

LA INTRODUCCION DE LA REFERENCIA AL ORDEN PUBLICO EN EL REGLAMENTO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE 1890-1894 *

POR

LUIS MARTÍN REBOLLO

Doctor en Derecho

SUMARIO: I. EL PROCESO DE LA INCORPORACIÓN DE LA CLÁUSULA DE ORDEN PÚBLICO AL REGLAMENTO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE 1890: 1. *Planteamiento general del problema.* 2. *Las fases de elaboración de la Ley jurisdiccional de 1888.* 3. *El proyecto Sagasta. La discusión del dictamen de la Comisión. Son los Tribunales quienes deben delimitar en cada momento el concepto de discrecionalidad. El texto definitivo del Reglamento.*—II. EL REGLAMENTO DE LO CONTENCIOSO PODÍA, EN ESTE PUNTO, HABER SIDO CONSIDERADO NULO.—III. UNA POSIBLE INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 4 DEL REGLAMENTO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO.—IV. CONCLUSIONES.

I. EL PROCESO DE LA INCORPORACIÓN DE LA CLÁUSULA DE ORDEN PÚBLICO AL REGLAMENTO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE 1890

1. *Planteamiento general del problema*

La exclusión de los actos de la Administración relacionados con el orden público de la revisión jurisdiccional ha perdurado, como se sabe, hasta tiempos bien recientes, erigiéndose así esta parcela del actuar administrativo como un reducto de las llamadas «inmunidades del poder» (1). Durante mucho tiempo se ha ido echando mano de diversos y sucesivos argumentos y técnicas jurídicas (2) para excluir del menguado control de los Tribunales Contencioso-administrativos todo un sector de la actividad administrativa que, si bien se inició en tonos comedidos y en planos perfectamente tasados, pasaría con el tiempo a engrosar el amplio capítulo de la actividad sancionatoria del Estado hasta límites seguramente insospechados en el tiempo en que

* Al corregir pruebas me enteré de la inesperada muerte de Antonio ESTEBAN DRAKE, a cuya memoria dedico estas páginas.

(1) Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*, en el núm. 38 de esta REVISTA (1962), pp. 159 y ss., editado después separadamente en los «Cuadernos Civitas», Madrid, 1974, por donde cito.

(2) Vid. por todos, L. MARTÍN-RETORTILLO: *Las sanciones de orden público en Derecho español*, Madrid, 1973, pp. 33 y ss., donde se hace una detallada referencia a cada una de estas técnicas de exclusión hasta llegar a la práctica común de admisión de los recursos por los Tribunales, bastante después de la entrada en vigor de la Ley jurisdiccional de 1958.

se plasmó por primera vez la exclusión jurisdiccional de los actos y disposiciones relativos al orden público.

No voy a tratar aquí de reflejar el camino recorrido hasta llegar a la admisibilidad de los recursos en esta materia por los Tribunales, trayectoria que está ampliamente descrita y estudiada en la reciente obra de L. MARTÍN RETORTILLO sobre el tema (3), sino exclusivamente rastrear el origen de tal exclusión en el primer texto en que aparece, que no es otro que la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1888 —y concretamente en su reglamento de 1890—, al socaire de la distinción potestad reglada-potestad discrecional. Va a ser precisamente en base a esta distinción como se introduce la cláusula de exclusión del orden público de la justiciabilidad, y va a ser también esta técnica, pensada para un momento en el que el orden público significaba algo bien distinto de lo que llegó a ser luego, la que va a perdurar durante más tiempo y a perpetuarse hasta épocas relativamente recientes cuando, por otra parte, la llamada materia de orden público había adquirido una fisonomía y un carácter bien distinto del que podría tener en la Ley vigente en 1888, la Ley de Orden Público de 1870.

Pues bien, como digo, la exclusión del orden público del conocimiento de los Tribunales Contenciosos encuentra su apoyatura legal en el artículo 4.º de la Ley de 13 de septiembre de 1888, en cuyo párrafo primero puede leerse:

«No corresponderán al conocimiento de los Tribunales de lo contencioso-administrativo:

1. Las cuestiones que por la naturaleza de los actos de los cuales procedan, o de la materia sobre que versen, se refieran a la potestad discrecional».

exclusión de la discrecionalidad que encuentra su fundamento en la idea inicial de SANTAMARÍA DE PAREDES de configurar el recurso contencioso únicamente respecto de las resoluciones administrativas «que emanen de la Administración en el ejercicio de sus facultades regladas» (artículo 1, 2.º, de la Ley de 1888) (4).

(3) Vid. nota anterior.

(4) Sobre el proceso de elaboración de la Ley de la jurisdicción contenciosa de 1888 y la intervención de SANTAMARÍA DE PAREDES en su gestación, puede verse mi libro *El proceso de elaboración de la Ley de lo contencioso-administrativo de 13 septiembre 1888*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1975, donde se hace un estudio de todo el proceso que llevó a la redacción definitiva de la Ley y se analiza la etapa parlamentaria de la misma.

Esta referencia no pasaría de ser un criterio orientador de los jueces encargados en cada momento de dilucidar qué sean en cada caso facultades regladas de la Administración si el artículo 4.º del reglamento general para la ejecución de la Ley de 29 de diciembre de 1890 no intentara fijar expresamente qué cuestiones corresponden a la potestad discrecional. Sin referirnos ahora a la rica problemática que puede plantear este artículo, basta por el momento transcribir su concreta redacción:

«Corresponde señaladamente a la potestad discrecional —decía—:

1. Las cuestiones que por la naturaleza de los actos de que nazcan o de la materia sobre que versen, pertenezcan al orden político o de gobierno, y las disposiciones de carácter general relativas a la salud e higiene públicas, *al orden público* y a la defensa del territorio, sin perjuicio del derecho a las indemnizaciones a que puedan dar lugar tales disposiciones.»

Ley y reglamento sufrieron posteriormente importantes modificaciones por Real Decreto de 22 de junio de 1894, pero en lo que nos interesa en este momento, la referencia al orden público, no sufrió modificaciones importantes, quedando el citado artículo 4, 1.º, tal cual aparece transcrito más arriba, sin más cambios que la adición «o afecten a la organización del Ejército o a la de los servicios generales del Estado», tras la referencia a las cuestiones que pertenezcan al «orden político o de gobierno».

He aquí, pues, cómo se introduce la exclusión jurisdiccional de la materia de orden público. He aquí ya el proceso acabado, el dato normativo que va a posibilitar, por la vía de la calificación como materia discrecional, la exclusión pura y simple de todo este sector del actuar administrativo. Exclusión, por otra parte, como digo, que va a encontrar en esta técnica jurídica de la calificación de discrecional un argumento y un apoyo legal que va a durar más de sesenta años, si no se tiene en cuenta el Recurso de amparo durante el período republicano que va, desde luego, por otros derroteros.

Pues bien, ¿cómo se ha podido llegar hasta ahí? ¿Cómo se introduce el concepto de orden público en el reglamento de lo contencioso-administrativo? ¿Cuál ha sido el camino recorrido? ¿Se pudo llegar a conclusiones diferentes cara a la justiciabilidad de estas cuestiones

referentes al orden público? Tales son los interrogantes a los que, de manera concisa, voy a tratar de dar respuesta. Una respuesta que quizás, en algún momento, pueda verse influida por catalogaciones jurídico-formales que son patrimonio de los planteamientos de la doctrina actual, pero que en cualquier caso se planteará en este trabajo como hipótesis, como argumentación *a posteriori* si se quiere, y no con pretensiones de dogmatismo o de conclusión acabada. Acaso porque, como más adelante se apuntará, la referencia al orden público en la norma procesal se refiera a realidades distintas al principio y al final de los sesenta y tantos años de su período de vigencia; realidad que, sin embargo, se ha pretendido monolítica e inmutable para defender lo que en verdad se buscaba y quería: la exclusión jurisdiccional.

Son, pues, este tipo de reflexiones las que nos van a llevar a formular algunas hipótesis o líneas de acercamiento para la investigación del aspecto procesal del orden público, siquiera sea en su faceta negativa, en su imposibilidad histórica de acceder al mínimo control que representa el proceso contencioso.

2. *Las fases de elaboración de la Ley jurisdiccional de 1888*

La introducción de la noción de orden público en el marco de la legislación referente a lo contencioso-administrativo de 1888 va a seguir, en líneas generales, la misma evolución que acabaría con la promulgación de la Ley de 13 de septiembre. A nuestros efectos, esta evolución comienza ya en 1879 al crearse por Ley de 16 de enero de dicho año una Comisión —la llamada Comisión de notables— auspiciada por el partido conservador y que proyectaba la elaboración de una serie importante de reformas, entre las que se hallaba la de la jurisdicción contencioso-administrativa. Esta Comisión (5) redactó el primer proyecto de ley jurisdiccional que nos interesa destacar (26 enero 1881), proyecto que quedaría abortado con la caída del gobierno CÁNOVAS el mismo año y su sustitución por un Gobierno liberal, pero que, sin embargo, influyó de alguna manera en la redacción definitiva de la Ley. Pues bien, en el proyecto de la llamada Comisión de notables, en su artículo 24, se establecen por primera vez una serie de excepciones al principio de justiciabilidad, algunas de las cuales van a pasar también más tarde al texto del reglamento de 1890, pero

(5) Sobre la composición y el trabajo de esta Comisión, véase igualmente Luis MARTÍN REBOLLO, *El proceso de elaboración...*, cit., pp. 72 ss.

ahora ya como formando parte de lo que «corresponde señaladamente a la potestad discrecional». En el proyecto de 1881 estas excepciones se establecían de manera directa y en el mismo texto de lo que se pretendía fuera ley. En concreto, el ya citado artículo 24 establecía:

«Sin embargo de lo que dispone el artículo anterior, no corresponderán a la jurisdicción de los Tribunales de provincia:

1. Las cuestiones que por la naturaleza de los actos de que nazcan o de la materia sobre que versen pertenezcan al orden político y del gobierno, o al civil o penal.»

