

La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales; la nueva regulación en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa

Marc Carrillo

*Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad Pompeu Fabra*

SUMARIO: 1. EL FIN DE UNA PROVISIONALIDAD QUE HA DURADO VEINTE AÑOS HA DADO COMO RESULTADO LA OPCIÓN POR UN PROCEDIMIENTO ESPECIAL PARA REGULAR EL AMPARO ORDINARIO SOBRE DERECHOS FUNDAMENTALES.—2. LA NATURALEZA DEL RECURSO DE AMPARO ORDINARIO. 2.1. *La preferencia.* 2.2. *La sumariedad.* 2.3. *La especialidad.* 2.4. *La desaparición de la simultaneidad de procedimientos.* 2.5. *La subsidiariedad del amparo constitucional puede quedar reforzada con la reincorporación del recurso de apelación.*—3. SOBRE LOS REQUISITOS PROCESALES. 3.1. *La competencia jurisdiccional.* 3.2. *El objeto del recurso.* 3.3. *Sobre los criterios de legitimación.* 3.4. *Sobre la admisión a trámite.* 3.5. *Los criterios para determinar la condena en costas.*—4. LOS NUEVOS CRITERIOS Y MODALIDADES DE MEDIDAS CAUTELARES.—5. OTROS PROCEDIMIENTOS ESPECIALES EN FUNCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL REGULADO.

1. EL FIN DE UNA PROVISIONALIDAD QUE HA DURADO VEINTE AÑOS HA DADO COMO RESULTADO LA OPCIÓN POR UN PROCEDIMIENTO ESPECIAL PARA REGULAR EL AMPARO ORDINARIO SOBRE DERECHOS FUNDAMENTALES

La oportunidad de este seminario es indudable como vía para iniciar un debate sobre la aplicación jurisdiccional de la Constitución, a veinte años de

su entrada en vigor. Esta oportunidad se acrecienta si cabe en relación al objeto de esta segunda sesión, si tenemos en cuenta que el próximo mes entrará en vigor en casi su total integridad la nueva *Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*, tras su publicación en el *BOE* hace ahora unos cinco meses (según lo preceptuado por su Disposición final tercera).

No hay duda de la trascendencia de una ley como la presente, que sustituye a la antigua Ley de 27 de diciembre de 1956, para regular el procedimiento contencioso cuando una de las partes es la Administración Pública en sus más diversas manifestaciones. Pero lo es también porque el legislador ha creído conveniente integrar en su contenido una serie de procedimientos especiales, entre los que se encuentra uno cuya regulación estaba prevista en una norma aprobada al inicio de la transición política al sistema democrático vigente, y que formó parte del paquete de medidas jurídico políticas que integraban los Pactos de la Moncloa de 1977¹.

Efectivamente, después de veinte años de una ley que fue dictada con carácter provisional, la *Ley 62/1988, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona*, aparece por vez primera en el ordenamiento jurídico una norma que desarrolla de manera explícita las previsiones del artículo 53.2 CE: «Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección 1ª del Capítulo II ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad (...)». Así, en el Capítulo I de su Título V (Procedimientos especiales) se regula el régimen del *Procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona*; por su parte, el Título VI introduce una serie de disposiciones comunes a los Títulos IV y V, que también han de ser tenidas en cuenta para analizar el citado procedimiento, que se refieren a los *plazos* (Capítulo I); el importante y decisivo tema de las *medidas cautelares* (Capítulo II); *los incidentes e invalidez de actos procesales* (Capítulo III) y la regulación de las *costas procesales* (Capítulo IV). Todo ello, sin perjuicio de la aplicación, en lo no previsto por este procedimiento, de las normas generales previstas en la Ley 29/1998.

El procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona aparece incorporado a la nueva LJCA en el marco de una serie de importantes modificaciones que se han introducido a las progresivas reformas que a su vez se fueron introduciendo en la vieja e importante LJCA de 1956 tras la entrada en vigor de la Constitución. Entre las modificaciones que presentan una especial incidencia sobre el régimen jurídico que regula la tutela de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios, cabe subrayar las siguientes: a) La atribución de competencias a los Juzgados de lo

¹ Vid. *Pactos de la Moncloa*. Presidencia del Gobierno. Madrid, 1977, pág. 77 y sigs.

Contencioso-Administrativo que ya habían sido previstos por la LOPJ. b) La delimitación del objeto del recurso contencioso-administrativo a cuatro modalidades: el tradicional dirigido contra actos administrativos, ya sean expresos o presuntos; el que tiene por objetivo fiscalizar la legalidad de una disposición general; el recurso contra la inactividad de la Administración y, finalmente, el que se interpone contra actuaciones materiales de cualquier órgano administrativo que puedan ser constitutivas de lo que se ha dado en denominar la vía de hecho; asimismo, y de acuerdo con el fundamento común de los procesos contencioso-administrativos —según lo expresa la Exposición de Motivos de la Ley—, el objeto del recurso contempla la lesión de los derechos fundamentales fijando como parámetro de enjuiciamiento el conjunto del ordenamiento jurídico, al cual se ha de adecuar la actuación administrativa. c) La reaparición del recurso de apelación cuya exclusión había sido establecida en la reforma procesal de la Ley 10/1992. d) La modificación del criterio que ha de presidir la decisión del órgano judicial sobre la aplicación de una medida cautelar: hasta ahora, y desde la entrada en vigor de la Ley 62/1978, el criterio general en materia de derechos fundamentales consistía en procurar la suspensión del acto o disposición impugnados salvo que razones de interés general lo desaconsejasen; por su parte, la nueva LJCA prescinde de la opción por mantener un criterio general que vincule al órgano judicial y se decide por atribuir al juez o tribunal competentes la valoración «*circunstanciada*» de todos los intereses en conflicto, que le habrá de llevar a la adopción de la medida cautelar sólo «*cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso*». e) La ampliación del espectro de medidas cautelares que pueden ser tomadas por el órgano judicial al objeto de asegurar la efectividad de la sentencia, en el marco de una moderada filosofía procesal reflejada en la Ley, basada en incentivar la tutela cautelar de los derechos fundamentales, como una manifestación intrínseca del contenido esencial del derecho a la tutela judicial; en este sentido, a la tradicional medida cautelar de la suspensión del acto o disposición general objeto de recurso se añade la posibilidad de adoptar también medidas cautelares positivas de hacer y de no hacer. f) La introducción de un nuevo e importante procedimiento especial como es la «*cuestión de ilegalidad*» sobre el contenido de disposiciones generales de rango infralegal que puedan ser lesivas sobre derechos fundamentales. g) La incorporación de un criterio mixto sobre la determinación de las costas procesales, que modifica el planteamiento de la Ley 62/1978, basado únicamente en el criterio del vencimiento. Se trata de modificaciones derivadas tanto del Título V como del contenido general de la Ley aplicables al procedimiento especial.

Una vez entrada en vigor la nueva LJCA, la primera e importante consideración a hacer, respecto de su incidencia sobre la regulación del régimen jurídico de la tutela de los derechos fundamentales, es que el legislador ha optado por mantener el criterio de un procedimiento especial

para regular esta materia (en el Capítulo I del Título V). Un procedimiento regulado por la Ley Jurisdiccional pero desgajado del tronco común y configurado como uno más de los tres que con carácter especial ha previsto la LJCA en su Título V². Se trata, por tanto, de una opción ya experimentada a través de la Ley 62/1978, que sin estar impedida tampoco queda necesariamente impuesta por el artículo 53.2 de la CE. La cuestión no es banal, puesto que, como así ha sido hasta ahora, la existencia de un procedimiento especial de amparo ordinario sobre los derechos fundamentales, en muchas ocasiones, ha exigido del recurrente instrumentar sus pretensiones jurídicas a través de dos vías procesales distintas: la vía especial de la Ley 62/1978 para la lesión de los derechos fundamentales en lo que afectaba a su contenido constitucional, y la vía común de la Ley Jurisdiccional de 1956 para los aspectos concernientes a la legalidad del acto o disposición general objeto del recurso. En este sentido, la simultaneidad de ambos recursos era aceptada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC) en tanto en cuanto se asumiese una clara delimitación entre el objeto de las dos pretensiones jurídicas³. Cuestión nada fácil ni siempre factible, como se ha comprobado reiteradamente.

