

Seguridad jurídica y actuación administrativa (*)

SUMARIO: 1. LA SEGURIDAD COMO STANDARD VALORATIVO MINIMO. 2. LA SEGURIDAD JURIDICA COMO VALOR INTERMEDIO. 3. LA SEGURIDAD JURIDICA EN LA CONSTITUCION ESPAÑOLA. 4. SEGURIDAD JURIDICA Y LEGALIDAD ADMINISTRATIVA. 4.1. El problema de los reglamentos independientes. 4.2. Inderogabilidad singular e irretroactividad. 4.3. La revisión de los propios actos por la Administración. 4.4. Anulación de reglamentos y conservación de actos administrativos. 4.5. El silencio administrativo. 5. SEGURIDAD JURIDICA Y TUTELA JUDICIAL EN EL ORDEN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. 6. SEGURIDAD JURIDICA Y EFICACIA ADMINISTRATIVA.

1. LA SEGURIDAD COMO STANDARD VALORATIVO MINIMO

La existencia del Derecho, como la de cualquier otro sistema normativo, obedece antes que nada a la necesidad de asegurar el comportamiento humano, de un lado frente al temor a las acciones de los demás individuos o grupos de individuos, y de otro frente a la imposibilidad de elegir en cada momento arbitrariamente las propias acciones asumiendo en la incertidumbre las eventuales consecuencias o reacciones que provoquen. Esa doble finalidad es lo que en teoría normativa se viene llamando *función de garantía* y *función de instancia*. El Derecho específicamente, a diferencia de otros sistemas de normas, incorpora como carácter propio la institucionalización monopolizada del uso de la fuerza.

(*) Este trabajo es el texto reelaborado de una conferencia pronunciada en la Universidad Internacional Menéndez Pelayo el 1 de septiembre de 1989.

Por tanto, a primera vista «la mera existencia de un Derecho produce seguridad» (1) y esta constatación fáctica implica un cierto *standard* valorativo mínimo, aunque sólo sea el de la «seguridad de inseguridad» (2), es decir, la mínima seguridad de conocer los límites o incluso la ausencia de los propios derechos, la extensión de la arbitrariedad, los riesgos de la conducta prohibida, etcétera.

No es éste, obviamente, un valor absoluto ni siquiera a veces muy apreciado. En la extrema situación de un prolongado y general desorden cobra sentido la afirmación de GOETHE (al fin y al cabo, un liberal) cuando decía: «prefiero la injusticia al desorden». Una afirmación de este tipo es lógicamente muy grata a quienes en otros contextos se benefician de la injusticia, de la desigualdad o de la opresión, pero en situaciones extremas de opresión cobra también pleno sentido la afirmación contraria.

Por eso suele hablarse también de la seguridad como *valor*, entendiendo entonces que esa auténtica seguridad que el Derecho debe alcanzar requiere la garantía o satisfacción de ciertas exigencias de libertad o de igualdad. «La seguridad jurídica alude así a un contenido valorativo, a un contenido de justicia expresado en términos de derechos y libertades que la conciencia humana e histórica considera han de estar suficientemente protegidos y relizados a la altura del tiempo en que se vive» (3).

2. LA SEGURIDAD JURIDICA COMO VALOR INTERMEDIO

La seguridad jurídica, sin embargo, más estrictamente entendida puede ser un valor intermedio según el cual el ordenamiento jurídico ha de garantizar su propia consistencia como sistema normativo para sus destinatarios y operadores. La seguridad jurídica sería así el resultado de un conjunto de técnicas normativas encaminadas a garantizar la propia consistencia del sistema.

Un ordenamiento normativo cualquiera es inconsistente si sus normas se contradicen entre sí, si no se aplican o son susceptibles de derogaciones singulares no previstas, si deja sin regular situaciones que forman parte de su ámbito regulador, etc. Por tanto, principios como los de jerarquía normativa, irretroactividad, o técnicas como las de derogación implícita, o analogía, vienen a conseguir la seguridad como *valor* específicamente jurídico: es decir, la *seguridad jurídica* es un va-

(1) Elías DÍAZ, *Sociología y Filosofía del Derecho*, Taurus, Madrid, 1971, p. 42.