El artículo 28 exceptuaba igualmente estas cuestiones del conocimiento del Consejo de Estado como Tribunal contencioso. Es decir, no hay referencia alguna al orden público en el proyecto de 1881 por más que las excepciones que se establecen coinciden exactamente con el tenor literal de la primera parte del artículo 4.º del Reglamento de 1890 ya citado, a excepción de la referencia al orden civil o penal.

Fracasado este intento de llegar a una ley general de lo contencioso, tras otras tentativas de menor interés (6), se llegará finalmente al proyecto judicialista de SAGASTA de 22 de julio de 1886 (7), reproducción de otro suyo de 1882 y que sería formalmente el punto de partida de la ley jurisdiccional de 1888.

En dicho proyecto nos encontramos también con la exclusión directa de una serie de materias del contencioso-administrativo, exclusión directa que en buena parte no hace sino reproducir el texto anteriormente citado de 1881. En efecto, en el artículo 16 de dicho proyecto podía leerse:

«No corresponderá al conocimiento de las Salas de las Audiencias, como Tribunales contencioso-administrativos, las cuestiones que por la naturaleza de los actos de que nazcan o de la materia sobre que versen pertenezcan al *orden público* y de gobierno, o al civil o penal.»

La fórmula ha cambiado en una sola palabra respecto al proyecto anterior. Donde allí se refería al «orden político» se va a decir ahora «orden público». El resto del artículo es idéntico, lo que, en primer lugar, nos lleva a preguntarnos, ¿es que en las ideas de la época se va

(6) Vid. *El proceso de elaboración...*, cit., pp. 81 ss.

(7) *Diario de Sesiones del Congreso (DSC)* núm. 68, de 20 de noviembre de 1886.

a identificar orden público con orden político?, ¿es que son sinónimos orden político y orden público, teniendo en cuenta que en ambos casos la palabra va matizada o aclarada al decir «y de gobierno»? ¿Por qué, en definitiva, el cambio?

En una primera aproximación parece deducirse que orden político es un concepto más amplio que el de orden público, teniendo en cuenta que cualquier referencia a este vocablo debe ser interpretada, no al hilo de conceptualizaciones actuales, sino al amparo de lo dispuesto en la Ley de 23 de abril de 1870, la Ley de Orden Público entonces vigente que se refería a las medidas gubernativas adoptadas para mantener y restablecer el orden público y prevenir los delitos que la Ley Penal condenaba, medidas que únicamente serían de aplicación «cuando se haya promulgado la Ley de Suspensión de Garantías» (Art. 1.º); es decir, se trata de un concepto de orden público «caracterizado por su gravedad. La enemiga política y el enfrentamiento de partidos, la crítica gubernamental, el sarcasmo periodístico y tantas luchas menores no implican, en absoluto, ruptura del orden público. Tal ruptura parece exigir violencia, parecé casi exigir sangre, parece exigir en todo caso trascendencia en la calle y gravedad» (8) Las cuestiones que pertenezcan al orden público, en este marco, poco van a tener que ver con la práctica sancionatoria, con la multa, en definitiva, que tenía sus cauces por otras vías y otros planteamientos. Este tipo de cuestiones más bien podían hacer referencia —en la sistemática de la Ley— a otro tipo de medidas, como prohibiciones generales, limitaciones en el ejercicio de los derechos individuales, suspensión de publicaciones, cambio de domicilio forzoso y, en cualquier caso, siempre y cuando mediara la Ley de Suspensión de Garantías. La Ley de 1870 se refiere, por eso, a revueltas, sediciones, a rebeliones, y está pensando quizá en levantamientos carlistas o en partidas de bandoleros más o menos importantes (9).

Conviene aclarar esto desde el primer momento y antes de seguir adelante. Porque el mimetismo respecto de situaciones recientes o actuales puede imponerse al considerar actuaciones que en principio nada tenían que ver con ellas.

En cualquier caso, ambos tipos de cuestiones —las que pertenezcan

(8) Cfr. L. MARTÍN-RETORTILLO: *La cláusula de orden público como límite —impreciso y creciente— al ejercicio de los derechos*, «Cuadernos Civitas», Madrid, 1975, p. 42, donde se destaca el progresivo proceso de trivialización del concepto de orden público a lo largo de su evolución legislativa.

(9) Véase *La cláusula...*, cit. en nota anterior, pp. 41 ss.

al orden público y de gobierno— se incorporarán más tarde al artículo 4.º del Reglamento de lo Contencioso-administrativo, bien que con las variaciones y diferencias que podremos constatar en su momento.

3. *El proyecto Sagasta. La discusión del Dictamen de la Comisión. Son los tribunales quienes deben delimitar en cada momento el concepto de discrecionalidad. El texto definitivo del Reglamento.*

Es, pues, en el proyecto de SAGASTA de 1886 cuando aparece la primera referencia al orden público, pero este proyecto sería radicalmente transformado, como he tenido ocasión de demostrar en otro lugar, por la Comisión del Congreso encargada de dictaminarlo. En efecto, dicha Comisión, compuesta por los diputados RUIZ CAPDEPÓN, F. A. SILVELA, C. ALBA, A. GONZÁLEZ, BENAYAS, GONZÁLEZ BLANCO y SANTAMARÍA DE PAREDES y a instancias de este último, secretario y ponente de la misma, transformaría el proyecto que seguramente por sus planteamientos judicialistas no podía ser aceptado. En el dictamen presentado al Congreso por la Comisión, con fecha 21 de junio de 1887, se va a prescindir prácticamente de los planteamientos del proyecto de SAGASTA y frente al sistema de lista y de enumeración concreta de las cuestiones que podían ser objeto del recurso contencioso-administrativo se va a pasar a sistematizar el objeto del recurso mediante un sistema de cláusula general en el que la clave la va a dar la distinción, el juego de lo reglado y lo discrecional. Serán objeto del recurso contencioso las disposiciones de la Administración que, junto a otras exigencias, «emanen de la Administración en el ejercicio de sus facultades regladas» Cabrá recurso contra lo reglado, no cabrá recurso contra lo discrecional, cuando ya en Francia el *Conseil d'Etat* admitía el recurso por exceso de poder y la posibilidad de recurrir contra los actos discrecionales.

Es pues sobre esta distinción como se monta todo el esquema del dictamen de la Comisión del Congreso y, en concreto, el artículo 4.º del mismo, que se corresponde con el artículo 16 del proyecto, decía

«No corresponderán al conocimiento de los Tribunales Contencioso-administrativos las cuestiones que por la naturaleza de los actos de que nazcan o de las materias sobre que versen se refieran a la potestad discrecional de la Administración o sean de la competencia de los Tribunales encargados de aplicar las Leyes en los juicios civiles y criminales.»

En el párrafo segundo del artículo se concretaban las cuestiones que se consideraban de índole civil, desapareciendo cualquier concreción expresa respecto de otras exclusiones y no determinándose tampoco qué se había de entender como cuestiones que «se refieran a la potestad discrecional», en una fórmula abierta que admitía e incluso exigía su concreción en cada momento a través de la interpretación jurisprudencial.

Desde el punto de vista que ahora nos interesa destacar desaparece, tal y como puede comprobarse, cualquier referencia al orden público, cuya justiciabilidad en cada caso debería según este sistema reconducirse al tema más amplio de lo discrecional y lo reglado.

A lo largo de la discusión del texto sometido al Congreso por la Comisión se van a presentar una serie de enmiendas a este artículo, prevaleciendo una que, aunque lo deja igual, separa con una numeración distinta cada una de las cláusulas de exclusión. Pues bien, a pesar de no haber prosperado, es muy significativa una enmienda presentada por don Manuel DANVILA y otros miembros del partido conservador al artículo 4.º del dictamen de la Comisión, enmienda que se presenta con fecha 10 de diciembre de 1887 y que estaba redactada en los siguientes términos:

«Se exceptuarán de la regla general establecida en el artículo 1.º:

1. Las disposiciones de carácter general que dicte la Administración.
2. Las que emanen de la potestad discrecional y reglamentaria del Poder ejecutivo.
3. Las disposiciones que por la naturaleza de los actos de que nazcan o de la materia sobre que versen pertenezcan al orden político y de gobierno, a la salubridad pública o defensa del territorio.
4. ...» (10).

Es decir, no hay tampoco alusión alguna al tema del orden público, ausencia que en este caso es bien significativa, puesto que la enmienda de DANVILA, por una parte, acepta la exclusión de la discre-

(10) Véase DSC núm. 8, de 10 de diciembre de 1887, apéndice 1, p. 9. La enmienda la firmaban Manuel DANVILA, Faustino RODRÍGUEZ SAN PEDRO, el conde de TORENO, Senén CANIDO, Antonio MOLLEDA, Raimundo FERNÁNDEZ VILLAVERDE y Francisco LASTRES.

cionalidad en su apartado primero, pero por otra viene a reproducir, como no podía ser menos dada la ideología y orígenes de sus autores, viene a reproducir, digo, buena parte del artículo 24 del proyecto de la Comisión de notables que ya he citado más atrás, pero por otro lado añade como cuestiones a excluir del Contencioso las disposiciones referentes «a la salubridad pública o defensa del territorio» que pasarían a incorporar el elenco de disposiciones que, a tenor del artículo 4.º del Reglamento de 1890, «corresponde señaladamente a la potestad discrecional», y como tal irrecorribles, inimpugnables.