Tal duplicidad de procedimientos obligó a llevar a cabo un complejo deslinde entre los elementos de constitucionalidad y los de legalidad ordinaria que incidían sobre el acto o disposición general objeto del recurso contencioso. Y es notorio que a veinte años de aplicación jurisdiccional de aquella ley, esta distinción no ha sido nunca fácil y en muchos casos incluso —especialmente en los derechos de configuración legal, pero no sólo en ellos— el deslinde ha sido más bien inviable que no otra cosa.

Estas dificultades, unidas a la existencia de otros procedimientos realmente especiales creados por leyes específicas, en función de la naturaleza de los derechos fundamentales regulados (el derecho de *habeas corpus*, el derecho de reunión, el derecho de sufragio —en lo concerniente al contencioso electoral referido a la proclamación de candidaturas y de resultados—, el derecho de rectificación, etc.) han incitado desde hace bastante tiempo a un sector de la doctrina a proponer la necesidad de no crear más especialidades y a regular el amparo ordinario en el marco de la legislación contencioso-administrativa común, de acuerdo —eso sí— con los principios de preferencia y sumariedad exigidos por el artículo 53.2 de la CE. Máxime cuando el mandato contenido en este precepto «... *no constituye un mandato que obligue a la creación de concretas y perfiladas instituciones procesales*»⁴. O di-

² Los otros dos son la *Cuestión de ilegalidad* (Capítulo II) y el *Procedimiento en los casos de suspensión administrativa de acuerdos* (Capítulo III).

³ STC 2/1984, de 27 de marzo (FJ 6); en el mismo sentido también las SSTC 23/1989 y 42/1989.

⁴ Vid. A. de la OLIVA SANTOS e I. DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *Tribunal Constitucional, Jurisdicción ordinaria y derechos fundamentales*. McGrawHill, Madrid 1996, pág. 118. En el mismo sentido: J. JIMÉNEZ CAMPO, «Protección de los Derechos Fundamentales», en: O. ALZAGA (Dir.) *Comentarios a la Constitución española de 1978*. Edersa, Madrid 1996, pág. 503.

cho de otro modo: el mandato de articular un procedimiento con las características procesales descritas es «*un mandato programático o finalista*»⁵, sin duda dotado de fuerza normativa que obliga al legislador a regular un procedimiento de tutela que preceptivamente incluya estas características procesales, pero sin que tal exigencia requiera *forzosamente* de un procedimiento especial.

La nueva LJCA no ha supuesto un punto de inflexión en la tendencia doctrinal al considerar que el artículo 53.2 CE exige de un procedimiento especial; ahora bien, las modificaciones introducidas en la delimitación del objeto del recurso se inscriben en la línea de intentar paliar algunos de los efectos más disfuncionales que ha deparado la aplicación jurisdiccional de la Ley 62/1978. En las páginas siguientes habrá tiempo de volver sobre este particular.

2. LA NATURALEZA DEL RECURSO DE AMPARO ORDINARIO

El artículo 53.2 de la CE preceptúa que la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección 1ª del Capítulo II del Título I se instrumentará a través de un procedimiento basado en los principios de *preferencia* (1) y *sumariedad* (2). Nada dice de que el procedimiento deba ser especial, pero sí que exige que la vía procesal empleada se ajuste a estos dos principios. Obviamente, la nueva LJCA no puede hacer otra cosa que asumir este mandato aunque lo hace —cosa que es una opción constitucionalmente posible— a través de un procedimiento específico diferenciado del contencioso-administrativo general. En todo caso, su artículo 114.3 reitera que «*a todos los efectos, la tramitación de estos recursos tendrá carácter preferente*», sin que, por otra parte, incluya mención alguna al carácter sumario, ausencia que en todo caso carece de mayor relevancia jurídica, aunque parece entrever el convencimiento del legislador de que la sumariedad en el sentido más estricto carece de funcionalidad en este procedimiento. Asimismo, la opción de la LJCA por prever un procedimiento *especial*(3) exige analizar las características que así lo definen, aunque ya de entrada pueda afirmarse que dicha especialidad es menor que la que mostraba la Ley 62/1978 al regular en su Sección 2ª —hoy ya derogada— la garantía contencioso-administrativa. Cabe precisar también que el tratamiento amplio del objeto del recurso —y por tanto de la sentencia— al contemplar la lesión de derechos susceptibles de amparo ordinario en función de la conformidad de la actuación administrativa recurrida con el conjunto del ordenamiento —y no sólo conforme a la Constitución— obliga a replantear lo

⁵ *Ibidem*, pág. 118.

que la jurisprudencia y la doctrina habían elaborado en el pasado más reciente acerca de la *simultaneidad* (4) de vías procesales para la tutela de bienes jurídicos adheridos a los derechos fundamentales de la persona. Finalmente, reseñar que la LJCA no introduce novedad alguna sobre la tradicional y siempre necesaria *subsidiariedad* que el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional presenta respecto de amparo judicial proporcionado por la jurisdicción ordinaria.

Veamos, en síntesis, la incidencia que haya podido tener la nueva LJCA respecto de estos elementos característicos del recurso de amparo ordinario.

2.1. *La preferencia*

La atribución del carácter preferente al procedimiento ordinario supone asignar una posición procesal ventajosa a todas aquellas causas cuyo *petitum* esté fundamentado en la violación de un derecho fundamental o, en su caso, en aquellos otros derechos que carezcan de esta naturaleza, pero que, no obstante, por disposición legal específica gocen de este procedimiento especial de protección jurisdiccional.

La noción procesal de preferencia significa que la tramitación de los recursos planteados de acuerdo con este procedimiento será anterior a cualesquiera otros, incluso en el supuesto de que éstos hayan sido instados con anterioridad⁶. El requisito legal de la preferencia habilita a la ley procesal que lo regule «a permitir o imponer la alteración en el orden de tramitación y/o decisión de asuntos»⁷. De acuerdo a esta lógica, la LJCA establece que «a todos los efectos, la tramitación de estos recursos tendrá carácter preferente»; por ello, y de acuerdo con lo también preceptuado por el artículo 128.2 de la LJCA y el artículo 183 de la LOPJ, para las actuaciones judiciales en las que se concrete, serán hábiles los días del mes de agosto.

2.2. *La sumariedad*

El carácter sumario es la segunda característica del procedimiento establecido por la CE, cuya naturaleza resultó ser más polémica en los primeros años de aplicación de la ya derogada garantía contencioso-administrativa de la Ley 62/1978.

De su aplicación jurisdiccional llevada a cabo en estos veinte años no ha habido duda de que de la Ley 62/1978 se deduce una noción de sumariedad

⁶ Vid. J. GARCÍA MORILLO, *El amparo judicial de los derechos fundamentales*. Ministerio de Justicia, Madrid 1985, pág. 43.

⁷ Vid. A. de la OLIVA e I. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *op. cit.*, pág. 120.

entendida como celeridad, es decir, como procedimiento más rápido pero no sumario *stricto sensu*. Es lo que se ha dado en denominar una sumariedad cuantitativa o impropia, entendida como aquella que provoca en el procedimiento un acortamiento de los plazos procesales, una preferencia en los trámites y, en general, una acentuación de la celeridad en la actuación judicial. Es decir, la sumariedad no aparece aquí como una propiedad procesal en sentido dogmático-jurídico de ausencia de cosa juzgada material y de limitación de la cognición del juez y de los medios de alegación y prueba, sino como sinónimo de rapidez procesal en la resolución de la causa.

La sumariedad en sentido propio, o sumariedad cualitativa comporta, por el contrario, una cognición limitada a aquello que constituye el objeto del proceso: la protección de los derechos fundamentales y libertades públicas, obviando las cuestiones de legalidad que deberán ser solventadas en el procedimiento ordinario⁸. Es decir, las cuestiones que, aun teniendo relación conexa con los derechos fundamentales no forman parte del contenido esencial de los mismos, han de dilucidarse en un proceso de carácter ordinario o plenario y, por tanto, de naturaleza distinta. A este respecto, la Ley 62/1978 establecía un procedimiento plenario, o de cognición no limitada, mientras que la nota de sumariedad en sentido estricto exige un proceso de cognición restringida a un objeto concreto: la protección de los derechos fundamentales y libertades públicas.

