law*, 42, Harvard Lawreview, 149, 1928.
- Sérvulo Correia, *Escritos de Direito Público*, V. II. *Direito Administrativo (2)*, Almedina, 2019.
- *Direito do contencioso administrativo*, Lex, Lisboa, 2005.
- Luis Cosculluela Montaner, *Manual de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1995.
- Joaquín Costa, *Oligarquía y caciquismo, colectivismo agrario y otros escritos*, (antología), Alianza edit, Madrid, 1979.
- Fernando Cuñado de Castro y Ruth Gámez González, *Introducción al Common Law*, Thomson Reuters Aranzadi, 2017.

## D

- René David y Camille Jauffret-Spinozi, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Dalloz, Paris, 1988.
- Luis E. Delgado del Rincón, “Inviolabilidad frente a responsabilidad de los magistrados del Tribunal Constitucional (Comentario de la STS, Sala Primera de 23 de enero de 2004, en el caso de la condena a los magistrados del Tribunal Constitucional por responsabilidad civil” *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 24. Núm. 72, Septiembre-Diciembre, 2004, pp. 267-314.

Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón Ballesteros, *Sistema de Derecho Civil*, V. I, Tecnos, cuarta edición, primera reimpresión, 1982.

Luis Díez Picazo, *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, Ariel, 1993.

Luis María Díez-Picazo Giménez, *Sistema derechos fundamentales*, Tomson-Civitas, 2003.

----- “ Sobre la admisión discrecional del recurso de casación” *Estudios sobre el recurso de Casación Civil: fase de admisión*, dirección Ibon Hualde López, Thomson Aranzadi, 2020, pp. 251-264.

----- “Una mirada extranjera sobre las relaciones entre el Consejo de Estado francés y la Universidad”, *El juez del Derecho Administrativo. Libro homenaje a Javier Delgado Barrio*, Marcial Pons, 2015, pp. 73-76.

Juan Antonio Doncel Luengo y José Ángel Camisón Yagüe, “La polémica Kelsen-Smitt sobre quién debe ser el defensor de la Constitución”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, 29,2011, pp. 134 y 135.

Vasco Duarte de Almeida, “Sobre o valor da dignidade da pessoa humana”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, V. 46,1, 2005, pp. 623-648.

## E

Francisco Elías de Tejada, *Tratado de Filosofía del Derecho*, T. II, Sevilla, 1977.

José Javier Esparza y Anthony Esolen, *Guía políticamente incorrecta de la civilización Occidental*, Ciudadelalibros, Madrid, 2009, 244 y 200-203.

José Esteve Pardo, *El pensamiento antiparlamentario y la formación del Derecho público en Europa*, Marcial Pons, segunda edición, 2020.

----- *Hay jueces en Berlín. Un cuento sobre el control judicial del poder*. Marcial Pons, 2020.

----- “De la ley al contrato. Así se abre la desigualdad”, *El cronista del Estado social y democrático de Derecho*, nº 50, 2015, pp. 50-57.

----- “ La extensión del Derecho público. Una reacción necesaria”, *Revista de Administración Pública*, nº 189, Madrid, 2012, pp. 11-40.

----- “La doctrina alemana del Derecho público durante el régimen nacionalsocialista. Crónica de un debate tardío”, *Revista española de Derecho Constitucional*, año 23, 2003, pp. 171-179.

----- “De la universidad al poder. Un camino errado”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 19, nº 57, septiembre - diciembre de 1999, pp. 1311-1318.

## F

- Víctor Fairén Guillén, "Independencia constitucional y desarrollos de dependencia de los jueces españoles" en *L'indipendenza della giustizia oggi. Judicial independence, today*, Liber amicorum in onore di Giovanni Longo, Giuffrè, Milan, 1999, pp. 126 y sigts.
- María José Farinás Dulce, "Los derechos humanos desde una perspectiva socio-jurídica", *Derechos y Libertades: Revista de Filosofía y derechos humanos*, V. 3, n° 6, 1998, pp. 355-376
- José Joaquín Fernández Alles, "Los secretos de Estado en España: jurisprudencia y teoría constitucional", *La ley*, 2, 1999, pp. 1796-1811.
- Antonio Fernández Galiano y Benito de Castro Cid, *Lecciones de Teoría del Derecho y Derecho Natural*, Universitas, 1999.
- Tomás Ramón Fernández Rodríguez, *Las leyes orgánicas y el bloque de la constitucionalidad: en torno al artículo 28 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Civitas, 1981.
- José Carlos Fernández Rozas, "Goodbye Britain!: Acuerdo de comercio y cooperación entre la Unión Europea y el Reino Unido", *Especial Diario La Ley Unión Europea*, número 88, enero, 2021.
- Pedro Fernández Sánchez, *Lei e Sentença. Separação dos poderes Legislativo e Judicial na Constituição Portuguesa*, V. I, AAFDL, 2018.
- Francisco Fernández Segado, *Las Constituciones históricas de España*, Instituto Católico de Artes e Industrias, ICAI, 1982.
- *Las Constituciones Históricas Españolas*, Madrid, 1982.
- Luigi Ferrajoli, "El derecho como sistema de garantías", *La crisis del derecho y sus alternativas*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995.
- Antonio Fernández de Buján, *Derecho Público Romano*, edit. Aranzadi, 2017.
- *La Deuda Histórica del Arbitraje Moderno*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2014.
- *Derecho Público Romano, Recepción, Jurisdicción y Arbitraje*, edit. Tomson- Civitas, 2004.
- Carl J. Friedrich, *La filosofía del Derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 1982.