Hallamos, pues en esta significativa enmienda todos los elementos que van a configurar las materias excluidas del contencioso, excepto la mención al tema del orden público. Está, por un lado, la exclusión de lo discrecional, tomado de la sistemática de SANTAMARÍA, pero, por otro, está también la exclusión directa de una serie de materias que, podía pensarse, no tenía porqué reconducirse al tema de lo discrecional y necesitaban una mención expresa: el tema de la salubridad, de la defensa, las cuestiones políticas y de gobierno, las cuestiones civiles, etc... ¿Y el tema del orden público? Ya hemos dicho que no puede identificarse orden público y orden político, aunque la no coincidencia de ambos conceptos no impide que aspectos del orden público se consideren como de orden político o como cuestiones políticas o de gobierno. Ahora bien, fuera de estos casos, la única posibilidad de exclusión en todas las cuestiones de orden público sería su inclusión dentro de la potestad discrecional de la Administración, cláusula abierta que quedaba a la libre interpretación jurisprudencial por cuanto ni el proyecto de los notables ni el dictamen de la Comisión del Congreso propiciado por SANTAMARÍA DE PAREDES, ni el propio texto aprobado definitivamente por el Congreso exigían ningún tipo de Reglamento de ejecución de la Ley que, siendo directamente aplicable, integraba sus lagunas con la Ley de Enjuiciamiento Civil en los aspectos procesales, actuando como legislación supletoria. La concreción de la potestad discrecional en cada caso correspondería, según esta sistemática, a los Tribunales, al Tribunal de lo Contencioso, tal y como saliera organizado de la Ley jurisdiccional que se discutía, lo que podía propiciar, como en otros países, por vía de interpretación jurisprudencial un acotamiento flexible y modulable de lo que en cada momento debía entenderse por potestad discrecional y, por lo tanto, excluida del conocimiento de los Tribunales. El sistema finalmente seguido, como se sabe y veremos un poco más adelante, fue el contrario, la

delimitación de la potestad discrecional por vía reglamentaria, con lo que, a primera vista, se encorsetaba el concepto sin posibilidad de evolución, salvo por vía normativa, aun en los casos en que las materias incluidas como discrecionales y exentas evolucionaran y llegaran a adquirir caracteres bien distintos de los que inicialmente se contemplaron para decidir su exclusión jurisdiccional. Tal fue el caso del orden público, que evolucionó pasando de un concepto grave, importante, sometido a las Leyes de suspensión de garantías, sin relación inicial con la práctica sancionatoria normal que se encauzaba habitualmente a través de las Leyes provinciales y municipales a un concepto trivializado, de manejo corriente y diario de la potestad sancionatoria ante la práctica política, la crítica periodística, el abastecimiento de los mercados, etc., etc. Sin embargo, este cambio radical en lo sustantivo, en la configuración de las cuestiones relativas al orden público, no se vería acompañado de una normativa adecuada en lo procesal, de manera que el orden público —otro orden público distinto del de 1870— permaneció excluido del enjuiciamiento jurisdiccional al incluirlo el Reglamento de 1890-94 como una de las cuestiones que correspondían a la potestad discrecional. El desfase era —fue— evidente y la historia o los lastres históricos siguieron pesando duramente a la hora del enjuiciamiento de estas materias.

La enmienda que acabo de citar de DANVILA y otros diputados, junto a la no exigencia del Reglamento en el dictamen de SANTAMARÍA, nos evidencian el rumbo que hubieran podido tomar las cuestiones referentes al orden público en el contexto de la vigencia de la Ley jurisdiccional de 13 de septiembre de 1888.

La enmienda más arriba citada no fue admitida al retirarla su autor pocos días más tarde, pero, sin embargo, se aprobaría —y así pasaría al texto definitivo de la Ley— otra enmienda de DANVILA en la que se hace enumeración de las cuestiones excluidas del Contencioso-administrativo, incluyendo en ella, aparte de lo referente a la potestad discrecional, las cuestiones de índole civil o criminal, las resoluciones reproductoras de otras anteriores que hayan causado estado y las confirmatorias de actos consentidos, así como las resoluciones dictadas con arreglo a una ley que las excluya expresamente de la vía contenciosa. A esta enumeración se añadirían —por indicación del señor OCHANDO— dos exclusiones más que no hacen sino desenvolver «el principio de que no procede el recurso contencioso-administrativo cuan-

do se trata de actos emanados de la potestad discrecional» (11), como explicará el propio SANTAMARÍA, y que son: las resoluciones que se dicten consultadas por el Consejo Supremo de Guerra y Marina como Asamblea de las Ordenes Militares de San Hermenegildo, San Fernando y Mérito Militar, y las Reales Ordenes dictadas sobre concesión de destinos, clasificación de aptitud para ascensos y recompensas de los jefes y oficiales del Ejército y las que se refieran a ascensos y recompensas de campaña o por cualquier otra clase de merecimientos. Pues bien, la redacción definitiva de este artículo así aceptado suscitara en el Congreso la intervención del diputado republicado don Manuel PEDREGAL Y CAÑEDO, intervención que es bien ilustrativa en orden a la interpretación más atrás expuesta del significado de la enmienda rechazada de DANVILA, la ausencia de previsión de un reglamento procedimental en el proyecto de SANTAMARÍA e incluso ayuda a interpretar el texto concreto del artículo 4.º del Reglamento, en el que expresamente se va a ubicar, de manera definitiva, la exclusión del orden público de la vía contenciosa. El señor PEDREGAL se va a referir a este nuevo artículo 4.º del Dictamen, modificado en el sentido más atrás expuesto, y dirá:

«Ofrece un gravísimo inconveniente la sustitución del artículo 4.º, porque se enumeran varios casos particulares que están perfectamente comprendidos en la regla general, y cuando se establece un principio general y a continuación se determinan casos particulares que están comprendidos dentro de la regla general, aquellos casos particulares de que no se hace especial mención (12) pudieran considerarse y es buena regla de interpretación considerar que están excluidos, puesto que enunciando otros casos particulares se les elimina.

Es un principio de buena interpretación—continúa diciendo el diputado republicano—el que se funda en la regla *inclusio unius, exclusio alterius*, y en casos como este *se debe establecer el principio general y dejar su*

(11) Véase DSC núm. 13, de 16 de diciembre de 1887, p. 281. La enmienda del señor OCHANDO se publicó en el apéndice 1 al citado *Diario de Sesiones*, páginas 1 y 2, e iba firmada, además de por él mismo, por Félix SUÁREZ INCLÁN, José GONZÁLEZ Y GONZÁLEZ BLANCO, Tomás MONTEJO, José ARRANDO, Pablo CRUZ y Luis SÁNCHEZ ARJONA.

(12) El orden público, por ejemplo.

aplicación a los Tribunales de justicia o al Tribunal administrativo encargado de aplicar esa Ley, con lo cual se evitan grandísimas dificultades e inconvenientes.» (13).

Digo que se trata de una intervención bien significativa porque nos pone tras la pista de lo que bien pudo ser la interpretación jurisprudencial en el problema del orden público y su aspecto procesal, ya que de esta manera se manifestaba consecuente la Ley con el principio de cláusula general establecido frente al antiguo sistema de lista, puesto que se dejaba en manos de los Tribunales la concreción positiva y negativa de los principios generales establecidos en la ley, una ley que, en su primera etapa parlamentaria, no exige—hay que tenerlo una vez más presente—, no exige, digo, ningún reglamento procedimental, ningún reglamento ejecutivo. De esta manera, por otra parte, se evitaría lo que luego iba a suceder por una interpretación jurisprudencial poco decidida; es decir, el encorsetamiento, la esclerosis de un concepto—el de orden público—que iría evolucionando por su cuenta sin que sus transformaciones esenciales tuvieran repercusión alguna en el ámbito jurisdiccional, en la norma procesal (en nuestro caso, el Reglamento de lo Contencioso de 1890-94), norma que iría quedando—en este aspecto concreto— desfasada de la realidad.

La intervención del señor OCHANDO en este punto es esclarecedora y nos pone sobre la pista de otro tema que no es este el momento de tocar ahora. Me refiero al papel de los jueces en el Contencioso, al problema de la organización de los Tribunales no sólo en el momento histórico en que esta Ley se debate—de lo que me he ocupado con detalle en otra ocasión (14)—, sino como cuestión general y de principio. Entregar al juez la interpretación de una norma llamada a perdurar sin excesivos cambios, encomendarle su concreta adecuación histórica exige un sistema de organización de los Tribunales superador de lo que significó en realidad el llamado sistema armónico, implica unos Tribunales independientes y un realce de «los poderes fiscalizadores del juez, pieza central de todo el sistema jurídico», como ha dicho entre nosotros el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, quien añadirá: «A veces los propios jueces dudan de ese papel y es entonces, inevitablemente, cuando su jurisprudencia nos defrauda.» (15).

(13) Véase DSC núm. 13, de 16 de diciembre de 1887, p. 282. La cursiva es mía.

(14) Vid. mi libro, ya citado, *El proceso de elaboración de la Ley de lo contencioso-administrativo de 13 de septiembre de 1888*.

(15) Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Madrid, 1970, pp. XV y 1.

Según estos planteamientos, serían los jueces, en adelante, quienes dilucidarían en última instancia si una determinada cuestión pertenece o no pertenece a la potestad discrecional, según la sistemática de la Ley de 1888. El problema en relación con el tema del orden público quedaría de esta manera correctamente enfocado.