En este sentido, un importante sector de la doctrina⁹ coincidió en su momento en poner de relieve que de la Ley 62/1978 no se deducía un procedimiento de carácter sumario, sino que lo que hacía era introducir procedimientos abreviados pero plenarios, es decir, de cognición no limitada, lo cual implicaba la posibilidad de plantear simultáneamente un recurso por violación de derechos fundamentales y también por cuestiones relativas a la legalidad del acto o disposición impugnada. En este sentido, una primera línea de interpretación jurisprudencial aceptó una cierta *vis atractiva* del proceso especial sobre el ordinario¹⁰. Sin embargo, este criterio hermenéutico no prosperaría, terminando por imponerse una interpretación centrada en un concepto más estricto de sumariedad vinculado a la noción de cognición limitada al enjuiciamiento de las presuntas lesiones producidas sobre derechos fundamentales.

⁸ Sobre la noción de sumariedad en el doble sentido apuntado, véase: A. BAYLOS GRAU y otros. *Instituciones de Derecho Procesal Laboral*. Ed. Trotta, Madrid 1991, pág. 196.

⁹ Entre otros: Javier SALAS y Joaquín TORNOS: «Comentarios a la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona». *RAP*, n.º 93, Sep.-Dic. 1980, pág. 35; J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Derecho Procesal Constitucional*, Civitas, Madrid 1980, pág. 298; J. ALMAGRO NOSETTE, «Poder Judicial y Tribunal de Garantías en la nueva Constitución», en *Lecturas sobre la Constitución española*, UNED, Madrid 1978, vol. I, pág. 283 y sigs.; Joaquín GARCÍA MÓRILLO, *El amparo judicial de derechos fundamentales*. Ministerio de Justicia, Madrid 1985, págs. 40 y sigs.

¹⁰ *Vid.* STS 3/XII/1982. Sobre una exposición sobre el tema: L. PRIETO SANCHÍS, *Estudios sobre Derechos Fundamentales*, Ed. Debate, Madrid 1990, pág. 226.

En relación a esta cuestión, la jurisprudencia del TC no ha aportado más que la reiteración del precepto constitucional sin derivaciones posteriores sobre las consecuencias procesales. En este sentido, el alto Tribunal recuerda que «(...) *la regulación contenida en la LPJDF se basa en los principios de preferencia y sumariedad*»¹¹.

No mucho más lejos han ido las Salas de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en relación a este tema. Partiendo de una inicial constatación, según la cual «(...) *la tramitación de estos recursos tiene carácter preferente*»¹², añade de manera más precisa que la LPJ configura un proceso especial, sumario y urgente «(...) *limitado a comprobar si un concreto acto administrativo afecta a uno de los derechos fundamentales de la persona*»¹³. En el mismo sentido, pero insistiendo en el carácter de cognición limitada que ha de mantener, un auto posterior señala que la caracterización de preferente y sumario pone de manifiesto: «(...) *por un lado, su rapidez, y, por otro, lo limitado de su ámbito, que queda reducido a examinar si se ha infringido o no algún derecho fundamental de la persona constitucionalmente protegido*»¹⁴.

Con la nueva concepción del objeto del recurso contencioso-administrativo que se deriva de la nueva regulación del procedimiento especial en la LJCA, este debate doctrinal y jurisprudencial ha perdido actualidad. La razón de ello es que la cognición ya no queda limitada a juzgar si se ha producido una lesión de derecho fundamental, sino que, como veremos más adelante, puede incidir también en aspectos de legalidad ordinaria que en muchas ocasiones vienen adheridos al objeto principal del enjuiciamiento.

2.3. *La especialidad*

Ciertamente, el procedimiento sigue siendo especial porque así lo ha decidido el legislador, aunque la especialidad es de grado menor a la que presentaba la garantía contencioso-administrativa en la Ley 62/1978. A modo de síntesis de las tres notas más características que justifican la especialidad es preciso retener lo siguiente:

a) El recurso administrativo previo sigue teniendo un carácter optativo, por lo que no es preceptivo agotar la vía administrativa para acceder a la jurisdicción contenciosa. Así lo preceptúa el artículo 115.1 LJCA cuando establece un plazo distinto para interponer el recurso contencioso cuando antes «se hubiera interpuesto *potestativamente* un recurso administrativo» (20 días).

b) La pasividad de la Administración en ningún caso suspende el curso de los autos, ya sea porque el órgano administrativo no haya remiti-

¹¹ ATC 6/3/1985; STC 159/1985.

¹² STS 3/XI/1982.

¹³ STC 22/XII/1982.

¹⁴ STS 15/XII/1984. La cursiva es mfa.

do el expediente o bien porque no haya contestado a la demanda en los plazos preclusivos fijados por la LJCA (artículos 116.3, segundo párrafo y 120).

c) Pero donde el cambio respecto de la Ley 62/1978 ha sido más significativo es el experimentado en relación al criterio legal sobre el alcance de la medida cautelar de la suspensión. Como es bien sabido, en la citada ley la suspensión del acto administrativo objeto del recurso, sin ser automático (salvo en materia de orden público, hasta la entrada en vigor de la Ley 1/1992, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana), se convertía en regla general, invirtiendo así el criterio tradicional de la Ley Jurisdiccional de 1956, basado en la ejecutividad del acto. Pues bien, como se analizará más adelante, el artículo 130 ya evocado renuncia a establecer una regla de aquel tenor y atribuye a la ponderación del órgano judicial la plena decisión para valorar la dimensión de todos los intereses en conflicto y resolver en consecuencia.

2.4. *La desaparición de la simultaneidad de procedimientos*

La simultaneidad que se derivaba de la aplicación jurisdiccional de la Ley 62/1978, entre ésta y la Ley jurisdiccional por el obligado y dificultoso, cuando no imposible deslinde, entre los aspectos de constitucionalidad y de legalidad que concurrían en el acto recurrido, está en trance de desaparecer con la configuración que del objeto del recurso supone la entrada en vigor de la LJCA. Su reflejo se encuentra en el artículo 121.2 LJCA cuando en relación a sentencia estimativa se establece:

«La sentencia estimará el recurso cuando la disposición, la actuación o el acto incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder, y como consecuencia de la misma vulneren un derecho de los susceptibles de amparo».

Pero antes de analizar las consecuencias de este precepto, conviene recordar algunas de las coordenadas que definían la situación anterior, a fin de mejor entender el alcance del cambio operado.

Los criterios jurisprudenciales operantes durante la garantía contencioso-administrativa de la Ley 62/1978 han sido los siguientes: la limitación del objeto del proceso a las cuestiones que se refieren a la lesión de derechos fundamentales exigía que el recurso planteado ofreciese, *ab initio*, sustancialidad propia. Es decir, los vicios de legalidad que el acto, disposición o simple vía de hecho pudiesen presentar no podían legitimar, por sí mismos, el acceso al procedimiento especial. Se hacía preciso, por el contrario, que la lesión sobre el derecho o libertad tuviese inequívoca dimensión constitucional. Por esta razón, el TS ha insistido en que se rebasa —por ejemplo— el ámbito del proceso regulado por la Ley 62/1978., «(...) cuando para presentar la

situación aparentemente violadora del principio de igualdad constitucional, se ha de analizar previamente la legalidad del propio acto, a la luz de los preceptos legales de inferior rango jerárquico (...)»¹⁵.

No obstante, el deslinde entre cuestiones referidas a vicios de constitucionalidad y de legalidad no siempre ha sido claro; incluso, en ocasiones, lo segundo es causa de lo primero y, en consecuencia, el *petitum* de la demanda debe contemplar argumentos que son propios de ambos ámbitos. Es decir, en ocasiones el deslinde no ha sido posible. Por esta razón, y al objeto de evitar el transcurso inmisericorde de los plazos, la jurisprudencia constitucional ha aconsejado hasta ahora, si se pretende la nulidad de la actuación administrativa tanto por motivos de constitucionalidad como de legalidad, plantear simultáneamente ambos procedimientos¹⁶.

Pues bien, con estos antecedentes jurídicos que han operado durante estos años, la nueva LJCA se enfrenta al reto de definir un nuevo objeto del recurso, asumiendo la dificultad estructural de la distinción entre elementos de constitucionalidad y de legalidad ordinaria, hasta el punto de renunciar a seguir manteniendo un criterio en esta línea. Es en este sentido, y no de otro modo, como se puede plantear la delimitación que del objeto se hace indirectamente en el artículo 121.2 CE cuando éste se refiere a la sentencia estimativa del recurso.

