

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Revista del Poder Judicial nº 24. Diciembre 1991

Escuín Palop, Vicente

**ACTUACIONES JUDICIALES PROTECTORAS DE LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS FRENTE
A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

Estudios
Serie: *Constitucional*

VOCES: DERECHO PROCESAL. DERECHOS CONSTITUCIONALES. DERECHO CIVIL.
ADMINISTRACION PUBLICA. DERECHOS DE LA PERSONA.

ÍNDICE

- I. Introducción
- II. La actuación judicial en la retención previa a la expulsión de extranjeros
- III. La expulsión en el Derecho francés
- IV. La actuación judicial en la ejecución de actos administrativos que exige la entrada en el domicilio
- V. Criterios para la regulación de las actuaciones judiciales provinientes del artículo 117.4 de la Constitución

TEXTO

I. INTRODUCCIÓN

Como es sabido, el artículo 117.4 de la Constitución de 1978 añade a las funciones estrictamente jurisdiccionales del poder judicial «las que expresamente les sean atribuidas por la Ley en garantía de cualquier derecho». El tenor literal del precepto justificó la extrañeza de algún autor (1), incluso antes de su entrada en vigor, en cuanto «parece estar motivado por el deseo de prever el ejercicio de funciones no estrictamente jurisdiccionales por los órganos jurisdiccionales». Si bien pesó en la redacción del indicado precepto la tradicional participación del poder judicial en el proceso electoral (2), la propia Constitución no produjo ninguna limitación de su ámbito material, dejando abierta la posibilidad de este nuevo tipo de actuaciones en cualquiera de los derechos por ella reconocidos.

De entre las actuaciones judiciales contenidas en leyes sustantivas o procesales cuya apoyatura cons-

titucional es la indicada, considero interesante el análisis de aquellas que teniendo por objeto actuaciones administrativas han planteado problemas específicos a los operadores jurídicos. En particular, creo conveniente el análisis de la actuación judicial contenida en el artículo 26.2 de la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, de 1 de julio de 1985, relativa a la retención previa a la expulsión de los no nacionales que se encuentran en situación de ilegalidad. Cabe recordar que las cuestiones originadas por la insuficiente regulación de la actuación judicial motivaron la interposición de un recurso de inconstitucionalidad por parte del Defensor del Pueblo. Además, el interés del tema se incrementa si consideramos que las cuestiones que plantea la expulsión de extranjeros ha dado origen a importantes modificaciones sucesivas de su normativa reguladora en el ordenamiento jurídico francés, cambios que suponen el planteamiento de las numerosas opciones que conlleva la solución de los problemas aquí estudiados. La otra actuación judicial, que examino en este trabajo, es la que se produce como consecuencia de la aplicación del artículo 87.2 de la Ley Orgánica del Poder judicial referente a la autorización de entrada en el domicilio con el fin de permitir la ejecución de un acto administrativo.

La simple exposición de los problemas procedentes de la aplicación de las normas señaladas pone de relieve la existencia de aspectos comunes, y, por consiguiente, la posible solución global de los mismos basándose en modificaciones puntuales de las normas orgánicas y funcionales en las que actualmente se desarrolla.

II. LA ACTUACIÓN JUDICIAL EN LA RETENCIÓN PREVIA A LA EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS

Nuestro ordenamiento jurídico reacciona con singular fuerza contra el incumplimiento de las numerosas exigencias formales y materiales contenidas en la normativa reguladora de la entrada y permanencia de extranjeros en España, sancionando con la expulsión a un gran número de infracciones. En particular, el artículo 26 de la Ley Orgánica de Extranjería señala en su apartado primero los siguientes supuestos:

«a) Encontrarse ilegalmente en territorio español por no haber obtenido la prórroga de estancia o, en su caso, el permiso de residencia, cuando fueran exigibles.

b) No haber obtenido permiso de trabajo y encontrarse trabajando, aunque cuente con permiso de residencia válido.

c) Estar implicado en actividades contrarias al orden público o a la seguridad interior o exterior del Estado o realizar cualquier tipo de actividades contrarias a los intereses de los españoles, o que puedan perjudicar las relaciones de España con otros países.

d) Haber sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa, que constituya delito en nuestro país, sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que sus antecedentes penales hubieran sido cancelados.

e) Incurrir en demora u ocultación dolosa o falsedad grave en la obligación de poner en conocimiento del Ministerio del Interior las circunstancias relativas a su situación de acuerdo con el artículo 14.

f) Carecer de medios lícitos de vida, ejercer la mendicidad o desarrollar actividades ilegales.»