## G

- Elio A. Gallego García, *Autoridad y Razón. Hobbes y la quiebra de la tradición Occidental*, Centro de Estudios Políticos, Madrid, 2016.
- *Fundamentos para una teoría del derecho*, Dykinson, 2015.

- *Common Law. El pensamiento político y jurídico de Sir Edward Coke*, ediciones Encuentro, 2011.
- *Tradicón jurídica y derecho subjetivo*, Dykinson, 2005.
- José Garberí Llobregat, “Requiem por el recurso de amparo constitucional”, *La Ley*, 8 de enero de 2009.
- María Glória García, *Como defender hoje a dignidade humana*, Universidad católica editora, 2020.
- *Em defesa da autonomia da jurisdição administrativa e fiscal*, CEDIPRE, 2018, pp. 57-60.
- Pedro García Cuartango, *ABC*, 21-1-2019.
- Eduardo García de Enterría, *Democracia, Jueces y control de la Administración*, Aranzadi, 6ª edición, 2009.
- *Las Transformaciones de la Justicia Administrativa: de excepción singular a la Plenitud Jurisdiccional ¿Un cambio de paradigma?* Thomson-Civitas, 2007.
- *La lengua de los Derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, Real Academia Española, Madrid, 1994.
- “La lucha contra las inmunidades del poder”, *Cuadernos Civitas*, 1974.
- “Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado”, *REDA*, nº 89, 1996.
- “La aplicación del derecho en los sistemas políticos continentales”, *La crisis del derecho y sus alternativas*, CGPJ, Madrid, 1995, pp. 21-35.
- “La ampliación de las competencias de las jurisdicciones contencioso-administrativas nacionales por obra del Derecho Comunitario. Sentencia Borelli del Tribunal de Justicia y el artículo 5 de la CEE”, *REDA*, número 78, 1993, pp. 317-324.
- “La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)”, *RAP* nº 38, 1962, pp. 159-205.
- Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, V. I y II, cuarta edición, editorial Civitas, 1988.
- Alfonso García García- Gallo, *Manual de Historia del Derecho Español. El origen y la evolución del Derecho*, octava edición, Madrid, 1979.
- Miguel Ángel García Herrera y Alberto López Basaguren , “Constitución y Poder Judicial: la incompleta realización del Poder Judicial”, *Poder Judicial y unidad jurisdiccional en el Estado autonómico*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, 2006, pp. 127-208.
- Alberto G. Ibáñez, *La leyenda negra: historia del odio a España*, Almuzara, 2018.
- Manuel García Pelayo, *Obras completas*, V.III, Centro Estudios Políticos y Constitucionales, 2009.
- *Derecho Constitucional Comparado*, 4ª edición, Madrid, Revista de Occidente, 1957.

- Pedro M Garcíandía González, "La casación contencioso-administrativa tras la reforma de 2015: configuración general y acceso al recurso", en *Estudios sobre el recurso de Casación Civil: fase de admisión*, dirección Ibon Hualde López, Thomson Aranzadi, 2020, pp. 279-320.
- Otto Von Gierke, *Natural law and theory of society 1500 to 1800*, V. I, Cambridge University press, 1934.
- Enrique Gil Calvo, *La ideología española*, ediciones Nobel, 2006.
- José Vicente Gimeno Sendra, *Fundamentos de Derecho Procesal*, Civitas, 1981.
- Vicente Gimeno Sendra y otros, *Derecho Procesal Administrativo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1993.
- Salvador Giner y Sebastián Sarasa, *Buen Gobierno y Política Social*, Ariel, 1997, 73.
- Itziar Gómez Fernández, "Redefinir el bloque de la constitucionalidad 25 años después", *Estudios de Deusto*, Vol. 54/1, Bilbao, enero-junio 2006, pp. 61-98.
- Héctor Gómez, "La progenie protestante del derecho subjetivo y los derechos humanos", *Consecuencias político-jurídicas del protestantismo. A los 500 años de Lutero*, Marcial Pons, 2016.
- Pilar González Granda, "El nuevo recurso de casación contencioso-administrativo ex artículo 15 del RD. Ley 8/2021 de 4 mayo", *La Ley*, nº 9865, Sección Doctrina de 7 de junio de 2021.
- Manuel Gonçalves Ferreira Filho, "O paradoxo da justiça constitucional", *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 2010, V. 51, pp. 17-24.
- Benjamín González Alonso, "La fórmula "Obedezcase pero no se cumpla" en el Derecho castellano de la Baja Edad Media", *Anuario de Historia del Derecho Español*, nº 50, 1980, pp. 469 -488
- Santiago González-Varas Ibáñez, *El Derecho Administrativo Europeo*, Instituto Andaluz de Administración Pública, 3-ª edic. Sevilla, 2005.
- "Sistema general de la impugnación de la actuación administrativa en el Derecho alemán" en *Modelos europeos de Justicia contencioso-administrativa*, Santiago Rosado Pacheco (coordinador), Dykinson, Madrid, 2007, pp. 133-163.
- Francisco González Navarro, *Derecho Administrativo Español*, EUNSA, 1993.
- Jesús Gonzalez Pérez, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, 2ª edición, Civitas, Madrid, 1994.
- Pedro González Salinas, "Dos nuevas resoluciones sobre la fiscalización de los actos políticos del Gobierno", *REDA* número 79, 1993, pp. 493-506.
- Robert Goodwin, *Spain: the center of the world 1519-1682*, Bloomsbury Press, Londres-Nueva York, 2015.
- Anthony Gordon "Procedimiento, Derecho material y proporcionalidad: el principio de confianza legítima en el Derecho administrativo del Reino Unido", *El principio de seguridad Jurídica y sus manifestaciones*, Documentación Administrativa, 263-264, 2002, INAP, pp. 329-352.