La LJCA no utiliza como único parámetro jurídico de referencia a la Constitución para determinar si un acto, una disposición general, una inactividad de la Administración o una acción material de hecho suponen una lesión sobre un derecho fundamental. Se refiere de forma indubitada a un concepto mucho más genérico y omnicompreensivo como es el de ordenamiento jurídico, añadiendo asimismo, incluso, los supuestos de desviación de poder. Es evidente, pues, que el órgano judicial podrá también incluir a la ley en su enjuiciamiento de la actividad administrativa, lo cual evita —o ha de evitar— la duplicidad de procedimientos que hasta ahora resultaba forzoso iniciar, salvo en el caso de que el recurrente optase por la opción procesal lenta, es decir, la vía ordinaria de la LJCA. El contraste con su aplicación efectiva podrá permitir constatar si esta consideración puede llegar a ser una realidad procesal¹⁷.

¹⁵ Vid. ATS 28/3/1984.

¹⁶ Vid. sobre esta posición: V. GIMENO SENDRA y otros, *Derecho procesal administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia 1991, pág. 627; L. PRIETO SANCHÍS, *Estudios sobre derechos fundamentales*. Ed. Debate, Madrid 1990, pág. 227.

¹⁷ Una opinión más tendente a la inevitabilidad de la tutela judicial por la vía judicial ordinaria y por la vía especial, véase en: G. FERNÁNDEZ FARRERES, «El procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona en la nueva Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa». *Cuadernos de Derecho Público* n.º 4, mayo-abril, Madrid 1998, pág. 194. Acerca de la posibilidad de hacer valer en el procedimiento especial cuestiones de legalidad ordinaria, véase: R. SASTRE LEGIDO, «La protección de los derechos fundamentales de la persona en la Ley 29/1998 de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa». *LA LEY* n.º 4686, de 4/XII/1998, págs. 1-3.

2.5. *La subsidiariedad del amparo constitucional puede quedar reforzada con la reincorporación del recurso de apelación*

La modificación que se ha producido en el régimen de recursos con la reaparición del recurso de apelación puede ser un acicate para incentivar la condición de la jurisdicción ordinaria como sede habitual para la tutela de los derechos fundamentales. Es decir, en la medida en que la apelación constituye una nueva instancia judicial en la que se dilucidan las cuestiones ya tratadas por el juez *a quo*, se crean las condiciones para que la eventual lesión sobre derechos fundamentales pueda ser abordada de nuevo en su plenitud. Tal circunstancia supone la introducción de un nuevo filtro en la jurisdicción ordinaria que aleja más de lo que ocurría en el pasado la posibilidad de acudir en amparo ante el Tribunal Constitucional. Ciertamente, esta vía extraordinaria siempre quedará abierta al recurrente si se cumplen los requisitos procesales establecidos en la LOTC, pero con el incremento de instancias procesales en la vía judicial ordinaria se pueden acrecentar, tanto la condición de ésta como sede habitual de tutela de los derechos fundamentales, como la de la jurisdicción constitucional entendida como sede excepcional o extraordinaria para los mismos fines.

3. SOBRE LOS REQUISITOS PROCESALES

3.1. *La competencia jurisdiccional*

La gran novedad que aporta la LJCA (art. 6) es la atribución de competencias a los Juzgados de lo contencioso-administrativo (art. 8), que ya habían sido previstos en la LOPJ (art. 91) y a los Juzgados centrales de lo Contencioso-administrativo (art. 9).

Hasta ahora la competencia jurisdiccional en primera instancia correspondía a las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia de las CCAA. Con la nueva LJCA, la atribución competencial no se establece de forma concreta —salvo para algunos derechos específicos como el derecho de reunión y de sufragio— a un órgano judicial, sino que la opción legal ha sido de orden material y también en función del ámbito territorial del acto o disposición objeto del recurso. Así, por ejemplo, los Juzgados de lo C-A «conocerán en única o primera instancia de los recursos que se deduzcan frente a los actos de las Entidades Locales cuando tengan por objeto la gestión, inspección y recaudación de los tributos y demás ingresos de Derecho Público regulados en la Ley de haciendas locales» (art. 8.b); mientras que, sobre la misma materia, los Juzgados centrales de lo C-A conocerán «respecto de los actos de los órganos centrales de la Administración General del Estado» (art. 9.b); las Salas de lo C-A de los TSJ de las CCAA «conocerán en única instancia de los recursos que se deduzcan en relación con:

los actos de las Entidades locales y de las Administraciones de las Comunidades Autónomas, cuyo conocimiento no esté atribuido a los Juzgados de lo C-A.» (art. 101.a), etc.

Y así podríamos continuar. Por tanto, y de acuerdo con la nueva configuración del objeto del procedimiento, en todos estos recursos pueden ser sustanciadas cuestiones referidas a la lesión de derechos fundamentales sin que —es preciso insistir— la LJCA establezca un órgano judicial único al cual le corresponda la competencia en primera instancia para entender de este recurso especial.

3.2. *El objeto del recurso*

La delimitación del objeto del recurso especial en la nueva LJCA ofrece un claro ejemplo de ósmosis después de veinte años de aplicación jurisdiccional de la CE, entre la influencia jurisprudencial y doctrinal y la nueva regulación jurídico-positiva.

La razón es bien conocida. Recuérdese que la Ley 62/1978 únicamente se refería a los actos de la Administración Pública como objeto del recurso (art. 6), mientras que la LOTC al definir el recurso extraordinario de amparo constitucional se refería de forma más amplia no sólo a actos, sino también a disposiciones infralegales e, incluso, a la simple vía de hecho de los poderes públicos (art. 41.2). La desconexión era evidente, y no se veía del todo paliada por la aplicación supletoria de la Ley Jurisdiccional de 1956, que también incluía a las disposiciones infralegales. No obstante, el problema quedaba solventado por la aplicación directa de la CE que exige el control jurisdiccional de la potestad reglamentaria (art. 106.1 CE). Pues bien, en todo caso, lo que ahora hace la Ley 29/1998 es adaptarse a una realidad jurídica ya predeterminada por la CE y reiteradamente invocada por la jurisprudencia y la doctrina, que no permite las exclusiones de la Ley 62/1978.

Así, en el ámbito del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, la LJCA establece que 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 precedentes (...)» (art. 2.a). Más adelante, al definir la actividad administrativa impugnabile, el objeto del recurso descrito se manifiesta en cuatro modalidades: a) *contra las disposiciones de carácter general*; b) *contra los actos expresos y presuntos que pongan fin a la vía administrativa, ya sean definitivos o de trámite*; en este último supuesto el recurso procederá si concurre alguno de estos requisitos: 1) *si el acto trámite decide directa o indirectamente el fondo del asunto*; 2) *si determina la continuación del procedimiento*; o 3) *si produce indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos*. También procede el recurso: c) *contra la inactividad de la Administración*, y d) *contra sus actuaciones materiales que constituyan vía de hecho* (art. 25).

Además de la impugnación directa de las disposiciones de carácter general, la LJCA establece que también es admisible el recurso contra los actos que se produzcan en aplicación de estas disposiciones fundados en que tales disposiciones no son conformes a Derecho; y en caso de que la impugnación directa no se hubiese producido o hubiese sido desestimada, tal circunstancia no será óbice para impugnar los actos de aplicación porque la disposición general es contraria a Derecho (art. 26).

Con este planteamiento amplio del objeto del recurso, la nueva LJCA incluye las diversas formas de la actuación administrativa —este Leviathan de nuevo cuño incorporado al Estado— a través de las cuales puede manifestarse la lesión de un derecho fundamental. No obstante, ello ha de ser analizado en directa conexión con las formas de tutela cautelar, especialmente el recurso contra la inactividad y contra las actuaciones materiales de hecho, en las que aquéllas pueden mostrarse como un instrumento más eficaz, sobre todo las de carácter positivo. En el apartado siguiente habrá oportunidad de incidir sobre esta cuestión.

Asimismo, la concepción del objeto del recurso que diseña la LJCA, al establecer que en las cuestiones que se susciten sobre la protección de los derechos fundamentales versará —entre otros elementos— sobre los *elementos reglados* de los actos de determinados poderes públicos (art. 2.b), avala lo que en el apartado anterior se sostenía, —eso sí— con la necesaria prudencia, acerca de la probable desaparición de la duplicidad de vías jurisdiccionales para la tutela de las pretensiones del recurrente sin específica distinción entre aspectos vinculados a la constitucionalidad del acto disposición y a aquellos otros que son propios del principio de legalidad.