(2) *Ibidem*, p. 44.

(3) *Ibidem*, p. 45. J. L. MEZQUITA distingue «seguridad por el Derecho» y «seguridad en el Derecho» en un sentido muy similar. Vid. J. L. MEZQUITA, *Seguridad jurídica y sistema cautelar*, tomo I, Bosch, Barcelona 1989, p. 55.

lor necesario para la realización de los valores que el ordenamiento jurídico pretenda realizar (sean en mayor o menor grado igualdad, libertad, felicidad, etc.), y en este sentido es un valor «adjetivo» de aquéllos, ya que, como dice Manuel ATIENZA, «cualquier conjunto de valores —cualquier ideología coherente— tiene que presuponer la idea de que también es un valor saber que aquéllos se van a realizar: si A, B y C son conductas o normas valiosas, poder prever, tener la seguridad de que A, B y C se realizan, también es un valor» (4).

3. LA SEGURIDAD JURIDICA EN LA CONSTITUCION ESPAÑOLA

Creo que esta concepción de seguridad jurídica como valor intermedio coincide con el tratamiento que el Tribunal Constitucional dio al principio de seguridad jurídica tal y como aparece en el artículo 9.3 de la Constitución, en su sentencia 27/1981, de 20 de julio. Se planteó el Tribunal la tensión entre los principios constitucionales de igualdad y seguridad (en relación con una reforma del mutualismo administrativo contenida en la disposición adicional quinta de la Ley 74/80, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1981) y afirmó la necesidad de buscar un equilibrio para que el respeto de la seguridad no hiciese imposible «la función reformadora de la Administración pública». Con esta ocasión abordó el alcance general de la seguridad jurídica del artículo 9.3 en los siguientes términos:

«Los principios constitucionales invocados por los recurrentes: irretroactividad, seguridad, interdicción de la arbitrariedad, como los otros que integran el artículo 9.3 de la Constitución —legalidad, jerarquía, normativa, responsabilidad— no son compartimentos estancos, sino que al contrario, cada uno de ellos cobra valor en función de los demás y en tanto sirva a promover los valores superiores del ordenamiento jurídico que propugna el Estado social y democrático de Derecho.

En especial lo que acabamos de afirmar puede predicarse de la seguridad jurídica, que es suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, interdicción de la arbitrariedad, pero que, si se agotara en la adición de estos principios, no hubiera precisado de ser formulada expresamente. La seguridad jurídica es la suma de estos princi-

(4) MEZQUITA defiende la calificación de la seguridad como valor y no como mero principio normativo. *Vid.* J. L. MEZQUITA, *op. cit.*, capítulo I, párrafos 1.1 y 1.8 (pp. 17 a 87 y 217 a 223), siguiendo precisamente la posición de M. ATIENZA en *Introducción al Derecho*, Barcano-va, Barcelona 1985, pp. 115-119 (la cita en p. 119).

prios, equilibrada de tal suerte que permita promover, en el orden jurídico, la justicia y la igualdad en libertad.»

La seguridad jurídica, por tanto, se manifiesta en otros principios, y es a la vez el resultado de todos ellos, pero entendido, según el Tribunal Constitucional, no como la mera adición o suma, sino como un producto que hace posible que el ordenamiento jurídico (que «por su propia naturaleza se resiste a ser congelado en un momento histórico determinado») sea un instrumento para promover la justicia y la igualdad en libertad. O dicho de otro modo para que el orden jurídico funcione como un sistema dinámico pero *consistente* en la ordenación de la vida social.

Es sabido que la Constitución se refiere también a la seguridad en el Preámbulo, lo que refuerza su primacía como valor jurídico y principio inspirador, y en el artículo 17.1, donde la seguridad ha de ser entendida como seguridad personal, es decir, integridad física en el disfrute de la libertad. El Tribunal Constitucional ha reiterado que esta seguridad personal, susceptible de protección en amparo, no debe confundirse con la seguridad jurídica (5).

4. SEGURIDAD JURIDICA Y LEGALIDAD ADMINISTRATIVA

La seguridad, por otra parte, está en el mismo origen de la lucha contra el absolutismo, esto es, contra el arbitrio de unos monarcas absolutos situados por definición por encima de las leyes. La Revolución francesa como ideología y como acción política obtuvo frente al absolutismo su doble propósito.