Pero va a ser el propio SANTAMARÍA DE PAREDES, secretario de la Comisión encargada de dictaminar el proyecto de Ley, quien contestará, sin llegar a convencer, al autor de las palabras más arriba citadas. La argumentación de SANTAMARÍA defendiendo la concreción en el texto de la Ley de algunas excepciones que estaban, de hecho, incluidas en una cláusula general a interpretar por los Tribunales es endeble y poco convincente. En concreto, dirá el autor de la ponencia:

«Yo entiendo que estos determinados asuntos excluidos especialmente son actos de la potestad discrecional, en los que, por tanto, no cabe recurso contencioso-administrativo, pero como también parece que se han presentado muchos casos de demandas ante el Consejo de Estado sobre esta clase de cuestiones, ignorando que no cabía tal recurso por ser materia discrecional de la Administración, dada la multiplicidad de casos ocurridos, y para que de una vez concluya esta situación, se ha creído conveniente declararlo así en la Ley» (16).

Las explicaciones de SANTAMARÍA, basadas no en criterios objetivos, sino en un dato concreto que seguramente podía ser ampliable a otras cuestiones, implicaron la aprobación del artículo en el Congreso con la protesta del señor PEDREGAL. Sin mayores oposiciones pasó el artículo por el Senado, apenas modificado por un cambio, sin interés a nuestros efectos, en el último párrafo del mismo, pasando más tarde a ser el artículo 4.º de la Ley Jurisdiccional; artículo que, esencialmente, excepciona las materias discrecionales, dejando abierta la posibilidad de una interpretación jurisprudencial extensiva en cuanto a la concreción y a la mayor o menor amplitud de dicho concepto de discrecionalidad.

Sin embargo, al pasar el proyecto por el Senado, este Cuerpo colegislador va a introducir un nuevo artículo que trastocará estos planteamientos. Me refiero al artículo 107, que establecía la obligatoriedad de que el Gobierno redactase en el plazo de un año un regla-

(16) DSC núm. 13, p. 283.

mento general comprensivo del procedimiento a que deberá ajustarse la sustanciación de los asuntos contencioso-administrativos», reglamento no previsto en el texto del Dictamen de la Comisión del Congreso, y no precisamente por olvido, ya que la propia Comisión es explícita en este aspecto al afirmar en el preámbulo del Dictamen que «no convenía dejar como complementaria, además de la de Enjuiciamiento Civil, la legislación hoy existente constituida por múltiples disposiciones, *ni delegar en la potestad reglamentaria la determinación de los preceptos fundamentales* por los cuales hubieran de regirse estos juicios». En esto el Dictamen era tajante y se separaba del artículo 72 del proyecto de SAGASTA, que preveía la publicación de un reglamento.

Pues bien, va a ser precisamente en el citado Reglamento de lo Contencioso-administrativo de 29 de diciembre de 1890, modificado después en 1894, donde aparezca claramente la exclusión del orden público de la vía jurisdiccional. En concreto, el artículo 4.º de dicho texto incluye, como ya se ha reproducido más atrás, dentro de lo que «corresponde señaladamente a la potestad discrecional», entre otras cuestiones, «las disposiciones de carácter general relativas... al orden público». Es decir, el citado artículo se limita a aclarar el texto de la Ley concretando rígidamente cuáles son los actos y disposiciones que son discrecionales en una larga enumeración (17) que va a mantener el concepto sin posible evolución más que por vía de reforma normativa, a excepción de las posibilidades que veremos a continuación. Se usa, pues, una técnica distinta—la de incluir las cuestiones relacionadas con el orden público dentro de la discrecionalidad—de la empleada en el proyecto de SAGASTA e incluso—para el resto de las materias contempladas en el artículo 4.º—de la utilizada en el proyecto de la Comisión de notables y en la enmienda de DANVILA ya citada, puesto que

(17) El texto completo del artículo 4.º del Reglamento era el siguiente:

«Corresponde señaladamente a la potestad discrecional:

1. Las cuestiones que, por la naturaleza de los actos de que nazcan o de la materia sobre que versen, pertenezcan al orden político o de gobierno, o afecten a la organización del Ejército o a la de los servicios generales del Estado, y las disposiciones de carácter general relativas a la salud e higiene públicas, al orden público y a la defensa del territorio, sin perjuicio del derecho a las indemnizaciones a que puedan dar lugar tales disposiciones.

2. Las resoluciones denegatorias de concesiones de toda especie que se soliciten de la Administración, salvo lo dispuesto en contrario por leyes especiales.

3. Las que niegan o regulan las gratificaciones o emolumentos, no preñadas por una ley o reglamento, a los funcionarios públicos que presten servicios especiales.»

en todos estos textos la exclusión se hacía de manera directa, pura y simplemente.

Hay seguramente en esta exclusión causas y motivos de carácter político—no es casualidad que en el proyecto de SAGASTA se hablara de «orden público y de gobierno» y en el Reglamento se exceptionen igualmente las cuestiones de «orden político» junto a las disposiciones que afecten al «orden público»—y hay motivos de carácter político si se piensa que lo contencioso-administrativo no fue históricamente algo neutro y aséptico, sino que estuvo impregnado de motivaciones de ese carácter y la lucha abierta entre distintas concepciones del mismo fue lo que motivó una Ley tan ambigua, en lo organizativo sobre todo, como la de 1888.

Por lo que hace al orden público, se va a intentar justificar la exclusión acudiendo a la Constitución de 1876 interpretando su artículo 50 como un ejemplo de discrecionalidad. El citado artículo, ubicado en el título VI del texto constitucional, «Del Rey y sus Ministros», decía así:

«La potestad de hacer ejecutar las Leyes reside en el Rey, y su autoridad se extiende a todo cuanto conduce a la conservación del orden público en lo interior y a la seguridad del Estado en lo exterior, conforme a la Constitución y a las leyes.»

Independientemente de glosar el último inciso de este artículo —«conforme a las Leyes»—que nos pueda dar la clave del carácter reglado o discrecional de esta materia, hay que decir que este artículo no es más que una cláusula de estilo de carácter programático que permanece y persiste en términos análogos a todo lo largo de la etapa constitucional del siglo XIX. El artículo 170 de la Constitución gaditana, en efecto, es del mismo tenor que el ya citado más arriba, sin más diferencias que añadir «reside *exclusivamente* en el Rey», y ya son textualmente iguales al artículo 50 de la Constitución de 1876, los artículos 45 de la Constitución de 1837, 43 de la de 1845, 49 de la de 1856 no promulgada y 69 de la de 1 de junio de 1869. Es sintomático, en cualquier caso, que estas referencias vengan todas ellas a propósito de las facultades del Monarca como poder ejecutivo, y quizá de esa confusión provenga la pretendida identificación a que ya me he referido más atrás entre orden público y orden político, conceptos que no deben identificarse, sobre todo dada la evolución sufrida por el primero de ellos. De todos modos, el *orden público* a que estos textos se refieren

incide más que nada en la propia configuración de la función administrativa como parte integrante de las facultades del poder ejecutivo, fijando las finalidades de éste y concibiendo aquella función, aquella actividad, según un criterio material de ejecución de las leyes (18). No pretendo ahondar en esta problemática, que nos llevaría seguramente muy lejos y nos apartaría del objetivo inicial de este trabajo. Baste indicar que falta —al menos en lo que se me alcanza— un estudio sistemático de la evolución de este concepto de orden público y su papel en los diferentes textos positivos en los que aparece. Sobre ello está trabajando desde hace ya tiempo el profesor Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, y al resultado de sus futuras investigaciones me remito ahora.

Volviendo a tomar el hilo de la exposición, lo cierto es que el artículo 4.º del Reglamento permaneció invariable hasta 1894 en que sufrió un ligerísimo cambio, y a partir de ahí permanecería en vigor hasta 1956 con el texto definitivo anteriormente transcrito.

II. EL REGLAMENTO DE LO CONTENCIOSO PODÍA, EN ESTE PUNTO, HABER SIDO CONSIDERADO NULO

El proceso de incorporación de la noción de orden público a la lista de materias exceptuadas de la vía contencioso-administrativa durante la vigencia de la Ley Jurisdiccional de 1888-94 queda así consumado.

(18) Cfr. para las referencias a las Constituciones, R. SAINZ DE VARANDA, *Colección de Leyes Fundamentales*, Zaragoza, 1957. No deja de ser significativo en orden a esa pretendida vinculación expresada entre orden público y orden político —conceptos que ya hemos visto no pueden ser fácilmente identificados— lo que determina el artículo 20 del proyecto de Constitución de BRAVO MURILLO (autor igualmente de un proyecto de Ley de orden público) de 1852, que, aun siguiendo en la misma línea expresada en todos los artículos citados en el texto, trastoca, sin embargo, los términos al decir: «La potestad de hacer ejecutar las leyes reside en el Rey; su autoridad se extiende a *todo lo que forma la gobernación del Estado en lo interior* y en lo exterior, para lo cual ejercerá todas las atribuciones y expedirá los decretos, órdenes e instrucciones oportunas». Es decir, allí donde en 1812, 1837 y 1845 se hablaba de «conservación del orden público en lo interior» se sustituye ahora por «gobernación del Estado», lo que quizá pueda dar idea del trastocamiento sufrido por los conceptos de orden público y orden político con posterioridad. En cualquier caso, no se trata de ahondar en estas cuestiones, sino de decir únicamente que lo que se pretende con todos estos artículos en cuanto a las facultades del Monarca acaso quedaba mejor expresado con el texto transcrito del proyecto de quien ha sido llamado el primer político tecnócrata. Lo que se pretende, en definitiva, es una concepción material de las funciones administrativas cuyo contenido mismo sería la conservación del orden, incluso del orden en la calle como función primaria y elemental. Sobre este punto, confóntese S. MARRÍN-RETORTILLO, *Presupuestos constitucionales de la función administrativa en el Derecho positivo español*, en el núm. 26 de esta REVISTA (1958), pp. 11 y ss.; en especial, pp. 34 y ss.