Pero el análisis de las novedades que incorpora la nueva LJCA sobre el procedimiento especial de tutela de los derechos fundamentales no puede obviar la importancia que puede tener en este concreto ámbito material la incidencia de otro procedimiento especial como es la *cuestión de legalidad* prevista en el artículo 27 y regulada en el capítulo II del Título I de la Ley. Se trata de una vía procesal de características en parte similares a la cuestión de inconstitucionalidad, de especial relevancia al objeto de conseguir que la declaración de invalidez de una disposición general de orden infralegal pueda adquirir efectos *erga omnes*. Si además el objeto de esta declaración se proyecta sobre derechos fundamentales, la importancia del procedimiento es indudable.

De acuerdo con lo preceptuado por el artículo 271 de la Ley, la cuestión de legalidad consiste en lo siguiente: «cuando un Juez o Tribunal de lo Contencioso-administrativo hubiere dictado sentencia firme estimatoria por considerar ilegal el contenido de la disposición general aplicada, deberá plantear la cuestión de ilegalidad ante el Tribunal competente para conocer del recurso directo contra la disposición...». No obstante, si también fuese este último el competente para conocer el recurso contra el acto fundado en la invalidez de la disposición general, la sentencia que dicte «declarará la validez o nu-

lidad de la disposición general» (art. 27.2). Por otra parte, «... sin necesidad de plantear cuestión de ilegalidad, el Tribunal Supremo anulará cualquier disposición general cuando, en cualquier grado, conozca de un recurso contra un acto fundado en la ilegalidad de aquella norma» (art. 28.3).

A través de la cuestión de ilegalidad, el órgano que entienda de un recurso en el que esté en juego la salvaguarda de los derechos fundamentales tiene la oportunidad de incitar a otro superior la declaración con efectos *erga omnes* sobre la invalidez de una disposición general. Aunque, ciertamente, esta incitación carece de los efectos suspensivos que presenta la cuestión de inconstitucionalidad sobre el proceso principal, puesto que exige que su planteamiento se produzca una vez que el órgano judicial que entienda del caso «...hubiere dictado sentencia firme estimatoria...», pero siempre que la sentencia sea estimatoria por considerar ilegal el contenido de la disposición general.

En cualquier caso, y al margen de la puesta en práctica de la cuestión de ilegalidad, el órgano judicial siempre podrá reaccionar ante una disposición lesiva sobre derechos fundamentales inaplicándola por ser contraria a la CE, pero con efectos limitados *ad casum*. Pero la funcionalidad de la cuestión de legalidad estriba en que permite al órgano judicial competente o, en su caso, al propio Tribunal Supremo declarar la validez o la nulidad con efectos generales de la disposición impugnada.

3.3. Sobre los criterios de legitimación

La influencia de la jurisprudencia y la doctrina se manifiesta también en este apartado del régimen jurídico de la LJCA a través de la necesaria y perentoria incorporación del concepto de *interés legítimo*, ausente en la Ley 62/1978. Esta laguna comportaba una notable disfuncionalidad procesal porque, al igual que ocurría con el objeto del proceso, la CE (art. 162.1 b) y naturalmente la LOTC (art. 46.1 b) sí que atribuyen a las personas que puedan invocar un interés legítimo legitimación activa para acceder al amparo constitucional. En este sentido, la nueva ley no podía más que asumir un mandato explícito, consistente en introducir un criterio más amplio de legitimación que venía impuesto por la Norma suprema y que reiteradamente la jurisprudencia constitucional y ordinaria ha venido aplicando¹⁸. En lo que concierne a la posición del Ministerio Fiscal en los diversos procesos, es preciso recordar, previamente, que la CE predetermina un necesario activismo de la institución en defensa de los derechos de los ciudadanos y del interés público (art. 126.1 CE); coherente con esta lógica, la nueva LJCA establece que en el supuesto de posibles motivos de inadmisión del procedimiento se convocará a las partes y al Ministerio Fiscal a una compa-

¹⁸ Vid. STC 60/1982; y en el mismo sentido, el ATS 21/X/1984 y la STS 15/1/1982.

recencia (art. 117.2); una vez formalizada la demanda, se dará traslado de la misma también al MF para que evacue las alegaciones que estime procedentes (art. 119), etc. Y en principio, no hay obstáculo insalvable para que llegado el caso —que no ha de ser, es evidente, la regla general— el MF pueda incluso plantear directamente un recurso de amparo ordinario en defensa de los derechos fundamentales, el principio de legalidad y el interés público tutelado por la ley. Claro es que la negativa del legislador a atribuirle legitimación explícita dificulta la iniciativa procesal que pueda tomar en este sentido.

3.4. *Sobre la admisión a trámite*

El planteamiento de la LJCA excluye de entrada que la interposición del recurso especial pueda sustanciarse con una simple invocación genérica del derecho fundamental eventualmente lesionado para que aquél sea admitido a trámite. Constituye, ésta, una fase procesal sobre la que la jurisprudencia ordinaria de los veinte años transcurridos ofrece un notable esfuerzo de objetivación de los requisitos de admisión previa. En síntesis, podría recordarse aquí algunos que conservan plena vigencia: a) la afectación lesiva sobre un derecho fundamental; b) la exigencia de una mínima argumentación que evite la simple invocación formal del derecho lesionado; c) la necesidad de evitar por parte del órgano judicial competente la aplicación de un formalismo enervante, para lo que se aconsejaba una adecuada valoración de la fuerza intrínseca de los hechos y el criterio de la proporcionalidad en función de los grados de defectuosidad del acto impugnado, etc.

Pues bien, con esta lógica la ley establece (art. 115.2) que «en el escrito de interposición se expresará con precisión y claridad el derecho o derechos cuya tutela se pretende y, de manera concisa, los argumentos sustanciales que den fundamento al recurso».

Este mayor rigor en el trámite de admisión ha de permitir limitar de forma radical el acceso de recursos de carácter instrumental que se presenten bajo una argumentación basada en una supuesta lesión de derechos fundamentales, pero que, en realidad, persiga la admisión inicial de sus pretensiones a través de una vía preferente y sumaria. Aunque los criterios sobre la condena en costas se han modificado —creo que de forma positiva— facilitando las posibilidades de recurso en primera instancia, nada excluye, sin embargo, que el procedimiento especial siga ofreciendo la tentación de ser instrumentalizado por el recurrente especulativo o temerario. Para hacer frente a este uso espúreo de la ley, cobra especial importancia la labor de filtro que el órgano judicial competente debe llevar a cabo en el trámite de admisión.

3.5. *Los criterios para determinar la condena en costas*

La Ley 62/1978 cambió la regla de la temeridad, que seguía vigente en la Ley Jurisdiccional de 1956, por la del vencimiento, en un intento de di-

suadir al recurrente con escasos argumentos. Sin embargo, esta comprensible finalidad no siempre resultó adecuada a los fines perseguidos, especialmente en los casos en los que tanto recurrentes como también administraciones locales con pocos recursos económicos se veían obligados a hacer frente a unas cuantiosas costas, sin haber pleiteado de forma temeraria. Así, lo que en principio era un saludable criterio disuasorio podía devenir un impedimento desproporcionado.

La nueva LJCA introduce en su artículo 139 un criterio sobre las costas procesales de carácter mixto, puesto que no renuncia a ninguno de los citados, pero opta por dar preferencia, con matices, al criterio de la temeridad en primera o única instancia; mientras que la situación es la inversa en las demás instancias o grados, pero introduciendo también excepciones, que otorgan al órgano judicial un mayor nivel de decisión al respecto. A reserva del necesario contraste con la aplicación práctica, en principio la solución resulta más plausible.

4. LOS NUEVOS CRITERIOS Y MODALIDADES DE MEDIDAS CAUTELARES

La regulación de la tutela cautelar constituye unos de los capítulos de la reforma introducida por la nueva LJCA que merece especial atención por dos razones: en primer lugar, por la pluralidad de medidas que la Ley permite al órgano judicial tomar, dando entrada también a la posibilidad de adoptar medidas cautelares positivas (art. 129.1); y, en segundo lugar, porque se ha modificado sustancialmente el criterio a emplear por el juez o tribunal para decidir sobre la procedencia de la medida a adoptar, rechazando la regla anterior que mantenía como regla general la suspensión del acto o disposición impugnados y como excepción su ejecutividad.

a) La pluralidad de medidas cautelares

Las medidas cautelares previstas en la LJCA se aplican de forma común tanto para el procedimiento contencioso-administrativo general (Título IV) como para el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona (Título V). Se trata de medidas de diversa naturaleza porque así lo reconoce más o menos explícitamente la ley al atribuir a los interesados la potestad para *«solicitar en cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia»*.