De un lado, convertir la ley en expresión de la soberanía popular, pero de otro lado someter a las leyes la Administración y los Tribunales. Y de ella nació el Derecho administrativo y la propia Administración pública moderna, la Administración pública entendida como una personificación jurídica y sometida al Derecho cuyas actuaciones, en consecuencia, quedan sometidas a normas, tienen, por tanto, límites y son asimismo previsibles. Sólo la Administración moderna sometida al Derecho administrativo se convierte en una Administración pública ante la que la seguridad jurídica es esgrimible como un principio, como antes lo era en el ámbito de las relaciones entre privados.

(5) Sobre las diferencias del significado de «seguridad» en el preámbulo, el artículo 9.3 y el artículo 17.1, y su interpretación por el Tribunal Constitucional, véase el trabajo monográfico de Luis MARTÍNEZ ROLDÁN, «La seguridad jurídica: realidad o ilusión», en *Jornadas sobre el título preliminar de la Constitución*, vol. V, Ministerio de Justicia (Dirección General del Servicio Jurídico del Estado), Madrid, 1988, pp. 3347-3374.

La concepción revolucionaria de la ley como expresión de la voluntad popular y, por tanto, del poder originario supone que toda potestad ha de venir referida a la ley. La división de poderes no era sino el corolario de la supremacía de la ley así concebida: tanto el poder ejecutivo como el poder judicial quedaban reducidos y sometidos, aunque en forma diferente, a la ejecución y aplicación de la ley.

El principio de legalidad administrativa se concibe originariamente como un sometimiento general de la Administración a la legalidad. La Administración tiene que realizar los fines de interés público o general dentro de los límites establecidos por las leyes (STAHL). Este sometimiento es, sin embargo, compatible, en su formulación inicial, con amplios márgenes de discrecionalidad.

Esta doctrina, llamada de la vinculación negativa, está hoy mayoritariamente sustituida, a partir de Kelsen, por la doctrina de la vinculación positiva que supone que la acción administrativa no sólo tiene como origen y como límite la legalidad, sino que se encuentra positivamente condicionada por la legalidad: toda actuación administrativa ha de estar habilitada por una cobertura legal previa.

No hay duda que nuestra Constitución se inscribe en esta corriente, y que así hay que interpretar el principio de legalidad recogido en el artículo 9.3 y cuya aplicación a la Administración reitera el artículo 103.1 al establecer que la Administración pública «sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho».

Toda la actuación administrativa está por tanto sometida al Derecho y no hay ningún margen de poder que quede fuera del principio de legalidad. Incluso las potestades discrecionales que, como señalan GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, exigen al menos cuatro elementos reglados, a saber: la existencia de la potestad, su extensión, la competencia para ejercerla y el fin (6).

Si el principio de legalidad administrativa es hoy el marco general, la seguridad jurídica en sentido estricto (tal y como aquí la hemos enunciado) aparece como exigencia específica ante ciertos problemas suscitados por la actuación administrativa y con fundamento en esa exigencia se han articulado específicas técnicas de solución.

(6) E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho administrativo*, vol. I., Civitas, Madrid, 1987 (4.ª ed.), p. 131.

4.1. *El problema de los reglamentos independientes*

El primer problema que se vienen planteando hoy la doctrina y la práctica político-administrativa en relación precisamente con la extensión del principio de legalidad entendido como vinculación positiva es el de los reglamentos independientes, es decir aquellos que no desarrollan ninguna ley previa.

Aunque la jurisdicción contencioso-administrativa ha sido más prudente, una gran parte de la doctrina se ha inclinado por negar la posibilidad de reglamentos independientes, al entender que el principio de legalidad implica una reserva general en favor de la ley. ENTERRÍA y FERNÁNDEZ han matizado esta posición admitiendo que los reglamentos internos manifiestan la facultad de autoorganización y no exigen, por tanto, una ley previa, pero los reglamentos externos sí la exigen, pues sólo la ley puede crear Derecho objetivo para los ciudadanos. En su apoyo invocan, por otra parte, la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 1981 y la sentencia del Tribunal Constitucional de 4 de mayo de 1982. LEGUINA llega más lejos admitiendo la existencia de reglamentos independientes incluso de carácter externo, y basa su argumentación en que no es la Administración sino el Gobierno el que ostenta la potestad reglamentaria con «un poder normativo originario directamente habilitado por la Constitución» en atención a su propia legitimidad democrática (7).