Se ha llegado, por la vía de la incorporación a las potestades discrecionales, a la exención del control judicial de todo un posible sector del actuar administrativo, un sector, bien entendido, con acusadas diferencias respecto a los planteamientos actuales en el momento de la redacción de la Ley, ya que es necesario recordar, una vez más, que las cuestiones referentes al orden público, las medidas tendentes a garantizar el orden público, eran medidas que únicamente podían ser tomadas, a tenor de lo dispuesto en la Ley de 1870, cuando se hubieran previamente suspendido las garantías constitucionales; es necesario recalcar que el concepto a que ahora nos referimos alude a medidas de carácter más general, que es un concepto grave, importante, de cierta trascendencia (19), por lo que cualquier trasposición histórica resulta cuando menos peligrosa.

Sin embargo, el concepto de orden público fue evolucionando y a su amparo se fue generalizando poco a poco una praxis sancionatoria no prevista inicialmente, en un proceso de trivialización que llega y se potencia en nuestros días. A partir de la Dictadura de Primo de Rivera se genera una aplicación de sanciones por motivos más o menos confesadamente de orden público, muchas de ellas al margen de la Ley vigente todavía, la de 1870 (20). Es decir, la evolución del concepto de orden público, de los actos contrarios al mismo y de las medidas tomadas para defenderlo tiende cada vez más a escapar de los estrechos márgenes de la Ley de Orden Público de 23 de abril de 1870. Y entretanto esta evolución se iba produciendo, no se corresponde con otra semejante en el orden procesal, no se corresponde con una apertura de la revisión jurisdiccional de estas actuaciones, dado que el artículo 4.º del Reglamento repetidamente citado permanece invariable y hacia, en principio, irrecurribles toda esta serie de actividades de carácter sancionatorio. Se habían desbordado, en definitiva, los primitivos esquemas.

Ante esta situación cabe preguntarse si la jurisprudencia matizó de alguna manera esta radical exclusión, si la evolución jurisprudencial estableció algún distingo para acceder a enjuiciar algunos elementos reglados de una práctica que se pretende absolutamente discrecional y cerrada a cualquier revisión judicial, si por vía jurisprudencial se llegó a un enjuiciamiento o a una matización de lo que no fue mo-

(19) Cfr. L. MARTÍN-RETORTILLO, *La cláusula de orden público...*, cit.

(20) Vid. L. MARTÍN-RETORTILLO, *Las sanciones de orden público en Derecho español*, cit., pp. 43 y ss.

dificado por la norma, sobre todo a partir del momento en que la noción, el concepto de orden público, comenzó a sufrir la transformación aludida en el sentido de su trivialización (21).

No he estudiado sistemáticamente la jurisprudencia de toda esta época, pero todo hace pensar que tales matizaciones no existieron, que tales portillos no se abrieron y la cerrazón del sistema permaneció inalterable. Desde luego, de las catas efectuadas no puede derivarse otra conclusión, bien es verdad que la expongo con todas las salvedades y precauciones de una mera hipótesis. Hipótesis que, sin embargo, puede tener bastantes visos de verosimilitud si se piensa que incluso bajo la vigencia de la actual Ley Jurisdiccional de 1956, y en un momento en que estaba ya completamente desarrollado ese proceso de trivialización del orden público a que antes me refería con la entrada en vigor de la Ley de 30 de julio de 1959, se va a interpretar aquélla, en los momentos iniciales, como una Ley que, en su artículo 2.º, imposibilitaba —aunque por razones distintas de la de 1888-94— el acceso de las sanciones de orden público al enjuiciamiento por los Tribunales de la jurisdicción Contencioso-administrativa. El acceso a los Tribunales con carácter generalizado es, como se sabe, bien reciente (22).

No voy a tratar aquí de rastrear esa posible jurisprudencia. Es posible que ni siquiera la hubiera. Ahora bien, con la perspectiva que aporta la contemplación distanciada de los hechos, ¿había razones suficientes para abogar por ese enjuiciamiento judicial? ¿Cabía la posibilidad de introducir una cuña en el aparentemente hermético artículo 4.º del Reglamento de lo Contencioso? ¿Cuáles serían estos posibles argumentos a utilizar, sobre todo en el momento en que el concepto de orden público se desborda y se convierte en algo muy distinto de lo contemplado a fines de siglo?

Ya he aludido a la intervención del señor PEDREGAL al discutirse el artículo 4.º de la Ley de 1888 en el Congreso de los diputados y al sentido y significado de su intervención cara a la interpretación futura de la Ley.

Dos cuestiones quiero apuntar ahora. La primera de ellas se refiere a la posible ilegalidad del Reglamento de lo Contencioso de 1890 en algunas de sus partes. Se trata, recuérdese, de un texto no previsto inicialmente que se introdujo a partir del paso del proyecto al Senado,

(21) A estos mismos interrogantes se ha referido entre nosotros el profesor L. MARTÍN-RETORTILLO en su libro citado en nota anterior; en concreto, p. 42.

(22) Vid. L. MARTÍN-RETORTILLO, *Las sanciones...*, cit., pp. 80 y ss., 100 y ss. y *passim*.

donde la Comisión del mismo encargada de dictaminarlo introdujo el nuevo artículo. De hecho, la objeción de la posible ilegalidad no es nueva, ya que también fue hecha entonces.

Antes de aludir al Reglamento conviene quizá referirse a un episodio de la discusión del artículo de la Ley que lo preveía en el Senado. A pesar de que dicho artículo 107 fue aprobado sin debate sí se presentó una enmienda al mismo firmada por el conde TEJADA DE VALDOSERA (23), en el sentido de que independientemente del Reglamento se autorice al Gobierno para formar una Ley general del procedimiento contencioso-administrativo. Pues bien, al apoyar su enmienda el señor AGUIRRE DE TEJADA dirá que

«Si al formar el Reglamento el Gobierno no ha de excederse de las atribuciones que se le conceden por esta Ley, no pueden constituir un reglamento otras disposiciones legales que aquellas que están comprendidas en esta Ley, en los actuales reglamentos de lo contencioso-administrativo y en los artículos de la Ley de Enjuiciamiento Civil a que se hace referencia en este proyecto» (24)

por lo que propone una Ley procedimental—obsérvese que en todo caso se está refiriendo al procedimiento—elaborada en un período más amplio y que pueda incorporar todo cuanto la experiencia aconseje

«a fin de que resulte un reglamento-ley homogéneo que contenga disposiciones puramente procesales del orden contencioso-administrativo».

Y aún añadirá:

«Que estas disposiciones no se saldrán de los límites procesales, lo dice la enmienda; y que se puede añadir una garantía, cual es la de dar cuenta a las Cortes del uso que por el Gobierno se haga de la autorización, pareceme evidente».

(23) DSS núm. 112, de 19 de mayo de 1888, apéndice 3. Reproducida también en DSS núm. 113, de 21 de mayo, p. 2349.

(24) DSS núm. 113, de 21 de mayo de 1888, p. 2349.

A pesar de todo, como digo, la enmienda es rechazada. Y es rechazada por razones que a nuestros efectos pueden considerarse muy significativas en cuanto a las preocupaciones de algunos senadores. En concreto, el señor ROMERO GIRÓN se opondrá a las pretensiones del senador en nombre de la Comisión:

«¿Qué necesidad tenemos —dirá— de autorizar a este Gobierno ni al que le suceda, partiendo de semejante supuesto, para que haga una ley de procedimiento general en la cual puede introducir todas las modificaciones que tenga por convenientes? (...) es o parece ser como una derogación anticipada de lo mismo que se quiere establecer en esta Ley»

puesto que forzando las cosas puede pensarse materia de procedimiento la competencia de los tribunales y pasamos así «a los preceptos de esta Ley que determinan la materia administrativa» (...) ¿... podía el Gobierno —concluirá— por virtud de esta autorización introducir también la podadera y alterar esta Ley en sus principios fundamentales referentes a la organización?» (25).

Aun insistirá TEJADA DE VALDOSERA en que en modo alguno pretende que se toque lo relativo a la competencia y organización del nuevo tribunal, pero finalmente retirará la enmienda.

Este episodio parlamentario puede ayudarnos a darnos la clave del Reglamento de 1890, un reglamento que fue aprobado tras la caída del Gabinete SAGASTA, en desacuerdo con el Dictamen del Consejo de Estado en pleno y en cuya elaboración participaron, en sus diferentes versiones, miembros del tribunal de lo contencioso, fiscales y secretarios del mismo, diferentes consejeros de Estado y otras personalidades, para ser finalmente aprobado por R. D. de 29 de diciembre de 1890 (26). Y digo que puede ayudarnos a darnos la clave del reglamento porque la autorización dada por la Ley de 1888 es para redactar «un reglamento general *comprendivo del procedimiento* a que deberá ajustarse la sustanciación de los asuntos...», sin posibilidad de entrar en la parte orgánica y sustancial de la Ley en ningún sen-

(25) *Ibidem*, p. 2350.