El mismo artículo, en los supuestos individualizados con las letras a), c) y f), permite:

«proceder a la detención del extranjero con carácter preventivo o cautelar mientras se sustancie el expediente. La autoridad gubernativa que acuerde tal detención se dirigirá al juez de Instrucción del lugar en que hubiese sido detenido el extranjero en el plazo de setenta y dos horas, interesando su internamiento

a su disposición en centros de detención o en locales que no tengan el carácter penitenciario... El internamiento no podrá prolongarse por más tiempo del imprescindible para la práctica de la expulsión, sin que pueda exceder de cuarenta días».

El hecho de que una autoridad administrativa pueda privar de libertad a una persona por un período de tiempo tan amplio, protegida por la intervención, carente de una regulación específica, del juez de Instrucción penal, determinó la interposición por el Defensor del Pueblo del recurso de inconstitucionalidad número 880/1985. Alegaba el recurrente, con impecable lógica jurídica, según recogen los antecedentes de la Sentencia número 115/1987, de 7 de julio, que

«en primer lugar, que el procedimiento de expulsión es de naturaleza administrativa; en segundo lugar, que el artículo 25.3 de la Constitución prohíbe a la Administración del Estado imponer sanciones, que directa o subsidiariamente impliquen privación de libertad, lo que significa que la Administración está incapacitada para dictar resoluciones con carácter cautelar, que impliquen aquella privación de libertad; en tercer lugar, que la intervención del juez prevista en el precepto impugnado no desvirtúa la índole administrativa del procedimiento de expulsión, confiriéndole carácter jurisdiccional, pues tal intervención no tiene el carácter de actividad jurisdiccional, desarrollada en el marco de un proceso, sobre la base del principio de contradicción, ejercida con todas las medidas y garantías procesales, que se desprenden del orden jurisdiccional (el artículo 26.2, párrafo segundo, establece una única relación entre la autoridad gubernativa y la autoridad judicial, dejando al margen la persona afectada por la decisión y sería incongruente que la intervención del juez fuera utilizada como justificación formal de una medida administrativa privativa de libertad), y, en cuarto lugar, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva se otorga por el artículo 24 de la Constitución a todas " las personas" con independencia de su nacionalidad y a la luz de la jurisprudencia constitucional sobre la indefensión, y teniendo en cuenta también el artículo 14 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, el precepto impugnado no ha respetado el derecho a la tutela judicial del extranjero detenido».

Las argumentaciones del Defensor del Pueblo fueron desestimadas en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 7 de julio de 1987; sin embargo, la rotundidad del alegato del recurrente fue reconocida por la indicada sentencia, que se vio obligada a efectuar una «interpretación constitucional»(3) del párrafo segundo del artículo 26.2 de la Ley de Extranjería, ya que, «dada la ambigüedad y equivocidad de los términos empleados por el legislador, se podría llegar a la interpretación que propone el recurso».

Las lagunas y deficiencias de los fundamentos jurídicos de la Sentencia del Tribunal Constitucional permiten cuestionar la detención cautelar del artículo 26.2 de la Ley Orgánica de Extranjería, en base al contenido de la propia decisión, y justifica la necesidad de proceder al desarrollo legislativo adecuado del artículo 117.4 de la Constitución. Entrando en el núcleo argumental de la sentencia indicada se observa que la regularidad constitucional se apoya en las siguientes razones:

- a) El importante avance con relación a la situación normativa previa.
- b) La pretendida diferencia con la detención por causa de delito.
- c) La intervención del juez.

Evidentemente, carece de cualquier eficacia en orden a la constitucionalidad del precepto examinado el dato cierto de que suponga una mejoría notable con relación a la normativa anterior (4), sobre todo cuando la supuesta mejora legislativa se centra en una desdibujada actuación judicial, carente de perfiles identificadores, como reconoce la propia sentencia.