Aun cuando me parece suficientemente fundada la tesis de LEGUINA, ello no supone un excesivo margen de discreción *praeter Legem*, pues, en todo caso, la potestad reglamentaria en nuestro sistema está doblemente limitada por la reserva material de ley y por la reserva general en favor de la ley, que se traduce en una reserva formal siempre que el legislador regule mediante ley cualquier supuesto aun cuando no estuviera materialmente reservado por la Constitución a la ley.

4.2. *Inderogabilidad singular e irretroactividad*

No parece plantear ningún problema la exigencia que la seguridad jurídica, realizada en el principio de legalidad, proyecta sobre la denominada inderogabilidad singular de los reglamentos, exigencia reconocida por nuestra jurisprudencia tradicionalmente y que el artículo 30 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado expli-

(7) ENTERRÍA, FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 213-215. J. LEGUINA, «Principios generales del Derecho y Constitución», *Revista de Administración Pública*, núm. 114 (septiembre-diciembre 1987), pp. 27-28.

citó («las resoluciones administrativas de carácter particular no podrán vulnerar lo establecido en una disposición de carácter general, aunque aquéllas tengan grado igual o superior a éstas»).

Tampoco parece plantear problemas en el ámbito administrativo el principio de irretroactividad que supone para la actividad reglamentaria un límite absoluto a diferencia de lo que ocurre en relación con la ley.

En efecto, el principio de irretroactividad de los reglamentos, con la sola matización prevista por el artículo 45.3 de la LPA que permite otorgar eficacia retroactiva a los actos sustitutivos de otros anulados y a los que produzcan efectos favorables a los interesados sin dañar a otras personas, no suscita hoy mayor discusión, pues los verdaderos problemas relacionados con la retroactividad se han suscitado en relación con la ley, especialmente a partir de la doctrina inicialmente sentada por el Tribunal Constitucional en su sentencia de 20 de julio de 1981 que, eludiendo lo que llamaba «huidiza teoría de los derechos adquiridos», interpretó que el artículo 9.3 se refería exclusivamente a la prohibición de retroactividad de disposiciones sancionadoras o restrictivas de derechos individuales, entendidos éstos como los derechos fundamentales del título primero. En la sentencia de 4 de febrero de 1983 el propio Tribunal Constitucional matizó esta doctrina, aun manteniendo un amplio margen en favor de la retroactividad. Frente a esta doctrina constitucional se ha esgrimido que la irretroactividad del artículo 9.3 se refiere a los reglamentos y disposiciones administrativas, tesis defendida entre otros por ENTERRÍA y FERNÁNDEZ que tiene un fuerte apoyo sistemático en cuanto la propia Constitución establece la irretroactividad para la legislación penal en el artículo 25 y la indelegabilidad en el artículo 83, respecto a los límites de las leyes de bases. De lo que debemos deducir que el artículo 9.3 se refiere sólo a los reglamentos y evitar así las aporías a que podía conducir la doctrina inicial del Tribunal Constitucional (8).

4.3. *La revisión de los propios actos por la Administración*

Otra peculiaridad del régimen de la actuación administrativa en relación con las exigencias de la seguridad jurídica estriba en los inevitables límites de la exigencia de atenerse a los propios actos.