(26) Sobre la elaboración del Reglamento procedimental de lo contencioso-administrativo de 1890 puede verse Nicolás PASO Y DELGADO, *Práctica contencioso-administrativa*, Madrid, 1891, pp. 4 y ss.; Julio BRAVO, *Procedimiento contencioso-administrativo*, Madrid, 1891, pp. 5 y ss., y mi propio libro, ya citado, *El proceso de elaboración...*, pp. 273 ss., en especial pp. 278-81.

tido. La Ley es directamente aplicable, tiene un criterio general que se pretendía bastase, como ya vimos, y el reglamento no podía entrar en esas partes, no podía, en concreto, ampliar, reducir, matizar o aclarar el artículo 4.º de la Ley; no podía, en definitiva, dictarse el artículo 4.º del Reglamento en el que se contempla la excepción del orden público porque la posible contemplación de qué sea, en cada momento histórico, discrecional debe quedar en manos de la jurisprudencia, como por otra parte ya se dijo en el Congreso. Lo contrario supondría encorsetar la Ley, impedirle su evolución, ya que en su sistemática la inclusión o exclusión de una determinada materia de la vía jurisdiccional va a depender, en definitiva, de otras leyes. A esa sistemática pone, sin embargo, importantes trabas el Reglamento procedimental de 1890, un Reglamento que desde estos planteamientos y en estos aspectos concretos —el artículo 500 del mismo también (27)— podía y pudo de hecho haber sido considerado ilegal, al menos desde la óptica de la jerarquía de normas, al menos desde la óptica de los planteamientos actuales que quizá no estuvieran entonces suficientemente arraigados. En cualquier caso —por más que no tenga ya una importancia práctica sino meramente ejemplificativa e histórica— es un dato a tener en cuenta también desde el prisma de una técnica legislativa que se ha visto censurada igualmente por otros motivos en diversas ocasiones (28).

A esta problemática, como digo, ya se aludió entonces, en el momento de redactarse el citado Reglamento. A este respecto es interesante destacar cómo don Nicolás Paso y DELGADO, consejero de Estado que participó en la elaboración del Reglamento, se hace eco de este tipo de argumentaciones:

(27) Se refería este artículo al llamado recurso extraordinario de revisión ampliando desmesuradamente lo previsto en la Ley. En ésta, en efecto, se establecía dicho recurso con la finalidad de que el Tribunal contencioso «se abstenga de conocer», y, en caso contrario, se planteaba el recurso decidiendo, en último extremo, el propio Consejo de Ministros. Pues bien, el artículo 500 del Reglamento amplía la finalidad de dicho recurso extraordinario para obligar a conocer al Tribunal contencioso-administrativo de asuntos en los que se consideraba incompetente por entenderlos propios de la jurisdicción ordinaria. En este punto también se sobrepasó el Reglamento, como fue oportunamente denunciado en su momento por M. M. ALCUBILLA, *Anuario de Legislación de 1891*, p. 38 por nota, *Diccionario de la Administración española*, tomo VII, 5.ª ed., Madrid, 1894, p. 278. Vid. también mi trabajo *El proceso de elaboración...*, cit., p. 270, por nota.

(28) Cfr. J. GONZÁLEZ PÉREZ: *Las costas en lo contencioso-administrativo*, en el núm. 9 de esta REVISTA (1952), p. 145; el mismo autor en *Derecho Procesal Administrativo*, tomo II, 2.ª ed., Madrid, 1966, p. 42; Niceto ALCALÁ-ZAMORA en el «Boletín del Instituto de Derecho Comparado», de México, año III, núm. 8 (1950), p. 195, citado por GONZÁLEZ PÉREZ, en el número 9 de esta REVISTA, p. 145 por nota, entre otros.

«Otra dificultad más grave aun que la anterior—se refiere al valor de la Ley de Enjuiciamiento Civil respecto de la de lo contencioso en el ámbito procesal— y de verdadera importancia se hizo valer contra el proyecto de Reglamento, y es que éste traspasaba los límites marcados por el artículo 107 de la Ley de 14 de septiembre de 1888; mediante que, según entendían este texto los impugnadores del Proyecto de Reglamento, sólo debía el último contener el procedimiento a que ha de ajustarse la sustanciación de los asuntos contencioso-administrativos y sus incidentes. No era lícito, por lo tanto, en sentir de los que así opinaban, comprender en el Reglamento disposiciones algunas orgánicas, ni de distinta índole que las de mera ritualidad» (29).

La argumentación es clara y PASO Y DELGADO contestará diciendo que de lo que se trata es de redactar un reglamento general que desarrolle también la parte orgánica de la Ley, y no sólo lo procedimental. Ahora bien, si recordamos las discusiones mantenidas a este propósito en el Senado y la referencia de PEDREGAL al discutirse en el Congreso el artículo 4.º de la Ley, se puede llegar a la conclusión de que la idea de los legisladores al hablar de un reglamento era la de completar en lo procedimental lo que la Ley de lo contencioso y la Ley de Enjuiciamiento no tocaban, y este razonamiento se potencia aún más si se tiene en cuenta que en el proyecto inicial de la Comisión del Congreso no se preveía ningún reglamento que desarrollara la Ley, ni aun en lo meramente procedimental.

La referencia al orden público en una parte del articulado del Reglamento que podía considerarse ilegal hace necesario recordar aquí lo dispuesto en el artículo 7.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870, en el que se dice:

«No podrán los jueces, magistrados y Tribunales:

1. Aplicar los Reglamentos generales, provinciales o locales, ni otras disposiciones de cualquier clase que sean que estén en desacuerdo con las leyes»,

(29) Cfr. PASO Y DELGADO: *Práctica contencioso-administrativa*, cit., pp. 6 y s.

artículo que implica un deber de enjuiciamiento previo por parte del juez (30), que pudo así entrar a delimitar en cualquier momento, en relación con las cuestiones de orden público, cuándo habían de considerarse dictadas en uso de la potestad discrecional y cuándo no.

III. UNA POSIBLE INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 4.º DEL REGLAMENTO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

La otra cuestión a la que me quería referir, siquiera sea sucintamente, incide también en un aspecto cuya contemplación se presenta desde nuestra actual perspectiva histórica y hace referencia igualmente al proceso evolutivo de la noción de orden público a lo largo de la vigencia de la Ley de lo Contencioso-administrativo de 1888. Hago referencia con ello a una interpretación posible del artículo 4.º del Reglamento citado, aun suponiendo la legalidad del mismo, cuestión en cualquier caso dudosa a la vista de las argumentaciones más arriba expuestas.

Es posible que pudiera pensarse que las cuestiones de orden público quedaban encuadradas dentro de la potestad discrecional *en esa época*, por más que siempre quedarían reguladas por una Ley previa, la Ley de Orden Público de 1870, observación que debe tenerse presente sobre todo si se piensa en esa evolución, a la que reiteradamente me vengo refiriendo, del orden público. Es bien significativa a este respecto la doctrina mantenida, muchos años después y referida a la Ley de Orden Público de 1933 en la sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 1961 (Ar. 1.001) cuando sostiene:

«... debiendo también rechazarse la afirmación de que todos los actos administrativos que afecten al orden pú-

(30) Cfr. por todos, E. GARCÍA DE ENTERRÍA-T. R. FERNÁNDEZ: *Curso de Derecho Administrativo*, I, Madrid, 1974, pp. 149 y s., quienes al referirse a este tipo de reacción frente a los Reglamentos ilegales recogen unas palabras de COLMEIRO en 1858 que no deben dejarse en el olvido: «El juez, al aplicar una disposición de dicho poder (administrativo), no procede como delegado de la autoridad que la dictó, sino como depositario del tesoro de la justicia que la Ley le confía para que la dispense con imparcialidad. No existe, pues, un deber de ciega obediencia que le obligue a cerrar los ojos sobre la legalidad o ilegalidad de los mandatos de la Administración; y, por el contrario, existe una *obligación sagrada de inquirir si tiene o no fuerza obligatoria el precepto en cuestión y de rehusar su cumplimiento cuando adolece de tales vicios que anulen el acto emanado de una autoridad a quien no corresponde el ejercicio legítimo de las atribuciones necesarias para dictarlo*». Hasta aquí la cita que merece la pena releer, aunque sólo sea como recordatorio de una teoría claramente expuesta y suficientemente conocida ya en la época en que se redacta el Reglamento de lo contencioso de 1890.

blico son actos discrecionales, ya que se encuentran regulados por la Ley de Orden Público de 28 de julio de 1933...» (31),

afirmación que aunque va referida a un momento en que ya ha entrado en vigor la Ley Jurisdiccional de 1956 mantiene todo su valor si se aplica a la vigencia de la de 1888-94. Es importante retener esta observación aplicable sobre todo al momento en que se generaliza la práctica sancionatoria, la actividad represiva concreta de la Administración por motivos de orden público.

Puede pensarse quizá que las cuestiones de orden público quedarían encuadradas más en la órbita de lo discrecional en un momento en el que la noción de orden público era algo grave e importante (32) y cuando buena parte de las cuestiones consideradas hoy como de orden público iban por otros derroteros concretándose la praxis sancionatoria en las multas impuestas en virtud de las disposiciones de la Ley Provincial de 1882 y la Municipal de 1877 (33).

(31) Cfr. también L. MARTÍN-RETORTILLO: *Las sanciones de orden público...*, cit., quien añadirá: «Con la afirmación transcrita, el Supremo está dando una respuesta que respondía a la lógica del derecho aplicable con anterioridad a la L. J. Entonces, como se sabe, todo lo referente al orden público se decía que era discrecional (...). El caso es que el Tribunal Supremo responde con la vieja idea de que allí donde hay norma no hay discrecionalidad. Acierta el Tribunal en la resolución de este punto, aunque use un razonamiento que era ya innecesario: con la L. J. ya no es necesario negar el carácter discrecional de un acto para poder enjuiciarlo» (pp. 94-95).