Paul Edward Gottfried, *La extraña muerte del marxismo. La izquierda europea en el Nuevo Milenio*, Ciudadelalibros, Madrid, 2007.

Ana Gouveia Martins, *Em defesa da autonomia da jurisdição administrativa e fiscal*, CEDIPRE, 2018, pp. 11-23.

Rui Guerra da Fonseca, *O fundamento da Autotutela Executiva da Administração Pública*, Almedina, 2012.

---- “As companhias majestáticas de colonização do final do século XXI”, *O Direito*, ano 133( 2001), n.º III y IV, pp. 657-893

Alejandro Guzmán Brito, “El Derecho público y el Derecho privado”, *Persona y Derecho*, nº 72, 2015, pp. 11-21.

----- “Historia de la denominación del derecho- facultad como “subjetivo”, *Revista de estudios histórico-jurídicos*, 25, 2003, pp. 407-443.

Giuseppi Graneris, *Contribución Tomista la Filosofía del Derecho*, Olejnik, 2019.

## H

Jürgen Habermas, *El Discurso Filosófico de la Modernidad*, versión castellana de M. Jiménez Redondo, Taurus, 1989.

Friedrich A. Hayek, *Derecho, legislación y libertad. Una nueva formulación de los principios liberales de la justicia y de la economía política*, 2ª edición, Unión Editorial, 2014.

Guillermo Federico Hegel, *Filosofía del Derecho*, Prólogo de Carlos Marx, Biblioteca Filosófica, V. 5, Buenos Aires, 5ª edición, 1968.

António Manuel Hespanha, *Cultura Jurídica Europeia*, Almedina, 2018.

----- “Histórias do direito. Antiformalismo, anti-estadualismo e anti-nacionalismo na história jurídica contemporânea”, *e-Legal History Review*, 29, 2019.

Gertrude Himmelfarb, *The Road to Modernity*, 2004, traducida al portugués por Miguel Freitas da Costa, *Os caminhos para a modernidade, Os iluminismo Britânico, Francês y Americano*, Biblioteca Nacional de Portugal, 2015.

Eduardo Hinojosa Martínez, “El recurso de casación contra los autos de autorización o ratificación de medidas sanitarias”, *La Ley*, sección tribuna, 2 de julio de 2021.

Ibon Hualde López, *La admisión del recurso de casación Civil: su situación actual y reforma*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2021.

----- *Estudios sobre el recurso de Casación Civil: fase de admisión*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2020.

----- “Algunas consideraciones sobre el Tribunal y el recurso de Casación Civil francés”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo, 2017, V. 9,1, pp. 161-214.

Jesús Huerta de Soto, “Juan de Mariana y los escolásticos españoles”, *Nuevos estudios de economía política*, Unión editorial, Madrid, 2007.

## I

Aquilino Iglesias Ferreirós, *La creación del Derecho. Una historia de la formación de un derecho estatal español*, Marcial Pons, segunda edición corregida, 1996.

----- *La creación del Derecho. Una historia de la formación de un derecho estatal español*, Signo, Barcelona, 1992, pp. 257-270.

## J

J. Jellinek, *Teoría general del Estado*, Traducción al español de Fernando de los Ríos Urruti, Comares, 2ª edición, Granada, 2000.

Carmelo Jiménez Segado, “El Poder Judicial y la defensa de la Constitución en Carl Smitt”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 161, Madrid, 2013, pp. 41-67.

J. A. Jolowicz, *Droi Anglais*, Dalloz, 1986.

Pedro Juez Martel. “Tema 6. En el filo de la ley: Huecos, creación de sociedades en el ámbito internacional y empleo de paraísos fiscales: normas y jurisprudencia aplicables”. *Economía y contabilidad* (2017), *Formación a Distancia*, 3, 4, 2017 y *Cuadernos Digitales de Formación*, V. 37, CGPJ, 2012.

## K

Hans Küng, *En busca de nuestras huellas: la dimensión espiritual de las dimensiones del mundo*, Círculo de lectores, 2004.

## L

André de Laubadère, Jean Claude Venezia e Ives Gaudement, *Droit Administratif*, T. I, 14 edition, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1996.

María Jesús Lacarra, *Cuentos de la Edad Media, introducción, notas y selección*, editorial Castalia, 1986.

Julien Laferrière, “La jurisdicción administrativa en Francia “en *Modelos europeos de Justicia contencioso-administrativa*,

Santiago Rosado Pacheco ( coordinador), Dykinson, Madrid, 2007, pp. 216-219.