El carácter abstracto, objetivo y jurídico de la Administración como organización servicial para el cumplimiento de fines públicos exige que,

(8) ENTERRÍA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 83-87. La aporía principal reside en que una doctrina (la contenida en la sentencia de 20 de julio de 1981) que parecía reducir al máximo el respo «ideológico» a los derechos adquiridos se convertía, en su instrumentación técnico-interpretativa, en una protección más rígida de los derechos adquiridos, incluso frente a la ley.

sin perjuicio de su personalidad jurídica, haya de tener capacidad, por un lado, para adaptarse a las circunstancias y, por otro, para adaptarse a las exigencias de la legalidad. Ello justifica y origina el sistema de revisión de oficio de sus propios actos que, como es sabido, tiene en nuestro ordenamiento jurídico una triple vía. De un lado la revisión de oficio de actos nulos de pleno derecho que de acuerdo con el artículo 109 LPA exige la garantía del dictamen vinculante del Consejo de Estado. De otro lado la revisión de oficio de actos anulables regulada por el artículo 110 que exige la declaración de lesividad para el interés público y la actuación de la Administración como demandante ante la jurisdicción contencioso-administrativa. La tercera posibilidad abierta también por el artículo 110 es la anulación de oficio dentro del plazo de cuatro años de actos declarativos de derechos siempre que infrinjan manifiestamente la ley, de conformidad con el dictamen del Consejo de Estado, el cual ha hecho una interpretación lógicamente muy restrictiva de esta posibilidad. En todo caso el artículo 112 contiene un importante principio al someter las facultades de anulación y revocación a cualquier circunstancia que las haga contrarias a la equidad, el derecho de los particulares o a las leyes.

Todavía había que añadir la posibilidad de revocación de actos administrativos por razones de simple oportunidad, lo que toda la doctrina considera pacíficamente un supuesto de expropiación y, por tanto, no es necesario contemplarlo como excepción al principio de respeto a los propios actos.

4.4. *Anulación de reglamentos y conservación de actos administrativos*

Quizás otro límite a las exigencias aparentes de la seguridad jurídica en el ámbito administrativo reside en el principio de conservación de los actos administrativos dictados en ejecución de disposiciones generales que resulten anuladas.

La anulación de un reglamento conforme al artículo 86 de la Ley de Jurisdicción tiene efectos generales. Sin embargo, el artículo 120 de la Ley de Procedimiento Administrativo salva expresamente la subsistencia de «los actos firmes dictados en aplicación» de la disposición general anulada.

Parece que este precepto responde a una necesidad de preservar la seguridad jurídica, aunque al estar referido legalmente a los recursos administrativos se plantean dudas sobre su alcance en el orden jurisdiccional. ASÍ ROIG, al comentar la sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 15 de junio de 1987, ha clasificado las posiciones de la doctrina española en dos grupos: las que diluyen el efecto de la anulación de las disposiciones en relación con los actos dictados

a su amparo y las que otorgan algún efecto directo a la anulación de la disposición respecto a tales actos (9).

En la primera posición sitúa algunos autores (LAVILLA, GONZÁLEZ PÉREZ, SANTAMARÍA y GÓMEZ FERRER), todos los cuales tienen en común remitir la revisión de los actos a sus propios cauces revisorios (recurso, declaración de lesividad, etc.). En definitiva, según estos autores los actos serán nulos de pleno derecho o anulables de acuerdo con la legislación general y sin que la anulación del Reglamento implique directa o indirectamente de forma necesaria su invalidez.

Para el segundo grupo (ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, BOQUERA y GARCÍA TREVIJANO) la anulación del Reglamento plantea directamente efectos sobre los actos dictados a su amparo, ante los que el artículo 120 es una excepción en aras de la seguridad y sólo aplicable a los actos firmes o incluso, según GARCÍA TREVIJANO, a los actos firmes de tracto sucesivo.

Cabe añadir que la sentencia comentada por este autor mantiene una posición enormemente abierta, que al comentarista le parece discutible, consistente en sostener que los actos dictados en aplicación de un reglamento nulo «quedan solos ante el resto del ordenamiento jurídico. Habrá que enjuiciarlos como si el reglamento no hubiera existido y así a la luz del ordenamiento jurídico resultante dichos actos podrán ser nulos de pleno derecho, anulables o incluso válidos».

4.5. *El silencio administrativo*

Me parece necesario cerrar esta relación de exigencias específicas de la seguridad jurídica ante la acción administrativa con una referencia al silencio administrativo, institución mediante la cual la ley sustituye la ausencia de voluntad administrativa.