(32) «El orden público tal y como se concebía en aquella época, tal y como se refleja en la Ley de 1870, es un orden público que se refiere a revueltas, a asonadas, a motines, a levantamientos populares. Es un orden público de partidas y de barricadas, desde luego. Están siempre presentes los enfrentamientos carlistas, como lo están luego los de la clase obrera. Recuérdese que no muchos meses después de promulgarse la Ley se produce la Comuna de París y que, en España, no tardaría en adquirir grandes magnitudes el movimiento cantonalista. Es un orden público casi de guerra civil.» Cfr. L. MARTÍN-RETORTILLO, *La cláusula de orden público...*, cit., pp. 41 s.

(33) El artículo 22 de la Ley Provincial de 1882 disponía en relación con las facultades del gobernador civil: «También deberá reprimir los actos contrarios a la moral o a la decencia pública, las faltas de obediencia o de respeto a su autoridad y las que en el ejercicio de sus cargos cometan los funcionarios y Corporaciones dependientes de la misma, pudiendo imponer con este motivo multas que no excedan de 500 pesetas, a no estar autorizado para mayor suma por leyes especiales».

La Ley Municipal se expresaba en términos semejantes en relación con las facultades de los Ayuntamientos para imponer multas por infracción de las Ordenanzas y Reglamentos, fijándose unos topes en el artículo 77 de la misma.

Por su parte, el artículo 21 de la Ley Provincial alude al orden público, pero en términos bien distintos: «Corresponde al gobernador mantener el orden público y proteger las personas y propiedades en el territorio de la provincia, a cuyo fin las autoridades militares le prestarán su auxilio cuando lo reclame».

Las diferencias son notables, y este segundo artículo concuerda con la idea de orden público que se viene exponiendo, en tanto las facultades sancionatorias

El orden público, pues, concepto importante. Así se desprende también de unas palabras de un autor de la época aun antes de publicarse la Ley Jurisdiccional. En efecto, Santos ALFARO y LAFUENTE en un trabajo premiado por la Academia de Jurisprudencia y publicado en 1881 dirá: «Nadie rechazaría ciertamente que un General en Jefe se apoderase de una casa, aun oponiéndose su dueño, para defender una ciudad de los enemigos que la sitiaran; que un Gobernador obligase a los traficantes en granos a vender el trigo a precio inferior del que se pagase en el mercado *cuando así lo reclamara la conservación del orden público...*» (34).

Podrían aportarse numerosas citas en el sentido expresado. Baste sin embargo la observación formulada por CABALLERO y MONTES, en uno de los comentarios más detallados de la Ley Jurisdiccional de 1888-94. Al referirse a este tema del orden público, al hablar de la potestad discrecional, no aporta ninguna sentencia, pero va a afirmar, después de mencionar la secuela de daños económicos —ocultación de capitales, menoscabo del crédito público, paralización de industrias, etcétera— que la perturbación del orden trae consigo, va a afirmar digo, que «así como los actos ejecutados en contra del orden público caen bajo las prescripciones de las leyes penales, las medidas que adopta el Gobierno para restablecer la paz perturbada, y lo mismo para evitar que se perturbe, proceden de la potestad discrecional» (35). Es decir, se está pensando en algo grave y en medidas más generales que no abarcan, como ya se ha indicado, el ámbito de lo sancionatorio.

Es sintomática, en este sentido, la ausencia de citas jurisprudenciales en los comentaristas de la Ley. Ni CABALLERO, ni MACAYA (36), cuya obra está plagada de citas jurisprudenciales al referirse a cada artículo de la Ley, aportan nada en relación con el orden público. Podría pensarse que no existió jurisprudencia por ser de la potestad discre-

se orientan y encauzan por otros derroteros con toda la problemática de la tensión entre lo judicial (Código Penal) y lo gubernativo. Sobre estos temas, véase PARADA VÁZQUEZ, *El poder sancionador de la Administración y la crisis del sistema judicial penal*, en el núm. 67 de esta REVISTA (1972), pp. 41 y ss., y, en especial, 66 y ss. y 74 y ss.

(34) Vid. Santos ALFARO y LAFUENTE: *Lo contencioso-administrativo. Su materia, sus tribunales, sus procedimientos*. Memoria premiada por la Academia de Jurisprudencia con el premio concedido por S. A. la Serma. Sra. Infanta Doña Isabel, Librería Universal de Córdoba y Compañía, Madrid, 1881, p. 65.

(35) Vid. J. M. CABALLERO y MONTES: *Lo contencioso-administrativo*, tomo I, Zaragoza, 1902, p. 269.

(36) Vid. Rosendo MACAYA y ANGUERA: *Legislación y jurisprudencia sobre la materia y el procedimiento contencioso-administrativo*, Ed. Sucesores de Rivadeneira, Madrid, 1893. Contiene jurisprudencia desde 1868.

cional estas materias. Sin embargo sí que hubo decisiones jurisprudenciales sobre otros apartados del mismo artículo 4.º, 1 del Reglamento, bien que para declarar la mayor parte de los recursos inadmisibles (37).

En cualquier caso, si se repasa esta jurisprudencia, referente a lo que en cada momento se entiende por facultades discrecionales, se puede observar la dificultad de reconducir a este concepto muchas facultades de la Administración, dificultades de las que seguramente eran conscientes los propios Ministros del Tribunal de lo Contencioso y que enlaza con lo dicho más arriba en cuanto podía proporcionar un margen de maniobra importante a los propios Jueces en la delimitación de esta difícil frontera de lo discrecional y lo reglado. No pretendo insistir en esto ahora. El embridamiento de las facultades discrecionales ha sido estudiado magistralmente por el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA (38). Sí quiero, sin embargo, señalar a título meramente ejemplificativo una sentencia de 15 de enero de 1892 (*Gaceta* de 16 de septiembre) en la que puede leerse:

«Aun cuando una Ley confiera al Poder ejecutivo facultades libérrimas, si para su ejercicio establece determinadas reglas, debe observarlas cuando llega el caso de aplicarlas, a menos que prefiera derogarlas antes de dictar la resolución correspondiente, y desde el momento en que la Administración debe acomodar sus actos a una Ley, Reglamento u otro precepto, obra en el ejercicio de sus facultades regladas...» (39)

doctrina que viene a enlazar con la sentencia ya citada más atrás de 1961 en el sentido de que eran perfectamente residenciables ante la jurisdicción contenciosa las sanciones en materia de orden público cuando dichas sanciones se comienzan a imponer con carácter general y amparadas en la Ley de Orden Público de 1933 que así lo preveía (art. 18) (40). Sin embargo, el Reglamento de lo Contencioso permanece-

(37) Vid. MACAYA: *Legislación y jurisprudencia...*, cit., pp. 91 y ss. y 402 y ss.

(38) Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA: *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo*, cit., pp. 24 y ss.

(39) Referencia que tomo de MACAYA, *Legislación y jurisprudencia...*, cit., páginas 44 y ss.

(40) En todo caso, debe tenerse en cuenta a propósito de esta Ley de 1933 el contexto social y político en el que se desenvolvía, en el que, junto a las garantías de la Constitución, se daba libertad al funcionamiento del juego político, a la crítica pública, al asociacionismo manifestado en la vida legal de los partidos y, en última instancia, al Tribunal de Garantías Constitucionales y —en

cía vigente imposibilitando el recurso. De ahí la interpretación de los Jueces que con razones perfectamente técnicas podían haber entrado a conocer de estas cuestiones.

Así pues, al trivializarse el concepto de orden público y convertirse en algo «normal» y cotidiano no había ya razones materiales que lo excluyeran del conocimiento y del control de los Tribunales Contencioso-administrativos (41). Pero, como digo, el artículo 4.º del Reglamento de 1890-94 permanecía allí como un valladar. Había, sí, razones políticas pero ello no podía ser obstáculo al enjuiciamiento justamente porque de alguna manera lo político es el propio objeto del Derecho Público (42), razones que en ningún caso imposibilitarían un tratamiento técnico-jurídico del concepto de orden público.

En estas circunstancias una interpretación restrictiva del Juez en relación con el artículo 4.º del Reglamento de lo Contencioso (dejando ahora al margen su posible ilegalidad) desde puntos de vista estrictamente formales era perfectamente posible en concordancia con lo que parecía ser el espíritu y la teleología de la disposición. Es a esta posible interpretación a la que me quiero referir brevemente.

El artículo 4.º del Reglamento, en su definitiva versión de 1894, en efecto, establecía que:

relación con las sanciones de orden público— al recurso de amparo del que conocía este Tribunal constitucional.

El estancamiento, en este punto, del Reglamento de lo contencioso imposibilitando el recurso de esta naturaleza, cobra, desde luego, todo su relieve e importancia cuando todo el anterior contexto desaparece y sólo queda una pieza aislada del mismo: la Ley de Orden Público. En ella van a entrar ahora actividades perfectamente lícitas con anterioridad y, sin embargo, como contrapartida, desaparece la espita que para el sistema significaba el recurso de amparo. Quedaba como única garantía —una vez que volvió a funcionar tras su obligada suspensión— el recurso contencioso. Pero éste resulta que no puede ser interpuesto por la existencia del artículo 4.º del Reglamento y su interpretación jurisprudencial.

(41) En cualquier caso debe tenerse buen cuidado en no maximizar el papel del contencioso en cuanto instrumento de control. Sin hacer ahora mayor hincapié en algo que parece verdaderamente obvio, me remito a las consideraciones que, acerca de los límites del contencioso-administrativo en este tipo de materias, ha hecho recientemente L. MARTÍN-RETORTILLO en el *Prólogo* al, por otra parte, excelente libro de J. M. CASTELLS ARTECHE, *El derecho de libre desplazamiento y el pasaporte en España*, Madrid, 1974.