Julio Lalanne, “ Derechos subjetivos y persona humana, *Prudentia iuris*, Revista de la Facultad de Derecho Pontificia de la Universidad Católica Argentina, 74, 2012, pp. 99-116.

José Lamego, “O papel do kantismo na configuração disciplinar da filosofia do Direito”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, V. 51, 1-2, 2010, pp. 47-59.

Pedro Lomba, “Romanticismo político e constitucionalismo identitário: o paradoxo do conceito românico de povo”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 2019, 2, pp. 141- 276.

Ricardo Levene, *Las indias no eran colonias*, Espasa-Calpe, Madrid, 1973.

Joaquín Lomba Fuentes, *La raíz semítica de lo europeo*, Madrid, 1997.

Jesús López de Lerma Galán, “El control de la actividad parlamentaria como garantía del sistema constitucional”, *Estudios de Deusto*, V. 69/1, enero-junio 2021, pp. 95-125.

Tomás López Requena, ”Ideas en torno a una expresión falaz: el control de la discrecionalidad administrativa”, *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Civitas, 1996, pp. 89-96.

Fernando Loureiro Bastos, “Os limites al poder constituyente. Algumas considerações sobre a feitura e a modificação de uma constituição de um Estado de Direito”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 2006, V. 47, 1-2, pp. 55-76.

Eugenio Luján Palma, *Conferencia El derecho y la fuerza desvelando la unidad de sentimiento de su pensamiento*, 2017.

Pau Luque, Pau, *Particularismo, ensayos de filosofía del Derecho y Filosofía moral*, Marcial Pons, 2015.

John Locke, *Ensayo sobre el gobierno civil*, Aguilar, Madrid, 1990.

## M

Francisco Marín Castán, “Claves para una reforma urgente de la Casación Civil”, *Estudios sobre el recurso de Casación Civil: fase de admisión*, dirección Ibon Hualde López, Thomson Aranzadi, 2020, p. 268-271.

Josef Matf, “Dostoievski y la crisis de nuestro tiempo”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 57, 1951, pp. 35-54.

Ramiro de Maeztu, *Defensa de la Hispanidad*, Homolegens.

José Antonio Marina y Javier Rambaud, *Biografía de la Humanidad*, Ariel, 2018.

Juan Martín Queralt y otros, *Curso de derecho financiero y tributario*, vigésimo novena edición, Tecnos, 2018.

Faustino Martínez Martínez, “La idea Medieval del Derecho”, *e- SLegal History Review*, 2, 2006.

- Karl Marx, *La cuestión judía*, 1848, trad. de A. Hermosa, Santillana, Madrid, 1997.
- *La ideología alemana* de 1846 en E. Fromm, (edit.), *Marx y su concepto del hombre*, traducción de J. Campos, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1984.
- Karl Marx, *Critica de la filosofía del Estado de Helgel*, traducción y notas de José María Ripalda sobre la edición de 1927, Biblioteca Nueva, 2002 (1843).
- Karl Marx y Friedrich Engels, *El Manifiesto Comunista*, 1948, Alba, Madrid, 1987.
- José Mattoso, *Levantar o céu. Os labirintos da sabedoria*, Temas e debates, Circulo de Leitores, 2012.
- Brian M. Mccall, “El nuevo pacto protestante: la influencia de la teología protestante en el derecho de bienes y contratos”, *Consecuencias jurídico-políticas del protestantismo. A los 500 años de la muerte de Lutero*, Marcial Pons, pp. 197-201.
- Eduardo Melero Alonso, “El control judicial de los secretos de Estado en España. A propósito de las exportaciones de armamento”, *Opinión Jurídica*, V. 7, N° 14, julio -diciembre, 2008, pp. 15-31.
- Juan Meléndez Valdés, *Discurso de apertura de la Real Audiencia de Extremadura (27 de abril de 1791)*, Departamento de publicaciones de la Asamblea de Extremadura, Mérida, 1991.
- Marcelino Menéndez Pelayo, *Historia de los heterodoxos españoles*, V. II, Homolegens, 2011.
- Juan Francisco Mestre Delgado, “Sobre el valor de la jurisprudencia en Derecho español”, *Revista General de Derecho Público Comparado*, 3, 2008, pp. 1-12.
- Juan Manuel Millet Frasquet y Victor Viciado Colonques, *La Traición Europea*, ISBN 9798647288325, 2020.
- Jorge Miranda, “Divisão do poder e partidos políticos”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 2010, V. 51, pp. 25-32.
- José Luis Mirete Navarro, “Derecho de resistencia y Constituciones”, *Las Constituciones europeas*, Editora Nacional, Madrid 1979, pp. 65 y sgts.
- Jerónimo Molina Cano, “La polémica de la España Invertebrada de José Ortega y Gasset en la fábrica del Estado Español”, *Revista de Estudios Políticos*, 181, 2018, pp. 13-38.
- Gonzalo Moliner Tamborero y Mariano Sampedro Corral, *El recurso de casación laboral. Casación ordinaria y casación para la unificación de doctrina*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2009.
- Alessandra Monteiro, “Construir uma justiça global- Que direito e Democracia”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, V. 58, 2, 2017, pp. 7-31.
- Francisco Monterde Ferrer, “La independencia del poder judicial”, *Diario la ley*, número 9816, Sección Justicia y Sociedad de 23 de marzo de 2021.