Tampoco satisface la pretendida diferencia entre el internamiento preventivo de extranjeros con la detención ordinaria regulada en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dada la identidad material de la medida: la privación de libertad, siendo accesorio el carácter del centro donde se realice. El diverso papel que juega la Administración en uno y otro tipo de detención, que pretende ser criterio distintivo, produce el efecto contrario al buscado, ya que la indefinida actuación judicial queda todavía más oscurecida por el interés de la Administración en la realización de una medida que considera de interés general.

El que compete al juez de Instrucción la decisión del mantenimiento de la privación de libertad pierde gran parte de su sentido, si consideramos la limitación de elementos de valoración, que le permite utilizar la sentencia comentada, ya que le niega la posibilidad de entrar en el conocimiento de las circunstancias «relativas a la decisión de expulsión en sí misma (sobre la cual el juez no ha de pronunciarse en este procedimiento), sino lo concerniente, entre otros aspectos, a la causa de expulsión invocada, a la situación legal de la persona del extranjero, a la mayor o menor posibilidad de huida o a cualquier otra que el juez considere relevante para adoptar su decisión».

El limitado ámbito de la decisión judicial, que no puede entrar en el fondo de la cuestión, sino limitarse a su periferia, configurada en la descripción de sus elementos de juicio por la propia Administración, transforma ésta en un requisito formal, de carácter mecánico, produciéndose un conocido fenómeno de transformación de una supuesta garantía en un trámite procesal carente de sentido (5). Además, hay que tener en cuenta que no se prevé la adopción de la decisión en un marco de contradicción, como señaló en su día el Defensor del Pueblo, sino que se establece una relación bilateral entre la autoridad administrativa y la judicial, dejando al margen al afectado.

Los condicionamientos externos y meramente formales a la decisión judicial, no añaden ningún dato de interés determinante de una modificación de la opinión sustentada. Así la exigencia de que la resolución sea motivada sólo implicará, con frecuencia, la traslación de los argumentos contenidos en las actuaciones administrativas, que se presumen válidas *ex lege*. Igualmente, carece de virtualidad la indicación de los recursos, que no afectan al fondo del asunto, y cuyo régimen jurídico no está previsto, ya que la aplicación de los correspondientes a las actuaciones penales en la LECr carecen de carácter suspensivo y presuponen la existencia de una relación jurídico procesal, inexistente en el supuesto examinado.

Finalmente, es inadmisibles el plazo de hasta cuarenta días de duración de la medida provisional, careciendo de ningún rigor argumentativo la supuesta apoyatura, que le encuentra el Tribunal Constitucional, en una inexistente relación de analogía con el plazo previsto en el Convenio Europeo de Extradición de 13 de diciembre de 1957, ya que tal medida se adopta como consecuencia de la comisión de un delito, que evidentemente no existe en la conducta del extranjero que se encuentra en situación de ilegalidad en España.

La cuestión ha sido impecablemente fijada por ALEJANDRO NIETO (6) en estos términos: si el juez «va a dar por bueno el acto administrativo que se le ha presentado, su función es meramente automática y su mantenimiento se convierte en mero trámite, con lo que lo único que se consigue es retrasar la ejecución administrativa. Pero si, por el contrario, analiza y enjuicia el acto administrativo que se le ha presentado, entonces nos encontraríamos con el juez penal que entra a conocer cuestiones reservadas a la jurisdicción contencioso-administrativa... La alternativa, en suma, no puede ser más desoladora: o se convierte la intervención del juez de Instrucción en un trámite automático y ritualista burla de la justicia, o se produce un quebrantamiento frontal del orden de jurisdicciones ».

Nada mejor para ilustrar las insuficiencias señaladas que analizar la realidad de la actuación judicial en el internamiento de extranjeros y las consecuencias de establecer un doble orden judicial para conocer de cuestiones relacionadas con su expulsión; para ello es suficiente el análisis de la Sentencia del Tribunal Constitucional 144/1990, de 26 de septiembre (Sala 1.^a), resolutoria del recurso de amparo número 846/1989, que tiene por objeto el auto del Juez de Instrucción acordando la retención y el de la Audiencia

Provincial confirmándolo.

Detenida la recurrente del amparo, fue puesta a disposición del juez, junto con otras siete personas, quien incoó las correspondientes diligencias indeterminadas, dado el carácter atípico de las mismas, resolviendo por medio de un auto, cuyo fundamento de Derecho único se limita a decir:

«De conformidad con lo dispuesto en el artículo 26.2 de la Ley Orgánica de Extranjería, procede decretar el internamiento de los detenidos arriba indicados en el Centro de Internamiento de Extranjeros, a disposición de la excelentísima señora Delegada del Gobierno de Madrid, para su posterior expulsión del territorio nacional, por haber cumplido los requisitos exigidos en dicha Ley.»