Parece evidente que el precepto legal está concebido para otorgar una amplia flexibilidad a la parte recurrente para instar al órgano judicial a la adopción de medidas de contenido y alcance diverso que, en función del *periculum in mora* y el *fumus boni iuris* que puedan incidir sobre un derecho fundamental eventualmente lesionado, permitan la efectividad futura de la sentencia. Ya no es, por tanto, la suspensión cautelar sobre el acto o disposi-

ción impugnados la única institución procesal puesta a disposición del recurrente para intentar salvaguardar la integridad de sus derechos o intereses legítimos¹⁹, sino que el legislador ha introducido —aunque, ciertamente, de forma genérica— la posibilidad de adoptar medidas cautelares de hacer y de no hacer, en la línea de las propuestas doctrinales y jurisprudenciales realizadas en los últimos años²⁰ y acorde también con la estela dejada por el Derecho comparado sobre esta materia (especialmente, Alemania, Francia e Italia).

Las medidas cautelares «de hacer» se plantean en el artículo 136 en relación con el artículo 29 de la LJCA. En esencia, consisten en lo siguiente: «cuando la Administración, en virtud de una disposición general que no precise de actos de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo, esté obligada a realizar una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas, quienes tuvieran derecho a ella pueden reclamar de la Administración el cumplimiento de dicha obligación». El artículo 32.1 se refiere, por su parte, a los supuestos de inactividad administrativa; en este caso «el demandante podrá pretender del órgano jurisdiccional que condene a la Administración al cumplimiento de sus obligaciones en los concretos términos en los que estén establecidas»²¹. A partir de aquí, y en caso de que la Administración no hubiera dado cumplimiento a sus obligaciones, la ley establece un plazo de tres meses a partir de la pertinente reclamación para deducir el correspondiente recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración.

En su segundo apartado, el artículo 29 también establece que «cuando la Administración no ejecute sus actos firmes podrán los afectados solicitar su ejecución, y si ésta no se produce en el plazo de un mes desde tal petición, podrán los solicitantes formular recurso contencioso-administrativo...», el cual se tramitará por el procedimiento abreviado previsto en la ley en el artículo 78.

¹⁹ No obstante, no hay que olvidar que la posibilidad de adoptar otro tipo de medidas cautelares en el procedimiento contencioso-administrativo no quedaba absolutamente descartada en el pasado, a través de la aplicación supletoria del artículo 1428 de la LECivil (las medidas cautelares innominadas). No es descartable que el régimen de este tipo de medidas haya influido en parte en la configuración de las medidas de hacer y no hacer previstas en los artículos 29 y 30 de la nueva LJCA.

²⁰ Vid., por todos, los numerosos trabajos del Pr. GARCÍA DE ENTERRÍA, concentrados en: *La batalla por las medidas cautelares (Derecho Comunitario europeo y proceso contencioso-administrativo español)*. Civitas, Madrid 1992. En cuanto a las referencias jurisprudenciales, consúltese en especial la Sentencia *Factorame* de 19 de junio de 1990, del Tribunal de Justicia de las Comunidades, y la influencia que ha podido ejercer en algunas resoluciones de órganos judiciales españoles de los últimos años.

²¹ En conexión con lo establecido en este precepto, en la determinación de las pretensiones de las partes, la LJCA establece en el artículo 31.2 que el demandante «podrá pretender el reconocimiento de una situación individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para el pleno establecimiento de las mismas, entre ellas la indemnización de los daños y perjuicios...», lo cual permite, o puede permitir, la puesta en práctica sobre la Administración de medidas cautelares tanto de hacer como cualesquiera otras en sentido contrario.

El artículo 32.1 se refiere, por su parte, a los supuestos de inactividad administrativa; en este caso «el demandante podrá pretender del órgano jurisdiccional que condene a la Administración al cumplimiento de sus obligaciones en los concretos términos en los que estén establecidas».

Pues bien, en ambos supuestos en los que la Administración debiendo actuar no lo hace, el artículo 136 establece que se adoptará la medida cautelar que proceda —aunque no especifica en qué puede consistir ésta—, salvo que: a) se aprecie con evidencia que no se dan las situaciones previstas en los supuestos descritos; b) la medida ocasione una perturbación grave de los intereses generales o de tercero. En ambos casos, el juez o tribunal ponderará de forma circunstanciada los intereses en conflicto.

No obstante —y es aquí donde aparece la aportación de la nueva LJCA más sustancial—, las medidas cautelares que decida poner en acción el órgano judicial *«también podrán solicitarse antes de la interposición del recurso contencioso-administrativo»*. Ello se producirá cuando concurran en el caso circunstancias de especial urgencia. En tal supuesto, el órgano judicial adoptará la medida cautelar que estime pertinente *«sin oír a la parte contraria»*, sin que el Auto de decisión dé lugar a recurso alguno. Ahora bien, en dicho Auto el órgano judicial competente convocará a las partes a una comparecencia que habrá de celebrarse en los tres próximos días, en la que se decidirá sobre el levantamiento o modificación de la medida adoptada. Una vez celebrada la comparecencia, el juez o tribunal dictará Auto al respecto, el cual será recurrible conforme a las reglas generales establecidas en la LJCA (art. 135).

En estos supuestos de especial urgencia, y una vez que el recurrente interponga el recurso contencioso-administrativo posterior, deberá incluir en el mismo la petición de la ratificación de la medida cautelar previamente adoptada. Obviamente, de no plantearse dicho recurso quedarán automáticamente sin efecto las medidas acordadas con anterioridad, debiendo el solicitante indemnizar de los daños y perjuicios causados (art. 136.2).

Las medidas cautelares de «no hacer» también están previstas en la LJCA (art. 30), en los siguientes términos: de acuerdo con lo establecido en este precepto, en los supuestos *«de vía de hecho, el interesado podrá formular requerimiento a la Administración actuante, intimando su cesación»*²². Si ello no se produce, bien porque el requerimiento no se haya formulado o bien porque no haya sido atendido por la Administración en los diez días siguientes a su presentación, podrá interponerse recurso contencioso-administrativo.

Ahora bien, al igual que ocurría en el caso anterior —y de acuerdo con los mismos requisitos procesales preceptuados por los artículos 135 y 136 LJCA— en los casos de especial urgencia, también las medidas cautelares de *«no hacer»* podrán solicitarse antes de la interposición el recurso contencioso-administrativo. Esta diversificación de las formas de tutela cautelar de

²² El artículo 32.2 establece como corolario de este tipo de medida cautelar que: *«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»*.

los derechos fundamentales constituye sin duda un avance por el que ha postulado en los últimos años la doctrina, a la que habría que añadir una cierta actitud coadyuvante de la jurisprudencia. Este avance se expresa en la línea de *consolidar el concepto de tutela cautelar como una expresión indiscutible del contenido esencial del derecho a la tutela judicial*. En este sentido, conviene recordar el significado conceptual de la institución procesal de la medida cautelar como una decisión jurisdiccional, de carácter urgente y provisional, dotada de finalidad instrumental cuya ponderación de bienes en conflicto corresponde al órgano judicial, a fin de conseguir una efectiva tutela de los derechos fundamentales, cuando de la ejecutividad del acto administrativo puedan devenir efectos irreversibles.

A pesar de los avances de carácter garantista experimentados en la legislación administrativa de los últimos años, las relaciones jurídicas en las que la Administración actúa revestida de su potestad de *imperium* están presididas por una evidente asimetría entre las partes. De hecho, ésta es una característica innata al poder público²³. En este sentido, la promulgación de la Ley 62/1978 supuso la introducción de un cambio relevante en esta posición hegemónica de los órganos públicos en su cada vez más amplio ámbito de actuación material. De las innovaciones procesales que la citada ley presentaba en 1978, la medida cautelar consistente en la suspensión del acto o disposición impugnados, entendida como regla general salvo excepciones fundadas en el interés público, fue, sin duda, la más relevante con respecto a la regulación prescrita por la LJCA de 1956. Fundamentalmente, por la equiparación procesal que se proporcionó al actor en una materia como es la referida a los derechos fundamentales de la persona. La ubicación del individuo en el Estado o, si se quiere —en términos de la dogmática clásica—, su posición frente a los poderes públicos ya no puede estar presidida por una permanente subordinación; la protección de los derechos y libertades en el Estado democrático demanda una concepción mucho más activa de la persona como sujeto imputable. En este sentido, una configuración más simétrica de las leyes procesales es un presupuesto necesario para una tutela más integral del *status* de libertad del individuo.