Montesquieu, *El espíritu de las Leyes*, traducción de Siro García del Mazo, Biblioteca de Derecho y Ciencias Sociales, Madrid, 1906.

Augusto Mario Morello, “El mito de las cuestiones de hecho y de Derecho en la casación”, *El Tribunal Supremo. Su doctrina legal y el recurso de casación*, director Vicente Gimeno Sendra y coordinado por M. J. Cabezudo Bajo, 2007, pp. 387-394.

Ángel Manuel Moreno Molina, *La Administración por agencia de los Estados Unidos de Norteamérica*, BOE, 1995.

Dário Moura Vicente, *Direito comparado*, V. I, *Introdução e Parte Geral*, Almedina, 2011.

----- “O contributo da Lei da Boa Razão para o Direito Comparado e o seu ensino :breve relance”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, V. 60, 2, 2019, pp. 61-72.

José Luis Muñoz de Baena Simón, *La abstracción del mundo. Sobre el mal autoinmune de la juridicidad moderna*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018.

Santiago Muñoz Machado, *Vestigios*, Crítica, 2020.

-----*Hablamos la misma lengua*, Crítica, 2017.

----- *Informe sobre España. Repensar el Estado o destruirlo*, Crítica, Barcelona, 2012.

----- *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho público general*, T: I, *La formación de las instituciones públicas y su sometimiento al Derecho*, Iustel, tercera edición, Madrid, 2011.

----- *La reserva de jurisdicción*, La Ley, 1989.

----- “Ideas y propósitos”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, número cero, octubre, 2008, pp. 7 y 8.

## N

Jean-Pierre Nandrin, *Le référé législatif en 1832. La difficile séparation des pouvoirs*, Presses de l'Université Saint-Louis, 2009.

Suzie Navot, “El control jurisdiccional de los actos parlamentarios: un análisis comparado de la evolución jurisprudencial en España e Israel”, *Revista española de Derecho Constitucional*, nº 77, mayo-agosto, 2006, pp. 153-196.

Dalmacio Negro Pavón, “Democracia y religión” *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 41, (2007), pp.163-181.

Alina del Carmen Nettel Barrera, “La jurisdicción contencioso administrativa en el contexto de los Estados democráticos”, *Justicia Contencioso-Administrativa. Congreso Internacional*, Universidad Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013, pp. 15-34.

Alejandro Nieto García, *Crítica de la razón jurídica*, edit. Trotta, Madrid, 2007.

----- *La nueva organización del desgobierno*, Ariel, 1996.

Jorge Novais Reis, *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito*, Almedina, 2018.

## O

Pablo de Olavide, *Plan de estudios para la Universidad de Sevilla*, edit. Aguilar Piñal, Barcelona, 1969.

Antonio Cândido de Oliveira, “A mais recente evolução da justiça na Inglaterra: os tribunais”, in *Estudos em homenagem ao professor Doutor Servulo Correia*. II, coordinador Jorge Miranda, Coimbra editora, 2012, pp. 225 y sgts.

Antonio Cândido de Oliveira, “A organização Judiciária Administrativa e Fiscal” en *Temas e problemas de processo administrativo*, coordinador Vasco Pereira da Silva, Instituto de ciências jurídico-políticas, Facultad de Direito da Universidade de Lisboa, 2011, pp. 9-39.

Afonso D’Oliveira Martins, *Em defesa da autonomia da jurisdição administrativa e fiscal*, CEDIPRE, 2018, p. 9.

Angel Daniel Oliver-Lalana, “¿Le importa a alguien que los legisladores razonen? Sobre el análisis y el control del debate parlamentario de las leyes”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 2016,2, pp. 5-37.

José de Oliveira Ascensão, “O “fundamento do Direito” entre o Direito natural e a dignidade da pessoa”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, V. 52,1-2, 2011, pp. 29-43.

Andrés Ollero Tassara, *¿Tiene razón el Derecho? Entre método científico y voluntad política*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1996.

George Orwell, 1984 Penguin Random House, Decimosexta reimpresión, Traducción de Miguel Temprano García.

Álvaro d’Ors, *Prelección jubilar*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1985.

----- *Una introducción al estudio del Derecho*, Madrid, 1989.

----- “Retrospectiva de mis últimos XXV años”, *Atlántida*, 13, Madrid, 1990.

Rafael Domingo Oslé, *¿Qué es el Derecho global?*, Premio Rafael Martínez Emperador, 2007, CGPJ, 2008.

Paulo Otero, “Divinização do princípio maioritário e Estado em transição para o totalitarismo”, *Direito e Justiça, verdade, pessoa humana e ordem político-jurídica*, Universidad Católica Portuguesa, Faculdade de Direito, 2008, pp. 83-91.

Paulo Otero, *Instituições políticas e Constitucionais*, V. I, Almedina, 2016.

## P

Rafael Palomino, “Aconfesionalidad y laicidad: ¿naciones coincidentes, sucesivas...?” *Estado aconfesional y laicidad*, Cuadernos de Derecho Judicial, I-2008.