El silencio positivo se ha configurado por el artículo 95 de la LPA con carácter excepcional, exigiendo una disposición expresa que lo establezca o cuando se trate de autorizaciones o aprobaciones en el ejercicio de la fiscalización y tutela de órganos superiores sobre órganos inferiores. Se trata de una regulación material que crea un acto administrativo implícito. Todo el mundo sabe que su proyección principal está en el ámbito de las licencias municipales. Es notorio también que la jurisprudencia ha configurado el silencio positivo como un acto expreso y, por tanto, sometido a los requisitos de legalidad de los actos administrativos propiamente dichos. Es cierto, no obstante, que la ju-

(9) Agustín E. DE ASÍS ROIG, «La conservación de actos no firmes dictados en ejecución de una disposición general declarada nula», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 59, (julio-septiembre 1988), pp. 457-460.

risprudencia ha planteado algunas dudas respecto al alcance de estas exigencias, ante lo que parte de la doctrina ha propuesto que el límite del silencio positivo resida sólo en la nulidad de pleno derecho (10).

El silencio negativo es, sin embargo, una ficción legal para permitir el acceso a la tutela judicial y, por tanto, no supone un acto administrativo en sentido propio.

La regulación del silencio negativo resulta, en términos generales, suficiente aunque recientemente esté recibiendo algunas críticas casi espectaculares. Es cierto que el Defensor del Pueblo ha denunciado el abuso de la práctica del silencio administrativo, y precisamente en esa base se han apoyado algunas voces. Me referiré entre todas al profesor MORILLO-VELARDE, quien ha calificado esta práctica como «lacra en el funcionamiento de la Administración española en todos sus niveles» (11). El profesor MORILLO plantea una ambiciosa propuesta para convertir todo silencio administrativo en silencio positivo (propuesta cuya mayor virtud pudiera ser el haberla sometido gustosamente a la crítica, según sus propias palabras).

Sin embargo, cabe aprovechar esta referencia para dar pie a unas consideraciones finales más amplias, porque el trabajo que comento refleja paradigmáticamente el maniqueísmo administrativo que se extiende entre nosotros y al que luego me referiré. El profesor MORILLO afirma, por ejemplo: «es evidente que también los intereses generales deben ser protegidos frente a la desidia, incapacidad o malicia de los administradores», y concluye rotundamente: «no me parece exigible una actitud indulgente con la Administración, que cuenta con ingentes medios humanos y materiales, cuando observamos la deficiente utilización que se hace de ellos, el despilfarro en el gasto público, todo lo cual repercute a través de la presión fiscal en el patrimonio privado de los ciudadanos». Debo admitir que el mismo autor reconoce que su propuesta podría ser acusada de incurrir en un garantismo exagerado (12).

5. SEGURIDAD JURIDICA Y TUTELA JUDICIAL EN EL ORDEN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

La garantía última de la legalidad administrativa reside, evidentemente, en la tutela judicial que, en nuestro sistema, corresponde al orden jurisdiccional contencioso-administrativo. También aquí se plan-

(10) Un tratamiento monográfico del silencio administrativo puede verse en el número 208 (abril-diciembre 1986) de la Revista DOCUMENTACIÓN ADMINISTRATIVA.

(11) José I. MORILLO-VELARDE, «Hacia una nueva configuración del silencio administrativo», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 49 (enero-marzo 1986), pp. 65-83.

(12) *Ibidem*, pp. 74-75.

tean problemas específicos que tienen relación en grado más o menos directo con la seguridad jurídica. Cabe citar, como los más discutidos hoy entre nosotros, el problema del agotamiento de la vía administrativa, el número de instancias, el régimen de suspensión de los actos y, desde luego, la ejecución de las sentencias en relación con el principio de autotutela administrativa.

No voy a detenerme en ninguno de estos problemas que, aun teniendo mayor o menor relación con la seguridad jurídica en la actuación administrativa, en realidad afectan a la instrumentación de la tutela judicial.

Hay que aludir, sin embargo, a la función de la jurisdicción como operador definitivo en la aplicación del Derecho y, por tanto, como garantía última de la certeza y la consistencia del orden jurídico (en nuestro caso del orden jurídico-administrativo).