La Audiencia Provincial confirmó dicho auto, por considerarlo suficientemente fundado. Procediéndose, paralelamente, a la expulsión de la internada.

La Sentencia analizada del Tribunal Constitucional, en su fundamento de Derecho 5, reconoce que

«en el caso presente, de la misma lectura de los Autos impugnados se desprende que la decisión de internamiento fue adoptada de forma colectiva para todos los detenidos -un total de ocho- sin relación alguna entre ellos, con una motivación genérica y sin concreción sobre cada detenido. En este sentido, tanto el Juez de Instrucción como la Audiencia Provincial, no expresan los motivos y causas en virtud de los cuales acuerdan el internamiento de la detenida... ».

Por todo ello el Tribunal reconoce la violación de los artículos 17.1 y 24.1 de la Constitución, pero de la especial estructura de la conexión de un procedimiento administrativo y una resolución judicial va a vaciar de contenido el supuesto amparo que dice conceder a la reclamante. En efecto, el fundamento de Derecho 7, después de reconocer la infracción constitucional, no acepta ninguna de las solicitudes de la expulsada porque «no son objeto del presente recurso de amparo las cuestiones referidas a la legalidad del acto administrativo de expulsión, así como a su ejecutividad o suspensión». Lo que evidentemente deja sin ningún valor jurídico la actuación del Juez de instrucción, porque aunque actúe violando la Constitución, tal violación no va a reportar ningún efecto beneficioso para el extranjero que va a ser retenido inconstitucionalmente, y expulsado materialmente, sin perjuicio de que años después se estime el recurso contencioso-administrativo que declara ilegal la expulsión.

Probablemente, la situación descrita por la Sentencia del Tribunal Constitucional 144/1990, de 26 de septiembre, que sin duda, en general, proviene de la negativa del Tribunal Constitucional de estimar el recurso de inconstitucionalidad del Defensor del Pueblo, sustituyendo tal pronunciamiento por una interpretación constitucional de la norma, que no sólo no es conocida por los Jueces de instrucción, sino que también es insatisfactoria en sí misma.

Mantengo la opinión de que existe una reacción negativa por parte de los Tribunales Contencioso-Administrativos hacia la regulación de la expulsión y sus medidas cautelares, que ha arrastrado consigo la efectividad de la Ley Orgánica de Extranjería, ya que una importante corriente jurisprudencial ha reconocido a los extranjeros un inexistente derecho constitucional a la entrada y permanencia en España (7) contradiciendo el tenor literal de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional; por ejemplo, en su Sentencia de 23 de noviembre de 1984 (Sala 2.^a), recaída en el recurso de amparo 576/1983.

III. LA EXPULSIÓN EN EL DERECHO FRANCÉS

Los datos más interesantes que aporta el estudio de la regulación de la expulsión en el país vecino están en conexión con la alternancia de la normativa reciente en la materia (8) en la que se evidencia la

sucesiva ampliación o limitación de las causas de expulsión, así como los mecanismos garantizadores del extranjero.

El punto de partida normativo está constituido por la Ordenanza de 1945, número 45-2658, de 2 de noviembre (9), en la que la única intervención represiva prevista sobre los extranjeros tenía su fundamento jurídico en el artículo 23 del indicado texto, según el cual los extranjeros cuyos actos delictivos o sus actividades políticas constituyeran una amenaza para el orden público podían ser expulsados. La tradicional política francesa facilitadora de la inmigración se quiebra con los Decretos de 21 de noviembre de 1975 y 15 de enero de 1976, en cuya virtud la concesión o renovación del permiso de trabajo debía tomar en consideración «la situación de empleo presente y el futuro de la profesión solicitada en la región».

La postura opuesta al incremento del número de extranjeros en Francia tendría pronto un reflejo en el aspecto represivo. Efectivamente, la Ley de 10 de enero de 1980 (Ley Bonnet) considera la entrada o permanencia irregular como un motivo de expulsión junto a la tradicional justificación de la medida basándose en la «amenaza al orden público» en su virtud, pueden ser conducidos a la frontera, o detenidos en establecimientos penitenciarios por un período máximo de siete días hasta que se haga efectiva la expulsión, todos aquellos que carecen de un título de residencia en vigor.