- Santos Pastor Prieto, "Justicia y economía: panorámica, crítica e implicaciones", *Justicia y Economía*, Manuales de formación continuada, 49,2009, pp. 53-171.
- Gregorio Peces Barba, *La dignidad de la persona desde la filosofía del Derecho*, segunda edición, Madrid, 2003.
- Vasco Pereira da Silva, *Direito Constitucional y Administrativo sem Fronteiras*, Almedina, 2019.
- *O contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise*, Almedina, 2ª edición, 2009.
- *A cultura a que tenho direito. Direitos fundamentais e cultura*, Almedina, 2007.
- *Para un contencioso administrativo dos particulares. Esboço de una teoría subjetivista do recurso directo de anulação*, Almedina, 2005.
- *Em busca do acto administrativo perdido*, Almedina, 1995.
- *Em defesa da autonomia da jurisdição administrativa e fiscal*, CEDIPRE, 2018, pp. 77-79.
- Vasco Duarte de Almeida, "Sobre o valor da dignidade da pessoa humana", *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, V. 46,1, 2005, pp. 623-648.
- José María Pérez Collados, "El concepto de jurista y su deconstrucción durante el proceso histórico de formación del E", *e-S legal History Review*, 18, 2014, pp. 1-24.
- Antonio Enrique Pérez Luño, *Teoría del Derecho: Una concepción de la experiencia jurídica*, Tecnos, décimoséptima edición, 2008.
- José Manuel Pérez-Prendes Muñoz-Arraco, *Interpretación histórica del Derecho*, Universidad Complutense de Madrid, 1996.
- Nicolás Pérez Serrano, *Tratado de Derecho Político*, segunda edición, Civitas, 1984.
- María Pérez Ugena, "Los actos de gobierno en el marco del fundamento constitucional de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en España y Francia", *Modelos europeos de Justicia contencioso-administrativa*, Santiago Rosado Pacheco (coordinador), Dykinson, Madrid, 2007, pp. 221-245.
- Fernando Pinto Palacios y Javier Ruiz Pérez, " Los recursos de apelación y casación en el Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento criminal de 2020", *La Ley*, 15 de marzo de 2022.
- Nicola Picardi, "Le juge naturel- principe fondamental en Europe", *Revue internationale de droit comparé*, V. 62, 1, 2010, pp. 27-73.
- Fernanda Pirie, *Ordenar el mundo. Cómo 4000 años de leyes dieron forma a la civilización*, Crítica, 2022.
- Miguel Porta Perales, "Sociedad abierta y populismo" y " La trama oculta de 1917", la tercera, *ABC*, 15 de septiembre de 2019 y 23 de febrero de 2020.
- José Antonio Portero Molina, "El Poder Judicial delante de la opinión pública", *Parlamento y Poder Judicial*, Estudios de Derecho Judicial, 106, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, pp. 109-126.

Roscoe Pound , *Evolución de la libertad*, Libreros Mexicanos Unidos, México, 1964.

Grégor Puppinck, *Mi deseo es la ley. Los derechos del hombre sin naturaleza*, Encuentro, 2020.

## R

Manuel Ramírez Jiménez, “Democracia representativa, Parlamento y Poder judicial”, *Parlamento y Poder judicial*, Estudios de Derecho judicial, Consejo General del Poder judicial, 106, Madrid, 2006, pp. 49- 58.

André Ramos Tavares, “ Principio da consubstancialidade parcial dos direitos fundamentais na dignidade do homem”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, V. 47,1-2, 2006, pp. 313-331.

John Rao, “El orden “Occidental” y “Europeo”: una autopista desde la cristiandad a ninguna parte”, *Consecuencias político-jurídicas del protestantismo. A los 500 años de Lutero*, Marcial Pons, 2016, pp. 33-47.

Rafael Ramis Barceló, “Consideraciones sobre el derecho-facultad y el nacimiento de la subjetividad jurídica en la Modernidad”, *e-Legal History Review*, 9, 2010, pp. 1-16.

Jorge Reis Novais, *Contributo para una teoría do Estado do Direito*, Almedina, 2018.

María Elvira Roca Barea, *Fracasología: España y sus élites: de los afrancesados a nuestros días*, Espasa, Barcelona, 2019.

-----, *Imperiofobia y leyenda negra, Roma, Rusia, Estados Unidos y el Imperio Español*, Siruela, Madrid, 2016.

María J. Roca, “La influencia de la Reforma Protestante en el Derecho”, *e-Legal History Review*, 14, 2012, pp. 1-35.

----- “Incidencia del pensamiento de Lutero sobre la fundamentación del derecho objetivo y subjetivo”, *e-Legal History Review*, 24, 2017, pp. 1-15.

Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, “El interés general en el Derecho Administrativo: notas introductorias”, *Revista Jurídica de Canarias* nº 24, 2012.

Luis Miguel Rodríguez Segado en la recensión de la obra de Francisco Sosa Wagner *Maestros alemanes del Derecho Público*, Aletheia, Cuadernos Críticos del Derecho, 4/2007, pp. 21-37.

Ricardo Manuel Rojas, *Los derechos fundamentales y el orden jurídico institucional de Cuba*, Buenos Aires, 2005.

Santiago Rosado Pacheco, *Modelos Europeos de Justicia contencioso-administrativa*, Dykinson, 2007.