La suspensión del acto administrativo según el modelo de la LJCA se ha convertido en una técnica cautelar insuficiente en una Administración cada vez más expansionista, que responde a patrones jurídico-políticos que, aun conservando las tradicionales formas de tutela cautelar, exigen, no obstante, nuevas modalidades de instrumentos que garanticen los derechos e intereses legítimos de individuos y grupos que concurren con los órganos públicos en los diversos ámbitos de la intervención administrativa. Hoy, la Administración pública es contratante, concertadora y prestadora de servicios de forma individualizada y —las más de las veces— en colaboración

²³ Vid. R. GÓMEZ FERRER-MORANT, «Derecho a la tutela judicial y posición jurídica peculiar de los poderes públicos», *REDA* n.º 33, Madrid 1982, pág. 185.

con entes privados, lo que exige al ordenamiento jurídico-administrativo dotarse de mecanismos que faciliten un nivel de equiparación aceptable entre entes públicos y particulares. Desde la perspectiva del sujeto receptor de la actividad administrativa, es decir, esencialmente, desde el ámbito de los derechos de la persona, el principio de eficacia administrativa no puede ir en detrimento de aquellos y por esta causa deberá ceder si las garantías procesales son cuestionadas ²⁴.

Las medidas cautelares pretenden la obtención de la tutela judicial sobre intereses legítimos cuya salvaguarda se plantea durante el desarrollo del proceso y con anterioridad a una sentencia firme. Presentan una clara dimensión de garantía sobre el contenido de bienes jurídicos, al objeto de evitar que la ejecutividad del acto administrativo —aun en la eventualidad de que sea declarado posteriormente nulo— produzca efectos irreversibles.

No hay que olvidar que la teoría general del acto administrativo se ha basado y en la actualidad también se fundamenta en una doble condición: la presunción de validez y en la ejecutoriedad de su contenido. Como muy bien ha expresado CHINCHILLA MARÍN ²⁵, no hay que ver en ello un arma arrojadiza que la Administración emplee contra la persona, sino que aquella es, precisamente, la forma habitual de actuación de la Administración pública para el cumplimiento de los fines que constitucionalmente le han sido encomendados (art. 103.1 CE) y, más genéricamente, para la defensa del interés público. Sin embargo, el principio de ejecutividad de los actos administrativos no puede concebirse en términos absolutos, sino más bien como un elemento más de un entramado institucional del Estado de Derecho comprometido con el efectivo ejercicio del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional de jueces y tribunales. A este respecto, y como es harto sabido, de poco servirá una sentencia estimativa de una pretensión sobre un derecho fundamental si la ejecutividad del acto o disposición impugnados ha diluido cuando no anulado sus hipotéticos benéficos efectos. Las medidas cautelares se plantean, en fin, como un instrumento que debe evitar que la justicia pierda eficacia por causa de la demora y, para ello, se han de articular las fórmulas jurídicas más diversas imbuidas de la máxima lógica garantista. El objeto no ha de ser otro que aseguramiento provisional de bienes, derechos o situaciones jurídicas del contenido más heterogéneo.

Por esta razón, cobra gran relevancia el que la nueva LJCA haya incorporado, aunque con carácter muy genérico, formas de tutela cautelar de carácter positivo. Tal previsión era una exigencia palpable, si bien no hubiese sido demasiado osado que el legislador concretase algo más el contenido de este tipo de medidas cautelares. Fundamentalmente, porque no hay que descartar que los órganos judiciales competentes sean remisos a ponerlas

²⁴ Vid. STS 17/7/1982.

²⁵ Vid. C. CHINCHILLA MARÍN, *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*. Civitas. Madrid 1991, pág. 28.

en práctica si, como es el caso, la ley no especifica en qué puede consistir una medida jurisdiccional que, provisionalmente, está destinada a sustituir a la Administración. La importancia del supuesto es innegable puesto que, de alguna forma, constituye una coyuntural excepción a la división de poderes como principio definidor del Estado de Derecho. En este sentido, si el legislador hubiese sido algo más concreto a la hora de especificar algunas formas de cautela positiva, quizás hubiese facilitado las dificultades que puede ofrecer una cierta cultura judicial muy apegada a la literalidad de la ley.

A modo de reflexión sobre este particular, puede ser oportuno traer a colación las oportunidades que puede ofrecer el referente alemán de las *órdenes provisionales*. Se trata de una modalidad de medida cautelar subsidiaria que puede ser aplicada en todos aquellos supuestos en los que no procede en el proceso principal la anulación del acto; es decir, en aquellos litigios cuyo objeto no es un acto administrativo de gravamen.

Con respecto a la suspensión cautelar, las órdenes provisionales presentan los siguientes elementos diferenciadores: a) la carga de la prueba corresponde al solicitante, pues lógicamente es a él a quien incumbe demostrar que su derecho está en peligro, o que el restablecimiento de una situación jurídica resulta necesario; b) en caso de ser vencido en el proceso principal, el solicitante de una orden provisional soporta un mayor riesgo, que no es otro que la restitución de las prestaciones recibidas durante el período de vigencia de la medida; c) el margen de apreciación del que dispone el juez es más reducido, ya que se ha de atener a valorar si concurren los supuestos taxados de orden provisional establecidos por la norma; d) son diversas las posibilidades de recurso contra una decisión denegatoria; e) en todo caso, si ello es procedente, la aplicación de la suspensión cautelar es considerada como una solución preferente.

Se pueden diferenciar dos tipos de órdenes provisionales:

1) *La orden provisional consistente en el aseguramiento de derechos en peligro*, que tiene por objeto la conservación del *statu quo* del peticionario, quien debe justificar la titularidad del derecho cuya protección solicita. El Auto judicial que las dicta puede ser de contenido negativo o negativo pero con carácter preventivo; es decir, puede decidir la condena de la Administración a omitir una actuación material de limitación o bien la condena a que la Administración omita la emanación de un acto administrativo de gravamen.

Su objeto son los derechos subjetivos. La situación de peligro para la integridad del derecho susceptible de tutela cautelar ha de ser objetiva y real; no sometida, por tanto, únicamente al criterio subjetivo del solicitante, ya que, en ocasiones, podría resultar unilateral. Sus efectos han de consistir en la efectiva modificación de una situación anterior que impedía el ejercicio del derecho.

2) *La orden provisional consistente en la ordenación de una situación provisional* tiene por objeto la ampliación de los derechos y del ámbito de actuación del recurrente. La Administración es impelida a realizar una activi-

dad prestacional que puede consistir en: a) dictar un acto administrativo favorable; b) llevar a cabo una actuación material favorable que incluya, asimismo, el restablecimiento de una situación jurídica que anteriormente había quedado alterada de forma lesiva para los derechos del recurrente como consecuencia de una actuación ilegal de un órgano de la Administración. El peticionario ha de acreditar la existencia de una específica situación de relación jurídica y motivar la procedencia de las medidas provisionales solicitadas. Para que la situación jurídica sea litigiosa es suficiente que la Administración se atribuya derechos que el recurrente discute. Finalmente, entre las posibles medidas a tomar destacan: la imposición o prohibición de una conducta, la fijación al peticionario de un plazo para que formalice la acción principal, o la fijación de una cantidad que pueda dejarse como garantía, etc. No obstante, nunca podrán tomarse medidas que estén prohibidas legalmente. Y, por supuesto, su contenido no prejuzga la cuestión principal²⁶.

Parece claro, pues, que las órdenes provisionales en Alemania no sólo presentan un contenido prestacional sino que también pueden ser limitativas, cuando de lo que se trata es de impedir que con una actuación omisiva (aquella que explícitamente no es de gravamen) la Administración pueda también lesionar derechos del recurrente.

En otro orden de cosas, no cabe duda que en la toma de decisiones con este tenor provisional el órgano jurisdiccional competente tiene una amplia capacidad de decisión. Como ha puesto de relieve BACIGALUPO²⁷, tanto el *fumus boni iuris* como la inevitable ponderación de los derechos e intereses en presencia son criterios interpretativos empleados con asiduidad por los tribunales germánicos para justificar medidas tan singulares como las que comentamos, que obligan a la Administración a actuar en una dirección determinada.