La Ley de 29 de octubre de 1981 es el contrapeso a la anterior, ya que impide que los extranjeros en situación irregular puedan ser expulsados por vía administrativa, sino que deben ser puestos a disposición del juez penal. La conducción a la frontera cambia de naturaleza para transformarse en una pena complementaria, de carácter facultativo (10), que carece de la automaticidad de la sanción administrativa precedente. A las garantías judiciales, propias de su naturaleza, hay que sumar el hecho de que ciertas categorías como los menores o titulares de vínculos personales o familiares con Francia no pueden ser expulsados. La Ley de 17 de julio de 1984 incrementará los supuestos de extranjeros no susceptibles de la indicada medida.

La Ley de 9 de septiembre de 1986, Ley Pasqua, devuelve a los prefectos, con ausencia de cualquier procedimiento que permita el ejercicio del derecho a la defensa, la facultad de decidir la conducción a la frontera de los extranjeros en situación irregular; además, limita la relación de personas a las que no se les puede aplicar esta sanción.

La norma vigente, Ley de 2 de agosto de 1989, fue producto de la iniciativa, manifestada en diversos discursos, del Presidente de la República. Curiosamente, los aspectos más interesantes del proyecto, que analizaremos brevemente, fueron declarados constitucionales por el Consejo Constitucional en su decisión de 28 de julio de 1989 (11). El proyecto no alteraba el carácter administrativo de la expulsión, concedor de los efectos negativos, que había tenido la solución judicial, al considerar al extranjero como un delincuente, y que había degenerado en una medida casi automática; sin embargo, definía de forma taxativa los supuestos en que se podía aplicar y, sobre todo, establecía nuevas garantías. En particular, sustituía el recurso ante los tribunales administrativos, carente de efecto suspensivo, por la competencia de los tribunales del orden judicial, atribuyendo efectos suspensivos a las medidas, sobre los que se tenía que pronunciar la autoridad judicial en el plazo de cuarenta y ocho horas. Protegido por el carácter público del procedimiento, el extranjero podía beneficiarse en caso de suspensión de la medida de una autorización provisional de residencia, hasta que decidiera la autoridad judicial, o hasta que agotaran los posibles recursos.

La reforma presentaba indudables ventajas como:

1. La existencia de un mayor número y dotación de los Tribunales ordinarios.
2. La subsiguiente proximidad del afectado por la medida con el órgano (juez), que debía controlar su legalidad.
3. Ventajas del procedimiento, oralidad, en el judicial, frente al formalismo propio de la jurisdicción

administrativa.

Por otra parte, hay que señalar que el propio Consejo Constitucional en una decisión anterior, la número 86-224 DC, de 22 y 23 de enero de 1987, había efectuado importantes correcciones a la interpretación tradicional de la separación de poderes, admitiendo el control de ciertos actos administrativos por órganos de la jurisdicción ordinaria. El pronunciamiento se había hecho en los siguientes términos:

«Las disposiciones de los artículos 10 y 13 de la Ley de 16 y 24 de agosto de 1790 y del Decreto de 16 fructidor del año III, que establecieron con carácter general el principio de separación de las autoridades administrativas y judiciales no tienen por sí valor constitucional... De conformidad con la concepción francesa de la separación de poderes, figura un conjunto de principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República, con excepción de las materias reservadas por naturaleza a la autoridad judicial, corresponde a la competencia de la jurisdicción administrativa la anulación o reforma de las decisiones tomadas por las autoridades que ejercen el poder ejecutivo, sus agentes, las entidades territoriales de la República o a los organismos públicos colocados bajo su autoridad o su control.»

En atención a lo cual, la doctrina ha entendido que el conocimiento de asuntos que por su naturaleza corresponde a la jurisdicción ordinaria, autoriza al legislador a unificar, en materias tradicionalmente repartidas entre el orden judicial y el contencioso, atribuyéndosela en exclusiva a los juzgados y tribunales ordinarios, «en interés de una buena organización de justicia».