Francisco Rubio Llorente “EL Guardián de la Constitución”, *Claves de razón práctica*, nº 142, 2004, pp. 14-22.

Rosa Ruiz Lapeña, “Estado democrático y función judicial”, *Parlamento y Poder Judicial*, Estudios de Derecho Judicial,106, Consejo General del Poder Judicial, 106, Madrid, 2006, pp. 61-72.

Carlos Ruiz Miguel, “El fallido control judicial de las normas generales autonómicas restrictivas de derechos fundamentales”, *La Ley* , 27 de julio de 2021.

Luis María de Ruschi, “Los orígenes protestantes del Estado Moderno”, *Consecuencias político-jurídicas del protestantismo. A los 500 años de Lutero*, Marcial Pons, 2016, pp. 141-156.

## S

Jesús María Santos Vijande, “De Jurisdicción”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, nº 33, 2017, pp. 242-265.

José Manuel Sáiz, “La visión cristiana de los padres de Europa”, *Unidad de Investigación sobre Seguridad y Cooperación Internacional (UNISCI)*, nº 14, 2007, pp. 115-129.

Luis Sanchez Agesta, *Curso de Derecho Constitucional Comparado*, 5ª edición, Madrid, 1974.

Ignacio Sánchez Cámara, “el infrahombre”, *ABC*, 27-4-2017.

Sixto Sánchez Lauro, *El crimen de herejía y su represión inquisitorial. Doctrina y praxis en Domingo de Soto*, Universitat Pompeu Fabra, 2017.

Klaus Schaw, *La cuarta revolución industrial*, Debate, Barcelona, 2016.

Daniel Schwartz Porzencanski, “Francisco Suárez y la tradición del contrato social”, *Contrastes: Revista internacional de filosofía*, 10, 2005, pp. 119-138.

Juan Fernando Segovia, “Lutero y los orígenes religiosos de la secularización”, *Consecuencias político-jurídicas del protestantismo. A los 500 años de Lutero*, Marcial Pons, 2016, pp. 49-84.

Manuel Serrano Alberca, “Acierto o error de la reforma del recurso de casación contencioso-administrativo”, *Legal Today*, 31-7-2017.

Gary Slapper y David Kelly, *O sistema jurídico inglês*, 2011.

Jesús Servalo González, “Gigantes tecnológicos, enanos tributarios”, *El País*, 23 de noviembre de 2012.

Mafalda Serrasqueiro, “O Tribunal de Schrödinger: uma Justiça Constitucional simultaneamente politizada e neutra” *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, V. 58, 1, 2017, pp. 97-132.

Begoña Sesma García, “La tutela judicial en el ámbito tributario”, *Revista La Ley*, Sección de Tribunales, 6 de mayo de 2014.

Susana de la Sierra, *Una metodología para el Derecho Comparado europeo. Derecho Público Comparado y Derecho Administrativo Europeo*, Civitas, 2004.

Peter Sloterdijk ¿*Qué sucedió en el siglo XX?* edit. Siruela, 2018.

Adam Smith, *The Theory of Moral Sentiments*, Londres, 1759.

Lenio Luiz Streck, “Diferença (ontológica) entre texto e norma: afastando o fantasma do relativismo”, *Revista da Faculdade*

*de Direito da Universidade de Lisboa*, V. 46,1, 2005, pp. 55-86.

Domingo Soriano, “Ya somos una colonia alemana (y ni tan mal)”, *Libre Mercado*, 20-3-2021.

Ricardo Sosa Castaño, “Bases Socio-económicas de la Ilustración”, *Apuntes para la historia de la ciudad de Badajoz*, T. II, Editora Regional de Extremadura, 2002.

Francisco Sosa Wagner, *La independencia del juez ¿una fábula?*, La esfera de los libros, 2016.

----- *Maestros alemanes del Derecho público*, Marcial Pons, 2005.

José de Sousa e Brito. “O que é o positivismo jurídico. Como se autodefine e como se auto-suspende”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, V. 51, 1-2, 2010, pp. 193-205.

José Antonio Souto Paz, “El Estado Moderno y la libertad religiosa”, *Revista General de Derecho público Comparado*, nº 1, septiembre 2007. pp. 1-16.

Luis Suárez Fernández, *Lo que España debe a la Iglesia Católica*, Homolegens, 2012.

## T

Alexis de Tocqueville, *La democracia en América*, T. I y II, editorial Gallimard, París, 1951.

Ignacio Torres Muro, “El control jurisdiccional de los actos parlamentarios. La experiencia italiana”, *Revista española de Derecho Constitucional*, año 6, nº 17, pp. 189-227.

Jesús Trillo- Figueroa Martínez- Conde, *Una Revolución Silenciosa. La política sexual del feminismo socialista*, Libros Libres, 2007.

Antonio Truyol y Serra, *Historia de la Filosofía del Derecho y el Estado*, V. 1, Alianza, Madrid, 1987.

## U

Arnd Uhle y Marc Lehr, “La protección jurídico-administrativa en la República Federal de Alemania” en *Modelos europeos de Justicia contencioso-administrativa*, Santiago Rosado Pacheco (coordinador), Dykinson, Madrid, 2007, pp. 89-133.

Rafael de Ureña y Smenjaud, *Historia de la literatura Jurídica Española*, T. I, V. II, 2ª edición, Madrid, 1906.