La concepción positivista, particularmente desde KELSEN, parecía aportar una consideración de la función jurisdiccional que alcanzaba las mayores cotas de certeza. Sin embargo, esta concepción está hoy seriamente puesta en duda por la crítica de DWORKIN al positivismo jurídico, crítica que precisamente encuentra su motivo en la falta de certeza que el modelo normativo positivista implica (lo que HART llamaba «textura abierta») frente al que DWORKIN trata de construir un modelo alternativo que, incluyendo principios más generales y partiendo de los derechos individuales, garantice una *sola* solución posible jurídicamente en cada caso.

Es sumamente discutible que el modelo de DWORKIN solucione el problema y es todavía más discutible que pueda transplantarse a los sistemas jurídicos de tipo continental. Sin embargo, la certeza tiene, en un nivel más inmediato, ciertas exigencias que necesariamente han de recordarse: en primer lugar, la de alcanzar una resolución definitiva en un tiempo razonable, lo que supone una adecuada y suficiente organización estructural y también una revisión de las instancias existentes (13).

En segundo lugar, la de mantener una unidad interpretativa que requiere al mismo tiempo un refuerzo de la función casacional del Tribunal Supremo (más delicada todavía ante la nueva configuración de los Tribunales Superiores de Justicia) y un refuerzo de lo que ALF ROSS llamaba «la conciencia jurídica formal» de los jueces y magistrados, es decir, de su función de interpretar y aplicar la legalidad huyendo de las tentaciones de utilizar alternativamente el Derecho.

(13) Véase Luciano PAREJO, *Estado social y Administración pública*, Civitas, Madrid, 1983, pp. 274-275.

6. SEGURIDAD JURIDICA Y EFICACIA ADMINISTRATIVA

Aunque, como hemos visto, la seguridad jurídica plantea numerosas cuestiones concretas en relación con la actuación administrativa y con la tutela judicial, muchas de las cuales están sometidas a debate y probablemente permiten perfeccionar las soluciones técnico-jurídicas existentes, el balance general ha de ser positivo. El actual desarrollo del Derecho administrativo, las formas de organización de la Administración y la función del contencioso-administrativo como protección de la legalidad y tutela de los derechos e intereses obligan a concluir que, en términos generales, la actuación de la Administración pública en nuestro país y en los sistemas similares satisface muy ampliamente las exigencias de la seguridad jurídica.

Sin embargo, esta misma situación ha generado una especie de «cultura administrativa» que es hoy objeto de numerosas críticas nacidas de una exigencia distinta: la eficacia.

Es, en efecto, frecuente fundamentar hoy la crítica a la acción administrativa en su ineficacia (a veces, en su ineficiencia, y a veces, en ambas). Y también encontrar que las propuestas reformadoras en aras del fin último de la eficacia contrapongan maniqueamente este objetivo o fin al de la seguridad como un valor periclitado. En algunos informes recientes, de carácter técnico, utilizados como material de trabajo para la reforma de la Administración he encontrado ejemplos preocupantes de esta contraposición. Pero quizá sea más expresiva una cita extraída de una obra bien conocida del profesor Alejandro NIETO: «Nuestro Derecho administrativo es una lucha constante entre la Administración, que a través de la discrecionalidad se busca un espacio de actuación eficaz, y los ciudadanos, que consideran tal autonomía como una agresión a la legalidad. Los autores suelen inclinarse por la legalidad a ultranza. Los tribunales, muchos más ponderados, tienden a aceptar ese ámbito y se limitan a controlar los abusos que dentro de él puedan realizarse.

En resumidas cuentas, *el mecanismo que se ha montado peca de superseguridad...*» (14).

(14) A. NIETO, *La organización del desgobierno*, Ariel, Barcelona, 1984, p. 55. Más adelante el profesor NIETO desarrolla críticamente esa cultura administrativa de la seguridad en los siguientes términos: «la Administración pública ha estado siempre dominada por los juristas... Al construir una carretera no se piensa tanto en el fin perseguido de facilitar las comunicaciones sino en el procedimiento de su construcción: hay que contar con una ley previa, con un plan, con un proyecto, con unos mecanismos de contratación y de presupuestación. Todo esto es necesario, ciertamente; pero resulta inadmisibles que lo que debiera ser secundario se convierta en fundamental y que todo sean trabas, hasta tal punto que el costo se multiplica y el tiempo se alarga. Entre nosotros se trabaja con papeles que dirigen los abogados y el interés finalista pasa a un último plano. La presencia de los tribunales es una amenaza que termina paralizado los expedientes. Ante el peligro de incurrir en un error legal, la Administración se retrasa, cuando no