(42) Vid. Heinrich TRIEPEL: *Derecho Público y Política*, «Cuadernos Civitas», Madrid, 1974, p. 42: «El Derecho público no tiene absolutamente otro objeto que lo político», dirá, y más adelante precisará: «Con todo, lo político nos es tan próximo que incluso declaramos no estar en condiciones de interpretar el Derecho sin su ayuda. Con ello estamos lejos de desdeñar la construcción jurídica como tal» (p. 75). A estos aspectos se refiere también J. L. CARRO en el interesante prólogo que precede al texto de TRIEPEL, del que también ha sido traductor y anotador.

«Corresponde señaladamente a la potestad discrecional:

1. Las *cuestiones* que por la naturaleza de los *actos* de que nazcan o de la materia sobre que versen, pertenezcan al orden político o de gobierno, o afecten a la organización del Ejército o a la de los servicios generales del Estado, y las *disposiciones de carácter general* relativas a la salud e higiene públicas, al orden público y a la defensa del territorio, sin perjuicio del derecho a las indemnizaciones a que puedan dar lugar tales disposiciones.»

Dos partes parece que pueden diferenciarse en este artículo. Una primera relativa a *actos*, mientras que la segunda parte alude, por el contrario, a las *disposiciones de carácter general*. ¿Se pueden sacar algunas consecuencias de esta distinción? ¿Se pretende algo con ella o tiene alguna significación en su origen? Es difícil contestar a estos interrogantes, a los que también alude el profesor L. MARTIN RETORTILLO en su libro sobre el orden público (43). Es difícil responder, sobre todo, si no se manejan las diferentes versiones del Reglamento al pasar por sus distintos borradores o redacciones. Por ello las observaciones que aquí van a hacerse no tienen más valor que las de meras hipótesis sobre las que quizá pueda construirse una interpretación comprensiva de la diferencia observada.

En primer lugar, hay que tener en cuenta que las disposiciones de carácter general ya estaban excluidas del recurso contencioso por mandato de la propia Ley. ¿Por qué, pues, la redundancia? ¿Por qué se reitera la exclusión en el Reglamento? A mi modo de ver se trata de afianzar la exclusión de unas determinadas materias olvidando que si lo que se quería impedir era el recurso contencioso respecto a estas «disposiciones de carácter general» no era necesaria tal repetición porque estaba ya el mandato de la propia Ley. Si se trataba de *actos* a lo que se refería *todo* el artículo éste lo hubiera dicho como, por otro lado, se hace en la primera parte del mismo. Así pues, pienso que la posible redundancia al excluir estas disposiciones generales tiene su origen en la confusa redacción del artículo 3.º de la Ley que establecía:

(43) Véase *Las sanciones de orden público...*, cit., p. 41 por nota.

«El recurso contencioso-administrativo podrá interponerse de igual modo contra resoluciones de la Administración que lesionen derechos particulares establecidos o reconocidos por una Ley, cuando tales resoluciones hayan sido adoptadas como consecuencia de alguna disposición de carácter general, si con ésta se infringe la Ley en la cual se originaron aquellos derechos.»

Este artículo imposibilita el recurso contra las disposiciones de carácter general, pero está redactado de manera muy confusa y choca con el artículo 3.º del Dictamen de SANTAMARÍA DE PAREDES y del texto aprobado en el Congreso, ya que la redacción del artículo anteriormente transcrito procede del Senado. Pues bien, el texto de SANTAMARÍA era mucho más claro al establecer:

«El recurso contencioso-administrativo podrá interponerse de igual modo contra las disposiciones de carácter general que se dicten por la Administración en cuanto vulneren derechos particulares establecidos por una Ley»,

texto que fue aprobado por el Congreso añadiendo el inciso «al ser aplicadas» pero dejando abierta la posibilidad apuntada en el mismo de recurrir este tipo de disposiciones de carácter general.

En los proyectos anteriores no se hace mención a este problema, por lo que no hay datos que apoyen una u otra interpretación. ¿Se pretende en el Reglamento aclarar este artículo 3.º por si aún quedaba alguna duda, a tenor de lo dispuesto en el Dictamen de SANTAMARÍA, en cuanto a la irrecurribilidad de estas disposiciones? ¿Se trata de exonerar, aun a costa de repetirse, una serie de cuestiones que se adivinan clave para la vida social? ¿Es una simple diferenciación de redacción sin que sus redactores se dieran cuenta de la variante que introducían? Las preguntas quedan en el aire sin una contestación convincente, de momento. Ahora bien, el hecho cierto es que existía esa diferenciación, diferenciación que en un momento posterior, en base a este tipo de razones formales, podía haber proporcionado a los Tribunales base suficiente para interpretar que cuando se trata no ya de disposiciones de carácter general, sino de actos administrativos de aplicación —es decir, las sanciones de orden público que se generalizan a medida que se completa el proceso de trivialización a que antes me refería—, las cuestiones relacionadas con el orden público no serían

discrecionales, o en todo caso eso lo diría el juez en cada momento, por lo que podrían ser perfectamente recurribles, fiscalizables y revisables por los Tribunales Contencioso-administrativos.

En este mismo sentido parece pronunciarse un auto de 15 de junio de 1894 (*Gaceta*, 21 octubre) que se refiere a la salubridad, es decir, una de las materias que se hallaban en idéntica situación que el orden público, en la segunda parte del artículo 4.º del Reglamento de lo Contencioso. Pues bien, en dicho auto se dirá:

«Considerando que la Real Orden impugnada en esta demanda (...) lo ha sido [expedida] por razones de *salubridad pública* y con *carácter general* y que bajo ese concepto, y conforme a lo preceptuado en el número 1 del artículo 4.º de la Ley (...) y del Reglamento (...), quedan excluidas por ser discrecional.»

Es decir, distingue entre materia y disposición general como si quisiera dar a entender que si no fuera de carácter general sí que sería impugnable; doctrina que coincidiría con la generalmente aceptada de considerar no «revisables contenciosamente los Decretos o disposiciones de interés general expedidos por el Gobierno en uso de sus facultades, sino la resolución final y particular de los asuntos de la Administración Central» (Sentencia de 27 de diciembre de 1870, *Gaceta* de 22 de febrero de 1871).

En todo caso, se trata de una interpretación posible en la que el libre convencimiento del juez pudo propiciar un deseable enjuiciamiento de las cuestiones relacionadas con el orden público, enjuiciamiento que si no tenía acaso demasiada importancia en un momento histórico concreto en el que el orden público era algo importante y sometido a medidas de carácter muy general, sin embargo la adquiere en el momento en que ese orden público se convierte en algo totalmente distinto, trivializado y utilizado de manera constante y cotidiana.

IV. CONCLUSIONES

La técnica más utilizada de exclusión del orden público del conocimiento de los Tribunales Contencioso-administrativos —su consideración como materia discrecional— no aparece en la Ley Jurisdiccional, sino en el reglamento procedimental de la misma de 1890, y de manera un tanto forzada tras una etapa previa de balbucesos y dudas.

Ante esta realidad, y desde una perspectiva puramente histórica —aleccionadora en cuanto a la revisión de un pasado no demasiado remoto— se puede llegar a la conclusión de la ilegalidad del citado reglamento en ese aspecto concreto de tratar de fijar de una vez por todas lo que es la potestad discrecional, en qué consiste, fijación que impediría cualquier avance, modificación o interpretación jurisprudencial de lo que en cada momento deba entenderse por facultades discrecionales exentas de la revisión y el control que el conocimiento por parte de los Tribunales Contencioso-administrativos supone.

Al margen de esta posibilidad, el artículo 4.º del Reglamento de lo Contencioso de 1890-94 podía ser susceptible, desde planteamientos exclusivamente de tipo formal, de una interpretación progresiva que posibilitara residenciar las cuestiones de orden público ante los Tribunales Contenciosos. Y esto, sobre todo, en un momento de la evolución del propio concepto, de la propia noción de orden público, momento que se va a caracterizar por la pérdida de ese carácter grave, importante, riguroso del orden público identificado de alguna manera, con medidas de carácter general para convertirse en una práctica sancionatoria común y habitual frente a la disidencia política o la manifestación contraria.

Pues bien, la jurisprudencia no lo pensó así. No propició ninguno de los dos caminos aquí apuntados, por más que hoy, tras la entrada en vigor de la Ley Jurisdiccional de 1956, la negativa a conocer de las sanciones de orden público esté ampliamente superada. Pero se tardó años y aún permaneció el lastre del repetido artículo 4.º del Reglamento de lo Contencioso, a pesar de haber sido modificados sus postulados y ser perfectamente posible, desde 1956, el enjuiciamiento de la discrecionalidad y de las cuestiones discrecionales calificadas como tales. Este lastre continuó algún tiempo después de 1956, como viene a demostrar el profesor MARTÍN-RETORTILLO (44).

En cualquier caso, por lo que aquí se aboga con carácter general es por la revisión de todos los actos y disposiciones de la Administración, interpretando los jueces las normas en el sentido expresado por el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA (45), es decir en el sentido más favorable al derecho del administrado al enjuiciamiento de aquellas dis-

(44) Véase *Las sanciones...*, cit., *passim*.

(45) Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *El principio de la interpretación más favorable al derecho del administrado al enjuiciamiento jurisdiccional de los actos administrativos*, en el núm. 42 de esta REVISTA (1963), pp. 267 y ss.

posiciones y actos eventualmente lesivos, interpretación y derecho que en este y otros campos se ha visto históricamente coartado—y aún hoy se ve— por declaraciones restrictivas y en exceso formalistas que cuando se trata, sobre todo, de aspectos que rozan el tema de los derechos fundamentales y las libertades públicas, no tienen, a mi modo de ver, una justificación bastante y convincente.