Pese a todas estas razones y a reconocer la resolución del Consejo Constitucional la condición del juez de «guardián de las libertades del individuo», no acepta el traspaso de la competencia a la jurisdicción, por considerar que la expulsión no entra en el campo de materias reservadas a la autoridad judicial, y que la exigencia de «la garantía efectiva de los derechos de los interesados «podía ser satisfecha, igualmente, por la jurisdicción judicial que por la administrativa».

IV. LA ACTUACIÓN JUDICIAL EN LA EJECUCIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS QUE EXIGE LA ENTRADA EN EL DOMICILIO

Según el artículo 87.2 de la Ley Orgánica del Poder judicial:

«Corresponde también a los juzgados de Instrucción la autorización en resolución motivada de la entrada en los domicilios y en los restantes edificios o lugares de acceso dependiente del consentimiento de sus titulares cuando ello proceda para la ejecución forzosa de los actos de la Administración. »

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional aplicativa de la norma transcrita opta por atribuir a la intervención judicial un carácter meramente formal, aunque, en ocasiones, encubre su decisión con una cierta retórica. En tal sentido, la Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de febrero de 1984 señala:

«Que no se someten a su juicio, ciertamente, una valoración de la acción de la Administración; pero sí de la necesidad justificadora de la penetración en el domicilio de una persona.»

Produciendo una separación tajante entre acto administrativo y acto de ejecución, que también se recogía en la Sentencia del Tribunal Constitucional 115/1987, según la cual el acto administrativo de base sólo puede ser analizado por órganos integrados en la jurisdicción contencioso-administrativa, mientras que

el de ejecución es susceptible de ponderación por el juez de Instrucción.

La Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de octubre de 1985, en la línea de la anterior y bajo la apariencia de abrir el ámbito de actuación del juez produce, justamente, el efecto contrario, al afirmar:

«Sin que se hallen ausentes determinadas posibilidades de formación del juicio por parte del titular del órgano jurisdiccional, juicio conducente al otorgamiento o denegación de lo instado, por plurales causas o motivos, que aquí no vamos a enumerar exhaustivamente, pero que tanto pueden ser discordancias en orden a la debida individualización del sujeto pasivo tributario, como a irregularidades trascendentes observadas en las actuaciones que se reflejan en los documentos que la Administración tributaria ha de presentar ante el juzgado, con su solicitud de mandamiento de entrada en domicilio.»

Más directa es la Sentencia del Tribunal Constitucional 144/1987, según la cual la norma estudiada

«no ha sustraído de la jurisdicción contencioso-administrativa el control de la legalidad de los actos de la Administración, cuya ejecución exige la entrada en domicilio para atribuirlo al juez de Instrucción, que ha de acordar esa entrada. El control de la legalidad de estos actos, como el de toda la actuación administrativa, sigue siendo competencia específica de esta jurisdicción, que es, también, la única que puede acordar la suspensión de lo resuelto por la Administración. El juez de Instrucción actúa en estos supuestos como garante del derecho fundamental a la inviolabilidad de domicilio, y, en consecuencia, lo único que tiene que asegurarse es que requiere efectivamente la entrada en él la ejecución del acto, que *prima facie* parece dictado por la autoridad competente en ejercicio de algunas facultades propias, garantizando al tiempo que esa irrupción del ámbito de la intimidad se produce sin más limitaciones de ésta que aquellas que sean estrictamente indispensables para ejecutar la resolución administrativa ».

Las sentencias transcritas convierten la actuación del juez a un formalismo carente de contenido, y ello, tanto porque sólo pueden tener por objeto defectos formales de tal magnitud que incluso hagan imposible la ejecución del acto (p. ej., la falta de identificación del sujeto pasivo tributario, a la que se refería la Sentencia de 17 de octubre de 1985), como porque el criterio determinante de la decisión no es que sea concorde con el ordenamiento jurídico, sino, únicamente, que sea necesaria y proporcional. Se está, pues, incidiendo de forma negativa en una distinción radical entre acto administrativo y su ejecución, con el único fin de mantener el reparto jurisdiccional.

V. CRITERIOS PARA LA REGULACIÓN DE LAS ACTUACIONES JUDICIALES PROVINIENTES DEL ARTICULO 117.4 DE LA CONSTITUCIÓN

De los datos presentados cabe destacar que el problema esencial de las actuaciones del poder judicial ex artículo 117.4 de la Constitución está íntimamente relacionado con una cuestión que carece de rango constitucional en nuestro ordenamiento jurídico: el reparto de competencias entre las distintas jurisdicciones.