No creo que sea exactamente cierta la afirmación del profesor NIETO de que la Administración se proponga la eficacia y el ciudadano apele a la legalidad. Las mismas críticas que él desarrolla más adelante, y que he citado en la nota anterior, muestran una cierta matización a la afirmación inicial. Porque, en efecto, los ciudadanos también exigen eficacia y menos formalismo, y también la Administración tiende a instalarse en la legalidad formal como garantía de su propia corrección. Por ello no cabe afirmar que la eficacia sea exclusivo propósito de la Administración a través de la discrecionalidad, y la legalidad garantía exclusiva de los ciudadanos. También la eficacia es exigencia de los ciudadanos y la legalidad garantía (y a veces comodidad) de la propia Administración.

Sin embargo, el hecho es que la eficacia es el primero de los principios que el artículo 103.1 de la Constitución exige a la Administración pública, y es, sin duda, un principio en alza tanto en toda la teoría de la Administración como en todos los planteamientos reformadores, como en la demanda social. El problema es: ¿exige una mayor eficacia reducir el margen de seguridad?

Parece evidente que es posible contestar que no. Como ha señalado el profesor PAREJO la eficacia que la Constitución predica como principio cualitativo de la actuación administrativa sólo puede darse cuando la Administración actúa «en su marco propio de actuación». Por ello la pretendida y necesaria eficacia de la Administración es una eficacia para satisfacer los fines de interés general que la Constitución y la leyes le encomiendan, utilizando los medios que la Constitución y las leyes le atribuyen (15).

La eficacia no puede, en mi opinión, plantearse valorativamente como alternativa o contradictoria a la seguridad. Es cierto que la práctica, la desidia a veces, o los propios cambios tecnológicos pueden demostrar la ineficacia de mecanismos, trámites o técnicas procedimentales que en su día nacieron para garantizar derechos individuales; es cierto que hoy, con los medios a nuestro alcance, cabe modificar las técnicas de gestión, alterar los sistemas de publicidad formal, sustituir la publicidad pasiva por la publicidad activa, modificar la línea de comunicación entre Administración y administrados, acortar plazos, etc., pero cuando haya que hacerlo no será porque la eficacia se superponga como principio a la seguridad, sino porque se acredite la propia ine-

se inmoviliza... La acción del Estado se ha descarriado en el Derecho... Respetándose el Derecho, todo parece lícito: el costo, el retraso, la ineficacia, la paralización. *Este es un Estado de abogados que viven del papel y no de la acción. La Administración pública es un gigantesco pleito*, pp. 159-160. (La cursiva en el original.)

(15) Sobre el principio de eficacia puede verse Luciano PAREJO, *Estado social.., op. cit.*, pp. 143 y ss.

ficacia de esos trámites o procedimientos para la finalidad aseguratoria que pretendían.

En una conclusión lapidaria, afirma el profesor NIETO que «los abogados, desde la perspectiva del pleito, han montado a la Administración como un gran pleito y no como un servicio público». En otro contexto, un informe que he manejado recientemente proponía, en una tabla de antiguos y nuevos valores de la acción administrativa, transformar la seguridad en atención al cliente. Estas simplificaciones pueden ser gráficas para la crítica, pero totalmente peligrosas para diseñar un nuevo modelo. Es obvio que debemos huir de convertir a la Administración en un gran pleito, pero no sería mejor convertirla en unos grandes almacenes. La Administración tiene una actividad multiforme y, en algunos casos, el ciudadano desempeña el papel de cliente pero, en general, ése no es el predicado adecuado para la posición del ciudadano frente a la Administración.

Al final, que la eficacia administrativa, cuyo desarrollo es hoy el desafío más inmediato, se vea limitada por el principio de legalidad y las técnicas jurídicas para garantizar la seguridad puede resultar un mal sistema. Pero con seguridad el mejor de todos los imaginables.