A diferencia de la medida cautelar de la suspensión, en la que su decisión es discrecional pero su contenido es reglado —la suspensión propiamente dicha—, en las órdenes provisionales la decisión —como vemos en las dos modalidades reseñadas— está prevista de forma expresa por el ordenamiento pero, sin embargo, el contenido es discrecional. Y es en este activismo judicial que el legislador alemán ha previsto donde se dilucida la tutela de los derechos y libertades frente a la acción omisiva de la Administración. Aunque, ciertamente, es un activismo controlado ya que, salvo excepciones muy contadas, al Tribunal le está vedado anticipar el resultado del proceso principal. Entre estas excepciones cabe incluir aquella en la que la anticipación por medio de una orden provisional es procedente «cuando el objeto del litigio se resuelve por el transcurso del tiempo con anterioridad a la resolución del proceso principal»²⁸.

²⁶ Vid. M. BACIGALUPO, «El sistema de tutela cautelar en el contencioso-administrativo alemán tras la reforma de 1991», *RAP* n.º 128, Madrid 1992, págs. 309-310.

²⁷ Vid., *op. cit.*, pág. 446.

²⁸ Vid. *ibidem*, pág. 450.

b) El cambio de criterio sobre la adopción de medidas cautelares

La modificación que sobre este aspecto introduce la LJCA es notoria. Como es sabido, la promulgación de la Ley 62/1978 supuso una importante ruptura con el criterio tradicional fijado en la Ley Jurisdiccional de 1956 basado en el principio de ejecutividad del acto administrativo. De acuerdo con el mismo, la suspensión del acto administrativo objeto de un recurso era la excepción mientras que la regla era la presunción de legalidad que le habilitaba para su ejecutividad. La Ley de 1978 invirtió el criterio e, incluso, en materia de orden público estableció con efecto automático directo la suspensión del acto. Posteriormente, este automatismo fue suprimido por la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana. Pues bien, la nueva LJCA prescinde del establecimiento de cualquier regla en el sentido vigente hasta ahora que pueda vincular al juez, y remite a la ponderación que el mismo lleve a cabo sobre los intereses en conflicto para determinar la procedencia, tanto de la ejecutividad del acto como, en su caso, la aplicación de la medida cautelar que proceda. El artículo 130 lo expresa en los siguientes términos:

«1. Previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso 2.- La medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada».

Probablemente, esta importante modificación incorporada a la LJCA pueda obedecer a los abusos que en su momento dio lugar la regla favorable a la suspensión, en la medida que —especialmente, en los primeros años de vigencia de la Ley 62/1978— constituyó un cierto señuelo para recurrentes más preocupados por dilatar el proceso a través de un auto-estimativo sobre la petición de suspensión, que deseosos de argumentar de forma solvente la procedencia de la medida cautelar solicitada. Pero ante esta tendencia —a veces con ribetes patológicos— manifestada en los primeros tiempos, los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas y, por supuesto, también la jurisprudencia del Tribunal Supremo, respondieron con el establecimiento de unos razonables criterios de admisión de recursos, que tendieron a evitar los excesos de recurrentes temerarios. En esencia, entre otros requisitos, estos criterios obligaban a una exposición razonada de los motivos del recurso en cuanto a la afectación lesiva sobre derechos fundamentales, no únicamente en el escrito de demanda sino ya desde el primer momento procesal, es decir, en el escrito de interposición del recurso. Se trataba con ello de impedir un uso instrumental del recurso especial, a través de una simple invocación literal de preceptos constitucionales, carente de la

más mínima fundamentación²⁹. El resultado posterior supuso una racionalización del procedimiento en este concreto aspecto.

Pues bien, sean éstas u otras las razones invocadas, lo cierto es que la solución adoptada, consistente en remitir únicamente a la ponderación judicial la decisión última sobre la procedencia de la medida cautelar que convenga aplicar, no es una buena solución. No lo es porque lo que se dilucida en este procedimiento es la tutela de los derechos fundamentales de la persona a través de una vía preferente y sumaria, concebida como una garantía jurisdiccional que se proyecta sobre lo que constituye el estatuto de libertad del individuo. Esto significa que el contencioso administrativo entre el recurrente y un poder público, planteado ante el órgano judicial no puede obviar la vigencia del principio *in dubio pro libertatis* como eje vertebrador de toda relación jurídica, especialmente intenso cuando una de las partes es la Administración Pública.

No se trata, por supuesto, de invocar la necesidad de la suspensión automática del acto recurrido ni tampoco una indiscriminada aplicación de la antigua regla prevista en la Ley 62/1978. Más bien, lo que procedería es mantener dicha regla pero con un adecuado equilibrio entre las partes en la aplicación de la carga de la prueba de las respectivas pretensiones, aunque estableciendo un mayor grado de exigencia para la Administración Pública en su condición de depositaria del interés general. En este contexto, naturalmente el órgano judicial también habría de llevar a cabo la necesaria labor de ponderación de los intereses en conflicto, intereses que deberían ser argumentados con la debida diligencia por ambas partes —y no sólo por la Administración—, pero con una variante fundamental: si el interés público no queda afectado, la solución más garantista ha de ser la aplicación de la medida cautelar que mejor convenga a la tutela cautelar del derecho.

En sentido contrario, se podrá argumentar que el contenido del artículo 130 de la nueva LJCA no impide un planteamiento como el expuesto. Sin embargo, sin dejar de ser ello cierto, la opción de la Ley 29/1998 no es ésta sino la de otorgar al juez o tribunal competentes el máximo grado de decisión sobre la procedencia de la medida cautelar, carente, por tanto, de cualquier criterio predeterminado que permita impedir la ejecutividad del acto recurrido. En este sentido, el mantenimiento de la regla establecido por la Ley 62/1978, matizado con una adecuada y conjunta aplicación en cada caso, de las reglas del *fumus boni iuris*, el *periculum in mora* y el *interés público* deducible del caso, hubiera sido una solución igual de razonable que la adoptada, pero sin duda mucho más garantista y sensible a la tutela cautelar de derechos fundamentales.

²⁹ Véase, sobre la problemática de la admisión a trámite de recursos, mi trabajo: *La tutela de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios*. CEC. Madrid 1995, pág. 146.

c) Cuestiones sobre procedimiento de la tutela cautelar

La ordenación procesal de las medidas cautelares responde a las siguientes reglas:

- La solicitud de una medida cautelar de suspensión de una disposición general debe efectuarse en el escrito de interposición o en el escrito de demanda; y si la suspensión es decidida, se publicará en el diario oficial con expresa mención a la disposición afectada. Por tanto, si el objeto del recurso es otro, la medida cautelar que proceda podrá solicitarse en cualquier otro momento del procedimiento (art. 129).
- La medida cautelar se sustancia en pieza separada del proceso principal, con audiencia de la parte contraria. Si la Administración no comparece, la audiencia se entenderá con el órgano autor de la actividad impugnada (art. 131).
- La vigencia de la medida puede ser hasta que se dicte sentencia firme que ponga fin al proceso. No obstante, podrá ser modificada o revocada si cambiaran las circunstancias en virtud de las cuales se hubieran adoptado (art. 132). La ley introduce una serie de prevenciones tendentes a impedir cualquier arbitrariedad que afecte a la vigencia de las medidas cautelares.
- La aplicación de una medida cautelar podrá llevar aparejada una caución o garantía (art. 133).

5. OTROS PROCEDIMIENTOS ESPECIALES EN FUNCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL REGULADO

La LJCA tiene una mínima incidencia en la regulación específica de otros procedimientos especiales de derechos fundamentales.

En relación al *derecho de reunión* (art. 122), la competencia sobre la prohibición o propuesta de modificación de un itinerario sigue correspondiendo a las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas; se modifica el plazo —de cinco a cuatro días— que Tribunal tiene para convocar al representante legal de la Administración, al Ministerio Fiscal y a los recurrentes (...) a una audiencia para, de manera contradictoria, oír los argumentos de todos ellos.

Con respecto al *derecho de sufragio* (art. 8.4), la aparición de los nuevos Juzgados de lo Contencioso-Administrativo permite que puedan disponer de la importante competencia para conocer de las impugnaciones contra actos de las Juntas Electorales de Zona y de las formuladas en materia de proclamación de candidaturas y candidatos efectuada por cualquiera de las Juntas Electorales.

Estos Juzgados conocen de las autorizaciones para la entrada en *domicilios* y restantes lugares, cuyo acceso requiera el consentimiento del titular, siempre que ello proceda para la ejecución forzosa de actos de la Administración Pública (art. 8.5).

Finalmente, se excluye de la tutela de los *derechos de libertad sindical y del derecho a huelga* de los funcionarios públicos y el personal sometido a la legislación administrativa a los órganos jurisdiccionales del orden social.

2. La aplicación judicial «difusa»