Efectivamente, nuestra Constitución establece en su artículo 106.1:

«Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican.»

Pero no consagra ningún reparto específico a cada una de las jurisdicciones, que pueda actuar como

límite a la constitucionalidad de una ley, que para garantizar la protección de los derechos y libertades, fundamento del orden político y de la paz social (art. 10 Constitución), unifique el conocimiento de una actividad, atribuyéndosela a un orden jurisdiccional.

Por otra parte, en nuestro Derecho administrativo nunca prosperaron las concepciones, que lo identifiquen con el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, mientras que, como consecuencia de la nueva estructuración de los poderes públicos establecida en la vigente Constitución, observamos que se someten a la misma determinados actos procedentes de las Cortes Generales (12), Consejo General del Poder Judicial (13), Tribunal de Cuentas (14) o Tribunal Constitucional (15), sin que se les atribuya la condición de Administración Pública (16).

Además, hemos visto cómo incluso en Francia, en donde la separación radical de la Administración y los Tribunales ha constituido un principio estructural básico de su ordenamiento jurídico, se admite el quebrantamiento del mismo, «en interés de una buena administración de justicia», e incluso la traslación a órganos jurisdiccionales del conocimiento de actos administrativos, cuando se trate de «materias reservadas por naturaleza a la autoridad judicial». A lo que hay que añadir los constantes ataques contra la dualidad de jurisdicciones (17).

La actuación de jueces y Tribunales en actuaciones ex artículo 117 de la Constitución exige una regulación completa de la misma, inspirada en principios totalmente distintos a las de las normas procesales en vigor, que contemplan una actividad jurisdiccional, la instrucción penal, que no tiene las mismas características y principios que las actuaciones protectoras de los derechos de las personas. Dicha regulación debe inspirarse en principios de urgencia, ya que cualquier atraso en la materia puede tener efectos irreversibles, y suspensión de las actividades públicas presumiblemente lesivas. Ya indicábamos la ineficacia total de los recursos contenidos en la LECr para garantizar la inviolabilidad de domicilio autorizada por un juez.

El necesario desarrollo de la Constitución, en particular de su artículo 117.4, debe realizarse basándose en los principios fundamentales de la misma, entre los que ocupan lugar preferente los derechos de la persona y su adecuada protección jurisdiccional, lo que aconseja, a mi juicio, una unificación jurisdiccional del control de los actos administrativos y de su ejecución, que con frecuencia es mera continuación directa de aquél, en cuanto no puede añadir ni quitar nada de lo previsto, ni alterar su contenido (18). Dicha unificación puede hacerse a favor de la jurisdicción ordinaria o contencioso-administrativa. A favor de la primera solución se encuentra la revalorización del papel del juez ordinario, junto con la crisis de la justicia administrativa, provocada tanto por la progresiva erosión de su apoyatura ideológica (19), como por el atraso de sus técnicas procesales (20). A estas razones hay que sumar el mayor número y dotación de los tribunales ordinarios, junto con las ventajas de un procedimiento oral.

La segunda opción, que implica la concentración del conocimiento de las actuaciones judiciales examinadas, exigiría el inmediato desarrollo de los juzgados de lo contencioso, que permitirían el incremento de órganos jurisdiccionales y la posibilidad de establecimiento de mecanismos procesales más ágiles; esta solución presentaría la ventaja de evitar nuevos desgarramientos en los conceptos usuales del Derecho administrativo, Además aportaría como elemento esencial para apoyarla la concurrencia de la especialización, ineludible para proceder al control de las actuaciones de la Administración Pública sometidas al Derecho administrativo.

NOTAS:

(1) DE LA OLIVA SANTOS, «La demolición de la Administración de justicia en la futura Constitución de 1978», *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, abril -septiembre 1978.

(2) SERRANO ALBERCA, en *Comentarios a la Constitución*, dirigidos por GARRIDO FALLA, F., Editorial

Civitas, Madrid, 1980, pág. 1211.

(3) Vide STC 93/1984, de 16 de octubre, según la cual sólo cabe declarar la derogación de los preceptos, cuya incompatibilidad con la Constitución resulte indudable por ser imposible llevar a cabo una interpretación constitucional.