## V

Julio Valdeón Barunque, “La valoración histórica de la Edad Media: entre el mito y la realidad” en José Ignacio de la Iglesia Duarte y José Luis Martín Rodríguez (Coordinadores), *Memoria, mito y realidad en la Historia Medieval: XIII Semana de estudios Medievales, Nájera, del 29 de julio al 2 de Agosto de 2002*, pp. 311-329.

Juan Vallet de Goytisolo, *Montesquieu: leyes, gobiernos y poderes*, Civitas, Madrid, 1986, pp. 427 y sgts.

----- “Voluntad popular, voluntad parlamentaria y confusión de poderes”, *Verbo*, nº 315-316, 1993 pp. 485 y siguientes.

----- “La independencia de la función judicial y la pretendida separación de poderes”, *Verbo* nº 309-310, 1992, pp. 1017-1044.

----- “Glosas al 3º del artículo 10 del Código Civil en relación con la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Anuario de Derecho Civil*, XII-II, 1959, pp. 575 y sgtes.

Eduardo Vera Cruz Pinto, *Introdução ao estudo do Direito Romano. As questões fundamentais*, AAFDL, Lisboa, 2021.

----- *As origens do Direito Português. A tese Germanista de Teófilo Braga*, AAFDL, Lisboa, 1996.

----- “Jurisprudencia” versus “ciência do directo”: o fim da constituzonalizaçao/codificaçao do direito é condiçao de sobrevivência do jurídico”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, V. 54, 1-2, 2013, pp. 24-40.

Ignacio Verdú Berganza, “La ciencia en el final de la Edad Media”, *Pensamiento*, V. 71, nº 269, 2015, pp. 1277-1293.

Mercenário Villalba Lava, “Estrutura e conteúdo das decisoes judiciais em Espahha. O uso da informática judicial e a sua influência na devida congruência, clareza e precisao das sentenças, *A estrutura e o conteúdo das decisões judiciais*. Centro de Estudos Judiciários de Portugal, Junio de 2020, pp. 70-72.

----- “Que lo implícito se haga explícito: la reforma legal de la ley 29/98 para incluir, expresamente, la competencia para resolver las controversias jurídicas derivadas de la actuación de los poderes públicos que, sujetas al Derecho público, su enjuiciamiento no corresponda directamente al tribunal Constitucional”, *Por una justicia contencioso-administrativa más cercana a la ciudadanía*, Cuadernos Digitales de Formación, 20, 2014, pp. 1-9.

Manuel Villegas Rodríguez, “San Agustín en los escritos de Lutero”, *e-Legal History Review*, 24, 2017, pp. 1-24.

Manuel Villoria Mendieta y Agustín Izquierdo Sánchez, *Ética pública y buen gobierno. Valores e instituciones para tiempos de incertidumbre*, Tecnos, segunda edición, 2020.

Leticia Vita, “¿ Quién debe ser el guardián de la Constitución? Una relectura del debate entre Kelsen y Smitt a la luz del caso Prusia contra Reich de 1932” , *Lecciones y ensayos*, nº 99, 2017, pp. 131-166.

## W

Luis A. Warat, *Abuso del Derecho y Lagunas de la Ley*, ediciones olejnik, Argentina, 2019, pp. 70-72.

Frederick D. Wilhelmsen, *El problema de Occidente y los cristianos*, Sevilla, ECESA, 1964, p. 64.

Frederick Wilhelmsen, "La filosofía política de Alvaro D'Ors", *Glossae. Revista de historia del Derecho europeo*, 4 (1992) Instituto de Derecho Común, Universidad de Murcia p.181.

José Luis Widow, "La conciencia y sus consecuencias en el orden moral. Acerca de la irracionalidad práctica en el pensamiento de Lutero", *Consecuencias político-jurídicas del protestantismo. A los 500 años de Lutero*, Marcial Pons, 2016, pp. 85- 106.

## Y

Aquilino Yáñez de Andrés, "La Constitución indefensa", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 8 de mayo de 2014.

## X

Juan Antonio Xiol Rius, "Constitución, ley, ciudadanos, juez", *El juez y la cultura jurídica contemporánea*, T. III. *La función y los poderes del juez en una sociedad democrática*, Consejo General del Poder judicial, 2008, pp. 18-62.

----- "El valor vinculante de la jurisprudencia", *Jurisprudencia civil 2005-2007: análisis crítico*, Estudios de Derecho Judicial, 133, CGPJ, 2007, pp. 1-32.

## ABREVIATURAS

AAF DL	Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa
APM	Asociación profesional de la Magistratura
AJFV	Asociación Judicial “ Francisco de Vitoria”
AJI	Asociación Judicial Independiente
BOE	Boletín Oficial del Estado.
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CEDIPRE	Centro de Estudos de Direito Público e Regulação
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
EUNSA	Ediciones Universidad de Navarra
INAP	Instituto Nacional de Administración Pública.
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LITPAJD	Ley del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados
LIRPF	Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas
LIVA	Ley Reguladora del Impuesto del Valor Añadido
LOTC	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
RAP	Revista de Administración Pública
REDA	Revista de Derecho Administrativo
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TEARE	Tribunal Económico-Administrativo Regional de Extremadura