(4) La norma previa era el artículo 31 del Decreto 522/1974, de 14 de febrero, regulador del régimen de entrada, permanencia y salidas de extranjeros de España, que establecía el carácter administrativo de la medida.

(5) Un ejemplo evidente se contiene en el fundamento de Derecho único del auto del juez de Instrucción, objeto del recurso de amparo 846/1989, resuelto por la Sentencia (te Tribunal Constitucional número 144/1990, de 26 de septiembre, según el cual «De conformidad con lo dispuesto en el artículo 26.2 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, procede decretar el internamiento de los detenidos arriba indicados en el Centro de Internamiento de Extranjeros, a disposición de la excelentísima Delegada del Gobierno en Madrid, para su posterior expulsión del territorio nacional, por haber cumplido los requisitos exigidos en dicha Ley». La falta de motivación y la posible violación de los artículos 24.1 y 17.1 y 3 de la Constitución fue reconocida por el propio fiscal (antecedente 5.2).

(6) NIETO, A., «Actos administrativos cuya ejecución precisa una entrada domiciliaria», *Revista de Administración Pública*, núm. 112, pág. 40.

(7) Expresivas de esta línea son las Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 1986 (A. 6646) y la de 18 de septiembre de 1987 (A. 6072).

(8) De gran interés es el trabajo de D. LOCHAK, «L'entrée et le séjour des étrangers en France: une législation sous influence», en AJDA, núm. 10, 1989, págs. 586 a 598.

(9) Para el conocimiento de sus líneas generales se recomienda la lectura de COLLIARD, C.-A., *Libertés Publiques, Précis Dalloz*, 7.ª ed., 1989, págs. 329 y sigs.

(10) El delito es la entrada o permanencia irregular, y su pena es la prisión de un mes a un año y multa de 180 a 8.000 francos.

(11) Un análisis muy complejo de la indicada decisión es el efectuado por J. CHEVALLIER, publicado en AJDA, núm. 10, págs. 619 a 627.

(12) SANTAMARIA PASTOR, J. A., «Sobre la personalidad jurídica de las Cortes Generales, Una aproximación a los problemas de las organizaciones estatales no administrativas», *Revista de Derecho Público* di, la UNED, núm. 9, 1981.

(13) Los artículos 46 y, 47 de la antigua LOCGPJ de 10 de enero de 1980 sometían al Derecho administrativo su actividad materialmente administrativa. Al respecto, vide DELGADO BARRIO, J., «Régimen jurídico de los actos del Poder Judicial: su impugnación», *REDA*, núm. 32. En la actualidad la materia está regulada en idénticos términos por los artículos 142 y 143 de la LOPJ.

(14) GONZÁLEZ NAVARRO, F., «El control de la actuación del Tribunal de Cuentas».

(15) GUAITA MARTORELL, A., «Los actos administrativos del Tribunal Constitucional», *REDA*, núm. 29.

(16) Entre los primeros análisis del fenómeno de la extensión, por imposición legal, del ámbito del Derecho administrativo a la actividad de órganos constitucionales destacan GARRIDO FALLA, F., «Reflexiones sobre una reconstrucción de los límites formales del Derecho administrativo», *INAP*, 1980, y ESCRIBANO COLLADO, P., «¿Crisis de los conceptos de Administración Pública y Derecho administrativo?», *REDA*, núm. 37.

(17) BAZEX, M., «L'implosion du dualisme de jurisdiction», *Pouvoirs*, núm. 46, 1988, págs. 35 y sigs.

(18) SAINZ MORENO, F., «Sobre la ejecución en línea directa de continuación del acto y otros principios de la coacción administrativa», *REDA*, núm. 13.

(19) COHEN-TANUGI, L., «L'avenir de la justice administrative», *Pouvoirs*, núm. 46, 1988, pág. 15, donde afirma: «La Administración no encarna únicamente, y sin duda, el interés nacional, el Estado de

Derecho no se reduce a la sumisión del ejecutivo al Derecho Administrativo, la regularidad de numerosos campos de enorme importancia no dependen de la autoridad administrativa tradicional. El nuevo contexto ideológico e institucional, que traduce indiscutiblemente una democracia más madura, coloca a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en una posición poco brillante».

(20) Piénsese en la inexistencia de medidas cautelares distintas a la suspensión, y, por consiguiente, la imposibilidad de adecuada protección contra la inactividad de la Administración.